



UOHSX0080H6T

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0887/2015/VZ-05640/2016/511/BMa

Brno: 12. února 2016

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 8. 12. 2015 na návrh ze dne 7. 12. 2015, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Elektrárna Dětmarovice, a.s., IČO 29452279, se sídlem Dětmarovice 1202, 735 71 Dětmarovice, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 7. 1. 2016 Advokátní kancelář Pokorný, Wagner & partneři, s.r.o., IČO 24225029, se sídlem Karoliny Světlé 301/8, 110 00 Praha,
- navrhovatel – Energetické opravny, a.s., IČO 25040707, se sídlem Pruněřov 375, 432 01 Kadaň,
- vybraný uchazeč – STELMAR s.r.o., IČO 49607154, se sídlem Elektrárna, centrální dílny 1202, 735 71 Dětmarovice,

ve věci veřejné zakázky „ZAJIŠTĚNÍ ÚDRŽBY LC KOTELNA A ODSÍŘENÍ V ELEKTRÁRNĚ DĚTMAROVICE“ zadávané v jednacím řízení s uveřejněním, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 21. 4. 2015 a uveřejněno bylo ve Věstníku veřejných zakázek dne 22. 4. 2015 pod ev. č. zakázky 512094, a v Úředním věstníku Evropské unie bylo uveřejněno dne 25. 4. 2015 pod ev. č. 2015/S 081-144770,

rozhodl takto:

I.

Návrh navrhovatele – Energetické opravy, a.s., IČO 25040707, se sídlem Pruněřov 375, 432 01 Kadaň – se v části týkající se nedodržení postupu stanoveného v § 30 odst. 8 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 6 odst. 1 citovaného zákona, zadavatelem - Elektrárna Dětmarovice, a.s., IČO 29452279, se sídlem Dětmarovice 1202, 735 71 Dětmarovice, když tento v rámci jednání o podaných nabídkách na veřejnou zakázku „ZAJIŠTĚNÍ ÚDRŽBY LC KOTELNA A ODSÍŘENÍ V ELEKTRÁRNĚ DĚTMAROVICE“ zadávanou v jednacím řízení s uveřejněním, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 21. 4. 2015 a uveřejněno bylo ve Věstníku veřejných zakázek dne 22. 4. 2015 pod ev. č. zakázky 512094, a v Úředním věstníku Evropské unie bylo uveřejněno dne 25. 4. 2015 pod ev. č. 2015/S 081-144770, konaného dne 6. 10. 2015 na základě výzvy ze dne 29. 9. 2015, nezajistil dodržení zásady transparentnosti, se podle § 118 odst. 5 písm. c) citovaného zákona **zamítá**, neboť nebyl podán oprávněnou osobou.

II.

Návrh navrhovatele – Energetické opravy, a.s., IČO 25040707, se sídlem Pruněřov 375, 432 01 Kadaň – se v části týkající se nedodržení postupu stanoveného v § 44 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 6 odst. 1 citovaného zákona, zadavatelem - Elektrárna Dětmarovice, a.s., IČO 29452279, se sídlem Dětmarovice 1202, 735 71 Dětmarovice, tím, že v rámci vymezení hodnotícího kritéria „nabídková cena“ umožnil uchazečům v průběhu jednání o podaných nabídkách na veřejnou zakázku „ZAJIŠTĚNÍ ÚDRŽBY LC KOTELNA A ODSÍŘENÍ V ELEKTRÁRNĚ DĚTMAROVICE“ zadávanou v jednacím řízení s uveřejněním, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 21. 4. 2015 a uveřejněno bylo ve Věstníku veřejných zakázek dne 22. 4. 2015 pod ev. č. zakázky 512094, a v Úředním věstníku Evropské unie bylo uveřejněno dne 25. 4. 2015 pod ev. č. 2015/S 081-144770, měnit předpokládaný objem plnění, v důsledku čehož měl zadavatel hodnotit nabídky se vzájemně neporovnatelným plněním, podle § 118 odst. 5 písm. c) citovaného zákona **zamítá**, neboť nebyl podán oprávněnou osobou.

III.

Zadavatel – Elektrárna Dětmarovice, a.s., IČO 29452279, se sídlem Dětmarovice 1202, 735 71 Dětmarovice – **nedodržel** při zadávání veřejné zakázky „ZAJIŠTĚNÍ ÚDRŽBY LC KOTELNA A ODSÍŘENÍ V ELEKTRÁRNĚ DĚTMAROVICE“ v jednacím řízení s uveřejněním, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 21. 4. 2015 a uveřejněno bylo ve Věstníku veřejných zakázek dne 22. 4. 2015 pod ev. č. zakázky 512094, a v Úředním věstníku Evropské unie bylo uveřejněno dne 25. 4. 2015 pod ev. č. 2015/S 081-144770, **postup** stanovený v ustanovení § 77 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a zásadu transparentnosti stanovenou v § 6 odst. 1 citovaného zákona tím, že v rámci posouzení nabídky vybraného uchazeče přezkoumatelným způsobem nezdůvodnil, na základě jakých skutečností akceptoval zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny poskytnuté vybraným uchazečem, když

- o v případě položky „T TECHNOLOG“ skutečnosti, kterými zadavatel v Záznamu jednání komise o posouzení nabídek z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny ze dne 22. 10.

2015 zdůvodnil akceptaci zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče v této položce, neodpovídají obsahu zdůvodnění uvedenému vybraným uchazečem ve vztahu k této položce v jeho zdůvodnění nízké nabídkové ceny ze dne 21. 10. 2015 a zadavatel tento nesoulad v žádném z dokumentů tvořících součást dokumentace o veřejné zakázce nijak nevysvětlil;

- v případě položek „Bagr – sací“, „Bagr – traktor“ zadavatel v Záznamu jednání komise o posouzení nabídek z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny ze dne 22. 10. 2015 ani v jiném dokumentu tvořícím součást dokumentace o veřejné zakázce nespécifikoval konkrétní objektivní příčiny ve smyslu § 77 odst. 2 písm. a) citovaného zákona, na základě nichž akceptoval zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny uvedené vybraným uchazečem ve vztahu k těmto položkám v jeho zdůvodnění nízké nabídkové ceny ze dne 21. 10. 2015;
- v případě položky „Kolový nakladač“, zadavatel v Záznamu jednání komise o posouzení nabídek z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny ze dne 22. 10. 2015 ani v jiném dokumentu tvořícím součást dokumentace o veřejné zakázce neuvedl, na základě čeho akceptoval zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny uvedené vybraným uchazečem ve vztahu k této položce v jeho zdůvodnění nízké nabídkové ceny ze dne 21. 10. 2015,

příčemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

IV.

Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele – Elektrárna Dětmárovice, a.s., IČO 29452279, se sídlem Dětmárovice 1202, 735 71 Dětmárovice – uvedeného ve výroku III. tohoto rozhodnutí, Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 118 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **ruší** úkony zadavatele spojené s posouzením nabídky vybraného uchazeče zaznamenané v Záznamu z jednání komise pro posouzení a hodnocení nabídek ze dne 22. 10. 2015 a všechny následné úkony zadavatele v předmětném zadávacím řízení, včetně rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 29. 10. 2015.

V.

Podle § 119 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, se zadavateli – Elektrárna Dětmárovice, a.s., IČO 29452279, se sídlem Dětmárovice 1202, 735 71 Dětmárovice – **ukládá**

uhradit náklady řízení ve výši 30 000,- Kč (třicet tisíc korun českých).

Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Elektrárna Dětmarovice, a.s., IČO 29452279, se sídlem Dětmarovice 1202, 735 71 Dětmarovice, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 7. 1. 2016 Advokátní kancelář Pokorný, Wagner & partneři, s.r.o., IČO 24225029, se sídlem Karoliny Světlé 301/8, 110 00 Praha (dále jen „zadavatel“) – odeslal dne 21. 4. 2015 oznámení jednacího řízení s uveřejněním za účelem zadání veřejné zakázky „ZAJIŠTĚNÍ ÚDRŽBY LC KOTELNA A ODSÍŘENÍ V ELEKTRÁRNĚ DĚTMAROVICE“, které bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 22. 4. 2015 pod ev. č. zakázky 512094, a v Úředním věstníku Evropské unie bylo oznámení uveřejněno dne 25. 4. 2015 pod ev. č. 2015/S 081-144770 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Předmětem veřejné zakázky na služby je dle bodu 4 Zadávací dokumentace „uzavření rámcové smlouvy s jediným účastníkem, jež bude upravovat podmínky týkající se jednotlivých veřejných zakázek na pořízení opakujících se služeb s obdobným předmětem plnění na provádění údržby, oprav a kontrol zařízení, dále i komplexního zabezpečení realizace údržby, oprav a kontrol formou realizační přípravy, řízení a vyhodnocování prováděných činností vč. zajištění potřebných materiálů a náhradních dílů, vše na zařízení logického celku Vodní a kalové hospodářství v Elektrárna Dětmarovice, a to za účelem zajištění požadované funkce tohoto zařízení při zachování všech provozních parametrů tohoto zařízení, jako je zejména jeho bezpečnost, spolehlivost, bezporuchovost, pohotovost, životnost a ekonomie provozu daná technickými podmínkami a požadavky elektrizační a teplofikační soustavy.“. Předpokládanou hodnotu veřejné zakázky zadavatel nestanovil.
3. Základním hodnotícím kritériem je nejnižší nabídková cena.
4. Dle Protokolu o otevírání obálek podalo celkem 5 zájemců žádost o účast v jednacím řízení s uveřejněním, přičemž po posouzení splnění v kvalifikační dokumentaci stanovených kvalifikačních předpokladů byli 2 zájemci pro jejich nesplnění ze zadávacího řízení vyloučeni.
5. Poté zadavatel výzvou ze dne 9. 7. 2015 vyzval zbylé zájemce k podání nabídky. Z Protokolu o otevírání obálek s nabídkami vyplývá, že jako první podal nabídku uchazeč Energetické opravny, a.s., IČO 25040707, se sídlem Pruněřov 375, 432 01 Kadaň (dále jen „navrhovatel“) s nabídkovou cenou 167.161.068,- Kč, jako druhý uchazeč G – Team a. s., IČO 45358028, se sídlem Petráská 1131/2, 110 00 Praha 1 (dále jen „uchazeč G – Team“), jako třetí v pořadí byla podána nabídka uchazeče STELMAR s.r.o., IČO 49607154, se sídlem Elektrárna, centrální dílny 1202, 735 71 Dětmarovice (dále jen „vybraný uchazeč“) s nabídkovou cenou 184.633.396,- Kč.
6. Výzvou ze dne 12. 9. 2015 byli uchazeči vyzváni k jednání o všech podmínkách plnění obsažených v nabídce, zejména o podmínkách, které jsou předmětem hodnocení nabídek.
7. Výzvou ze dne 29. 9. 2015 byli uchazeči vyzváni k poslednímu jednání o podmínkách, které jsou předmětem hodnocení nabídek.
8. Dne 6. 10. 2015 proběhlo poslední jednání o nabídkách mezi zadavatelem a uchazeči.

9. Dne 16. 10. 2015 požádal zadavatel vybraného uchazeče o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, které vybraný uchazeč poskytl v odpovědi na žádost ze dne 21. 10. 2015.
10. Ze „Záznamu jednání komise o posouzení nabídek z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny“ ze dne 22. 10. 2015 vyplývá, že komise pro posouzení nabídek posoudila došlé nabídky z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny a došla k závěru, že žádná nabídka mimořádně nízkou nabídkovou cenu neobsahuje.
11. Ze Zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 26. 10. 2015 vyplývá, že dle výsledků hodnocení nabídek se nejvhodnější nabídkou z hlediska základního hodnotícího kritéria nejnižší nabídkové ceny stala nabídka vybraného uchazeče s celkovou nabídkovou cenou ve výši 134.907.863,- Kč. Druhá v pořadí se umístila nabídka navrhovatele s nabídkovou cenou ve výši 134.985.984,- Kč. Konečný výsledek hodnocení nabídek zadavatel oznámil uchazečům přípisem ze dne 27. 10. 2015.
12. Dne 29. 10. 2015 rozhodl zadavatel o výběru nejvhodnější nabídky, přičemž své rozhodnutí zadavatel oznámil uchazečům dopisem ze dne 29. 10. 2015.
13. Dne 16. 11. 2015 doručil navrhovatel zadavateli své námitky, datované dne 13. 11. 2015, označené jako „Námitky stěžovatele proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky“.
14. Zadavatel svým rozhodnutím ze dne 25. 11. 2015, doručeným stěžovateli dne 30. 11. 2015, o podaných námitkách rozhodl tak, že některé námitky navrhovatele z důvodu chybějících zákonem stanovených náležitostí námitek odmítl, o některých námitkách z důvodu jejich opožděného podání nerozhodoval.
15. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 8. 12. 2015 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu.

II. OBSAH NÁVRHU

16. Navrhovatel spatřuje pochybení zadavatele v následujících skutečnostech:
 - a. *„zadavatel nedodržel postup stanovený v § 30 odst. 8 ZVZ v návaznosti na § 6 odst. 1 ZVZ, když při jednání o nabídkové ceně nezajistil takové podmínky, aby bylo možno vyloučit jakoukoli nepřípustnou manipulaci s informacemi z nabídek uchazečů a možné zvýhodnění či diskriminace některých uchazečů, čímž jednání o nabídkové ceně zatížil vadou netransparentnosti a založil tak potenciální riziko manipulace s nabídkami uchazečů;*
 - b. *současně zadavatel porušil § 6 odst. 1 ZVZ v návaznosti na § 44 odst. 1 ZVZ, když uchazečům v rámci jednání o nabídkách zřejmě umožnil měnit předpokládaný objem plnění, který byl předmětem nacenění ze strany uchazečů, v důsledku čehož zadavatel následně posuzoval a hodnotil vzájemně neporovnatelné nabídky;*
 - c. *zadavatel postupoval v rozporu s ustanovením § 77 odst. 1 ZVZ, když řádně nezdůvodnil, z jakého důvodu u uchazeče STELMAR s.r.o. (dále jen „vybraného uchazeče“) neshledal mimořádně nízkou nabídkovou cenu (dále jen „MNNC“) a návazně v rozporu s § 77 odst. 6 ZVZ tohoto uchazeče nevyloučil, ačkoliv jeho nabídka MNNC pravděpodobně obsahuje.*

17. Zadavatel se dle názoru navrhovatele dopustil jednání, jež je způsobilé ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, přičemž současně nelze přijmout opatření k nápravě, neboť nabídky uchazečů již byly otevřeny. Z uvedeného důvodu je navrhovatel přesvědčen, že zadávací řízení je nezbytné zrušit, neboť jeho pokračováním a následným uzavřením smlouvy s vybraným uchazečem by se zadavatel dopustil správního deliktu ve smyslu ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
18. K průběhu jednání o nabídkách navrhovatel uvádí, že způsob, jakým zadavatel dospěl k rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky v rámci jednacího řízení s uveřejněním, je v hrubém rozporu se zásadou transparentnosti ve smyslu § 6 odst. 1 zákona. Navrhovatel popisuje chronologii jednání o nabídkách a uvádí, že poslední jednání o nabídkách s jednotlivými uchazeči bylo vedeno ve značném časovém rozestupu, přičemž jejich předmětem nebyla jiná otázka než konečná výše nabídkové ceny a možnost jejího případného snížení. Navrhovatel konstatuje, že tento postup jednání je značně netransparentní a jednáním zadavatele a především členů hodnotící komise vznikl prostor pro manipulaci s nabídkami, zejména tedy prostor pro únik informací o konečné podobě nabídkové ceny ve prospěch vybraného uchazeče, který jednal o své cenové nabídce v pozdějším čase. Osobní kontakt hodnotící komise a uchazečů v této fázi JŘSU (spočívající zejména v postupném „prozrazování“ konečných cenových nabídek navrhovatele) vytvořilo dle navrhovatele zcela nekontrolovatelný, a tedy hrubě netransparentní prostor pro vyzrazení cenové nabídky navrhovatele, resp. nelze vyloučit, že některý člen hodnotící komise sdělil nabídkovou cenu navrhovatele vybranému uchazeči, který přišel na řadu až následně a který tak mohl mít možnost nepřípustným způsobem na tuto konkurenční cenovou nabídku reagovat ve své nabídce.
19. Navrhovatel rovněž popisuje chování členů hodnotící komise v průběhu jednání, které dokládá čestnými prohlášeními ze dne 11. 11. 2015, které poskytli pan Radek Klokán, Jan Crdlík, Jaromír Šilhan. Navrhovatel uvádí, že jednání zadavatele s navrhovatelem proběhlo dne 6. 10. 2015 v době od 11,00-11,45 hod. Ve 12,00 hod mělo následovat jednání s dalším uchazečem, který se však nedostavil. Jednání s vybraným uchazečem mělo proběhnout cca v 13,00hod. Ve 12,05 hod opustili na 10 minut jednací místnost dva členové hodnotící komise, z čehož dle navrhovatele vyplývá, že tito členové mohli zcela nekontrolovatelně informaci o nabídkové ceně navrhovatele předat zástupci vybraného uchazeče a ten mohl mít dostatek časového prostoru ji zohlednit při přípravě nabídky. Navrhovatel ale současně dodává, že nemá dalších důkazů, které by jeho závěr podpořily, navíc k vyzrazení informace mohlo dojít i prostřednictvím SMS, tedy i bez opuštění jednací místnosti. Nicméně navrhovatel konstatuje, že průběh jednání vytváří značný a naprosto nekontrolovatelný prostor pro takovou případnou manipulaci, tedy pro samostatné jednání jednotlivých členů komise „beze svědků“, a tedy jen posiluje pochybnosti v tomto smyslu a dále prohlubuje porušení zásady transparentnosti ve smyslu § 6 odst. 1 zákona. Jelikož zadavatel nepoužil transparentní způsob předložení nabídkové ceny (např. formou obálek a jejich otevření v rámci jediného jednání a za účasti zástupců všech uchazečů) a místo toho zvolil netransparentní jednání, pak tím porušil § 30 odst. 8 zákona v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona. V této souvislosti navrhovatel odkazuje na rozhodovací praxi Úřadu, podle které má být prodlení mezi okamžikem, kdy se hodnotící komise má možnost seznámit s jednotlivými nabídkovými cenami a okamžikem, kdy tento údaj zveřejní ostatním uchazečům, v zájmu zachování transparentnosti co nejmenší.

20. Pochybnosti o možném nezákonném ovlivnění výsledku hodnocení nabídek, resp. o možné manipulaci s jednotlivými nabídkami a zejména potenciálním úniku informací o jednotlivých nabídkách, posiluje dle navrhovatele konečná nabídková cena vybraného uchazeče, která je oproti nabídkové ceně navrhovatele nižší o pouhých 78.121,- Kč, i když původně převyšovala nabídkovou cenu navrhovatele o 12,9 %. Další pochybnost vzbuzuje personální složení hodnotící komise, která zasedala i v dalších dvou souběžně vedených zadávacích řízeních zadavatele a která vždy vybrala stejného dodavatele. Navrhovatel uvádí, že vytýkaná netransparentnost jednání vyplynula až z rozhodnutí o výběru, neboť až z finálního pořadí nabídek a výše jednotlivých nabídkových cen, resp. ze zcela nepravděpodobného minimálního cenového rozdílu mezi navrhovatelem a vybraným uchazečem vystala důvodná pochybnost ohledně možného zvýhodnění konkrétních uchazečů.
21. Ke včasnosti podaných námitek navrhovatel uvádí, že netransparentnost a protizákonnost zadavatelova postupu se plně projevila až doručením rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky, kterým byly zveřejněny nabídkové ceny jednotlivých uchazečů, a z jejich výše vyplynulo podezření ohledně jejich vzájemného ovlivnění, resp. se projevila zcela nepravděpodobná „náhoda“ v rozdílu nabídkových cen ve výši pouhých šest promile, kterou navrhovatel nemohl předpokládat. Navrhovatel proto odmítá závěr zadavatele, kterým jeho námítka odmítnul pro opožděnost. V této souvislosti navrhovatel odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 1. 2011, sp. zn. 2 Afs 67/2010, který vykládá právo stěžovatele podat námítka proti zadávacím podmínkám i poté, co se nezákonnost těchto podmínek vyjeví až při hodnocení jednotlivých nabídek. Navrhovatel uvádí, že ani z výzvy k jednání ani ze samotných zadávacích podmínek mu nemohlo být patrné, že zadavatel povede jednání takto netransparentně, neboť předmětem jednání měly být podmínky plnění obsažené v nabídce, které jsou předmětem hodnocení, nikoliv jen pouhé předložení nabídkové ceny.
22. K možnosti uchazečů měnit objem plnění a ke z toho plynoucí neporovnatelnosti nabídek navrhovatel uvádí, že zadavatel vymezil v zadávací dokumentaci nabídkovou cenu tak, že tato se skládá z ceny za předpokládaný rozsah věcně vymezených činností Programu údržby na období 2016-2020 a z ceny za předpokládaný rozsah činností nezahrnutých do věcně vymezených činností Programu údržby na období 2016-2020. Definovaná nabídková cena však dle navrhovatele neuvádí přesný způsob, jakým má dodavatel plnit předmět veřejné zakázky. Zadavatel stanovil pouze předpokládaný rozsah pro jednotlivé profese, přičemž uchazeč měl podle zadávací dokumentace dle svého uvážení upravit počty hodin nebo měrných jednotek v množství, kterými bude příslušnou položku realizovat; dle navrhovatele tedy každý uchazeč měl možnost počet hodin stanovený zadavatelem pro jednotlivé profese měnit zcela dle svého uvážení a k této změně mohlo docházet i ve fázi jednání o nabídkách během posledního jednání. Zadavatel dle názoru navrhovatele porušil § 44 odst. 1 zákona, když nastavil hodnotící kritérium způsobem, který vedl k tomu, že následně posuzoval a hodnotil nabídky uchazečů, které jsou vzájemně nesrovnatelné, neboť každý uchazeč počítá s jiným objemem práce, který následně naceňuje, a tedy je fakticky naceňován v každé nabídce jiný, neporovnatelný předmět plnění. Zadavatel tak nesprávně nastavil hodnotící kritérium takovým způsobem, že nebylo možné objektivně zhodnotit, která nabídka je nejvýhodnější.

23. Ke včasnosti námitek v souvislosti s výše uvedeným navrhovatel uvádí, že rozdíl mezi první nabídkou a konečnou cenovou nabídkou vybraného uchazeče může být způsoben pouze výraznou redukcí celkových člověkohodin, které vybraný uchazeč zadavateli nabízí. Tato redukce pak zadavatelem byla umožněna v rámci poslední fáze jednání o nabídkách a navrhovatel se o ní dozvěděl až z rozhodnutí o námitkách, a proto ji namítl ve smyslu § 111 odst. 4 zákona.
24. K postupu zadavatele při posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny v nabídce vybraného uchazeče a k nevyločení vybraného uchazeče ze zadávacího řízení navrhovatel odkazuje na zprávu o posouzení a hodnocení nabídek, ze které je podle něj patrné, že se komise pro posouzení a hodnocení nabídek aspektem mimořádně nízké nabídkové ceny zabývala u nabídky vybraného uchazeče, který byl vyzván ke zdůvodnění nabídkových cen v položkách „T Technolog“, „Kolový nakladač“, „Bagr – sací“, „Bagr – traktor“. Vybraný uchazeč na základě této výzvy údajně předložil písemné zdůvodnění nabídkových cen v požadovaných položkách nabídky a zadavatel tak následně prostřednictvím komise pro posouzení a hodnocení nabídek nevyhodnotil jeho nabídkovou cenu jako mimořádně nízkou. Navrhovatel konstatuje, že ač se zadavatel zdánlivě zabýval problematikou mimořádně nízké nabídkové ceny, její posouzení bylo netransparentní, neboť do zprávy o posouzení a hodnocení nabídek nezaznamenal důvody, pro které nabídkovou cenu nevyhodnotil jako mimořádně nízkou; v této souvislosti navrhovatel odkázal na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S585/2013/VZ-23735/2013/522/ZPr ze dne 4. 12. 2013, které se uvedenou problematikou zabývá. Navrhovatel konstatuje, že zadavatel se svým jednáním dopustil významného porušení § 77 odst. 1 zákona, v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona, které mělo vliv na výběr nejvhodnější nabídky, neboť úkony komise pro posouzení a hodnocení nabídek související s posouzením výše nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky nebyly provedeny transparentním způsobem. Dle názoru navrhovatele je zcela netransparentní a nepřezkoumatelné zaznamenat část úvah do interních dokumentů, které nejsou uchazečům přístupné a do dokumentu, který je přístupný všem uchazečům, tj. zprávy o posouzení a hodnocení nabídek, zaznamenat pouze závěr vyvozený z těchto neveřejných úvah.
25. Navrhovatel dále konstatuje, že pochybnosti o existenci mimořádně nízké nabídkové ceny v případě vybraného uchazeče vzbuzuje především výrazné snížení nabídkové ceny mezi prvním a posledním jednáním (téměř o 30 % z původní ceny). Toto snížení je jedním z vodítek, jak posoudit existenci mimořádně nízké nabídkové ceny a zadavatel se s tímto transparentně nevypořádal. Takové jednání zakládá důvodné pochybnosti, že zadavatel řádně neposoudil existenci mimořádně nízké nabídkové ceny a nevyřadil tak nabídku uchazeče z výběrového řízení, ač tomu tak být mělo, a porovnával nabídky, které se do finálního hodnocení vůbec dostat neměly a měly být vyřazeny právě z důvodu mimořádně nízké nabídkové ceny.
26. K odmítnutí námítka napadající postup zadavatele při posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče zadavatelem navrhovatel uvádí, že vada postupu zadavatele při posuzování mimořádně nízké nabídkové ceny je vadou rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, neboť byl vybrán uchazeč, který pro to nesplňuje podmínky, nejedná se tedy o námitku dle § 110 odst. 2 zákona, u které by - kromě jiného - mělo být rovněž uvedeno, jaká újma navrhovateli hrozí. Navrhovatel znovu zdůrazňuje, že se v tomto případě jednalo o

námítku ve smyslu § 110 odst. 4 zákona proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, kde zákon náležitost dovozanou zadavatelem nepředepisuje.

27. Nadto navrhovatel upozorňuje na jednání zadavatele, které lze kvalifikovat jako spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona, jelikož zadavatel nepřezkoumal námítky podané navrhovatelem řádně a včas, když o námítkách, které zadavatel obdržel dne 16. 11. 2015, rozhodl dne 25. 11. 2015 a své rozhodnutí navrhovateli odeslal 27. 11. 2015, tedy 1 den po uplynutí lhůty dle § 11 odst. 1 zákona.
28. Závěrem navrhovatel uvádí, že s ohledem na popsané jednání zadavatele žádá Úřad, aby jako opatření k nápravě v souladu s § 118 odst. 1 zákona zrušil zadávací řízení na předmětnou veřejnou zakázku. Současně navrhovatel podal návrh na nařízení předběžného opatření spočívajícího v zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

29. Úřad obdržel návrh navrhovatele dne 8. 12. 2015; tímto dnem bylo podle § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele v předmětném zadávacím řízení.
30. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou
 - zadavatel,
 - navrhovatel,
 - vybraný uchazeč.
31. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům dopisem č. j. ÚOHS-S0887/2015/VZ-43702/2015/511/BMa ze dne 10. 12. 2015.
32. Dne 18. 12. 2015 podal zadavatel Úřadu své vyjádření k návrhu navrhovatele.

Vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 18. 12. 2015

33. Zadavatel ve vyjádření k návrhu ze dne 18. 12. 2015 předně uvádí, že navrhovatel není osobou oprávněnou k podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele ve vztahu k šetřenému zadávacímu řízení, jelikož nepodal námítky řádně a včas ve smyslu § 110 zákona.
34. Podání navrhovatele ze dne 13. 11. 2015 nelze dle zadavatele považovat za řádně a včas podané námítky dle § 110 zákona, neboť:
 - „pokud jde o rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, podání stěžovatele (navrhovatele) ze dne 13. 11. 2015 neobsahovalo všechny náležitosti dle § 110 odst. 7 ZVZ, když v daném podání nebylo uvedeno, v čem je spatřováno porušení zákona (pokud jde o rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky); argumentace uvedená v podání ze dne 13. 11. 2015 obsahově směřovala proti jiným úkonům zadavatele, resp. proti zadávacím podmínkám, nikoli proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky; z toho důvodu byl zadavatel nucen námítku stěžovatele v souladu s §110 odst. 7 i.f. odmítnout, a to bez ohledu na její věcný obsah (viz rozhodnutí zadavatele o námítkách); o této skutečnosti zadavatel v souladu s ustanovením § 110 odst. 7 ZVZ stěžovatele (navrhovatele) uvědomil;
 - pokud jde o námítku směřující proti způsobu nastavení pravidel jednání o nabídkách, tato byla podána opožděně; z toho důvodu zadavatel o dané námítce v souladu s ustanovením § 111 odst. 4 ZVZ nerozhodoval, a to bez ohledu na její věcný obsah

(viz rozhodnutí o námitkách); o této skutečnosti zadavatel v souladu s ustanovením § 111 odst. 4 ZVZ stěžovatele (navrhovatele) náležitě uvědomil;

- *pokud jde o námitku věcně směřující proti zadávacím podmínkám (tj. že zadavatel v zadávacích podmínkách umožnil uchazečům při stanovování ceny věcně vymezených činností Programu údržby pro období 2016 - 2020 měnit počty hodin jednotlivých profesí a měrných jednotek jiných činností a mechanismů), rovněž tato byla stěžovatelem (navrhovatelem) podána opožděně; z toho důvodu tedy zadavatel ani o této námitce v souladu s ustanovením § 111 odst. 4 ZVZ nerozhodoval, a to bez ohledu na její věcný obsah (viz rozhodnutí o námitkách); o této skutečnosti zadavatel v souladu s ustanovením § 111 odst. 4 ZVZ stěžovatele (navrhovatele) náležitě uvědomil;*
- *jde-li pak o námitku údajné nesprávnosti postupu zadavatele, pokud jde o posouzení nabídkové ceny uchazeče STELMAR s.r.o. v tom směru, zda se nejedná o nabídkovou cenu mimořádně nízkou, resp. o obsah zprávy o posouzení a hodnocení nabídek, tato neobsahovala všechny náležitosti dle § 110 odst. 7 ZVZ, když v daném podání nebylo uvedeno, jaká újma v důsledku domnělého porušení zákona stěžovateli (navrhovateli) hrozí nebo vznikla; z toho důvodu byl zadavatel nucen námitku stěžovatele v souladu s §110 odst. 7 i.f. odmítnout, a to bez ohledu na její věcný obsah (viz rozhodnutí zadavatele o námitkách); o této skutečnosti zadavatel v souladu s ustanovením § 110 odst. 7 ZVZ stěžovatele (navrhovatele) uvědomil.“.*

35. K opožděnosti námitky týkající se údajného porušení zákona zadavatelem při jednání o nabídkách zadavatel uvádí, že z faktického obsahu námitky je zřejmé, že směřuje proti zadávacím podmínkám, resp. proti stanovení způsobu jednání o nabídkách v předmětném zadávacím řízení (nikoli proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky). Zadavatel z uvedeného dovozuje, že námitky proti zadávacím podmínkám bylo možné podat (doručit zadavateli) nejpozději do 30. 8. 2015. Pokud by měla být výše uvedená námitka hodnocena jako námitka proti úkonu zadavatele ve smyslu § 110 odst. 2 zákona, pak by lhůta pro podání námitky uplynula nejpozději 21. 10. 2015. Uvedenou námitku však navrhovatel doručil zadavateli teprve 16. 11. 2015, tedy více než tři týdny po uplynutí lhůty pro podání takové námitky. Zadavatel rovněž odmítá argument navrhovatele, že se o nezákonném postupu dozvěděl teprve z rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, a uvádí, že z dotčeného rozhodnutí (ani z rozdílu mezi cenovými nabídkami v něm obsaženým) není patrný způsob, jakým zadavatel postupoval v rámci jednání o nabídkách.

36. K opožděnosti námitky týkající se požadavků na způsob zpracování nabídky, kdy měl zadavatel umožnit uchazečům měnit objem plnění, zadavatel uvádí, že způsob stanovení nabídkové ceny ve vztahu k věcně vymezeným činnostem Programu údržby na období 2016-2020 (kde je rozhodující celková - maximální cena konkrétních činností, nikoli cena na jednu hodinu práce v určitých profesích či za jinou měrnou jednotku jiných činností a mechanismů) byl explicitně a zcela srozumitelně stanoven již v zadávací dokumentaci veřejné zakázky. Dle zadavatele je tedy zřejmé, že námitka navrhovatele směřuje proti zadávacím podmínkám, nikoli proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Jelikož námitky proti zadávacím podmínkám mohli uchazeči podávat (doručit zadavateli) nejpozději do 30. 8. 2015 a navrhovatel svoji výše uvedenou námitku doručil zadavateli teprve 16. 11. 2015, pak je dle zadavatele zjevné, že námitka navrhovatele byla podána opožděně. Zadavatel považuje tvrzení navrhovatele, že se údajná nezákonnost zadávacích podmínek projevila až při hodnocení konečných nabídkových cen, a tedy, že se o ní navrhovatel dozvěděl teprve doručením rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, za účelové a dodává, že všichni uchazeči včetně navrhovatele stanovili nabídkovou cenu v souladu s pokyny zadavatele a dle

vlastních zkušeností a znalostí upravili indikativně uváděný rozsah činností prováděných v rámci věcně vymezených činností Program údržby na období 2016-2020.

37. K absenci náležitostí námitky proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky zadavatel uvádí, že dle § 110 odst. 7 zákona musí stěžovatel v námitkách proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky uvést, kdo je podává, proti kterému úkonu zadavatele směřují a v čem je spatřováno porušení zákona. Právě v čem navrhovatel shledává porušení zákona, pokud jde o rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky, nebylo v podání navrhovatele ze dne 13. 11. 2015 uvedeno, proto byl zadavatel nucen námitku navrhovatele v souladu s § 110 odst. 7 zákona odmítnout, a to bez ohledu na její věcný obsah.
38. K absenci náležitostí námitky týkající se údajné nesprávnosti postupu zadavatele, pokud jde o posouzení nabídkové ceny vybraného uchazeče v tom směru, zda se nejedná o nabídkovou cenu mimořádně nízkou, resp. o obsah zprávy o posouzení a hodnocení nabídek, zadavatel uvádí, že z obsahu námitky je zřejmé, že směřuje proti úkonu zadavatele spočívajícímu v posouzení nabídkové ceny vybraného uchazeče v tom směru, zda se nejedná o nabídkovou cenu mimořádně nízkou, resp. ve zpracování zprávy o posouzení a hodnocení nabídek, a tedy se dle zadavatele jedná o námitku dle § 110 odst. 2 zákona, přičemž stěžovatel je dle uvedeného ustanovení zákona povinen uvést újmu, která mu v důsledku domnělého porušení zákona hrozí nebo vznikla. V podání navrhovatele ze dne 13. 11. 2015 však nebylo na žádném místě uvedeno (a ani implicitně to z uvedeného podání nevyplývá), jaká újma mu v důsledku domnělého porušení zákona (tj. v důsledku údajně nesprávného posouzení nabídkové ceny vybraného uchazeče v tom směru, zda se nejedná o nabídkovou cenu mimořádně nízkou) hrozí nebo vznikla. Zadavateli tedy nezbylo, než námitku navrhovatele v souladu s ustanovením § 110 odst. 7 zákona odmítnout, a to bez ohledu na její věcný obsah.
39. Zadavatel se dále věcně vyjadřuje k podanému návrhu a popisuje průběh předmětného zadávacího řízení. Dle vyjádření zadavatele mělo poslední jednání o nabídkách dne 6. 10. 2015 probíhat tak, že v čase 11,00-12,00 měl jednat o nabídce navrhovatel, od 12,00-13,00 hod uchazeč G – Team a. s., a od 13,00-14,00 hod vybraný uchazeč. Zadavatel dle svého názoru postupoval transparentně, nediskriminačně a žádného z uchazečů nikterak nezmíněl ani neznevýhodnil; dále zadavatel prohlašuje, že ani on ani jím pověřené osoby v průběhu jednání o nabídkách nesdělovali uchazečům údaje týkající se nabídky jiného uchazeče, přičemž uvádí, že na takové jednání v žádném případě nelze usuzovat jen z toho, že nabídka vybraného uchazeče se od nabídky navrhovatele lišila „pouze“ o 78.121,- Kč, jak to účelově činí navrhovatel. Rozdíl v nabídkových cenách jednotlivých uchazečů nevypovídá dle názoru zadavatele o průběhu jednání o nabídkách. Stejně tak skutečnost, že někteří členové jednacího týmu zadavatele opustili mezi jednáními jednací místnost, svědčí o jejich přirozených fyziologických potřebách a nikoliv o tom, že by snad některému z uchazečů měla být sdělena nabídková cena uchazeče, s níž bylo jednáno dříve. Celá argumentace navrhovatele týkající se údajné netransparentnosti zadávacího řízení, resp. zvýhodnění některých uchazečů oproti uchazečům jiným, je dle zadavatele postavená na ryzích spekulacích navrhovatele, které se v žádném případě nezakládají na pravdě.
40. K tvrzení navrhovatele, že zadavatel porušil § 6 odst. 1, v návaznosti na § 44 odst. 1 zákona, když uchazečům umožnil měnit předpokládaný rozsah věcně vymezených činností Programu údržby na období 2016-2020, čímž měl údajně způsobit, že následně posuzoval a hodnotil

vzájemně neporovnatelné nabídky, zadavatel uvádí, že pokud jde o věcně vymezené činnosti Programu údržby na období 2016-2020, předmětem hodnocení byla výhradně maximální cena za realizaci jednotlivých věcně vymezených činností. Uchazečem uváděný rozsah činností, který je základem pro stanovení maximální ceny za věcně vymezené činnosti Programu údržby na období 2016-2020, slouží jako maximální hranice, do které bude zadavatel hradit dodavateli cenu za příslušné věcně vymezené činnosti. Pro hodnocení nabídek je dle zadavatele relevantní pouze maximální cena za dané činnosti. Dle zadavatele byly požadavky na kvalitu plnění pevně stanoveny v zadávacích podmínkách, přičemž žádný z uchazečů se od nich nemohl odchýlit, jinak by byl pro nesplnění zadávacích podmínek vyloučen ze zadávacího řízení. Uchazeči pouze mohli při výpočtu nabídkové ceny za věcně vymezené činnosti Programu údržby na období 2016-2020 využít svých schopností a dovedností, díky kterým jsou schopni některé činnosti realizovat oproti jiným uchazečům efektivněji a tedy za nižší cenu. Vzhledem k uvedenému tedy dle zadavatele nelze přisvědčit argumentaci navrhovatele, že by snad zadavatel hodnotil vzájemně neporovnatelné nabídky.

41. K námitce navrhovatele týkající se údajné nesprávnosti postupu zadavatele, pokud jde o posouzení nabídkové ceny vybraného uchazeče v tom směru, zda se nejedná o nabídkovou cenu mimořádně nízkou, resp. o obsah zprávy o posouzení a hodnocení nabídek, zadavatel nejprve podává výčet obsahových náležitostí zprávy o posouzení a hodnocení nabídek, k čemuž dodává, že z žádného ustanovení zákona nevyplývá, že by zpráva o posouzení a hodnocení nabídek měla obsahovat rovněž popis způsobu posouzení nabídkové ceny, s výjimkou situace, kdy dojde k vyřazení některé nabídky (a kdy je tedy třeba ve zprávě popsat důvody takového vyřazení). Zákon tak zadavateli neukládá, aby ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek detailně popsal způsob posouzení nabídek, proto mu nelze vytýkat, že v situaci, kdy nedošlo k vyřazení žádné nabídky, neuvedl ve zprávě detailní popis způsobu posouzení nabídkové ceny v tom směru, zda se nejedná o cenu mimořádně nízkou. V této souvislosti zadavatel odkazuje na rozhodnutí Krajského soudu v Brně ze dne 29. 8. 2007, č. j. 62 Ca 49/2007, podle kterého nemá zadavatel povinnost, v případě, že neshledá žádnou nabídkovou cenu jako mimořádně nízkou, zdůvodnit svůj postup ani ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek či v jiném dokumentu. Zadavatel dále uvádí, že popis postupu pověřených pracovníků zadavatele při posouzení nabídek je obsažen v interních dokumentech zadavatele (v záznamu z jednání ze dne 22. 10. 2015, který je součástí dokumentace o veřejné zakázce), přičemž veškerá dokumentace o veřejné zakázce je Úřadu pro přezkum postupu zadavatele při posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny k dispozici.
42. S argumentem navrhovatele, že vzhledem k tomu, že vybraný uchazeč v průběhu jednání o nabídkách snížil nabídkovou cenu o téměř 30 %, musí být jeho nabídková cena automaticky cenou mimořádně nízkou ve smyslu § 77 zákona, zadavatel nesouhlasí, a uvádí, že rozdíl nabídkové ceny vybraného uchazeče a nabídkové ceny navrhovatele činí pouhých 0,06 %. Pokud by tedy měla být nabídková cena vybraného uchazeče cenou mimořádně nízkou, musela by nutně být mimořádně nízkou nabídkovou cenou rovněž nabídková cena navrhovatele. Zadavatel však má za to, že jak cena vybraného uchazeče, tak cena navrhovatele odpovídají předmětu veřejné zakázky, resp. očekávaným výdajům zadavatele na realizaci dané veřejné zakázky.

43. K návrhu navrhovatele na vydání předběžného opatření zadavatel uvádí, že tento návrh postrádá náležitosti požadované zákonem v § 117 odst. 2, konkrétně návrh neobsahuje informaci o tom, v jakém jednání zadavatele je spatřováno porušení zákona zadavatelem, v jehož důsledku navrhovateli bezprostředně hrozí újma na jeho právech a v čem by měla taková (údajná) újma spočívat. Navíc, dle zadavatele neobsahuje návrh žádné odůvodnění potřeby zajistit účel řízení vydáním předběžného opatření. Dle zadavatele navrhovatel neuvádí, v čem konkrétně spatřuje hrozbu rizika zmaření účelu správního řízení, ani nepřipojuje důkazy, z nichž by nutnost nařízení předběžného opatření vyplývala. S ohledem na zcela zřejmé obsahové nedostatky návrhu na vydání předběžného opatření, se zadavatel domnívá, že by návrh na nařízení předběžného opatření měl být Úřadem zamítnut, resp. nemělo by na jeho základě být předběžné opatření nařízeno.
44. Závěrem zadavatel navrhuje, aby Úřad návrh na přezkoumání úkonů zadavatele v souladu s ustanovením § 118 odst. 5 písm. c) zákona zamítl, neboť návrh nebyl podán oprávněnou osobou.
45. Dne 23. 12. 2015 vydal Úřad rozhodnutí o nařízení předběžného opatření č. j. ÚOHS-S0887/2015/VZ-46063/2015/511/BMa, kterým byl zadavateli uložen zákaz uzavřít smlouvu na plnění veřejné zakázky v předmětném zadávacím řízení.
46. Dne 4. 1. 2016 doručil navrhovatel Úřadu repliku k vyjádření zadavatele ze dne 18. 12. 2015.

Replika navrhovatele doručená Úřadu dne 4. 1. 2016

47. Navrhovatel ve své replice nesouhlasí s tvrzeními uvedenými zadavatelem v jeho vyjádření. Ke včasnosti námitek navrhovatel uvádí, že své námítky formuloval při nejbližší možné příležitosti. Netransparentnost nastavení pravidel jednání o nabídkách v jednotlivých fázích JŘSU nebylo možné dle navrhovatele zjistit ze zadávací dokumentace, ale až z výzvy a zejména ze samotného reálného průběhu jednání. Podezření na možné netransparentní jednání vyplynulo i z rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, kdy navrhovatel získal informaci o finálních cenových nabídkách ostatních uchazečů, a to v kontextu protokolu o konečném výsledku hodnocení nabídek, ze kterého je patrné, že se výše konečné nabídkové ceny vybraného uchazeče liší od výše nabídkové ceny navrhovatele o pouhých 78 121,- Kč, což představuje rozdíl cca 0,06 % celkové nabídkové ceny. Navrhovatel proto trvá na tom, že námítky byly podány při nejbližší možné příležitosti, nikoliv opožděně, a v této souvislosti odkazuje na rozhodnutí Úřadu vedené pod sp. zn. ÚOHS-S602/2012/VZ, potvrzené rozhodnutím předsedy ÚOHS sp. zn. ÚOHS-R163/2013/VZ. V předmětném rozhodnutí ÚOHS na základě námitek a návrhu proti rozhodnutí o výběru z vlastní iniciativy přezkoumal rovněž zadávací podmínky, které kdyby navrhovatel po rozhodnutí o výběru napadal námítkami, byly by tyto námítky opožděné. Navrhovatel proto upozorňuje na shodnost situace ve správním řízení uvedeném výše a stávajícím správním řízení, na základě které může Úřad přezkoumat v tomto správním řízení zákonnost postupu zadavatele a případně přijmout příslušné opatření k nápravě.
48. Ke způsobu jednání o finálních cenových nabídkách navrhovatel opětovně zdůrazňuje, že jednotlivá jednání s uchazeči nenavazovala bezprostředně na sebe, jak uvádí zadavatel ve svém vyjádření, naopak mezi nimi vznikla mezera, v rámci níž jednotliví členové hodnotící komise opustili jednací místnost a tento samotný fakt sám o sobě zakládá netransparentnost celého zadávacího řízení (a dále odkazuje na čestná prohlášení, jež jsou přílohou návrhu). Na

neoprávněnou manipulaci s nabídkami poukazuje i fakt, že vybraný uchazeč dosáhl v konečném výsledku těsného rozdílu mezi svou nabídkovou cenou a cenou navrhovatele. Navrhovatel odmítá argument zadavatele ohledně fyziologických potřeb členů komise pro posouzení a hodnocení nabídek a dodává, že primárním úkolem zadavatele je zajištění transparentní soutěže o veřejnou zakázku, přičemž skutečnost, že zadavatel nastavil taková pravidla jednání o nabídkách, která nezaručují transparentní průběh, nelze omlouvat fyziologickými potřebami členů hodnotící komise a nemohou jít k tíži navrhovatele.

49. Navrhovatel uvádí, že pro účely zákona není podstatné, zda k ovlivnění nabídek fakticky došlo či nikoli, neboť pro naplnění skutkové podstaty správního deliktu zadavatele podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona je dostačující, zda zadavatelovo jednání mohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Postačí tak pouhá potencialita podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Jestli k takové manipulaci došlo či nikoliv je pak irelevantní, resp. navrhovatel pro případné potvrzení či vyvrácení takové manipulace nemá žádné důkazy. Navrhovatel dále uvádí, že jím popsání hrubé porušení zásady transparentnosti ve smyslu § 6 odst. 1 zákona je natolik závažné, že pokud by byly námitky navrhovatele skutečně posouzeny jako opožděné, pak musí být nezákonný postup zadavatele důvodem pro zahájení správního řízení z moci úřední.
50. Navrhovatel se dále vyjadřuje k analogii mezi otevíráním obálek v otevřeném řízení a „otevíráním“ nabídek v JŘSU a odkazuje na rozhodovací praxi Úřadu, podle které nabídky nesmí být „ani na chvíli“ bez dohledu uchazečů a odůvodňuje to právě tím, aby s nimi zadavatel nemohl žádným způsobem manipulovat. Proto pokud zde jsou nabídky uveřejňovány postupně a tak, že např. jakýkoli člen hodnotící komise má hypotetickou možnost takto získanou informaci postoupit uchazeči, který teprve svou nabídku formuluje, jedná se o hrubý rozpor s dosavadní rozhodovací praxí.
51. K argumentu zadavatele, že požadavky na kvalitu plnění byly pevně stanoveny v zadávacích podmínkách a žádný z uchazečů se od nich nemohl odchýlit, přičemž při výpočtu nabídkové ceny za věcně vymezené činnosti Programu údržby pro období 2016/2020 mohli uchazeči využít svých schopností a dovedností, díky kterým jsou schopni některé činnosti realizovat oproti jiným uchazečům efektivněji a tedy za nižší cenu, navrhovatel uvádí, že z postupu zadavatele není zřejmé, jak efektivitu a rychlost plnění veřejné zakázky posuzoval. Navrhovatel trvá na svém stanovisku, že nabídky uchazečů jsou vzájemně neporovnatelné, neboť každý uchazeč počítá s jiným objemem práce, který následně naceňuje.
52. K otázce mimořádně nízké nabídkové ceny nabídnuté vybraným uchazečem a k argumentu zadavatele, že v nabídkách uchazečů nebyla shledána mimořádně nízká nabídková cena, navrhovatel uvádí, že tvrzené skutečnosti se nezakládají na realitě, jelikož ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek vyplývá, že se zadavatel aspektem mimořádně nízké nabídkové ceny zabýval, a to u nabídky vybraného uchazeče, kterého vyzval ke zdůvodnění nabídkových cen ve 4 položkách. Navrhovatel je toho názoru, že pokud hodnotící komise zjistí existenci mimořádně nízké nabídkové ceny, pak je tato komise povinna uvést ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek způsob, jakým dospěla k závěrům v ní obsaženým, zejména tedy na základě jakých argumentů přijala odůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny jako relevantní. Navrhovatel proto zdůrazňuje, že zadavatel při odůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek

neuvekl, z jakého důvodu tuto nabídkovou cenu za mimořádně nízkou nepovažuje, čímž postupoval netransparentně.

53. Závěrem navrhovatel žádá Úřad o zrušení zadávacího řízení dle § 118 odst. 1 zákona. Současně navrhovatel opakuje, že pochybení zadavatele jsou natolik zásadní, že pokud by návrh navrhovatele byl v některé části zamítnut z procesních důvodů, jsou tato pochybení důvodem pro okamžité zahájení správního řízení z moci úřední Úřadem.
54. Dne 18. 12. 2015 a dne 22. 12. 2015 nahlédl právní zástupce navrhovatele do správního spisu.
55. Usnesením č. j. ÚOHS-S0887/2015/VZ-01233/2016/511/BMa ze dne 12. 1. 2016 určil Úřad účastníkům řízení lhůtu 7 dnů ode dne doručení tohoto usnesení k vyjádření se k podkladům rozhodnutí.
56. Dne 13. 1. 2016 předložil Úřadu právní zástupce zadavatele plnou moc k zastupování.
57. Dne 15. 1. 2016 nahlédl právní zástupce zadavatele do správního spisu; ve stejný den nahlížel do spisu i zástupce navrhovatele.
58. Přípisem ze dne 18. 1. 2016 podal navrhovatel své vyjádření k podkladům rozhodnutí, zadavatel se vyjádřil k podkladům rozhodnutí přípisem ze dne 19. 1. 2016 a přiložil současně substituční plnou moc k zastupování zadavatele ze dne 13. 1. 2016 udělenou advokátce Mgr. Lence Zdvíhalové, se sídlem Karoliny Světlé 301/8, Staré Město, 110 00 Praha 1.

Vyjádření navrhovatele ze dne 18. 1. 2016 k podkladům rozhodnutí

59. K posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny u položek „Kolový nakladač, Bagr - sací a Bagr – traktor“ nabídky vybraného uchazeče navrhovatel uvádí, že postup zadavatele, který spočíval v akceptaci zdůvodnění poskytnutým vybraným uchazečem, považuje za netransparentní. Dle názoru navrhovatele není vybraný uchazeč oprávněn odůvodnit mimořádně nízkou nabídkovou cenu pouze odkazem na subdodavatele a příslušné smluvní vztahy, jež údajně dovolují vybranému uchazeči nabízet plnění za takto nízké ceny, neboť zadavatel by byl nucen akceptovat plnění, jež není proveditelné za nabízené ceny a to i v případě, že by vybraný uchazeč nebyl schopen takové plnění následně za uvedenou cenu poskytnout. Podle navrhovatele nezakládají smluvní vztahy se subdodavatelem objektivní příčinu, kterou by zadavatel mohl vzít v úvahu při zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny.
60. Navrhovatel dále vypočítává náklady na provoz kolového nakladače, ze kterých dle jeho názoru je zřejmé, že nabídková cena u této položky byla podhodnocena a že se jedná o MNNC.
61. V případě posouzení MNNC u položky „T TECHNOLOG“ nabídky vybraného uchazeče navrhovatel nejprve odkazuje na návrh rámcové smlouvy, podle kterého spočívá náplň této profese v provádění technologických postupů a přípravy mimo svařování. Navrhovatel zdůrazňuje, že uvedené nelze klasifikovat jako administrativní činnost. Naopak takové činnosti vyžadují vysoce kvalifikovaného SŠ vzdělaného pracovníka, neboť součástí pracovní náplně technologa je i řešení technických problémů, které vznikají při údržbě, tedy musí jít o osobu schopnou operovat přímo na pracovišti a zde technicky řešit možné problémy. Dle navrhovatele se nejedná o rutinní administrativu, jak uvádí vybraný uchazeč. Dále

navrhovatel uvádí, že s ohledem na skutečnost, že se v případě této profese jedná o jednu z klíčových osob podílejících se na plnění veřejné zakázky, pak navrhovatel konstatuje, že v případě, že zadavatel požaduje kvalitní a bezpečné plnění, je nereálné, aby vybraný uchazeč tuto profesi zajišťoval pracovníky, kteří pracují pouze na dohodu o provedení práce a jsou důchodového věku. Závěrem navrhovatel uvádí, že posouzení vysvětlení existence MNNC ze strany vybraného uchazeče hodnotící komisí se nezakládá na reálných podkladech.

62. K povinnosti Úřadu přezkoumat zadávací řízení jako celek navrhovatel uvádí, že i kdyby Úřad posoudil námitky navrhovatele jako opožděné, pak i v takovém případě je Úřad povinen tyto napadené aspekty zadávacího řízení přezkoumat a případně přistoupit k jejich zrušení. Dle názoru navrhovatele nelze totiž aprobovat výběr nejhodnější nabídky jako úkon v souladu se zákonem, když tento vzešel z nezákonného nastavení zadávacích podmínek a z jeho nezákonného průběhu. S odkazem na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R163/2013/VZ-16224/2013/310/Mše ze dne 28. 8. 2013 navrhovatel uvádí, že zákonnost všech kroků, jejichž prostřednictvím zadavatel dospěl k výběru nejhodnější nabídky, a to včetně zadávacích podmínek, je Úřad oprávněn přezkoumat v rámci vedeného návrhového řízení bez ohledu na znění či opožděnost námitek. V této souvislosti navrhovatel dále zmiňuje rozhodnutí Krajského soudu v Brně sp. zn. 31 Af 194/2013 ze dne 25. 11. 2015, který shora citované rozhodnutí předsedy Úřadu potvrdil.
63. Navrhovatel dále ve svém vyjádření uvedl informace vztahující se k bezdůvodnému vypovězení smlouvy zadavatelem, kterou tento uzavřel s navrhovatelem na plnění veřejné zakázky s totožným předmětem jako je šetřená veřejná zakázka. Navrhovatel se domnívá, že zadavatel předčasným vypovězením smlouvy s navrhovatelem a následným zahájením zadávacího řízení s poptávaným totožným předmětem plnění obešel účel a smysl zákona a zásadním způsobem tak omezil hospodářskou soutěž. Dle navrhovatele se zadavatel svým jednáním dopustil správního deliktu, proto navrhovatel podává v tomto smyslu podnět dle § 42 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, v platném znění.
64. Navrhovatel je přesvědčen, že zadavatel v zadávacím řízení na veřejnou zakázku jednal v rozporu se zákonem. Navrhovatel proto žádá Úřad, aby jako opatření k nápravě v souladu s § 118 odst. 1 zákona zrušil zadávací řízení. Současně navrhovatel znovu opakuje, že pochybení zadavatele jsou natolik zásadní, že pokud by návrh navrhovatele byl v některé části zamítnut z procesních důvodů, jsou tato pochybení důvodem pro okamžité zahájení správního řízení z moci úřední.

Vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutí ze dne 19. 1. 2016

65. Zadavatel se ve svém dopisu ze dne 19. 1. 2016 vyjadřuje zejména k replice navrhovatele doručené Úřadu dne 4. 1. 2016.
66. K názoru navrhovatele, že námitky byly podány včas, nikoli opožděně, když netransparentnost nastavení pravidel jednání o nabídkách v jednotlivých fázích jednacího řízení s uveřejněním nebylo dle názoru navrhovatele možné zjistit ze zadávací dokumentace, ale až ze samotného průběhu jednání, resp. na základě rozhodnutí o výběru nejhodnější nabídky, zadavatel uvádí následující. Dle názoru zadavatele se navrhovatel o konkrétním způsobu vedení jednání o nabídkách musel dozvědět nejpozději v průběhu jednání o nabídkách. Poslední jednání o nabídkách se přitom konalo 6. 10. 2015. Lhůta pro podání námitek proti stanovení způsobu jednání o nabídkách tedy nutně uplynula nejpozději 21. 10.

2015. Svoji výše uvedenou námitku však navrhovatel doručil zadavateli teprve 16. 11. 2015, tedy více než tři týdny po uplynutí lhůty pro podání takové námitky.

67. Tvrzení navrhovatele, že se o údajné nezákonnosti postupu zadavatele dozvěděl teprve doručením rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, zadavatel odmítá a uvádí, že rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, resp. konečné ceny jednotlivých uchazečů uvedené v daném rozhodnutí ničeho nevypovídají o způsobu, jakým zadavatel postupoval v rámci jednání o nabídkách.
68. K navrhovatelem vytýkanému způsobu úpravy počtu hodin jednotlivých profesí a měrných jednotek jiných činností a mechanismů ve vztahu k věcně vymezeným činnostem Programu údržby na období 2016-2020, zadavatel uvádí, že způsob, jakým měli uchazeči zpracovat své nabídkové ceny, byl zcela srozumitelně a jednoznačně stanoven již v zadávacích podmínkách. Je tedy zřejmé, že námitka směřuje proti zadávacím podmínkám, nikoli proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Zadavatel dále uvádí, že námitky proti zadávacím podmínkám je možné podat ve lhůtě do 5 dní ode dne skončení lhůty pro podání nabídek. Lhůta pro podání nabídek byla ve výzvě k podání nabídek stanovena do 25. 8. 2015; námitky proti zadávacím podmínkám mohli uchazeči podávat nejpozději do 30. 8. 2015. Námitka navrhovatele však byla doručena zadavateli teprve 16. 11. 2015, tedy přibližně dva a půl měsíce po uplynutí lhůty pro podání takové námitky. Zadavatel uzavírá, že v žádném případě tedy nelze souhlasit s tvrzením navrhovatele, že své námitky podal při nejbližší příležitosti a že námitky byly podány včas, a je toho názoru, že podané námitky jsou účelové.
69. Zadavatel v této souvislosti uvádí, že návrh navrhovatele nelze považovat ani za podnět k zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele z moci úřední, jelikož v předmětném zadávacím řízení nebyly navrhovatelem řádně a včas podány námitky a není proto s ohledem na ustanovení § 110 odst. 9 zákona oprávněn podat podnět k Úřadu v téže věci. Zadavatel je přesvědčen, že pokud by měl být návrh navrhovatele považován za podnět k zahájení správního řízení z moci úřední, ani tak by nebylo možné mít takové podání za podané v souladu se zákonem o veřejných zakázkách, neboť navrhovatel není s ohledem na ustanovení § 110 odst. 9 zákona osobou oprávněnou k podání takového podnětu. Rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R163/2013/VZ-16224/2013/310/Mše ze dne 28. 8. 2013, které bylo následně potvrzeno rozsudkem Krajského soudu v Brně sp. zn. 31 Af 194/2013 ze dne 25. 11. 2015, nelze dle názoru zadavatele na současný případ aplikovat, jelikož v dotčeném případě byly navrhovatelem podány řádné námitky směřující proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky; v současném případě však dle názoru zadavatele podal navrhovatel opožděné námitky směřující nikoliv proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky ale proti zadávacím podmínkám.
70. K názoru navrhovatele, že zadavatel zvolil takový způsob jednání o finálních nabídkových cenách, který vytváří nekontrolovatelný prostor pro manipulaci s nabídkovými cenami, zadavatel uvádí, že argumenty navrhovatele jsou čistě spekulativní a že ke sdělení nabídkových cen dříve jednajících uchazečů v průběhu jednání nedošlo.
71. K tvrzené analogii mezi jednáním o nabídkách a otevíráním obálek, kdy v této souvislosti navrhovatel poukazuje na rozhodovací praxi Úřadu vztahující se na otevírání obálek, zadavatel uvádí, že tyto dva instituty nelze v žádném případě srovnávat, neboť upravují zcela rozdílné postupy v rámci zadávacího řízení. V případě otevírání obálek se přítomným

uchazečům sdělí některé informace z nabídek ostatních uchazečů, v průběhu jednání o nabídkách se v zájmu zachování zásady rovnosti a nediskriminace žádné informace z nabídek uchazečů ostatním uchazečům nesdělují a sdělovat nesmí. Zadavatel opakovaně konstatuje, že v průběhu jednání o nabídkách nebyly uchazečům sdělovány ceny ostatních uchazečů ani nebylo jakkoli s nabídkami uchazečů manipulováno.

72. K argumentu navrhovatele, že zadavatel umožnil, aby uchazeči podávali vzájemně neporovnatelné nabídky, když uchazečům umožnil měnit předpokládaný objem plnění, který byl předmětem nacenění ze strany uchazečů, zadavatel uvádí, že u věcně vymezených činností Programu údržby na období 2016-2020 byly hodnoceny výhradně maximální ceny za realizaci dotčených činností (bez ohledu na to, jak byly tyto ceny vypočteny), přičemž tyto činnosti byly ve vztahu ke všem uchazečům vymezeny zcela shodně. Zadavatel dodává, že uchazečem uváděný rozsah činností, který je základem pro stanovení maximální ceny za věcně vymezené činnosti Programu údržby na období 2016-2020, slouží jako maximální hranice, do které bude zadavatel hradit dodavateli cenu za příslušné věcně vymezené činnosti. Je tedy na uchazečích, aby tuto nastavili dle vlastních možností a schopností. Pro hodnocení nabídek je nicméně relevantní toliko maximální cena za dané činnosti. V této souvislosti není dle zadavatele proto relevantní, zda realizace dotčených činností zabere vybranému uchazeči více času, než kolik uvedl ve své nabídce, a to vzhledem k tomu, že uchazečem uváděný rozsah činností slouží jako maximální hranice, do které bude zadavatel hradit dodavateli cenu za příslušné věcně vymezené činnosti Programu údržby na období 2016-2020, nikoli jako limit rozsahu, v němž budou jednotlivé činnosti vykonávány. Zadavatel uzavírá, že nabídky všech uchazečů byly činěny na zcela totožné věcně vymezené činnosti Programu údržby pro období 2016-2020. Dle zadavatele proto nelze přisvědčit argumentaci navrhovatele, že by snad zadavatel hodnotil vzájemně neporovnatelné nabídky.
73. K námitce týkající se údajné nesprávnosti postupu zadavatele při posouzení nabídkové ceny vybraného uchazeče, zda se nejedná o nabídkovou cenu mimořádně nízkou, zadavatel uvádí, že i když v rámci posouzení konečných nabídek z hlediska existence MNNC shledal, že u některých dílčích položek nabídkové ceny vybraného uchazeče je uvedena mimořádně nízká nabídková cena, tak na základě obdrženého zdůvodnění MNNC zadavatel dospěl k závěru, že uváděná cena v dotčených položkách je zdůvodněna objektivními příčinami uvedenými ve zdůvodnění MNNC a tedy, de facto se o mimořádně nízkou nabídkovou cenu nejedná. V této souvislosti zadavatel znovu opakuje, že z žádného ustanovení zákona o veřejných zakázkách nevyplývá, že by zpráva o posouzení a hodnocení nabídek měla obsahovat rovněž popis způsobu posouzení nabídkové ceny (v tom směru, zda se nejedná o cenu mimořádně nízkou), jak nesprávně dovozuje navrhovatel, nedojde-li na základě posouzení nabídek k vyřazení některé z nich (v takovém případě je třeba ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek uvést důvod takového vyřazení mající z povahy věci základ v posouzení nabídek). Zadavatel je přesvědčen, že na transparentnosti zadávacího řízení ničeho neubírá to, že detailní popis postupu pověřených pracovníků zadavatele při posouzení nabídek (a to včetně posouzení nabídek v tom směru, zda neobsahují mimořádně nízké nabídkové ceny) je obsažen toliko v interních dokumentech zadavatele. Všechny tyto dokumenty jsou Úřadu k dispozici a lze z nich snadno seznat, že zadavatel postupoval při posouzení nabídek (včetně posouzení nabídek v tom směru, zda neobsahují mimořádně nízké nabídkové ceny) zcela v souladu se zákonem.

74. S ohledem na shora uvedené tedy zadavatel navrhuje, aby Úřad návrh navrhovatele na přezkoumání úkonů zadavatele v souladu s ust. § 118 odst. 5 písm. c) zákona zamítl.
75. V návaznosti na doplnění podkladů do správního spisu Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0887/2015/VZ-03664/2016/511/BMa ze dne 1. 2. 2016 určil Úřad účastníkům řízení lhůtu 7 dnů ode dne doručení tohoto usnesení k vyjádření se k podkladům rozhodnutí.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

76. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, vyjádření účastníků řízení a na základě vlastního zjištění rozhodl:
- a) výrokem č. I tohoto rozhodnutí o části návrhu týkající se nedodržení postupu stanoveného v § 30 odst. 8 zákona, v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona, kterého se měl zadavatel dopustit tím, že při jednání o podaných nabídkách na veřejnou zakázku, konaném dne 6. 10. 2015 na základě výzvy ze dne 29. 9. 2015, nezajistil dodržení zásady transparentnosti při nakládání s informacemi z nabídek uchazečů, tak, že se návrh v uvedené části podle § 118 odst. 5 písm. c) zákona zamítá, neboť nebyl podán oprávněnou osobou;
- b) výrokem č. II tohoto rozhodnutí o části návrhu týkající se nedodržení postupu stanoveného v § 44 odst. 1 zákona, v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona, kterého se měl zadavatel dopustit tím, že v rámci vymezení hodnotícího kritéria „nabídková cena“ umožnil uchazečům při jednání o podaných nabídkách na veřejnou zakázku měnit předpokládaný objem plnění uchazeči, v důsledku čehož měl zadavatel hodnotit nabídky se vzájemně neporovnatelným plněním, tak, že se návrh v uvedené části podle § 118 odst. 5 písm. c) zákona zamítá, neboť nebyl podán oprávněnou osobou;
- c) výrokem č. III tohoto rozhodnutí, o tom, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 77 odst. 1 zákona a zásadu transparentnosti stanovenou v § 6 odst. 1 zákona tím, že v rámci posouzení nabídky vybraného uchazeče přezkoumatelným způsobem nezdůvodnil, na základě jakých skutečností akceptoval zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny poskytnuté vybraným uchazečem, když
- v případě položky „T TECHNOLOG“ skutečnosti, kterými zadavatel v Záznamu jednání komise o posouzení nabídek z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny ze dne 22. 10. 2015 zdůvodnil akceptaci zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče v této položce, neodpovídají obsahu zdůvodnění uvedenému vybraným uchazečem ve vztahu k této položce v jeho zdůvodnění nízké nabídkové ceny ze dne 21. 10. 2015 a zadavatel tento nesoulad v žádném z dokumentů tvořících součást dokumentace o veřejné zakázce nijak nevysvětlil;
 - v případě položek „Bagr – sací“, „Bagr – traktor“ zadavatel v Záznamu jednání komise o posouzení nabídek z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny ze dne 22. 10. 2015 ani v jiném dokumentu tvořícím součást dokumentace o veřejné zakázce nespécifikoval konkrétní objektivní příčiny ve smyslu § 77 odst. 2 písm. a) citovaného zákona, na základě nichž akceptoval zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny uvedené vybraným uchazečem ve vztahu k těmto položkám v jeho zdůvodnění nízké nabídkové ceny ze dne 21. 10. 2015;

- v případě položky „Kolový nakladač“, zadavatel v Záznamu jednání komise o posouzení nabídek z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny ze dne 22. 10. 2015 ani v jiném dokumentu tvořícím součást dokumentace o veřejné zakázce neuvedl, na základě čeho akceptoval zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny uvedené vybraným uchazečem ve vztahu k této položce v jeho zdůvodnění nízké nabídkové ceny ze dne 21. 10. 2015,

přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

K postavení zadavatele

77. Dle § 2 odst. 6 zákona se za sektorového zadavatele považuje osoba vykonávající některou z relevantních činností podle § 4 zákona, pokud
- a) tuto relevantní činnost vykonává na základě zvláštního či výhradního práva, nebo
 - b) nad touto osobou může veřejný zadavatel přímo či nepřímo uplatňovat dominantní vliv; dominantní vliv veřejný zadavatel uplatňuje v případě, že
 1. disponuje většinou hlasovacích práv sám³) či na základě dohody s jinou osobou, nebo
 2. jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu.
78. Dle § 4 odst. 1 písm. c) zákona se za relevantní činnost v odvětví elektroenergetiky považuje
1. výroba elektřiny za účelem poskytování služby veřejnosti, nebo
 2. poskytování nebo provozování přenosové či distribuční soustavy určené k poskytování služby veřejnosti.
79. Dle § 19 odst. 1 zákona platí, že sektorový zadavatel postupuje podle tohoto zákona pouze v případě nadlimitních veřejných zakázek zadávaných v souvislosti s výkonem relevantní činnosti.
80. Dle § 12 odst. 1 zákona se nadlimitní veřejnou zakázkou rozumí veřejná zakázka, jejíž předpokládaná hodnota podle § 13 bez daně z přidané hodnoty dosáhne nejméně finančního limitu stanoveného prováděcím právním předpisem pro jednotlivé kategorie zadavatelů, oblasti a druhy veřejných zakázek, případně kategorie dodávek nebo služeb.
81. Dle § 2 odst. 2 písm. c) nařízení vlády č. 77/2008 Sb., o stanovení finančních limitů pro účely zákona o veřejných zakázkách, o vymezení zboží pořizovaného Českou republikou - Ministerstvem obrany, pro které platí zvláštní finanční limit, a o přepočtech částek stanovených v zákoně o veřejných zakázkách v eurech na českou měnu, v platném znění, činí finanční limit podle § 12 odst. 1 zákona v případě veřejných zakázek na služby 10.489.000,- Kč pro zadavatele uvedené v § 2 odst. 6 zákona.
82. Z elektronického výpisu z přehledu údajů o licencích udělených Energetickým regulačním úřadem (dále jen „ERÚ“), pořízeného z webových stránek ERÚ, Úřad zjistil, že zadavateli byla udělena licence k výrobě elektřiny (č. licence 111226811), a licence k distribuci elektřiny (č. licence 121226812).

83. Z vymezení předmětu veřejné zakázky v zadávací dokumentaci (viz bod 2. odůvodnění tohoto rozhodnutí) vyplývá, že veřejná zakázka je zadávána v souvislosti s výkonem relevantní činnosti. Zadavatel v dokumentaci o veřejné zakázce nestanovil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky, z cen nabídnutých uchazeči (které se pohybovaly v rozmezí od 167 - 251 mil. Kč a po jednáních se zadavatelem byly sníženy na cca 134 mil. Kč), je však zřejmé, že se v daném případě jedná o nadlimitní veřejnou zakázku na služby.
84. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že zadavatel vykonává relevantní činnost v odvětví elektroenergetiky dle § 4 odst. 1 písm. c) zákona na základě udělené licence, čímž naplnil znaky dle § 2 odst. 6 zákona, stanovené pro sektorového zadavatele. Jelikož veřejná zakázka je zadávána v souvislosti s výkonem relevantní činnosti a její hodnota přesahuje finanční limit daný pro nadlimitní veřejné zakázky, pak vzhledem k § 19 odst. 1 zákona byl zadavatel povinen předmětnou veřejnou zakázku zadávat postupem dle zákona.

K výrokům I. a II. rozhodnutí

Relevantní ustanovení zákona

85. Dle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
86. Dle § 17 písm. l) zákona se zadávacími podmínkami rozumí veškeré požadavky zadavatele uvedené v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení, zadávací dokumentaci či jiných dokumentech obsahujících vymezení předmětu veřejné zakázky.
87. Dle § 110 odst. 1 zákona platí, že při zadávání nadlimitních a podlimitních veřejných zakázek či v soutěži o návrh může kterýkoliv dodavatel, který má nebo měl zájem na získání určité veřejné zakázky a kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech (dále jen „stěžovatel“), zadavateli podat zdůvodněné námitky.
88. Dle § 110 odst. 2 zákona lze námitky podat proti všem úkonům zadavatele a stěžovatel je musí doručit zadavateli do 15 dnů a v případě zjednodušeného podlimitního řízení do 10 dnů ode dne, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozví, nejpozději však do doby uzavření smlouvy.
89. Dle § 110 odst. 3 zákona platí, že námitky proti zadávacím podmínkám musí stěžovatel doručit zadavateli nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek.
90. Dle § 110 odst. 4 zákona platí, že námitky proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky nebo proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení z účasti v zadávacím řízení musí stěžovatel doručit zadavateli do 15 dnů a v případě zjednodušeného podlimitního řízení do 10 dnů ode dne doručení oznámení o výběru nejvhodnější nabídky veřejné zakázky podle § 81 nebo rozhodnutí o vyloučení z účasti v zadávacím řízení.
91. Dle § 110 odst. 7 zákona se námitky podávají písemně. V námitkách musí stěžovatel uvést, kdo je podává, proti kterému úkonu zadavatele směřují a v čem je spatřováno porušení zákona. V námitkách podle odstavců 2, 3 a 5 musí být uvedeno, jaká újma stěžovateli v důsledku domnělého porušení zákona hrozí nebo vznikla a čeho se stěžovatel domáhá. Jde-li o námitky podle odstavce 2, musí stěžovatel v námitkách uvést též skutečnosti rozhodné

pro stanovení okamžiku, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozvěděl. Námitky neobsahující náležitosti podle tohoto odstavce zadavatel odmítne a bezodkladně písemně uvedomí o této skutečnosti stěžovatele. Podání námitek řádně a včas je podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání postupu zadavatele ve stejné věci. Návrh na uložení zákazu plnění smlouvy podle § 114 odst. 2 může stěžovatel podat bez předchozího podání námitek.

92. Dle § 111 odst. 4 zákona zadavatel nerozhoduje o námitkách, které byly podány opožděně nebo které vzal stěžovatel zpět. Tuto skutečnost zadavatel písemně oznámí stěžovateli. Vezme-li stěžovatel námitky zpět, není oprávněn podat ve stejné věci návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu.
93. Dle § 114 odst. 1 zákona lze návrh podat proti všem úkonům zadavatele, které vylučují nebo by mohly vyloučit zásady stanovené v § 6 a v jejichž důsledku hrozí nebo vznikla újma na právech navrhovatele, a to zejména proti
- a) zadávacím podmínkám,
 - b) obsahu oznámení nebo výzvy o zahájení zadávacího řízení,
 - c) vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení,
 - d) rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky,
 - e) použití druhu zadávacího řízení.
94. Dle § 118 odst. 5 písm. c) zákona Úřad návrh zamítne, pokud návrh nebyl podán oprávněnou osobou.

Skutečnosti zjištěné z dokumentace o veřejné zakázce a z listin předložených navrhovatelem

95. V čl. 23 „JEDNÁNÍ O NABÍDKÁCH“ zadávací dokumentace je mj. uvedeno:

„Jednání o Nabídkách může probíhat se všemi Uchazeči současně či odděleně. Informace budou Uchazečům sděleny ve výzvě k jednání. V případě odděleného jednání s Uchazeči se bude vždy jednat dle pořadí došlých nabídek.

Jednání bude probíhat v jedné fázi, přičemž v rámci této jedné fáze může proběhnout několik jednání.

Z jednání bude pořízen protokol, ve kterém budou uvedeny výsledky jednání. Protokol z jednání podepisuje Zadavatel a Uchazeč, či Uchazeči, kteří se jednání o nabídkách účastnili. Podpisem každého protokolu z jednání se pro Uchazeče stávají údaje a ujednání uvedená v protokolu z jednání závazná. Pozdější ujednání uvedená v podepsaném protokolu z jednání nahrazuje předchozí ujednání.

Po ukončení fáze jednání o Nabídkách stanoví Zadavatel na základě výsledků jednání pořadí Uchazečů. O stanovení pořadí Uchazečů Zadavatel vyhotoví protokol, v němž budou uvedeny výsledky hodnocení jednání o Nabídkách a pořadí Uchazečů (dále jen "protokol o konečném výsledku hodnocení").

Protokol o konečném výsledku hodnocení Zadavatel odešle všem Uchazečům, s nimiž bylo jednání o Nabídkách uskutečněno. Uchazeči, jenž se podle výsledků jednání o Nabídkách

umístil první v pořadí, Zadavatel zašle společně s protokolem o konečném výsledku hodnocení rovněž kopie veškerých protokolů z jednání o jeho Nabídce“.

96. V dokumentu nazvaném „*Předpokládaný rozsah věcně vymezených činností Programu údržby na období 2016-2020*“, tvořícího jednu z částí formuláře „*Cenová kalkulace*“, který je součástí zadávací dokumentace, je uvedeno: „*počty hodin u jednotlivých profesí a měrných jednotek jiných činností a mechanismů jsou pouze předpokladem zadavatele vycházejícím z historie. Uchazeč je oprávněn počty hodin nebo měrných jednotek upravovat podle svého uvážení v množství, kterými bude příslušnou položku Věcně vymezených činností programu údržby realizovat.*“
97. V rámci dodatečných informací k zadávacím podmínkám zadavatel odpověděl na dotaz č. 44 následovně: „*...Předpokládaný rozsah Věcně vymezených (zahrnutých) činností Programu údržby na období 2016-2020 ovšem nedefinuje přesný způsob, jakým má dodavatel plnit předmět veřejné zakázky. Zadavatel pouze stanovil předpokládaný rozsah...který odpovídá údajům a informacím, které má zadavatel v tuto chvíli k dispozici. Zájemce má však podle svého uvážení a ve vztahu k předmětu plnění možnost upravit ve své nabídce počet hodin předpokládaný Zadavatelem v oblasti činností zahrnutých do Věcně vymezených činností Programu údržby na období 2016-2020 v souladu s pokyny uvedenými na listu „předpoklad údržby na období 2016-2020, tj. počet hodin předpokládaný zadavatelem měnit“.*
98. Ve výzvách k poslednímu jednání ze dne 29. 9. 2015, které byly zaslány jednotlivým uchazečům, zadavatel uvedl, že poslední jednání o nabídkách se uskuteční dne 6. 10. 2015, předmětem bude jednání o podmínkách, které jsou předmětem hodnocení nabídek, přičemž zadavatel dále požadoval, aby uchazeči na tomto jednání potvrdili nebo přehodnotili nabídkovou cenu. Z výzev zasláných jednotlivým uchazečům vyplývá, že jednání s navrhovatelem mělo probíhat od 11,00 hod, jednání s uchazečem G – Team a. s. od 12,00 hod a jednání s vybraným uchazečem od 13,00 hod.
99. V protokolu o konečném výsledku hodnocení ze dne 27. 10. 2015 je uvedeno konečné pořadí nabídek, které koresponduje s výsledným pořadím nabídek uvedeným ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 26. 10. 2015, stanoveným dle hodnotícího kritéria nejnižší nabídkové ceny, přičemž na prvním místě se umístil vybraný uchazeč s nabídkovou cenou 134.907.863,- Kč, následoval navrhovatel s nabídkovou cenou 134.985.984,- Kč a následně uchazeč G – Team a. s. s nabídkovou cenou 251.804.098,- Kč.
100. Zadavatel dne 29. 10. 2015 rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky vybraného uchazeče.
101. Navrhovatel podal proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky námitky ze dne 13. 11. 2015, které byly zadavateli doručeny dne 16. 11. 2015. Navrhovatel poukazyval na pochybení zadavatele spočívající v
- a) nedodržení postupu stanoveného v § 30 odst. 8 zákona, ve spojení s § 6 odst. 1 zákona, když zadavatel v rámci posledního jednání o nabídkách konaného dne 6. 10. 2015 jednal o nabídkové ceně s jednotlivými uchazeči odděleně a se značným časovým rozestupem, přičemž předmětem těchto jednání pouze výše nabídkové ceny, čímž jednání o nabídkové ceně zatížil vadou netransparentnosti a založil tak potenciální riziko manipulace s nabídkovými cenami uchazečů. Dále navrhovatel uvedl, že pochybnosti o transparentním postupu zadavatele vzbuzuje i chování členů hodnotící

komise, kteří při posledním jednání o nabídkách opustili v době 12,05 - 12,15 hod jednací místnost a mohli předat informaci o nabídkové ceně navrhovatele vybranému uchazeči,

b) nedodržení postupu stanoveného v § 44 odst. 1 zákona v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona, když uchazečům v nabídkách a v rámci jednání o nabídkách zadavatel umožnil měnit předpokládaný objem plnění, který byl předmětem nacenění ze strany uchazečů, v důsledku čehož zadavatel následně posuzoval a hodnotil vzájemně neporovnatelné nabídky. Navrhovatel nejprve odkázal na zadavatelem stanovenou strukturu nabídkové ceny v zadávací dokumentaci (tato se skládá z ceny za předpokládaný rozsah věcně vymezených činností Programu údržby na období 2016-2020 a z ceny za předpokládaný rozsah činností nezahrnutých do věcně vymezených činností Programu údržby na období 2016-2020) a na zadavatelem stanovený předpoklad počtu hodin u jednotlivých profesí a předpoklad měrných jednotek jiných činností a mechanismů, kde měl uchazeč dle svého uvážení upravit počty hodin nebo měrných jednotek v množství, kterými bude příslušnou položku realizovat. Dle navrhovatele nebyl definován přesný způsob, jakým má dodavatel plnit předmět veřejné zakázky. Dle navrhovatele zadavatel tím, že nastavil část nabídkové ceny, aniž by předem stanovil pevnou sumu hodin jednotlivých profesí, které budou uchazeči naceňovat, získal nabídky, které mezi sebou nemůže objektivně porovnat. Toto pochybení zadavatele se dle navrhovatele plně projevilo až při hodnocení jednotlivých nabídkových cen, a tedy i v rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky. Zadavatel tak nesprávně nastavil hodnotící kritérium takovým způsobem, že nebylo možné objektivně zhodnotit, která nabídka je nejvýhodnější,

c) nedodržení postupu stanoveného v § 77 odst. 1 zákona, když zadavatel řádně nezduvodnil, z jakého důvodu u vybraného uchazeče neshledal mimořádně nízkou nabídkovou cenu a návazně v rozporu s § 77 odst. 6 ZVZ tohoto uchazeče nevyločil, ačkoliv jeho nabídka mimořádně nízkou nabídkovou cenu pravděpodobně obsahuje.

102. Zadavatel o podaných námitkách rozhodl dne 25. 11. 2015. V rozhodnutí o námitkách zadavatel námitku navrhovatele směřující proti způsobu vedení posledního jednání o nabídkách (viz bod 101. písm. a) odůvodnění tohoto rozhodnutí) odmítnul a zároveň o ní nerozhodoval, přičemž tento svůj postup odůvodnil tím, že v uvedené námitce nebylo obsaženo vymezení újmy, jaká v důsledku domnělého porušení zákona navrhovateli hrozí nebo vznikla, a dále navrhovatel neuvedl, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozvěděl. Zadavatel v odůvodnění rozhodnutí o námitkách uvádí, že navrhovatel byl informován o způsobu jednání o nabídkách již prostřednictvím zadávacích podmínek, nejpozději se však mohl o způsobu jednání dozvědět při samotném jednání o nabídkách dne 6. 10. 2015. Od tohoto okamžiku mohl navrhovatel uplatnit svou námitku, přičemž lhůta k jejímu podání skončila dne 21. 10. 2015. Dále zadavatel odmítl spekulaci navrhovatele o vyzrazení nabídkových cen v průběhu jednání.

103. O námitce navrhovatele směřující proti stanovení možnosti uchazečů měnit v průběhu jednání o nabídkách předpokládaný objem plnění (viz bod 101. písm. b) odůvodnění tohoto rozhodnutí) zadavatel nerozhodl, jelikož byla dle jeho názoru podána opožděně. Dle zadavatele byl navrhovatel seznámen se zadávacími podmínkami týkajícími se tvorby nabídkové ceny již prostřednictvím zadávací dokumentace, kterou navrhovatel obdržel spolu

s výzvou k podání nabídky. Jelikož termín pro podání nabídky byl stanoven na 25. 8. 2015, pak lhůta pro podání námitek proti zadávacím podmínkám skončila dne 30. 8. 2015. Zadavatel dále uvedl, že žádný z uchazečů nijak nezasahoval do věcně vymezených činností Programu údržby na období 2016-2020 a pokud došlo k úpravě počtu měrných jednotek jednotlivých sazeb, pak jen v souladu se zadávacími podmínkami.

104. Námitku navrhovatele směřující proti nezákonnému postupu zadavatele při posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny a při výběru nejvhodnější nabídky (viz bod 101. písm. c) odůvodnění tohoto rozhodnutí) zadavatel odmítl, jelikož tato neobsahovala újmu, která navrhovateli v důsledku domnělého porušení zákona hrozí nebo vznikla.
105. Jako přílohu návrhu navrhovatel předložil Úřadu čestná prohlášení osob zastupujících navrhovatele při posledním jednání o nabídkách v den 6. 10. 2015 – Jan Crdlík, Jaromír Šilhan, Radek Klokan (dále jen „zástupci navrhovatele“) – sepsaná dne 11. 11. 2015, ve kterých byl popsán průběh posledního jednání o nabídkách. Z čestných prohlášení shodně vyplývá, že jednání zadavatele s navrhovatelem o jeho nabídce započalo v 11,00 hod. Na tomto jednání se hodnotící komise dotázala zástupců navrhovatele, zda přehodnotí cenovou nabídku, na což zástupci zareagovali předložením nové snížené cenové nabídky. Všichni členové hodnotící komise se měli s novou nabídkovou cenou důkladně seznámit. Po skončení jednání v 11,45 hod čekali zástupci navrhovatele před jednací místností a poté ve vestibulu s dobrým výhledem na jednací místnost. Ve 12,00 hod mělo proběhnout jednání s uchazečem G - Team, kterého však zástupci navrhovatele neviděli přicházet. Ve 12,05 hod opustili jednací místnost členové hodnotící komise (pan Cuber, pan Kontrik), přičemž minimálně do doby 12,15 hod se tyto osoby do jednací místnosti nevrátily.

K výroku I. rozhodnutí

106. V první části svého návrhu navrhovatel napadá způsob vedení jednání o nabídkách, který považuje za netransparentní (viz body X 18. – 21. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
107. Zadavatel je přesvědčen, že navrhovatel není v této části osobou oprávněnou podat návrh na přezkoumání úkonů zadavatele, neboť v dané věci nepodal včas námitky.
108. Z dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že navrhovatel v rámci zadávacího řízení doručil zadavateli dne 16. 11. 2015 námitky ze dne 13. 11. 2015. Námitky obsahují několik částí, v nichž navrhovatel napadá různé úkony zadavatele. Námitky byly navrhovatelem nadepsány jako „Námitky stěžovatele proti rozhodnutí o výběru“, a navrhovatel i ve svém návrhu a dalších podáních v rámci správního řízení tvrdí, že tyto námitky ve všech svých částech směřují proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky.
109. Zadavatel je toho názoru, že námitky podané navrhovatelem proti netransparentnímu způsobu jednání o nabídkách nejsou námitkami proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, ale že napadají zadávací podmínky, případně vlastní průběh jednání o nabídkách, z čehož zadavatel dovozuje, že byly podány opožděně.

Právní posouzení

110. Pro další postup Úřadu ve věci je stěžejní určení, jaký úkon zadavatele uvedené námitky navrhovatele fakticky napadají, přičemž podle přijatého závěru lze následně rozhodnout, zda navrhovatel podal námitky řádně a včas, a zda byl tedy v dané věci oprávněn podat návrh k Úřadu.

111. Úřad prošetřil námitky navrhovatele v části týkající se způsobu vedení jednání o nabídkách po obsahové stránce a uvádí následující skutečnosti.
112. Navrhovatel svými námitkami napadá skutečnost, že zadavatel nezajistil v průběhu jednání o nabídkách podmínky, které by zabezpečily ochranu informací zjištěných z předložených nabídek. Dle navrhovatele mělo dojít v průběhu posledního jednání o nabídkách konaného dne 6. 10. 2015 (dále též jen „poslední jednání“) k úniku informace o nabídkové ceně navrhovatele směrem k vybranému uchazeči, se kterým mělo být jednáno jako posledním v řadě a který tak měl možnost přizpůsobit svou nabídkovou cenu tak, aby na základě provedeného hodnocení nabídek podle hodnotícího kritéria nejnižší nabídkové ceny byla jeho nabídka vybrána za nejvhodnější. Navrhovatel tuto domněnku vyvozuje z faktu, že:
- poslední jednání o nabídkách konané dne 6. 10. 2015 bylo vedeno zvlášť s jednotlivými uchazeči ve značném časovém rozestupu (od 11,00 -13,00 hod pozn. Úřadu), přičemž jejich předmětem nebyla jiná otázka než konečná výše nabídkové ceny a možnost jejího případného snížení;
 - zadavatel nevyužil transparentního postupu při sdělování nabídkových cen uchazečů, např. formou obálek a jejich otevření v rámci jediného jednání a za účasti zástupců všech uchazečů;
 - nabídková cena vybraného uchazeče byla po provedeném posledním jednání nižší pouze o 78.121,- Kč než nabídková cena navrhovatele;
 - personální složení hodnotící komise bylo stejné jako v dalších dvou souběžně vedených zadávacích řízeních zadavatele, přičemž tato komise vybrala vždy stejného dodavatele;
- Navrhovatel jako důkaz o možném netransparentním průběhu posledního jednání předložil Úřadu totožná čestná prohlášení zástupců navrhovatele ze dne 11. 11. 2015, v nichž je popsán průběh posledního jednání o nabídkách (viz bod 105. odůvodnění tohoto rozhodnutí), přičemž zde popsané chování dvou členů hodnotící komise v době mezi jednotlivými jednáními (jejich absence v jednací místnosti) mělo rovněž indikovat netransparentní postup zadavatele (resp. hodnotící komise) v rámci tohoto jednání.
113. Jak vyplývá z výše uvedeného, navrhovatel v rámci svých námitek uvádí několik konkrétních skutečností, z nichž netransparentnost posledního jednání o nabídkách dovozuje (oddělené jednání s jednotlivými uchazeči, časový rozestup mezi jednáními, jednání pouze o nabídkové ceně, opuštění jednací místnosti některými členy hodnotící komise mezi jednáními), přičemž ve všech případech se jedná o skutečnosti, které nastaly právě v den, kdy toto poslední jednání o nabídkách proběhlo.
114. Úřad na základě uvedeného konstatuje, že námitky navrhovatele směřují věcně do faktického postupu zadavatele, resp. hodnotící komise, při posledním jednání o nabídkách. Jedná se tedy o námitky podle § 110 odst. 2 zákona.
115. Ke stanovení okamžiku, kdy se navrhovatel dozvěděl o domnělém porušení zákona, navrhovatel ve svém návrhu uvedl, že shora uváděná netransparentnost a protizákonnost zadavatelova postupu se plně projevila až doručením rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky, kde byly uvedeny výsledné nabídkové ceny jednotlivých uchazečů,

z nichž byl patrný minimální rozdíl mezi nabídkovými cenami navrhovatele a vybraného uchazeče, proto své námitky podal ihned poté, co se o takovém postupu dozvěděl (po doručení oznámení o výběru nejvhodnější nabídky, pozn. Úřadu). S názorem navrhovatele ohledně tvrzení okamžiku, kdy se dozvěděl o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele, však Úřad nesouhlasí z následujících důvodů.

116. Jak bylo výše uvedeno, námitka navrhovatele věcně směřuje proti vlastnímu průběhu posledního jednání o námitkách, když napadá konkrétní skutečnosti, k nimž došlo právě v den, kdy toto jednání proběhlo. Jelikož navrhovatel byl na předmětném jednání prokazatelně přítomen, je nepochybné, že okamžik, kdy se navrhovatel o potenciálním nezákonném postupu zadavatele dozvěděl, připadl právě na tento den. Tuto skutečnost ostatně potvrzuje i popis událostí zachycený v čestných prohlášeních zástupců navrhovatele přítomných na jednání o nabídkách, který se vztahuje právě k tomuto dni.
117. Úřad uvádí, že dle § 110 odst. 2 zákona je stěžovatel povinen doručit námitky proti úkonům zadavatele nejpozději do 15 dnů ode dne, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozví. Jak Úřad výše dovodil, navrhovatel svými námitkami napadal netransparentní vedení posledního jednání o nabídkách, které proběhlo dne 6. 10. 2015 a jehož se navrhovatel účastnil. Navrhovatel měl tedy v souladu s § 110 odst. 2 zákona doručit námitky zadavateli nejpozději do 15 dnů ode dne 6. 10. 2015. Poslední den lhůty pro podání námitek proti namítanému postupu zadavatele tak připadl na den 21. 10. 2015. Dle zjištění Úřadu navrhovatel doručil zadavateli námitky dne 16. 11. 2015, tedy po lhůtě pro podání námitek stanovené v § 110 odst. 2 zákona.
118. K odkazu navrhovatele na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 1. 2011, sp. zn. 2 Afs 67/2010, který dle navrhovatele vykládá právo stěžovatele podat námitky proti zadávacím podmínkám i poté, co se nezákonnost těchto podmínek vyjeví až při hodnocení jednotlivých nabídek, Úřad uvádí následující. Pomineme-li fakt, že v nyní šetřeném případě nenapadají námitky navrhovatele zadávací podmínky, ale vlastní průběh jednání o nabídkách, je k dané věci třeba uvést, že v případě, který byl v daném rozsudku řešen, soud dospěl k závěru, že námitky, které stěžovatel označil jako námitky proti rozhodnutí o výběru, byly ve skutečnosti námitkami proti zadávacím podmínkám, a byly tedy stěžovatelem podány opožděně (jde tedy o podobnou situaci jako v nyní šetřeném případě). V odůvodnění uvedeného rozsudku je pak sice skutečně obecně zmíněna situace, kdy se nezákonnost zadávacích podmínek projeví až v některé z dalších fází zadávacího řízení při jejich aplikaci, ovšem současně v této souvislosti soud akcentuje, že takovou situaci je nutno odlišovat od situace, kdy lze po uchazeči spravedlivě požadovat, aby zákonnost zadávacích podmínek napadl již při seznámení se s nimi, neboť si této nezákonnosti mohl a měl být vědom. Pokud toto tvrzení soudu aplikujeme na nyní šetřený případ, pak musíme dojít k závěru, že pokud navrhovatel svými námitkami napadá způsob vedení posledního jednání o nabídkách a současně není pochyb o tom, že konkrétní okolnosti průběhu jednání, v nichž zadavatel spatřuje jeho netransparentnost, byly, resp. musely být, navrhovateli zřejmé již při samotném průběhu jednání, měl na ně navrhovatel bezodkladně (resp. nejpozději 15. den od tohoto jednání) reagovat podáním námitek, což neučinil. Argumentaci navrhovatele odkazem na uvedený rozsudek je tedy nutno odmítnout.
119. Dle § 110 odst. 7 zákona jsou námitky, které byly podány stěžovatelem řádně a včas, podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání postupu zadavatele ve stejné věci. Zákon

tedy stanovuje kumulativní splnění dvou podmínek – řádnost (z hlediska obsahových náležitostí) a včasnost (z hlediska dodržení zákonných lhůt pro doručení námitek zadavateli) podaných námitek. Jelikož navrhovatel nedoručil zadavateli námitky včas, pak Úřad dále nepřezkoumával, zda byly dotčené námitky podány řádně, jelikož už sám fakt jejich pozdního doručení zadavateli způsobil, že navrhovatel nesplnil podmínku pro podání návrhu dle § 110 odst. 7 zákona.

120. Navrhovatel tedy není ve vztahu části návrhu týkající se netransparentního postupu zadavatele při posledním jednání o nabídkách dne 6. 10. 2015 osobou oprávněnou podat návrh. Z tohoto důvodu Úřad rozhodl o zamítnutí návrhu ve výše specifikované části tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K výroku II. rozhodnutí

121. V další části svého návrhu navrhovatel napadá nezákonnost postupu zadavatele, kdy tento uchazečům v rámci jednání o nabídkách umožnil měnit předpokládaný objem plnění v rámci věcně vymezených činností Programu údržby na období 2016–2020, který byl předmětem nacenění ze strany uchazečů, v důsledku čehož zadavatel následně posuzoval a hodnotil vzájemně neporovnatelné nabídky (blíže viz bod 22. – 23. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
122. Jak Úřad již uvedl výše, navrhovatel v rámci zadávacího řízení doručil zadavateli dne 16. 11. 2015 námitky ze dne 13. 11. 2015, v nichž navrhovatel napadá různé úkony zadavatele; navrhovatel uvádí, že tyto námitky ve všech svých částech směřují proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky.
123. Zadavatel je toho názoru, že námitky navrhovatele v části směřující proti postupu zadavatele, který umožnil uchazečům měnit předpokládaný objem plnění, nejsou námitkami proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, ale že napadají zadávací podmínky, z čehož zadavatel dovozuje, že byly podány opožděně.
124. Pro další postup Úřadu ve věci je stěžejní určení, jaký úkon zadavatele uvedené námitky navrhovatele fakticky napadají, přičemž podle přijatého závěru lze následně rozhodnout, zda navrhovatel podal námitky řádně a včas. K tomu Úřad uvádí následující.
125. Navrhovatel ve svých námitkách nejprve odkázal na zadavatelem stanovenou strukturu nabídkové ceny v zadávací dokumentaci a na zadavatelem stanovený předpoklad počtu hodin u jednotlivých profesí a předpoklad měrných jednotek jiných činností a mechanismů, kde měl uchazeč dle svého uvážení upravit počty hodin nebo měrných jednotek v množství, kterými bude příslušnou položku realizovat. Navrhovatel uvedl, že zadavatel nedefinoval přesný způsob, jakým má dodavatel plnit předmět veřejné zakázky. Dle navrhovatele zadavatel tím, že „nastavil část nabídkové ceny, aniž by předem stanovil pevnou sumu hodin jednotlivých profesí, které budou uchazeči naceňovat“, získal nabídky, které mezi sebou nemůže objektivně porovnat.
126. Shora uvedené pochybení zadavatele se dle navrhovatele plně projevilo až při hodnocení jednotlivých nabídkových cen, a tedy i v rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky. Zadavatel tak nesprávně nastavil hodnotící kritérium takovým způsobem, že nebylo možné objektivně zhodnotit, která nabídka je nejvýhodnější.
127. Navrhovatel ve svém návrhu uvádí, že o nezákonném postupu zadavatele se dozvěděl až z rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, neboť „rozdíl mezi první nabídkou a konečnou

nabídkou vybraného uchazeče může být způsoben pouze výraznou redukcí člověkohodin, který vybraný uchazeč zadavateli nabízí. Tato redukce pak zadavatelem byla umožněna v rámci poslední fáze jednání o nabídkách a navrhovatel se o ní dozvěděl až z rozhodnutí o námitkách, a proto ji namítl ve smyslu § 111 odst. 4 ZVZ“. Úřad s tvrzením navrhovatele ohledně okamžiku, kdy se dozvěděl o domnělém porušení zákona, nesouhlasí a uvádí následující.

Právní posouzení

128. Úřad přezkoumal dokumentaci o veřejné zakázce a zjistil, že v rámci zadávací dokumentace, konkrétně v dokumentu označeném „Předpokládaný rozsah věcně vymezených činností Programu údržby na období 2016-2020“, bylo zadavatelem uvedeno, že *„počty hodin u jednotlivých profesí a měrných jednotek jiných činností a mechanismů jsou pouze předpokladem zadavatele vycházejícím z historie. Uchazeč je oprávněn počty hodin nebo měrných jednotek upravovat podle svého uvážení v množství, kterými bude příslušnou položku Věcně vymezených činností programu údržby realizovat.“* Dle zadávacích podmínek tedy byli uchazeči oprávněni počty hodin nebo měrných jednotek upravovat podle svého uvážení v množství, kterými budou příslušnou položku věcně vymezených činností programu údržby realizovat. Z uvedené zadávací podmínky je zřejmé, že v případě věcně vymezených činností Programu údržby na období 2016-2020 zadavatel přímo v zadávací dokumentaci umožnil uchazečům rozsah plnění dle vlastního uvážení měnit. Zadavatel dále tutéž informaci uvedl v rámci dodatečných informací k zadávacím podmínkám, v odpovědi na dotaz č. 44.
129. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že byť navrhovatel označil dotčenou námitku za námitku proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, věcně svým obsahem tato námitka směřuje do stanovených zadávacích podmínek. Postup zadavatele v rámci jednání o nabídkách spočívající v umožnění změny předpokládaného objemu plnění v rámci dotčených činností pak ze stanovených zadávacích podmínek vycházel.
130. Dle § 110 odst. 3 zákona platí, že námitky proti zadávacím podmínkám je stěžovatel povinen doručit zadavateli nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek. Jelikož termín podání nabídek do zadávacího řízení byl zadavatelem stanoven na 25. 8. 2015, pak posledním dnem lhůty pro podání námitek proti zadávacím podmínkám bylo pondělí 31. 8. 2015. Navrhovatel doručil své námitky zadavateli dne 16. 11. 2015. Úřad tedy konstatuje, že navrhovatel nedoručil zadavateli námitky včas, čímž nesplnil podmínku pro podání návrhu dle § 110 odst. 7 zákona.
131. Navrhovatel tedy není ve vztahu k části návrhu týkající se postupu zadavatele, který umožnil uchazečům měnit předpokládaný objem plnění v rámci věcně vymezených činností Programu údržby na období 2016-2020, osobou oprávněnou podat návrh. Z tohoto důvodu Úřad rozhodl o zamítnutí návrhu ve výše specifikované části tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
132. Pokud jde o argumentaci navrhovatele v replice doručené Úřadu dne 4. 1. 2016 a ve vyjádření k podkladům rozhodnutí, podle níž je Úřad povinen přezkoumat zadávací řízení jako celek a i v případě, že by posoudil námitky podané navrhovatelem jako opožděné, je povinen námitkami napadené aspekty zadávacího řízení přezkoumat a případně přistoupit

k jejich zrušení, Úřad uvádí, že uvedenou část repliky navrhovatele zaevidoval jako podnět, který je šetřen pod sp. zn. P0042/2016/VZ.

K výroku III. rozhodnutí

Relevantní ustanovení zákona

133. Dle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
134. Dle § 76 odst. 1 zákona posoudí hodnotící komise nabídky uchazečů z hlediska splnění zákonných požadavků a požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách a z hlediska toho, zda uchazeč nepodal nepřijatelnou nabídku podle § 22 odst. 1 písm. d). Nabídky, které tyto požadavky nesplňují, musí být vyřazeny. Jestliže nedošlo k vyřazení všech variant nabídky, nepovažuje se nabídka za vyřazenou. Ke zjevným početním chybám v nabídce, zjištěným při posouzení nabídek, které nemají vliv na nabídkovou cenu, hodnotící komise nepřihlíží.
135. Dle § 76 odst. 3 zákona může hodnotící komise v případě nejasností požádat uchazeče o písemné vysvětlení nabídky. Hodnotící komise může rovněž požádat o doplnění dokladů podle § 68 odst. 3. V žádosti hodnotící komise uvede, v čem spatřuje nejasnosti nabídky, které má uchazeč vysvětlit, nebo které doklady má uchazeč doplnit. Hodnotící komise nabídku vyřadí, pokud uchazeč nedoručí vysvětlení či doklady ve lhůtě 3 pracovních dnů ode dne doručení žádosti, nestanoví-li hodnotící komise lhůtu delší. Hodnotící komise může na žádost uchazeče tuto lhůtu prodloužit nebo může zmeškání lhůty prominout.
136. Dle § 77 odst. 1 zákona platí, že při posouzení nabídek uchazečů z hlediska splnění zadávacích podmínek a v případě použití elektronické aukce po jejím ukončení posoudí hodnotící komise též výši nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. Jestliže nabídka obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, musí si hodnotící komise vyžádat od uchazeče písemné zdůvodnění těch částí nabídky, které jsou pro výši nabídkové ceny podstatné; zdůvodnění musí být uchazečem doručeno ve lhůtě 3 pracovních dnů ode dne doručení žádosti uchazeči, pokud hodnotící komise nestanoví lhůtu delší. Hodnotící komise může na žádost uchazeče tuto lhůtu prodloužit nebo může zmeškání lhůty prominout.
137. Dle § 77 odst. 2 zákona může vzít hodnotící komise v úvahu zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, jestliže je tato cena zdůvodněna objektivními příčinami, zejména
- a. ekonomickými aspekty konstrukční metody či technologie, výrobního procesu nebo poskytovaných služeb,
 - b. objevností technického řešení nebo výjimečně příznivými podmínkami, které má uchazeč k dispozici pro provedení stavebních prací nebo poskytnutí dodávek či služeb,
 - c. originalitou stavebních prací, dodávek nebo služeb,
 - d. souladem s předpisy týkajícími se ochrany zaměstnanců a pracovních podmínek, které jsou účinné v místě provádění stavebních prací, poskytování služeb nebo dodávek, nebo
 - e. potenciální možností uchazeče získat veřejnou podporu.

138. Dle § 77 odst. 3 zákona může hodnotící komise po písemném zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny přizvat uchazeče na jednání hodnotící komise za účelem vysvětlení předloženého zdůvodnění. Hodnotící komise odešle uchazeči pozvánku na jednání alespoň 5 pracovních dní před jeho konáním.
139. Dle § 77 odst. 4 zákona při posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny zohlední hodnotící komise písemné zdůvodnění uchazeče i jeho vysvětlení.
140. Dle § 77 odst. 6 zákona platí, že neodůvodnil-li uchazeč písemně mimořádně nízkou nabídkovou cenu ve stanovené lhůtě, nedostavil-li se k podání vysvětlení nebo posoudila-li hodnotící komise jeho zdůvodnění jako neopodstatněné, musí být nabídka vyřazena.
141. Dle § 80 odst. 1 zákona platí, že o posouzení a hodnocení nabídek pořídí hodnotící komise písemnou zprávu, která obsahuje seznam posouzených nabídek, seznam nabídek, které byly hodnotící komisí ze zadávacího řízení vyřazeny spolu s uvedením důvodu, popis způsobu hodnocení zbývajících nabídek s odůvodněním, výsledek hodnocení nabídek, popis hodnocení jednotlivých nabídek v rámci všech hodnotících kritérií, a údaj o složení hodnotící komise.
142. Podle § 110 odst. 7 zákona se námitky podávají písemně. V námitkách musí stěžovatel uvést, kdo je podává, proti kterému úkonu zadavatele směřují a v čem je spatřováno porušení zákona. V námitkách podle odst. 2, 3 a 5 musí být uvedeno, jaká újma stěžovateli v důsledku domnělého porušení zákona hrozí nebo vznikla a čeho se stěžovatel domáhá. Jde-li o námitky podle odstavce 2, musí stěžovatel v námitkách uvést též skutečnosti rozhodné pro stanovení okamžiku, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozvěděl. Námitky neobsahující náležitosti podle tohoto odstavce zadavatel odmítne a bezodkladně písemně uvědomí o této skutečnosti stěžovatele. Podání námitek řádně a včas je podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání postupu zadavatele ve stejné věci. Návrh na uložení zákazu plnění smlouvy podle § 114 odst. 2 může stěžovatel podat bez předchozího podání námitek.

Skutečnosti zjištěné z dokumentace o veřejné zakázce

143. Po posledním jednání o nabídkách konaném dne 6. 10. 2015 vyzval zadavatel vybraného uchazeče dopisem ze dne 16. 10. 2015 ke zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny v konkrétních položkách nabídky následovně:

„V souladu s § 77, odst. 1 zákona vás žádáme o zdůvodnění nízké nabídkové ceny v následujících položkách nabídky (sazby):

- *„T TECHNOLOG – uvedená maximální hodinová zúčtovací sazba této profese, uvedená v Příloze 4 Rámcové smlouvy Vaší nabídky, neodpovídá reálným tržním cenám,*
- *Kolový nakladač – max. zúčtovací sazba (denní) pro tento mechanismus, a to vč. obsluhy celou dobu práce tohoto mechanismu, uvedená v Příloze 4 rámcové smlouvy Vaší nabídky, neodpovídá reálným tržním cenám,*
- *Bagr - sací – max. zúčtovací sazba (denní) pro tento mechanismus, a to vč. obsluhy celou dobu práce tohoto mechanismu, uvedená v Příloze č. 4 rámcové smlouvy Vaší nabídky, neodpovídá reálným tržním cenám,*

- *Bagr – traktor – max. zúčtovací sazba (denní) pro tento mechanismus, a to vč. obsluhy celou dobu práce tohoto mechanismu, uvedená v Příloze č. 4 rámcové smlouvy Vaší nabídky, neodpovídá reálným tržním cenám.“*

144. Dne 21. 10. 2015 poskytl vybraný uchazeč zadavateli zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny u jednotlivých položek následovně:

- *„Cena technologa - námi uvedená cena je stanovená na podkladě vámi specifikovaných činností a uvedených hodin technologa...uvedenou funkci technologa by....prováděli naši dlouholetí pracovníci s bohatými zkušenostmi v oblasti údržby EDĚ. V současné době jsou již tito pracovníci v důchodovém věku, nadále však pro nás vykonávají činnost na podkladě „Dohody o provedení práce...zejména z uvedeného důvodu námi uvedená HZS za funkci Technolog je naprosto reálná a není podhodnocená“;*
- *v případě oceňování zúčtovacích sazeb jiných činností a mechanismů vybraný uchazeč uvedl, že od roku 2014 je členem skupiny GASCONTROL GROUP, která vlastní několik desítek firem, jež disponují uvedenými mechanismy. Na využití stavebních mechanismů má vybraný uchazeč uzavřený smluvní vztah se společností GASCONTROL, společnost s.r.o. (dále jen „dodavatel“), a tuto skutečnost vybraný uchazeč doložil kopií uzavřené rámcové smlouvy ze dne 10. 10. 2014, přičemž současně vybraný uchazeč přiložil prohlášení dodavatele, z něhož vyplývá, že tento vlastní různé mechanismy, které smluvně zajišťuje i pro vybraného uchazeče, přičemž v poskytnutém vyjádření dodavatel uvádí, že „vzhledem k tomu, že se jedná již o starší mechanismy, které jsou již účetně odepsané, naše sazby za tyto stroje tomu odpovídají. Následně racionálním využitím obsluhy těchto strojů, kde tato obsluha se podílí i na vlastní realizaci a dalšími ekonomickými aspekty, jsme dokázali snížit uvedené sazby za tyto stroje na cenovou hladinu uvedenou...v nabídce na údržbu LC kotelny a odsíření EDĚ“. Vybraný uchazeč dále uvádí, že nabízená cena reflektuje výjimečně příznivé pro využívání těchto mechanismů v rámci holdingu, a nadto dodává, že dle jeho názoru nejsou zúčtovací sazby položek, u kterých byla vznesena zadavatelem pochybnost o existenci mimořádně nízké nabídkové ceny, pro vlastní realizaci podstatné, dle názoru vybraného uchazeče jsou v nabídce obsaženy i jiné položky, které tvoří celkovou cenu a jsou rozhodující pro stanovení nabídkové ceny a následnou realizaci údržby LC.*

145. V Záznamu z jednání komise o posouzení a hodnocení nabídek z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny ze dne 22. 10. 2015 (dále jen „záznam z jednání“), je uvedeno následující: *„Zadavatel je toho názoru, že nabídka uchazeče STELMAR s.r.o. obsahuje zúčtovací sazbu, která je nízká, konkrétně se jedná o zúčtovací sazbu T technolog. Pracovní náplň této sazby v předmětné veřejné zakázce je zúžena na administrativní náplň oproti minulým zakázkám, kdy tato profese měla ryze účelové technické zaměření. Z tohoto důvodu není 100,- Kč/hod uchazeče Stelmar s.r.o. posouzena jako mimořádně nízká...“;* k otázce mimořádně nízké nabídkové ceny u sazeb jiných činností a mechanismů hodnotící komise dále uvedla, že: *„zadavatel je toho názoru, že nabídka uchazeče STELMAR s.r.o. obsahuje zúčtovací sazby, které jsou mimořádně nízké, konkrétně se jedná o zúčtovací sazby Bagr - sací, Bagr – traktor. Zadavatel požádal uchazeče STELMAR, s.r.o. o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny příslušných zúčtovacích sazeb. V nabídkách ostatních uchazečů nebyla zjištěna mimořádně*

nízká nabídková cena. Na základě žádosti zadavatele o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny v částech nabídky STELMAR s.r.o. uchazeč zaslal odpověď, která byla posouzena s výsledkem, že nebyla zjištěna mimořádně nízká nabídková cena. Při posouzení byla vzata v úvahu objektivní příčina, a to ekonomický aspekt poskytovaných služeb dle § 77 odst. 2 písm. a) ZVZ.“. Závěrem komise uvedla, že po posouzení nabídek uchazečů z hlediska výše nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky nebyla zjištěna mimořádně nízká nabídková cena.

146. Ve Zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 26. 10. 2015 je uvedeno, že na základě posouzení výše nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky vyzvala hodnotící komise vybraného uchazeče ke zdůvodnění nabídkových cen v položkách „T TECHNOLOG“, „Kolový nakladač“, „Bagr – sací“, „Bagr – traktor“. Vybraný uchazeč ve lhůtě 3 dnů předložil písemné zdůvodnění nabídkových cen v požadovaných položkách nabídky. Následně je uveden tento závěr: „Zadavatel prostřednictvím hodnotící komise pro posouzení a vyhodnocení nabídek nevyhodnotil žádnou nabídkovou cenu jako mimořádně nízkou“.
147. V protokolu o konečném výsledku hodnocení ze dne 27. 10. 2015 je uvedeno konečné pořadí nabídek, které koresponduje s výsledným pořadím nabídek uvedeným ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 26. 10. 2015, stanoveným dle hodnotícího kritéria nejnižší nabídkové ceny, přičemž na prvním místě se umístil vybraný uchazeč s nabídkovou cenou 134.907.863,- Kč, poté následoval navrhovatel s nabídkovou cenou 134.985.984,- Kč a následně třetí uchazeč s nabídkovou cenou 251.804.098,- Kč.
148. Zadavatel následně dne 29. 10. 2015 rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky vybraného uchazeče a své rozhodnutí oznámil uchazečům dopisem z téhož dne.
149. Navrhovatel podal proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky námítky ze dne 13. 11. 2015, které byly zadavateli doručeny dne 16. 11. 2015. Navrhovatel poukazyval na pochybení zadavatele spočívající mj. v nedodržení postupu stanoveného v § 77 odst. 1 zákona, když zadavatel řádně nezdůvodnil, z jakého důvodu u vybraného uchazeče neshledal mimořádně nízkou nabídkovou cenu a návazně v rozporu s § 77 odst. 6 zákona tohoto uchazeče nevyločil, ačkoliv jeho nabídka mimořádně nízkou nabídkovou cenu pravděpodobně obsahuje. Navrhovatel odkazoval na zprávu o posouzení a hodnocení nabídek, ze které je patrné, že se komise pro posouzení a hodnocení nabídek aspektem mimořádně nízké nabídkové ceny zabývala u nabídky vybraného uchazeče, který byl vyzván ke zdůvodnění nabídkových cen v konkrétních položkách. Dle navrhovatele bylo provedeno posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny zadavatelem netransparentně, jelikož do zprávy o posouzení a hodnocení nabídek nebyly zaneseny důvody, pro které zadavatel nevyhodnotil nabídkovou cenu jako mimořádně nízkou. Dále dle navrhovatele vzbuzuje pochybnosti o existenci mimořádně nízké nabídkové ceny razantní snížení nabídkové ceny vybraného uchazeče, které představuje téměř 30% snížení z původně nabízené ceny. Navrhovatel vyjadřuje přesvědčení, že zadavatel u nabídky vybraného uchazeče řádně neposoudil existenci mimořádně nízké nabídkové ceny a tuto nabídku nevyřadil a vybraného uchazeče nevyločil ze zadávacího řízení, ač tomu tak být mělo, a v důsledku toho hodnotil nabídky, které se do finálního hodnocení vůbec dostat neměly.
150. V rozhodnutí o námítkách ze dne 25. 11. 2015 zadavatel námítku navrhovatele směřující proti nezákonnému postupu zadavatele při posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny a

proti výběru nejvhodnější nabídky, odmítl, jelikož tato neobsahovala vymezení újmy, která navrhovateli v důsledku domnělého porušení zákona hrozí nebo vznikla. Dále zadavatel uvedl, že nabídkové ceny uchazečů posoudil s ohledem na předmět veřejné zakázky a v jednom případě požádal uchazeče k vyjasnění pochybností o mimořádně nízké nabídkové ceně u několika cenových položek. Provedené posouzení zadavatel zaznamenal do zprávy o posouzení a hodnocení nabídek a dále do interního dokumentu. Zadavatel dále uvedl, že obdržel vyjasnění mimořádně nízké nabídkové ceny poskytnuté vybraným uchazečem, v němž bylo odůvodnění nabídkových cen u dotazovaných položek založeno na objektivních příčinách a bylo dostatečným stanoviskem pro posouzení reálnosti uvedených nabídkových cen.

Právní posouzení

K oprávnění navrhovatele podat návrh

151. Navrhovatel v předmětné části svého návrhu napadá postup zadavatele při posouzení nabídky vybraného uchazeče, konkrétně postup při posouzení, zda je jím nabídnutá cena cenou mimořádně nízkou. Navrhovatel spatřuje nezákonnost postupu zadavatele v tom, že zadavatel transparentním způsobem nezdůvodnil, z jakého důvodu akceptoval zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, a je přesvědčen, že nabídková cena vybraného uchazeče mimořádně nízkou nabídkovou cenu obsahuje.
152. Zadavatel ve svém vyjádření k návrhu uvádí, že navrhovatel není osobou oprávněnou návrh podat, neboť ve vztahu k předmětné části návrhu nepodal řádné námitky. Zadavatel je přesvědčen, že námitky v dané věci, které navrhovatel označil jako námitky proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, jsou ve skutečnosti námitkami proti úkonu zadavatele spočívajícímu v posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče, a tedy v těchto námitkách byl navrhovatel povinen specifikovat újmu, která mu v důsledku uvedeného postupu zadavatele vznikla, což však neučinil, a námitky tedy nesplňují náležitosti dle § 110 odst. 7 zákona.
153. Ze strany Úřadu tedy bylo nejdříve nutno posoudit, zda navrhovatel podal zadavateli v dané věci řádné námitky, a zda je tedy oprávněn podat návrh Úřadu.
154. Navrhovatel v námitkách uvádí, že zadavatel při posouzení nabídkové ceny vybraného uchazeče nepostupoval transparentně, když ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek není zřejmé, na základě jakých skutečností hodnotící komise akceptovala zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny poskytnuté vybraným uchazečem. Navrhovatel dále vyjadřuje přesvědčení, že nabídka vybraného uchazeče mimořádně nízkou nabídkovou cenu obsahuje a tím, že zadavatel vybraného uchazeče nevyločil z účasti v zadávacím řízení, byla jeho nabídka hodnocena, ačkoli do fáze hodnocení nabídek postoupit neměla, což následně vedlo k tomu, že tato nabídka byla vybrána jako nejvhodnější.
155. Úřad konstatuje, že byť navrhovatel v námitkách popisuje konkrétní nedostatky, jež spatřuje v postupu zadavatele ve fázi posouzení nabídek, je z námitek současně zcela zřejmé, že negativní důsledek tohoto postupu vidí v tom, že jako nejvhodnější byla vybrána nabídka uchazeče, ve vztahu k níž nedošlo k transparentnímu posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny a nelze tedy vyloučit, že tato nabídka měla být ve fázi posouzení nabídek vyřazena,

příčemž právě proti tomuto negativnímu důsledku (tj. proti tomu, že předmětná nabídka byla vybrána jako nejvhodnější) svými námitkami brojí.

156. Úřad tedy konstatuje, že v předmětné části se jedná o námitky proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, a nikoliv o námitky proti úkonu zadavatele ve smyslu § 110 odst. 2 zákona. Jelikož pro námitky proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky zákon v § 110 odst. 7 nestanoví jako obligatorní náležitost uvedení újmy, která stěžovateli v důsledku nezákonného postupu vznikla či hrozí, pak skutečnost, že navrhovatel újmu ve svých námitkách výslovně nespécifikoval, nebrání tomu, aby navrhovatel byl oprávněn podat návrh k Úřadu.
157. Úřad tedy uzavírá, že námitky ve vztahu k dané části návrhu byly podány řádně. Současně Úřad dodává, že námitky byly podány i včas, když oznámení o výběru nejvhodnější nabídky bylo navrhovateli doručeno dne 2. 11. 2015 a námitky byly podány dne 16. 11. 2015, tedy v zákonem stanovené lhůtě. Navrhovatel je tedy ve vztahu k této části návrhu osobou oprávněnou návrh podat.

K postupu zadavatele při posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny v nabídce vybraného uchazeče

158. Navrhovatel ve svém návrhu uvádí, že se zadavatel dopustil porušení § 77 odst. 1 ve spojení s § 6 odst. 1 zákona, neboť úkony komise pro posouzení a hodnocení nabídek související s posouzením výše nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky nebyly provedeny transparentním způsobem.
159. Navrhovatel spatřuje netransparentnost postupu zadavatele, resp. hodnotící komise, v tom, že ačkoliv ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek vyplývá, že hodnotící komise se aspektem mimořádně nízké nabídkové ceny zabývala u nabídky vybraného uchazeče, kterého vyzvala ke zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny v několika konkrétních položkách, ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek již nebyly zaznamenány důvody, pro které nebyla nabídková cena vybraného uchazeče jako mimořádně nízká vyhodnocena. Dle navrhovatele je netransparentní zaznamenat část úvah hodnotící komise do interních dokumentů, které nejsou uchazečům přístupné, a do zprávy o posouzení a hodnocení nabídek uvést pouze závěr vyvozený z těchto neveřejných úvah.
160. K postupu hodnotící komise při posuzování mimořádně nízké nabídkové ceny uvádí Úřad obecně následující. Ustanovení § 77 odst. 1 zákona dopadá na situaci, kdy hodnotící komise shledá, že nabídka uchazeče obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu a z toho důvodu si vyžádá od uchazeče její zdůvodnění. Pokud takové zdůvodnění uchazeč hodnotící komisi předloží, pak hodnotící komise v souladu s § 77 odst. 2 zákona hodnotí, zda je mimořádně nízká nabídková cena zdůvodněna objektivními příčinami, a to například takovými, které jsou demonstrativním výčtem vyjmenovány v citovaném ustanovení, případně jinými objektivními příčinami, které svou povahou splňují objektivnost odůvodnění. Jedině takový postup hodnotící komise, kdy výslovně uvede, jaké konkrétní objektivní okolnosti vzala v úvahu pro zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny a pro které neshledala důvody pro vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení, může být považován za přezkoumatelný a tudíž transparentní.

161. Hodnotící komise tedy poté, co obdrží zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, posoudí toto zdůvodnění ve smyslu ust. § 77 odst. 2 zákona. Z uvedeného vyplývá, že poté, co uchazeč o veřejnou zakázku zašle hodnotící komisi na základě její výzvy zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, nastává fáze posouzení toho, zda je takové zdůvodnění založeno na objektivních příčinách. Výsledkem takového posouzení je, že hodnotící komise buď zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny uchazeče akceptuje, nebo musí uchazeče z účasti v zadávacím řízení vyloučit. Rozhodnutí hodnotící komise v této fázi je velmi důležité, neboť může dojít k situaci, kdy z účasti v zadávacím řízení buď uchazeč měl být vyloučen, protože jeho nabídka obsahovala mimořádně nízkou nabídkovou cenu, kterou neodůvodnil, a nebyl, anebo naopak vyloučen být neměl a byl, ačkoliv v souladu se zákonem mimořádně nízkou nabídkovou cenu odůvodnil. Postup hodnotící komise tak může podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky. Takový postup tedy musí být přezkoumatelným, aby bylo možno posoudit, zda byl učiněn v souladu se zákonem. Hodnotící komise tedy musí provést a zaznamenat posouzení zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny uchazeče takovým způsobem, z něhož bude seznatelné, na základě jakých skutečností hodnotící komise považuje zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny za odůvodněné objektivními příčinami, jak předpokládá ust. § 77 odst. 2 zákona. Pouze takový postup lze považovat za souladný se zásadou transparentnosti uvedenou v § 6 odst. 1 zákona.
162. K tomu Úřad dodává, že zásada transparentnosti je vedle zásady rovného zacházení a zásady zákazu diskriminace jednou ze základních zásad, jež musí být zadavatelem dodržována v celém průběhu zadávacího řízení. Požadavek transparentnosti je považován za nesplněný v případě, kdy jsou v zadavatelově postupu shledány takové prvky, které by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným, nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele.
163. V šetřeném případě zadavatel, resp. hodnotící komise, poté, co od vybraného uchazeče obdržel vyžádané zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny ve vztahu k několika konkrétním položkám jeho nabídky, zaznamenala průběh posouzení tohoto zdůvodnění v dokumentu ze dne 22. 10. 2015 nazvaném „Záznam jednání komise o posouzení nabídek z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny“ (dále jen „záznam z jednání“), kdy v rámci tohoto dokumentu popsala důvody, pro něž dané zdůvodnění akceptuje. Ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek následně hodnotící komise pouze uvedla informaci o tom, že vybraný uchazeč byl vyzván ke zdůvodnění nabídkových cen v konkrétních položkách, a že ve stanovené lhůtě předložil písemné zdůvodnění nabídkových cen v daných položkách. Následně je ve zprávě uvedeno, že zadavatel nevyhodnotil žádnou nabídkovou cenu jako mimořádně nízkou.
164. Navrhovatel postup, kdy jsou důvody akceptace zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny podrobně uvedeny pouze v záznamu z jednání, a nikoliv ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek, považuje za netransparentní. Úřad se s tímto názorem navrhovatele neztotožňuje, a to z následujících důvodů. Úřad sice výše zmínil význam zásady transparentnosti v zadávacím řízení a povinnost zadavatele ji v celém průběhu zadávacího řízení dodržovat, současně však je třeba při posouzení věci vzít v úvahu i znění dalších ustanovení zákona, která na šetřený případ dopadají a postup zadavatele upravují. Jedná se zejména o ustanovení § 80 odst. 1 zákona, které stanoví obsahové náležitosti zprávy o posouzení a hodnocení nabídek a vyplývá z něj, že ve zprávě o posouzení a hodnocení

nabídek musí být obsaženy tyto údaje: seznam posouzených nabídek, seznam nabídek, které byly hodnotící komisí ze zadávacího řízení vyřazeny spolu s uvedením důvodu, popis způsobu hodnocení zbývajících nabídek s odůvodněním, výsledek hodnocení nabídek, popis hodnocení jednotlivých nabídek v rámci všech hodnotících kritérií, údaj o složení hodnotící komise. Uvedený výčet náležitostí zprávy je výčtem taxativním, jinými slovy řečeno, zpráva o posouzení a hodnocení nabídek musí bez výjimky obsahovat údaje zmíněné výše, ovšem uvedení dalších údajů ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek je již pouze nepovinným a dobrovolným počinem zadavatele.

165. Jak je zřejmé ze znění ustanovení § 80 odst. 1 zákona, popis posouzení nabídek (v rámci něhož dochází i k posouzení nabídkových cen), mezi obligatorní náležitosti zprávy o posouzení a hodnocení nabídek nenáleží. Úřad sice připouští, že pokud by zadavatel popis posouzení nabídek včetně uvedení důvodů akceptace zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny ve zprávě uvedl, bezpochyby by tím zajistil větší přehlednost svých kroků v rámci zadávacího řízení, nicméně jak vyplývá z výše uvedeného, uvedení těchto informací úvah je určitým „nadstandardem“, který však zákon zadavateli neukládá. Jinými slovy řečeno, pokud zadavatel popis posouzení nabídek ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek neuvedl, nelze jej za to sankcionovat.
166. Dle názoru Úřadu uvedený závěr nevyvrací ani rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S585/2013/VZ-23735/2013/522/ZPr, na které odkazuje navrhovatel, a v němž Úřad rozhodl o nezákonnosti postupu zadavatele spočívající v netransparentním postupu hodnotící komise při posouzení nabídkových cen uchazečů. Úřad konstatuje, že skutkové okolnosti obou případů jsou odlišné, neboť v tehdy šetřeném případě na rozdíl od nyní přezkoumávané věci hodnotící komise důvody, pro něž neshledala v žádné z nabídek mimořádně nízkou nabídkovou cenu (přestože z dokumentace o veřejné zakázce bylo zřejmé, že ve vztahu k cenám některých uchazečů pochybnosti o tom, zda nejde o cenu mimořádně nízkou, vznikly), neuvedla v žádném dokumentu v rámci dokumentace o veřejné zakázce. Z kontextu celého rozhodnutí (viz zejména bod 106., bod 111. in fine a bod 112. odůvodnění zmíněného rozhodnutí) přitom vyplývá, že důvodem pro vyslovení závěru o nezákonnosti postupu zadavatele nebyla čistě ta skutečnost, že předmětné zdůvodnění nebylo uvedeno ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek, ale fakt, že toto zdůvodnění nebylo uvedeno v žádném z dokumentů, které byly součástí dokumentace o veřejné zakázce.
167. Na základě uvedeného tedy Úřad konstatuje, že fakt, že důvody akceptace zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny zadavatel, resp. hodnotící komise, nepopsal přímo ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek, sám o sobě nezpůsobuje nezákonnost posouzení nabídky vybraného uchazeče. V takovém případě je však pro zachování transparentnosti postupu zadavatele nutné, aby důvody, pro něž bylo zdůvodnění akceptováno, byly podrobně a transparentně popsány v jiném dokumentu vyhotoveném v průběhu zadávacího řízení, který tvoří součást dokumentace o veřejné zakázce. Pokud je zadavatel prostřednictvím takového dokumentu schopen doložit, jakým způsobem při posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny postupoval a z jakých důvodů přijal zdůvodnění poskytnuté vybraným uchazečem, je jeho postup nutno považovat za souladný se zákonem.
168. Jak bylo výše uvedeno, v šetřeném případě zadavatel, resp. hodnotící komise, identifikoval mimořádně nízkou nabídkovou cenu u 4 položek nabídky vybraného uchazeče a ve vztahu k těmto položkám si od vybraného uchazeče vyžádal písemné zdůvodnění. Hodnotící komise

následně zaznamenala popis posouzení zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny poskytnutého vybraným uchazečem v záznamu z jednání. S ohledem na to Úřad přezkoumal zdůvodnění uvedené vybraným uchazečem a skutečnosti uvedené v záznamu z jednání, a konstatuje následující.

169. Ve vztahu k položce „T Technolog“ vybraný uchazeč zdůvodnil nabídkovou cenu ve výši 100,- Kč/hod tím, že uvedenou funkci budou vykonávat pracovníci v důchodovém věku na základě dohody o provedení práce. V záznamu z jednání hodnotící komise u této položky uvedla, že pracovní náplň této sazby v předmětné veřejné zakázce je zúžena na administrativní náplň oproti minulým zakázkám, ve kterých měla tato profese ryze technické zaměření, a proto nepovažovala nabídnutou cenu za mimořádně nízkou. Je tedy zjevné, že skutečnost, kterou jako důvod pro akceptaci zdůvodnění uvedla hodnotící komise (obsahová náplň činnosti dané funkce), je odlišná od důvodů uvedených vybraným uchazečem (obsazení daných funkcí zaměstnanci v důchodovém věku). Pro úplnost Úřad dodává, že v příloze č. 4 návrhu rámcové smlouvy na údržbu a opravy, jež je součástí zadávací dokumentace, je uvedeno, že profese „T TECHNOLOG“ je zaměřena na „provádění technologických postupů a přípravy mimo svařování“. Z tohoto popisu tedy nijak nevyplývá, že by pracovní náplň dotčeného technika měla být zúžena na administrativní činnosti, jak uvedla hodnotící komise v záznamu z jednání. Tvrzená skutečnost nevyplývá ani z jiného podkladu či informace obsažené v dokumentaci o veřejné zakázce.
170. Ve vztahu k položce „T TECHNOLOG“ tedy Úřad uvádí, že skutečnosti, které jako důvod pro akceptaci zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny uvedla v záznamu z jednání hodnotící komise, neodpovídá obsahu zdůvodnění poskytnutému vybraným uchazečem, a současně zdůvodnění uvedené hodnotící komisí nemá oporu v zadávacích podmínkách. Je tedy nutno konstatovat, že ze záznamu o jednání není zřejmé, co bylo skutečným důvodem, pro který hodnotící komise akceptovala zdůvodnění poskytnuté vybraným uchazečem ve vztahu k položce „T TECHNOLOG“. Úřad při posouzení věci vzal v úvahu tu skutečnost, že zadavatel nesoulad s odůvodněním doručeným vybraným uchazečem zadavateli nijak nevysvětlil ani v žádném jiném dokumentu tvořícím součást dokumentace o veřejné zakázce.
171. Pokud jde o položky „Kolový nakladač“, „Bagr – sací“, „Bagr – traktor“, vybraný uchazeč ve svém zdůvodnění odkázal na uzavřenou smlouvu se smluvním partnerem, který pro něj zajišťuje dotčené mechanismy, přičemž nabízená cena dle vybraného uchazeče zohledňuje fakt, že tyto mechanismy jsou poskytovány vybranému uchazeči společností, která je s vybraným uchazečem v holdingu. V záznamu z jednání hodnotící komise uvedla, že odpověď (zdůvodnění) vybraného uchazeče byla „posouzena s výsledkem, že nebyla zjištěna mimořádně nízká nabídková cena“. Hodnotící komise dále uvedla, že při posouzení byla vzata v úvahu objektivní příčina, a to „ekonomický aspekt poskytovaných služeb dle § 77, odst. 2, písm. a) ZVZ“. Úřad dodává, že ze záznamu z jednání vyplývá, že citované závěry hodnotící komise vztahovala pouze k položkám „Bagr – sací“ a „Bagr – traktor“, neboť v předmětné části záznamu vůbec nezmínila položku „Kolový nakladač“.
172. Úřad tedy uvádí, že zatímco vybraný uchazeč ve vztahu k položkám „Bagr – sací“, „Bagr – traktor“ a „Kolový nakladač“ uvedl ve svém zdůvodnění konkrétní skutečnosti, jimiž ceny těchto položek dokládal, hodnotící komise v záznamu z jednání uvedla ve vztahu k položkám „Bagr – sací“, „Bagr – traktor“ pouze zcela obecné zdůvodnění, z něhož nelze jakkoli zjistit, co bylo skutečným důvodem pro akceptaci zdůvodnění poskytnutého vybraným uchazečem,

příčemž pokud jde o položku „Kolový nakladač“, k této zadavatel v záznamu z jednání ani v jiné části dokumentace o veřejné zakázce neuvedl nic. Ani ve vztahu k těmto třem položkám tedy ze záznamu nelze zjistit konkrétní důvody, pro něž hodnotící komise zdůvodnění poskytnuté vybraným uchazečem akceptovala.

173. Jak Úřad výše uvedl, samotný fakt, že v daném případě zpráva o posouzení a hodnocení nabídek neobsahuje zdůvodnění toho, proč zadavatel akceptoval zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny poskytnuté vybraným uchazečem, ještě není důvodem pro vyslovení závěru o netransparentnosti postupu zadavatele při posouzení nabídky vybraného uchazeče. Jelikož však v daném případě ani v záznamu o jednání ani v žádném jiném z dokumentů, které jsou součástí dokumentace o veřejné zakázce, přezkoumatelným způsobem důvody pro akceptaci zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny neuvedl, nelze dojít k jinému závěru než k tomu, že jeho postup při posouzení nabídky vybraného uchazeče je skutečně postupem netransparentním, a tudíž nezákonným.
174. Úřad dále současně uvádí, že shora uvedený popsaný netransparentní postup zadavatele při posuzování mimořádně nízké nabídkové ceny v nabídce vybraného uchazeče mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť není možné s jistotou konstatovat, že mimořádně nízká nabídková cena zjištěná zadavatelem v nabídce vybraného uchazeče je skutečně odůvodněna objektivními příčinami ve smyslu § 77 odst. 2 zákona, a že tedy nevyřazení nabídky a nevyločení vybraného uchazeče z účasti v zadávacím řízení bylo v souladu se zákonem. Pokud by objektivní příčiny zdůvodňující mimořádně nízkou nabídkovou cenu nebyly dány (což s ohledem na netransparentnost postupu zadavatele nelze vyloučit), pak by nabídka musela být vyřazena a vybraný uchazeč vyloučen z účasti v zadávacím řízení, a jeho nabídka by tudíž nemohla být vybrána jako nejvhodnější. Zde úřad pouze podotýká, že byt se v daném případě fakticky jednalo o postup hodnotící komise a nikoliv samotného zadavatele, vzhledem k ustanovení § 74 odst. 1 zákona je tento postup nutno přičítat právě zadavateli.
175. Pokud jde o potencialitu vlivu nezákonného postupu zadavatele na výběr nejvhodnější nabídky, Úřad dodává, že zákon nevyžaduje prokázání vlivu na výběr nejvhodnější nabídky, postačí takové jednání zadavatele, které podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky mít mohlo. Jak mj. uvedl předseda Úřadu v rozhodnutí č. j. ÚOHS-R180/2008/VZ-1837/2009/310/ASc již ze dne 12. 2. 2009 *„Skutková podstata správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona je navíc naplněna, i pokud jednání zadavatele má pouze potenciál podstatně ovlivnit výběr nabídky, tedy je pouze schopno tohoto ovlivnění, aniž by k němu nutně došlo. Z dikce zákona jasně plyne, že slovo „podstatně“ se vztahuje jak na skutečné ovlivnění (ovlivnil) tak i na potenciální možnost ovlivnění (mohl ovlivnit) výběru nabídky. ...k uložení pokuty Úřadem postačí pouze potenciální možnost ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Úřad tedy není nucen zkoumat, zda k ovlivnění skutečně došlo či nedošlo, neboť z hlediska ustanovení § 120 zákona stačí pouhá možnost tohoto ovlivnění.“*. Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 7.10.2011 č. j. 62 Af 41/2010-72, dovodil, že *„pro spáchání správního deliktu podle tohoto ustanovení [Pozn. Úřadu: § 120 odst. 1 písm. a)] (a pro uložení pokuty podle § 120 odst. 2 ZVZ) musí být prokázáno, že zadavatel porušil ZVZ, přitom k porušení ZVZ ze strany zadavatele došlo kvalifikovaným způsobem. Tento kvalifikovaný způsob porušení ZVZ (závažnější, „nebezpečnější“ porušení ZVZ) je dán tehdy, pokud kromě samotného nedodržení pravidla podávaného z některého z ustanovení ZVZ již došlo k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku a zároveň pokud samotné nedodržení pravidla*

podávaného z některého z ustanovení ZVZ buď podstatně ovlivnilo, nebo mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky“. V rozsudku č. j. 31 Af 23/2012-40 ze dne 26. 9. 2012 pak Krajský soud v Brně uvedl, že „z dikce „podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit“ vyplývá, že může jít o poruchový nebo i ohrožovací správní delikt. Zákonodárce tedy (za běžných okolností) spatřuje společenskou škodlivost již v tom, že mohlo dojít, nikoli nutně muselo, k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Není tedy pravdou, že nedošlo k naplnění materiálního znaku správního deliktu....již pouhá existence takové možnosti je společensky škodlivá, a došlo tedy k naplnění materiálního znaku (společenské škodlivosti) správního deliktu uvedeného v ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách“.

176. Úřad podotýká, že byť se všechny citované rozsudky, resp. rozhodnutí, týkaly případů, v nichž byl šetřen postup zadavatele z hlediska možného spáchání správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, lze jejich závěry plně aplikovat i na případy, kdy Úřad nerozhoduje o správním deliktu, ale o uložení nápravného opatření ve smyslu § 118 odst. 1 zákona, neboť stejně jako vyslovení závěru o spáchání správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, i uložení nápravného opatření dle § 118 odst. 1 zákon podmiňuje tím, že nezákonný postup zadavatele podstatně ovlivnil či mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
177. Úřad pro úplnost dodává, že odkaz zadavatele na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 49/2007 ze dne 29. 8. 2007, z něhož dovozuje, že pokud neshledá žádnou nabídkovou cenu jako mimořádně nízkou, není zadavatel povinen tento svůj závěr v dokumentaci o veřejné zakázce zdůvodňovat, není v nyní šetřeném případě aplikovatelný. Rozsudek se vztahuje na případy, kdy zadavatel v žádné z nabídek mimořádně nízkou nabídkovou cenu vůbec neshledá (tedy žádného z uchazečů nevyzývá k jejímu zdůvodnění), což je situace odlišná od šetřeného zadávacího řízení, kdy zadavatel mimořádně nízkou nabídkovou cenu prokazatelně shledal v nabídce vybraného uchazeče, žádal jej o její zdůvodnění u určitých položek a následně posuzoval, zda je odůvodněna objektivními příčinami ve smyslu § 77 odst. 2 zákona.
178. Úřad v návaznosti na výše uvedené konstatuje, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky postup stanovený v ustanovení § 77 odst. 1 zákona a zásadu transparentnosti stanovenou v § 6 odst. 1 zákona tím, že v rámci posouzení nabídky vybraného uchazeče přezkoumatelným způsobem nezdůvodnil, na základě jakých skutečností akceptoval zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny poskytnuté vybraným uchazečem, když
- v případě položky „T TECHNOLOG“ skutečnosti, kterými zadavatel v záznamu z jednání ze dne 22. 10. 2015 zdůvodnil akceptaci zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče v této položce, neodpovídají obsahu zdůvodnění uvedenému vybraným uchazečem ve vztahu k této položce v jeho zdůvodnění nízké nabídkové ceny ze dne 21. 10. 2015 a zadavatel tento nesoulad v žádném z dokumentů tvořících součást dokumentace o veřejné zakázce nijak nevyvětlil;
 - v případě položek „Bagr – sací“, „Bagr – traktor“ zadavatel v záznamu z jednání ze dne 22. 10. 2015 ani v jiném dokumentu tvořícím součást dokumentace o veřejné zakázce nespécifikoval konkrétní objektivní příčiny ve smyslu § 77 odst. 2 písm. a) zákona, na základě nichž akceptoval zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny

uvedené vybraným uchazečem ve vztahu k těmto položkám v jeho zdůvodnění nízké nabídkové ceny ze dne 21. 10. 2015;

- v případě položky „Kolový nakladač“, zadavatel v záznamu z jednání ze dne 22. 10. 2015 ani v jiném dokumentu tvořícím součást dokumentace o veřejné zakázce neuvedl, na základě čeho akceptoval zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny uvedené vybraným uchazečem ve vztahu k této položce v jeho zdůvodnění nízké nabídkové ceny ze dne 21. 10. 2015,

příčemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, proto rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku III.

V. K ULOŽENÍ NÁPRAVNÉHO OPATŘENÍ

179. Podle § 118 odst. 1 zákona platí, že nedodrží-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky nebo pro soutěž o návrh, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky nebo návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.

180. Při rozhodování podle § 118 zákona je Úřad povinen na základě zjištěných skutečností uvážit, jaké nápravné opatření má zvolit k dosažení nápravy protiprávního stavu, a to při dodržení základních zásad procesu zadávání, tj. transparentnosti zadávání veřejných zakázek a dodržování zásad stejného zacházení a nediskriminace uchazečů o veřejné zakázky.

181. Vzhledem k tomu, že v šetřeném případě zadavatel nedodržel postup stanovený v § 77 odst. 1 zákona a zásadu transparentnosti stanovenou v § 6 odst. 1 zákona tím, že v rámci posouzení nabídky vybraného uchazeče přezkoumatelným způsobem nezdůvodnil, na základě jakých skutečností akceptoval zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny poskytnuté vybraným uchazečem, když

- v případě položky „T TECHNOLOG“ skutečnosti, kterými zadavatel v záznamu z jednání ze dne 22. 10. 2015 zdůvodnil akceptaci zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče v této položce, neodpovídají obsahu zdůvodnění uvedenému vybraným uchazečem ve vztahu k této položce v jeho zdůvodnění nízké nabídkové ceny ze dne 21. 10. 2015 a zadavatel tento nesoulad v žádném z dokumentů tvořících součást dokumentace o veřejné zakázce nijak nevysvětlil;
- v případě položek „Bagr – sací“, „Bagr – traktor“ zadavatel v záznamu z jednání ze dne 22. 10. 2015 ani v jiném dokumentu tvořícím součást dokumentace o veřejné zakázce nespecifikoval konkrétní objektivní příčiny ve smyslu § 77 odst. 2 písm. a) zákona, na základě nichž akceptoval zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny uvedené vybraným uchazečem ve vztahu k těmto položkám v jeho zdůvodnění nízké nabídkové ceny ze dne 21. 10. 2015;
- v případě položky „Kolový nakladač“, zadavatel v záznamu z jednání ze dne 22. 10. 2015 ani v jiném dokumentu tvořícím součást dokumentace o veřejné zakázce neuvedl, na základě čeho akceptoval zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny uvedené vybraným uchazečem ve vztahu k této položce v jeho zdůvodnění nízké nabídkové ceny ze dne 21. 10. 2015,

příčemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, rozhodl Úřad o zrušení úkonů zadavatele spojených s posouzením nabídky vybraného uchazeče zaznamenaných v záznamu z jednání ze dne 22. 10. 2015 a všech následných kroků zadavatele, včetně rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 29. 10. 2015.

182. Podle § 119 odst. 2 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu podle § 118 odst. 1 zákona též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení. Náklady správního řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí předpis. Prováděcí předpis, vyhláška č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, stanoví v § 1 odst. 1, že paušální částku nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele je zadavatel povinen uhradit v případě, že Úřad rozhodl podle § 118 zákona o zrušení zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele, a to ve výši 30 000,- Kč.
183. Vzhledem k tomu, že úkony zadavatele uvedené ve výroku IV. tohoto rozhodnutí byly zrušeny, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku V. tohoto rozhodnutí.
184. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2015000887.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 117c odst. 1 písm. b) zákona podává v elektronické podobě podepsané uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží:

1. Advokátní kancelář Pokorný, Wagner & partneři, s.r.o., Karoliny Světlé 301/8, 110 00 Praha
2. Energetické opravny, a.s., Prunéřov 375, 432 01 Kadaň
3. STELMAR s.r.o., Elektrárna, centrální dílny 1202, 735 71 Dětmárovice

Vypraveno dne

viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy