



UOHSX008JG5A

## PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Čj.:ÚOHS-R0071,0078/2016/VZ-39881/2016/323/PMo

Brno 29. září 2016

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 26. 2. 2016, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- společností **Energetické opravy, a.s.**, IČO 25040707, se sídlem Pruněřov 375, 432 01 Kadaň,

a zároveň o rozkladu ze dne 1. 3. 2016, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem –

- **Elektrárna Dětmorovice, a.s.**, IČO 29452279, se sídlem Dětmorovice 1202, 735 71 Dětmorovice, 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,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 12. 2. 2016, č. j. ÚOHS-S0887/2015/VZ-05640/2016/511/BMa,

vydanému ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „**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, kde dalším účastníkem správního řízení je vybraný uchazeč –

- společnost **STELMAR s.r.o.**, IČO 49607154, se sídlem Elektrárna, centrální dílny 1202, 735 71 Dětmárovice, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 15. 3. 2016 advokáta JUDr. Martina Vojtíška, ev. č. ČAK: 13326, AK Janák a partneři, IČO 28638824, se sídlem Rožnovská 241, 744 01 Frenštát pod Radhoštěm,

jsem podle § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 5 písm. b) téhož zákona, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Výroky I., III., IV. a V. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0887/2015/VZ-05640/2016/511/BMa ze dne 12. 2. 2016

**p o t v r z u j i**

a podané rozklady

**z a m í t á m.**

## **ODŮVODNĚNÍ**

### **I. Zadávací řízení a správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže**

1. Zadavatel – Elektrárna Dětmárovice, a.s., IČO 29452279, se sídlem Dětmárovice 1202, 735 71 Dětmárovice (dále jen „**zadavatel**“), odeslal podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)<sup>1</sup>, dne 21. 4. 2015 oznámení jednacímho řízení s uveřejněním za účelem zadání veřejné zakázky s názvem „**ZAJIŠTĚNÍ ÚDRŽBY LC KOTELNA A ODSÍŘENÍ V ELEKTRÁRNĚ DĚTMAROVICE**“, které bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 22. 4. 2015 pod evidenčním číslem zakázky 512094, a v Úředním věstníku Evropské unie bylo oznámení uveřejněno dne 25. 4. 2015 pod evidenčním číslem 2015/S 081-144770 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Zadavatel v bodě 4. zadávací dokumentace vymezil předmět veřejné zakázky jako „*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 Dětmárovice, 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.*“

---

<sup>1</sup> Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacímho řízení ve smyslu ust. § 26 zákona v návaznosti na ust. § 158 odst. 1 a 2 zákona, není-li uvedeno jinak.

3. Podle 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.
4. Dne 16. 10. 2015 zadavatel požádal společnost STELMAR s.r.o., IČO 49607154, se sídlem Elektrárna, centrální dílny 1202, 735 71 Dětmárovice (dále jen „**vybraný uchazeč**“), o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny (dále jen „**MNNC**“), které vybraný uchazeč poskytl v odpovědi na žádost ze dne 21. 10. 2015. Komise pro posouzení nabídek (dále jen „**HK**“ nebo „**hodnotící komise**“) posoudila došlé nabídky z hlediska MNNC a došla k závěru, že žádná nabídka MNNC neobsahuje. Podle 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 společnosti Energetické opravny, a.s., IČO 25040707, se sídlem Prunéřov 375, 432 01 Kadaň (dále jen „**navrhovatel**“), s nabídkovou cenou ve výši 134.985.984 Kč. Dne 29. 10. 2015 rozhodl zadavatel o výběru nejvhodnější nabídky, přičemž své rozhodnutí zadavatel oznámil uchazečům dopisem ze dne 29. 10. 2015.
5. Zadavatel rozhodnutím ze dne 25. 11. 2015, doručeným navrhovateli dne 30. 11. 2015, o námitkách rozhodl tak, že některé námitky navrhovatele z důvodu chybějících zákonem stanovených náležitostí odmítl a o některých námitkách z důvodu jejich opožděného podání nerozhodoval. Jelikož 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 pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), který Úřad obdržel téhož dne, a tímto dnem bylo podle § 113 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 správního řádu zahájeno správní řízení vedené Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-S0887/2015/VZ.

## II. Napadené rozhodnutí

6. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 12. 2. 2016 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0887/2015/VZ-05640/2016/511/BMa (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), v jehož výroku I. podle § 118 odst. 5 písm. c) zákona zamítl návrh navrhovatele v části týkající se nedodržení postupu dle § 30 odst. 8 zákona v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona zadavatelem, když v rámci jednání o podaných nabídkách na veřejnou zakázku nezajistil dodržení zásady transparentnosti, neboť nebyl podán oprávněnou osobou. Ve výroku II. napadeného rozhodnutí Úřad podle § 118 odst. 5 písm. c) zákona zamítl návrh navrhovatele v části týkající se nedodržení postupu dle § 44 odst. 1 zákona v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona zadavatelem tím, že v rámci vymezení hodnotícího kritéria „nabídková cena“ umožnil uchazečům v průběhu jednání o podaných nabídkách na veřejnou zakázku měnit předpokládaný objem plnění, v důsledku čehož měl zadavatel hodnotit nabídky se vzájemně neporovnatelným plněním, neboť nebyl podán oprávněnou osobou. Ve výroku III. napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky postup dle § 77 odst. 1 zákona a zásadu transparentnosti dle § 6 odst. 1 zákona tím, že v rámci posouzení nabídky vybraného uchazeče přezkoumatelným způsobem nezdůvodnil, na základě jakých skutečností akceptoval zdůvodnění MNNC poskytnuté vybraným uchazečem, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Ve výroku IV. napadeného rozhodnutí Úřad

v rámci nápravného opatření dle § 118 odst. 1 zákona, vztahujícímu se k nezákonnému postupu zadavatele uvedenému ve výroku III. napadeného rozhodnutí, zrušil 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 zadávacím řízení, včetně rozhodnutí o výběru nejhodnější nabídky ze dne 29. 10. 2015. Ve výroku V. napadeného rozhodnutí Úřad dle § 119 odst. 2 zákona 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, zadavateli uložil uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.

7. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad ve vztahu k výroku I. uvedl, že jelikož navrhovatel nedoručil zadavateli námitky včas, Úřad dále nepřezkoumával, zda byly dotčené námitky podány řádně, jelikož samotný fakt jejich pozdního doručení zadavateli způsobil, že navrhovatel nesplnil podmínku pro podání návrhu dle § 110 odst. 7 zákona, protože navrhovatel není ve vztahu části návrhu týkající se netransparentního postupu zadavatele při posledním jednání o nabídkách dne 6. 10. 2015 osobou oprávněnou podat návrh. Ve vztahu k rozkladu nenapadenému výroku II. Úřad uvedl, že posledním dnem lhůty pro podání námitek proti zadávacím podmínkám byl den 31. 8. 2015. Navrhovatel doručil své námitky zadavateli dne 16. 11. 2015. Navrhovatel tedy podle Úřadu nedoručil zadavateli námitky včas a nesplnil tak podmínku pro podání návrhu dle § 110 odst. 7 zákona.
8. Ve vztahu k napadenému výroku III. napadeného rozhodnutí Úřad uvedl následující. Zatímco vybraný uchazeč ve vztahu k položkám „Bagr – sací“, „Bagr – traktor“ a „Kolový nakladač“ uvedl ve 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. Pokud jde o položku „Kolový nakladač“, k této zadavatel v záznamu z jednání ani v jiné části dokumentace o veřejné zakázce neuvedl nic. Ve vztahu k těmto třem položkám tedy dle Úřadu nelze ze záznamu zjistit konkrétní důvody, pro něž hodnotící komise zdůvodnění poskytnuté vybraným uchazečem akceptovala. Jelikož zadavatel v záznamu o jednání ani v žádném jiném z dokumentů, které jsou součástí dokumentace o veřejné zakázce, přezkoumatelným způsobem důvody pro akceptaci zdůvodnění MNNC neuvedl, dospěl Úřad k závěru, že jeho postup při posouzení nabídky vybraného uchazeče je postupem netransparentním, a tudíž nezákonným. Předmětný netransparentní postup zadavatele při posuzování MNNC v nabídce vybraného uchazeče podle Úřadu mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, neboť není možné s jistotou konstatovat, že MNNC zjištěná zadavatelem v nabídce vybraného uchazeče je skutečně odůvodněna objektivními příčinami ve smyslu § 77 odst. 2 zákona, a že tedy nevyřazení nabídky a nevyřazení vybraného uchazeče z účasti v zadávacím řízení bylo v souladu se zákonem.

### **III. Námitky rozkladu navrhovatele**

9. Dne 26. 2. 2016 obdržel Úřad rozklad navrhovatele proti výroku I. výše uvedeného rozhodnutí. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 15. 2. 2016. Rozklad tedy byl podán v zákonné lhůtě.

10. Navrhovatel v rozkladu zdůrazňuje, že jím napadený výrok je založen na nedostatečném posouzení, k jakému okamžiku mohla u navrhovatele reálně vzniknout důvodná pochybnost o transparentnosti postupu zadavatele, čímž Úřad dospěl k nesprávnému závěru o opožděnosti podaných námitek, přičemž s tímto souvisí i nesprávný závěr Úřadu týkající se údajného nesplnění podmínek pro podání návrhu podle § 110 odst. 7 zákona. Navrhovatel uvádí, že námitky proti skutečnostem zpochybňujícím transparentnost zadávacího řízení byly podány řádně a včas, jelikož až na základě souhrnu všech informací, zejména pak s ohledem na výši nabídkové ceny na straně vybraného uchazeče, jež byla předmětem posledního jednání, vznikla navrhovateli důvodná pochybnost o transparentnosti zadávacího řízení.
11. Navrhovatel podotýká, že se Úřad v napadeném rozhodnutí nevypořádal s argumentací zadavatele uvedenou v replice navrhovatele doručené Úřadu dne 4. 1. 2016 a ve vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí dle § 117c odst. 3 zákona ze dne 18. 1. 2016 týkající se možnosti přezkumu postupu zadavatele i přes údajnou opožděnost podaných námitek. Místo toho Úřad tuto část zaevidoval jako podnět pod sp. zn. ÚOHS-P0042/2016/VZ. Z tohoto důvodu je napadené rozhodnutí podle navrhovatele nezákonné.
12. Navrhovatel dále zpochybňuje argumentaci Úřadu obsaženou v bodě 116. odůvodnění napadeného rozhodnutí, že jelikož byl navrhovatel, resp. jeho zástupce, prokazatelně přítomen, je nepochybné, že okamžik, kdy se navrhovatel dozvěděl o potenciálním nezákonném postupu zadavatele, připadl právě na 6. 10. 2015.
13. Navrhovatel doplňuje, že při posuzování transparentnosti postupu zadavatele je třeba přihlídnout k okolnostem daného případu. V tomto kontextu navrhovatel odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu (dále jen „**NSS**“) ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010-159, dle něhož „samotný pojem „transparentnosti“ se vyznačuje obsahovou pružností, aby mohl reagovat na nekonečné množství životních situací, na něž nemůže ve své obecnosti jakákoliv konkrétněji formulovaná právní norma pamatovat“ a „podrobnosti povinnosti transparentnosti vyplývají pokaždé z okolností konkrétního případu“. Při posouzení postupu zadavatele a jeho transparentnosti dle navrhovatele nepostačuje jakákoliv domněnka o možném netransparentním postupu zadavatele, který není v souladu s touto zásadou, ale pouze důvodná pochybnost o netransparentním postupu. O minimálním cenovém rozdílu v nabídkách navrhovatele a vybraného uchazeče se navrhovatel dle svého tvrzení dozvěděl až z finálního pořadí nabídek a především z výše jednotlivých nabídkových cen. Důvodné podezření na možné netransparentní jednání však zadavatel mohl získat až na základě rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, kdy navrhovatel získal informaci o finálních cenových nabídkách ostatních uchazečů, resp. uchazeče, a to v kontextu protokolu o konečném výsledku hodnocení nabídek, ze kterého je patrné, že se výše konečné nabídkové ceny uchazeče, který se umístil v hodnocení na prvním místě, liší od výše nabídkové ceny navrhovatele o pouhých 78. 121 Kč, což představuje rozdíl 6 promile celkové nabídkové ceny.
14. V době posledního jednání hodnotící komise navrhovatel neměl a ani nemohl mít k dispozici veškeré informace zakládající důvodné podezření o netransparentnosti postupu zadavatele, jak se snaží dovodit Úřad. Nemůže se tak jednat o námitky proti faktickému postupu zadavatele, resp. hodnotící komise, při posledním jednání HK o nabídkách, jak tvrdí Úřad v bodě 114. odůvodnění napadeného rozhodnutí, ale jedná se o námitky proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Nezákonnost a netransparentnost postupu zadavatele

se totiž projevila až doručením rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky v takovém rozsahu, o kterém lze mít skutečně důvodné pochybnosti. Proto se dle navrhovatele jedná o námitky včasné, jelikož je podal ihned poté, co se o rozhodné skutečnosti vyplývající z rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky dozvěděl.

15. Navrhovatel dále uvádí, že na uvedený případ je analogicky aplikovatelný závěr uvedený v rozsudku NSS ze dne 25. 1. 2011, č. j. 2 Afs 67/2010-105, podle kterého se nezákonnost zadávacích podmínek může projevit až v následujících fázích zadávacího řízení při jejich aplikaci. Až teprve informace o značně podezřelé výši nabídkových cen byla skutečností, která zapříčinila důvodnou pochybnost o transparentním postupu zadavatele. Z tohoto důvodu nelze akceptovat závěr Úřadu obsažený v bodě 118. odůvodnění napadeného rozhodnutí vztahující se k rozsudku NSS ze dne 25. 1. 2011, že netransparentnost musela být navrhovateli zřejmá ze samotného průběhu jednání. Netransparentnost v míře „důvodné pochybnosti“ mu mohla být zřejmá až v souvislosti s doručením oznámení o zadání zakázky.
16. Zadavatelem zvolená pravidla jednání v jednacím řízení s uveřejněním dle navrhovatele sama o sobě nemusela být nezákonná, avšak tato protizákonnost se projevila až po jejich aplikaci, kdy zadavatel rozeslal rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, a vešly tak ve známost jednotlivé výše nabídkových cen, ze kterých je patrná vysoká pravděpodobnost ovlivnění jejich vzájemné výše. Navrhovateli nemohlo být zřejmé riziko manipulace s výší nabídkových cen dříve, než tyto byly zveřejněny v rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky. Nelze tedy klást navrhovateli za vinu, že obecně důvěřoval v poctivost postupu zadavatele, a že podal námitky až bezprostředně poté, co o této poctivosti získal důvodné pochybnosti.
17. Navrhovatel podotýká, že postup dle § 30 odst. 8 zákona zadavatele nezabývá povinnosti postupovat transparentně. Nelze tedy tvrdit, že pokud zákon určitý postup předvídá, tak v jeho rámci nemůže dojít k porušení základních zásad zadávání veřejných zakázek dle § 6 odst. 1 zákona. Porušení tohoto zákonného ustanovení tak dle navrhovatele vyplynulo až z rozhodnutí o výběru, které odkrylo nepravděpodobný rozdíl v nabídkových cenách.
18. Podle navrhovatele se Úřad dostatečně nezabýval okolnostmi daného případu, když danou věc nepřípustně zjednodušil tím, že se navrhovatel musel o potenciálním nezákonném postupu zadavatele dozvědět na posledním jednání o nabídkách. Úřad tak nezohlednil charakter namítaného porušení, které na jednání dne 6. 10. 2015 nebylo na první pohled viditelné, aniž by tento svůj zjednodušující závěr dostatečně odůvodnil.

#### **Závěr rozkladu navrhovatele**

19. Z uvedených důvodů navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu výrok I. napadeného rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

#### **IV. Námitky rozkladu zadavatele**

20. Dne 1. 3. 2016 obdržel Úřad rozklad zadavatele z téhož dne proti výrokům III., IV. a V. napadeného rozhodnutí. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 15. 2. 2016. Rozklad tedy byl podán v zákonné lhůtě.
21. Zadavatel v rozkladu namítá, že výrok III. napadeného rozhodnutí byl vydán na návrh osoby, která není osobou oprávněnou k podání návrhu. Pokud se jedná o údajnou nezákonnost postupu zadavatele v předmětném zadávacím řízení při posouzení nabídky vybraného

uchazeče v tom směru, zda neobsahuje MNNC, zadavatel uvádí, že v této věci nebyly navrhovatelem řádně, resp. včas podány námitky ve smyslu § 110 zákona.

22. Podáním ze dne 13. 11. 2015 adresovaným zadavateli navrhovatel sice namítal porušení zákona zadavatelem v souvislosti s výběrem nejvhodnější nabídky v předmětném zadávacím řízení, kdy obsah těchto námitek byl obdobný těm, které navrhovatel uvádí v návrhu ze dne 7. 12. 2015, nicméně část námitek navrhovatele byla podána opožděně a zadavatel o nich tedy v souladu s § 111 odst. 4 zákona nerozhodoval. Ve zbylé části pak námitky neobsahovaly veškeré náležitosti dle § 110 odst. 7 zákona (nebyly tedy podány řádně), a musely tak být zadavatelem odmítnuty.
23. Ve vztahu k námitkám týkajícím se údajné nesprávnosti postupu zadavatele, pokud jde o posouzení nabídkové ceny vybraného uchazeče v tom směru, zda se nejedná o MNNC, o nichž bylo rozhodnuto výrokem III. napadeného rozhodnutí, tyto neobsahovaly všechny náležitosti dle § 110 odst. 7 zákona, když v tomto podání nebylo uvedeno, jaká újma v důsledku domnělého porušení zákona navrhovateli hrozí nebo vznikla. Z toho důvodu byl zadavatel nucen námitku stěžovatele v souladu s § 110 odst. 7 zákona odmítnout, a to bez ohledu na její věcný obsah. Z obsahu námitek je přitom zřejmé, že směřovaly proti úkonu zadavatele spočívajícímu v posouzení nabídkové ceny vybraného uchazeče v tom směru, zda se nejedná o MNNC, resp. proti způsobu zpracování zprávy o posouzení a hodnocení nabídek, tj. že se jedná o námitku dle § 110 odst. 2 zákona.
24. Zadavatel poukazuje na to, že Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí uvádí, že námitky navrhovatele směřující proti postupu zadavatele při posouzení nabídky vybraného uchazeče v tom směru, zda neobsahuje MNNC, jsou námitkami proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky ve smyslu § 110 odst. 4 zákona. Takový závěr je však dle zadavatele nesprávný, resp. nemající oporu v obsahu podaných námitek.
25. Podle zadavatele Úřad přehlíží, že navrhovatel v námitkách brojí proti konkrétním úkonům zadavatele při posouzení nabídky vybraného uchazeče v tom směru, zda neobsahuje MNNC, nikoli proti výběru nejvhodnější nabídky. Z obsahu podaných námitek je zřejmé, že výše uvedená námitka směřuje proti úkonu zadavatele spočívajícímu v posouzení nabídkové ceny vybraného uchazeče v tom směru, zda se nejedná o MNNC, resp. proti způsobu zpracování zprávy o posouzení a hodnocení nabídek (tj. že se jedná o námitku dle § 110 odst. 2 zákona). V podání navrhovatele ze dne 13. 11. 2015 dle zadavatele nebylo na žádném místě uvedeno (a ani implicitně to z uvedeného podání nevyplývá), jaká újma stěžovateli v důsledku domnělého porušení zákona (tj. v důsledku údajně nesprávného posouzení nabídkové ceny vybraného uchazeče v tom směru, zda se nejedná o MNNC) hrozí nebo vznikla. Předmětné podání navrhovatele tak nelze považovat za řádně a včas podané námitky. Navrhovatel tedy není osobou oprávněnou k podání návrhu.
26. Dále zadavatel poukazuje na nesprávnost závěrů Úřadu týkajících se postupu zadavatele při posouzení nabídky vybraného uchazeče v tom směru, zda neobsahuje MNNC. Zdůrazňuje, že detailní popis postupu pověřených pracovníků zadavatele při posouzení nabídek (a to včetně posouzení nabídek v tom směru, zda neobsahují MNNC) je obsažen v Záznamu z jednání komise o posouzení nabídek z hlediska MNNC ze dne 22. 10. 2015 (dále jen „**Záznam z jednání HK**“). Ze záznamu z jednání HK dle zadavatele jednoznačně vyplývá, jakými úvahami byl zadavatel veden při posuzování nabídky vybraného uchazeče v tom směru, zda

jeho nabídka neobsahuje MNNC, resp. co je důvodem pro akceptaci zdůvodnění MNNC. Pokud Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí vytýká zadavateli, že ze Záznamu z jednání HK (ani z jiného dokumentu) nevyplývá, jak byla posouzena nabídková cena vybraného uchazeče z hlediska MNNC, je třeba uvést, že Úřad při přezkoumávání obsahu Záznamu z jednání HK zjevně přehlédl přílohy Záznamu z jednání komise, které jsou jeho nedílnou součástí.

27. Zadavatel doplňuje, že Záznam z jednání HK je kromě jeho „těla“ tvořen rovněž (i) žádostí o zdůvodnění MNNC v částech nabídky vybraného uchazeče, (ii) odpovědí vybraného uchazeče na žádost o zdůvodnění MNNC v částech nabídky a (iii) přehledovou tabulkou sazeb profesí a mechanismů. Obsah Záznamu z jednání HK je tak třeba vykládat v kontextu těchto dokumentů. Pokud by Úřad náležitě posoudil obsah Záznamu z jednání HK, musel by dojít k závěru, že zadavatel náležitě posoudil výši nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, a zároveň, řádně zdůvodnil, proč nepovažuje nabídkovou cenu vybraného uchazeče za mimořádně nízkou.
28. Zadavatel dále vyjadřuje přesvědčení, že na transparentnosti zadávacího řízení ničeho neubírá, pokud ze Záznamu z jednání HK vyplývá, že se zadavatel zcela ztotožnil se zdůvodněním nabídkové ceny předloženým dotčeným uchazečem. Zadavatel uvádí, že jeho postup při posouzení nabídky vybraného uchazeče v tom směru, zda neobsahuje MNNC, byl transparentní a v souladu se zákonem. Ze Záznamu z jednání HK jsou zřejmé důvody, které vedly zadavatele k akceptaci nabídkové ceny vybraného uchazeče v případě položek „T TECHNOLOG“, „Bagr – sací“, „Bagr – traktor“ a „Kolový nakladač“, resp. k závěru, že cena za tyto položky není mimořádně nízká.
29. V závěrečné části rozkladu zadavatel poukazuje na to, že s ohledem na nesprávnost výroku III. napadeného rozhodnutí jsou nesprávné rovněž výroky IV. a V. napadeného rozhodnutí, kterými bylo rozhodnuto o uložení nápravného opatření (výrok IV. napadeného rozhodnutí) a o povinnosti uhradit náklady řízení (výrok V. napadeného rozhodnutí). Zadavatel namítá, že jelikož postupoval v souladu se zákonem, a to i pokud jde o posouzení nabídek uchazečů v tom směru, zda neobsahují MNNC, nebyl Úřad oprávněn rozhodnout o uložení nápravného opatření ve smyslu § 118 odst. 1 zákona a uložit zadavateli povinnost hradit náklady řízení.

#### **Závěr rozkladu zadavatele**

30. Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu výroky III., IV. a V. napadeného rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

#### **V. Řízení o rozkladech**

31. Úřad po doručení rozkladů neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladech.

#### **Stanovisko předsedy Úřadu**

32. Po projednání rozkladu navrhovatele, rozkladu zadavatele a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech, jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad výroků I., III., IV. a V. napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí



předcházel, s právními předpisy, a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladech zadavatele a navrhovatele, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.

33. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je uvedeno v bodě 11. odůvodnění tohoto rozhodnutí, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně výroků I., III., IV. a V. napadeného rozhodnutí.
34. Co se týče výroku II. napadeného rozhodnutí, tento nebyl rozkladem navrhovatele ani rozkladem zadavatele napaden. V tomto ohledu je nutno poukázat na ustanovení § 82 odst. 3 správního řádu, podle kterého v případě, že odvolání, resp. rozklad směřuje jen proti některému výroku rozhodnutí nebo proti vedlejšímu ustanovení výroku, které netvoří nedílný celek s ostatními, pokud tím nemůže být způsobena újma některému z účastníků, nabývá zbytek výrokové části právní moci, umožňuje-li to povaha věci. V šetřeném případě lze konstatovat, že výrok II. napadeného rozhodnutí netvořil s napadenými výroky I., III., IV. a V. nedílný celek, o kterém by nebylo možno separátně rozhodovat a jehož výroky by spolu neoddělitelně souvisely, když nenapadený výrok II. byl z hlediska napadeného rozhodnutí jako celku oddělitelný od dalších výroků. Oddělitelnost výroku II. od ostatních výroků vyplývá z toho, že výrokem I. Úřad rozhodl o části návrhu navrhovatele (týkající se nedodržení postupu stanoveného v § 30 odst. 8 zákona v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona) tak, že se návrh navrhovatele zamítá a výrokem III. Úřad rozhodl o části návrhu navrhovatele tak, že zadavatel porušil postup stanovený v § 77 odst. 1 zákona a § 6 odst. 1 zákona, přičemž na základě konstatovaného porušení zákona zadavatelem výrokem IV. uložil nápravné opatření ve smyslu ust. § 118 odst. 1 zákona a dále výrokem V. uložil zadavateli povinnost uhradit náklady řízení, když tak výroky III. a IV. na sebe navazují, zatímco výrokem II. Úřad zamítl část návrhu navrhovatele, neboť tento nebyl podán oprávněnou osobou a jde tedy o výrok, který s předchozími výroky nesouvisí, neboť v něm Úřad rozhodl o samostatné části návrhu, a sice o části týkající se nedodržení postupu stanoveného v § 44 odst. 1 zákona v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona. Dále rovněž považuji za splněnou i další podmínku předpokládanou ustanovením § 82 odst. 3 správního řádu, neboť tím, že nenapadený výrok rozhodnutí nabude samostatně právní moci, nemůže vzniknout újma některému z účastníků správního řízení, když ve správním řízení bylo navrhovateli vyhověno, neboť úkony zadavatele spojené s posouzením nabídky vybraného uchazeče zaznamenané v Záznamu z jednání HK a všechny následné úkony zadavatele byly zrušeny, a současně nemůže vzniknout újma ani zadavateli, jelikož výrokem II. napadeného rozhodnutí byl návrh navrhovatele v příslušné části zamítnut. Na základě uvedeného tedy konstatuji, že napadené rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0887/2015/VZ-05640/2016/511/BMa ze dne 12. 2. 2016, které bylo doručeno účastníkům řízení 15. 2. 2016, ve výroku II. nebylo v zákonné lhůtě napadeno rozkladem, přičemž za splnění podmínek stanovených v ustanovení § 82 odst. 3 správního řádu uvedený výrok dne 2. 3. 2016 nabyl samostatně právní moci a přezkum napadeného rozhodnutí v rámci tohoto správního řízení je tedy v části výroku II. vyloučen.

## **VI. K námitkám rozkladu navrhovatele**

35. V první řadě poukazuji na skutečnost, že rozklad navrhovatele směřuje pouze proti výroku I. napadeného rozhodnutí. Navrhovatel „*nejprve v plném rozsahu odkazuje na předchozí svá*

*vyjádření a podání ve správním řízení a níže uvádí další argumenty, které podporují již dříve uvedená tvrzení a které zejména vyvrací nesprávné právní závěry Úřadu ohledně údajné opožděnosti námitek“.*

36. Nelze se ztotožnit již se stěžejní rozkladovou námitkou navrhovatele týkající se tvrzeného nesprávného posouzení začátku běhu lhůty k podání námitek ze strany Úřadu z následujících důvodů. V první řadě nemohu souhlasit s výkladem § 110 odst. 2 zákona, jak jej provádí navrhovatel v rozkladu. V případě námitek proti všem úkonům zadavatele je stanovena subjektivní a objektivní lhůta (§ 110 odst. 2 zákona). Zde je možné podat námitky nejpozději do doby uzavření smlouvy. Problematická je zde však z pohledu navrhovatele nejasnost počátku běhu subjektivní lhůty. Pokud by uchazeč nemusel objektivně prokazovat počátek běhu této subjektivní lhůty určitým úkonem a záleželo by pouze na tom, jaký den označí, pak by byl zadavatel v neustálé nejistotě, zda již lhůta pro podání námitek uplynula či nikoliv, přičemž námitky lze podat proti jakémukoliv úkonu zadavatele, ale tyto jednotlivé úkony na sebe vzájemně navazují, což by značně komplikovalo průběh zadávacího řízení. Ačkoli tedy z předmětného ustanovení zákona vyplývá, že pro počátek běhu předmětné lhůty je rozhodný den, kdy se stěžovatel o domnělém porušení zákona zadavatelem dozví, neznamená to, že se jedná o okamžik záležející zcela na vůli navrhovatele.
37. Pokud bych se ztotožnil s tím, jak dané ustanovení zákona chápe navrhovatel, musel bych připustit významné omezení právní jistoty subjektů participujících na zadávání veřejných zakázek (zejm. zadavatelů a vybraných uchazečů), které však zákon nepředpokládá. Mohlo by tak docházet ke zcela absurdním situacím, kdy si např. účastník zadávacího řízení v rámci nahlížení do protokolů z posouzení a hodnocení nabídek pořídí jejich opisy, nicméně k jejich prostudování přistoupí až za delší dobu, resp. si nezákonný postup zadavatele „spojí“ až později, ačkoli měl či mohl mít pochybnosti již dříve, shledá domnělé porušení ze strany zákona a bude se domáhat nápravy. Zadavatel by přitom neměl možnost objektivně přezkoumat, zda je tvrzení stěžovatele pravdivé a § 110 odst. 2 zákona by se tak stal obsolentním. Lhůty pro podání námitek by totiž byly zcela zbytečné, pokud by stěžovatelé mohli úspěšně argumentovat tak, jak to nyní činí navrhovatel v rozkladu, totiž, že sice objektivní možnost zjistit domnělé porušení zákona (a sice netransparentnost postupu zadavatele) mu vznikla v určitý den (konkrétně v době posledního jednání HK), ale on jej skutečně zjistil až později, a sice až v okamžiku doručení rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky. Jsem přesvědčen, že smyslem předmětného ustanovení zákona není takovou situaci nastolit, neboť by docházelo ke zneužívání takového práva ze strany stěžovatelů, např. tehdy, kdy jim lhůta k podání námitek marně uplynula. Je tak třeba vycházet z prokázané a nikoli předpokládané vědomosti stěžovatele o porušení zákona ze strany zadavatele. Není tedy možné souhlasit se závěrem navrhovatele, že v daném případě v době posledního jednání HK navrhovatel neměl a nemohl mít k dispozici veškeré informace zakládající důvodné podezření o netransparentnosti postupu zadavatele, neboť pokud by tvrzení stěžovatele o okamžiku získání domněnky o porušení zákona zadavatele, které nelze s jistotou nikdy ověřit, bylo jedinou skutečností, o kterou je možné se opřít, jakékoli zákonné stanovení lhůt pro podání námitek by bylo možné označit za zbytečné.
38. V tomto smyslu je nutné chápat i závěry navrhovatelem citovaného rozsudku NSS č. j. 2 Afs 67/2010-105 ze dne 25. 1. 2011 (dále jen „**citovaný rozsudek**“). Současně je třeba upozornit na odlišnost situace v citovaném a posuzovaném zadávacím řízení, potažmo řízení před

Úřadem. V citovaném rozsudku byla posuzována včasnost námitek proti zadávacím podmínkám, resp. posuzoval se zde sporný moment spočívající v tom, zda obsah námitek směřoval výhradně proti zadávacím podmínkám, nebo zda napadal rovněž rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Takové námitky mají dle zákona samostatnou lhůtu, vyjádřenou v § 110 odst. 3 zákona. Zde není výslovně uveden počátek běhu subjektivní lhůty pro podání námitek, lze však logicky dovést, že tato lhůta nejdříve začne běžet dnem zveřejnění zadávací dokumentace zadavatelem, potažmo dnem, kdy si uchazeč zadávací dokumentaci vyzvedl. Konkrétně stanovit den, od něhož se patnáctidenní lhůta má počítat, je však složité. Lze totiž jen těžko opatřit důkazy týkající se okamžiku, kdy přesně se uchazeč se zadávacími podmínkami (všemi, tedy i těmi, jež byly obsaženy v zadávací dokumentaci) seznámil. Je však nepochybné, že nejpozději se uchazeč s veškerými zadávacími podmínkami musel seznámit dnem, kdy podal svou nabídku nebo kdy uplynula lhůta pro podání nabídek. Konec lhůty pro podání námitek proti zadávacím podmínkám je tedy stanoven objektivně nejpozději 5 dní po skončení lhůty pro podání nabídek. Uchazeč však v námitkách musí jasně určit den, kdy se o domnělém porušení zákona v zadávacích podmínkách dozvěděl. Stanovení přesného začátku běhu lhůty však v tomto případě nemá pro zadavatele natolik zásadní vliv jako v ostatních případech, neboť zde přesně ví, kdy tato lhůta skončí a kdy již nemohou být zadávací podmínky námitkami napadeny.

39. Pokud se jedná o navrhovatelem odkazovaný rozsudek NSS č. j. 1 Afs 45/2010-159 ze dne 15. 9. 2010, zdůrazňuji následující. Lze přisvědčit dílčímu tvrzení navrhovatele, že právní názor tohoto rozsudku NSS je vystavěn na pojmu transparentnosti jakožto flexibilního pojmu. Tato flexibilita „transparentnosti“ však spočívá zejména v možnosti výkladu tohoto neurčitého právního pojmu při jeho aplikaci, nikoliv v nepřipustném rozšiřování posuzování transparentnosti jednotlivých úkonů zadavatele známých navrhovateli v okamžiku uskutečnění takového úkonu, a to až na základě později učiněného úkonu, v tomto případě oznámení rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Ve vztahu k tvrzení navrhovatele, že důvodné podezření na možné netransparentní jednání mohl získat až na základě oznámení o rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky s odvoláním na to, že nabídka vybraného uchazeče a nabídka navrhovatele se liší pouze o 0,06 %, uvádím, že tato skutečnost není způsobilá vzbudit důvodnou pochybnost o transparentnosti předmětného postupu zadavatele, jelikož navrhovatel již na základě obsahu protokolu o konečném výsledku hodnocení byl s touto skutečností seznámen, což sám uvedl v námitkách. I s ohledem na obdobnost nákladů jednotlivých uchazečů na realizaci té které veřejné zakázky může v praxi k podobným shodám docházet. Navrhovatel tedy jakožto důvod podporující jeho závěr, v rámci něhož označil jako počátek běhu subjektivní lhůty pro podání námitek až datum doručení oznámení o rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky (tedy 30. 11. 2015), uvedl zejména skutečnost, že tvrzená netransparentnost postupu zadavatele [to, že nabídková cena vybraného uchazeče byla po posledním jednání nižší pouze o 78.121 Kč než nabídková cena navrhovatele (tj. rozdíl pouze cca 0,06 %), ačkoliv původně byla nabídková cena vybraného uchazeče oproti navrhovateli vyšší o 12,9 %] se projevila právě až oznámením rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky. Z námitek ze dne 29. 10. 2015 vyplývá, že směřují proti výběru nejvhodnější nabídky vybraného uchazeče, přičemž se skutečnostmi, které navrhovatel uvedl v námitkách, resp. v návrhu, se navrhovatel seznámil dne 6. 10. 2015, tedy dne, kdy proběhlo poslední jednání HK o nabídkách. Pokud tedy byl navrhovatel přítomen při posledním jednání HK, pak pozdější

oznámení rozhodnutí není a nemůže být důvodem pro rozšíření posuzování transparentnosti předmětného posledního jednání HK. V důsledku předmětného výkladu navrhovatele, který je nezbytné označit za nepřijatelný, by každé rozhodování o výběru nejvýhodnější nabídky mohlo být považováno za netransparentní za situace, kdy by nabídka vybraného uchazeče a nabídka uchazeče, který se umístil druhý v pořadí, nevykazovala výraznou odlišnost. Výše uvedená rozkladová argumentace navrhovatele, v rámci které odkazuje na rozsudek NSS č. j. 1 Afs 45/2010-159 ze dne 15. 9. 2010, tedy nemůže obstát.

40. Navrhovatel v rozkladu dále uvádí, že poslední jednání HK o nabídkách konané dne 6. 10. 2015 bylo vedeno zvlášť s jednotlivými uchazeči ve značném časovém rozestupu s tím, že předmětem tohoto jednání HK byla pouze otázka konečné výše nabídkové ceny a možnost jejího případného ponížení. V této souvislosti akcentují, že samotný navrhovatel tímto konstatováním připouští, že okamžikem rozhodným pro počátek běhu lhůty pro podání námitek bylo inkriminované poslední jednání HK konané dne 6. 10. 2015, ve kterém se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozvěděl (ve smyslu § 110 odst. 2 zákona). Z výše uvedeného vyplývá, že navrhovatel nemohl důvodnou pochybnost o transparentnosti postupu zadavatele při posledním jednání HK o nabídkách konaném dne 6. 10. 2015 nabýt až na základě doručení rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Není tedy zřejmé, která dříve navrhovateli neznámá skutečnost, resp. skutečnost neuvedená v rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, vzbudila v navrhovateli jím akcentované důvodné podezření z nezákonnosti postupu zadavatele. S ohledem na výše uvedené je však evidentní, že veškeré relevantní informace o domnělém porušení zákona zadavatelem navrhovatel měl a mohl mít nejpozději ke dni 6. 10. 2015, a to bez ohledu na výsledek rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Navrhovatel totiž v průběhu správního řízení před Úřadem ani v podaném rozkladu neoznačil žádnou novou informaci indikující skutečnost, že by se s jím tvrzenou novou skutečností seznámil až v okamžiku doručení rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky.
41. Jak je správně uvedeno v bodě 116. odůvodnění napadeného rozhodnutí, námitky navrhovatele směřovaly proti vlastnímu průběhu posledního jednání o nabídkách. Předmětné námitky totiž napadaly konkrétní skutečnosti, k nimž došlo právě v den, kdy proběhlo předmětné jednání HK. Je prokazatelné, že okamžik, kdy se navrhovatel o potenciálním nezákonném postupu zadavatele dozvěděl, připadl právě na tento den, což potvrzuje i popis událostí zachycený v čestných prohlášeních zástupců navrhovatele přítomných na jednání HK o nabídkách. Nadto, navrhovatel ani v rozkladu nerozporuje skutečnost, že jeho zástupci byli přítomni při posledním jednání HK dne 6. 10. 2015. Je tedy zřejmé, že rozhodným okamžikem pro podání námitek uplatněných navrhovatelem je den 6. 10. 2015, tj. den posledního jednání HK o nabídkách, jehož byl navrhovatel přítomen prostřednictvím jeho zástupců. Výše uvedené argumentaci navrhovatele, v rámci které uvádí, že jím tvrzená nezákonnost, resp. netransparentnost, postupu zadavatele se projevila až okamžikem doručení rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, tedy nelze pro její nedůvodnost přisvědčit. Jak bylo výše uvedeno, není rozhodné, kdy navrhovatel nabyl důvodné pochybnosti o transparentnosti postupu zadavatele, jelikož rozhodný okamžik pro podání námitek nelze vázat na subjektivní skutečnost, nýbrž právě a pouze na skutečnost spočívající v okamžiku, kdy se navrhovatel objektivně měl a mohl o důvodech pro podání námitek dozvědět. Ze stejných důvodů rovněž neobstojí ani související tvrzení navrhovatele,

podle něhož mu nelze klást za vinu, že důvěřoval v poctivost postupu zadavatele, a že podal námitky až bezprostředně poté, co o této poctivosti získal důvodné pochybnosti.

42. Navrhovatel dále implicitně dovozuje, že pokud navrhovatel ve svých námitkách podrobně popsal skutečnosti rozhodné pro určení počátku běhu předmětné lhůty, nelze jejich podání považovat za opožděné. S touto rozkladovou námitkou nemohu souhlasit z níže uvedených důvodů. Pro závěr o včasnosti, resp. opožděnosti, podání námitek dle § 110 zákona je zásadní dodržení zákonných lhůt, nikoli detailnost popisu okolností, které stěžovatel považuje za relevantní pro počátek jejich běhu. Z rozkladu navrhovatele vyplývá, že za okamžik rozhodný pro stanovení počátku běhu lhůty pro podání námitek považuje až datum 30. 11. 2015, tedy den oznámení rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, z toho důvodu, že jím tvrzená netransparentnost se projevila až doručením rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky, nikoliv dříve. V této souvislosti považuji za podstatné poukázat na bod 118. odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde je konstatováno, že navrhovatel 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. Navrhovatel však doručil zadavateli námitky dne 16. 11. 2015, tedy po lhůtě pro podání námitek stanovené v § 110 odst. 2 zákona. Plně se tedy ztotožňuji s tímto závěrem Úřadu, který provedl v napadeném rozhodnutí.
43. Se zřetelem na tyto skutečnosti je tedy jednoznačně patrné, že skutečnosti, rozhodné pro podání námitek navrhovatele, mu musely být známy již dne 6. 10. 2015. Vzhledem k tomu, že námitky podal navrhovatel až dne 16. 11. 2015, jedná se o námitky podané nikoli včas a postup zadavatele v souvislosti s jejich odmítnutím považuji za správný.
44. S ohledem na shora uvedené ve vztahu k navrhovatelem napadenému výroku I. napadeného rozhodnutí uzavírám, že Úřad při vydání napadeného rozhodnutí postupoval správně, pokud uzavřel, že námitky navrhovatele ze dne 13. 11. 2015 nebyly podány včas, a zadavatel tedy postupoval v souladu se zákonem, pokud je odmítl jakožto opožděné. V důsledku této skutečnosti neproběhlo věcné posouzení námitek tak, jak jej předpokládá zákon v ustanovení § 111 zákona, tzn. nebyla splněna podmínka týkající se nevyhovění podaným námitkám ze strany zadavatele.
45. Pokud se jedná o argumentaci navrhovatele, že nelze akceptovat závěr Úřadu obsažený v bodě 118. odůvodnění napadeného rozhodnutí vztahující se k rozsudku NSS č. j. 2 Afs 67/2010-105 ze dne 25. 1. 2011, že netransparentnost musela být navrhovateli zřejmá ze samotného průběhu jednání HK. Jak bylo výše uvedeno, netransparentnost v míře „důvodné pochybnosti“ mohla být navrhovateli zřejmá již dříve, než až v souvislosti s doručením rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, jak nedůvodně uvádí v rozkladu. Se zřetelem na výše uvedené je totiž nezpochybnitelné, že konkrétní okolnosti průběhu jednání HK, v nichž zadavatel spatřuje jeho netransparentnost, byly, resp. musely být, navrhovateli zřejmé již při samotném průběhu tohoto jednání. Úřad tedy postupoval zcela správně a souladu se zákonem, když předmětnou argumentaci navrhovatele odkazem na výše uvedený rozsudek NSS odmítl.

46. Ve vztahu k tvrzení navrhovatele, že postup podle ustanovení § 30 odst. 8 zákona zadavatele nezbavuje povinnosti postupovat transparentně s tím, že nelze tvrdit, že pokud zákon určitý postup předvídá, tak v jeho rámci nemůže dojít k porušení základních zásad zadávání veřejných zakázek dle § 6 odst. 1 zákona, uvádím následující. Výše uvedené konstatování navrhovatele, v rámci něhož rekapituluje předmětné ustanovení zákona a z něj pro zadavatele vyplývající povinnosti v průběhu jednání o nabídkách v jednacím řízení s uveřejněním, je třeba označit za irelevantní. Zadavatel totiž v rámci této argumentace v ničem nerozporuje závěry Úřadu obsažené v napadeném rozhodnutí, a nejedná se tedy o námitku (ve smyslu správního řádu) směřující proti meritu věci. Zdůrazňuji, že předseda Úřadu ve smyslu ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumává soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy. Správnost napadeného rozhodnutí přezkoumává jen v rozsahu námitek uvedených v rozkladu (jinak jen tehdy, vyžaduje-li to veřejný zájem). Jak jsem již konstatoval, v případě výše uvedené argumentace zadavatele se však nejedná o námitku jako takovou, nýbrž o pouhé tvrzení nesměřující proti závěrům obsaženým v napadeném rozhodnutí.
47. Pokud se jedná o argumentaci navrhovatele, že se Úřad v napadeném rozhodnutí nevypořádal s argumentací zadavatele uvedenou v replice navrhovatele a ve vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí dle § 117c odst. 3 zákona týkající se možnosti přezkumu postupu zadavatele i přes údajnou opožděnost podaných námitek, je třeba uvést následující. Ustanovení § 3 správního řádu vyjadřuje tzv. zásadu materiální pravdy, podle níž (ve spojení s § 50 a § 52 správního řádu) má Úřad povinnost opatřit potřebné podklady pro vydání rozhodnutí, zjistit i bez návrhu všechny rozhodné okolnosti, jakož i provést důkazy, které jsou potřebné ke zjištění stavu věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a to v rozsahu, který je nezbytný pro soulad jeho úkonu s požadavky uvedenými v § 2 správního řádu. K tomu uvádím, že v řízeních zahájených na návrh Úřad před samotným posouzením merita věci nejdříve zjišťuje, zda je uvedený návrh (žádost) perfektní a splňuje veškeré náležitosti požadované zákonem a správním řádem. Jestliže Úřad v návrhu zjistí procesní vady, musí požadavek materiální pravdy naplnit pouze ve vztahu k okolnostem odůvodňujícím následné zamítnutí návrhu nebo zastavení řízení. Vzhledem k tomu, že Úřad návrh navrhovatele zamítl pro podání návrhu neoprávněnou osobou, k naplnění požadavku materiální pravdy nebyl povinen věcně přezkoumávat a zajišťovat podklady související s navrhovatelem tvrzenou možností přezkumu postupu zadavatele i přes údajnou opožděnost podaných námitek, neboť se tyto podklady netýkaly zamítnutí návrhu navrhovatele z „procesních“ důvodů.
48. K této argumentaci navrhovatele, v rámci které implicitně naznačuje, že Úřad nedostal cíle dohledu podle § 112 odst. 2 písm. b) zákona nad rámec výše uvedeného doplňuji, že ustanovení § 112 zákona nestanovuje Úřadu povinnost vždy a za každých okolností přezkoumat postup zadavatele při zadávání veřejné zakázky. Ustanovení § 112 zákona je obecné ustanovení vymezující věcnou působnost Úřadu, stanovuje tedy právní oblast, v jejímž rámci Úřad vykonává dohled, a v žádném případě nevylučuje, aby Úřad postupoval podle příslušných ustanovení zákona, a aby v případě, že byl návrh podán neoprávněnou osobou, návrh zamítl. Úřad tedy postupoval zcela správně, když v bodě 132. odůvodnění napadeného rozhodnutí s ohledem na okolnosti daného případu „pouze“ poukázal na to, že předmětnou část repliky navrhovatele zaevidoval jako podnět pod sp. zn. P0042/2016/VZ.

49. S ohledem na výše uvedené se nemohu ztotožnit ani se závěrečnou argumentací vznesenou navrhovatelem v rozkladu, podle které se Úřad dostatečně nezabýval okolnostmi daného případu, když danou věc nepřipustně zjednodušil tím, že navrhovatel se musel o potenciálním nezákonném postupu zadavatele dozvědět na posledním jednání HK o nabídkách s tím, že Úřad nezohlednil charakter namítaného porušení, které na jednání HK konaném dne 6. 10. 2015 nebylo na první pohled viditelné, aniž by tento svůj zjednodušující závěr dostatečně odůvodnil. Z odůvodnění napadeného rozhodnutí je zřejmé, z jakých podkladů pro jeho vydání Úřad vycházel, a dále je z něj zřejmé i to, na základě jaké úvahy Úřad dospěl k navrhovatelem napadenému výroku I. napadeného rozhodnutí, tj. že nastal důvod předvídaný ustanovením § 118 odst. 5 písm. c) zákona, a sice důvod vedoucí k zamítnutí návrhu navrhovatele v části týkající se nedodržení postupu dle § 30 odst. 8 zákona v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona zadavatelem, když v rámci jednání o podaných nabídkách na veřejnou zakázku nezajistil dodržení zásady transparentnosti, neboť nebyl podán oprávněnou osobou. Výrok I. napadeného rozhodnutí pak dostatečně specifikuje, v jaké věci Úřad rozhodoval, a to v souladu s § 68 odst. 2 věta první správního řádu. Úřad tak dostatečným způsobem odůvodnil své správní uvážení, podle něhož nastal důvod pro zamítnutí návrhu navrhovatele podle § 118 odst. 5 písm. c) zákona. Napadené rozhodnutí, resp. jeho výrok I., tak shledávám v souladu se zákonem a správním řádem, protože je třeba jej označit za přezkoumatelné. Ani tato rozkladová argumentace navrhovatele proto jako nedůvodná neobstojí s tím, že relevantní závěr zde obsažený nelze označit za zjednodušující, jak tvrdí navrhovatel v rozkladu.
50. Závěrem konstatuji, že rozklad navrhovatele obsahuje převážně argumenty, které již byly vzneseny ve správním řízení vedeném Úřadem, přičemž Úřad se s nimi vypořádal již v napadeném rozhodnutí. V této souvislosti rovněž doplňuji, že jsem přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu navrhovatele a dospěl jsem k závěru, že Úřad zjistil stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a to v zákonném rozsahu.
51. Úřad proto postupoval zcela správně a v souladu se zákonem, když přisvědčil správnosti postupu zadavatele, v rámci něhož posoudil námítky navrhovatele doručené zadavateli dne 16. 11. 2015 ve smyslu § 110 odst. 2 zákona jako námítky podané po lhůtě, protože Úřad návrh navrhovatele posoudil jako návrh podaný neoprávněnou osobou.
52. Na základě rozkladu podaného navrhovatelem jsem tedy ve smyslu § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal zákonnost napadeného výroku I. rozhodnutí a současně jsem přezkoumal i zákonnost postupu Úřadu, když napadený výroky I. rozhodnutí jsem shledal zákonným. Současně uvádím, že jsem neshledal takové vady řízení, které by měly vliv na soulad napadeného výroku I. rozhodnutí s právními předpisy. Nelze tedy po přezkoumání napadeného výroku I. rozhodnutí přisvědčit tvrzení navrhovatele, že Úřad pochybil, když ve výroku I. napadeného rozhodnutí rozhodl tak, jak rozhodl.

## **VII. K námítkám rozkladu zadavatele**

53. V první řadě poukazuji na skutečnost, že rozklad zadavatele směřuje pouze proti výrokům III., IV. a V. napadeného rozhodnutí.

54. Zadavatel v úvodu svého rozkladu podotýká, že námitky navrhovatele proti výběru nejvhodnější nabídky ve vztahu k posouzení nabídkové ceny vybraného uchazeče v tom směru, zda neobsahuje MNNC, nebyly podány řádně a včas ve smyslu § 110 zákona.
55. Jak Úřad uvedl v bodech 155. a 156. odůvodnění napadeného rozhodnutí, „v předmětné části se jedná o námitky proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, a nikoliv o námitky proti úkonu zadavatele podle § 110 odst. 2 zákona“ s tím, že „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, přičemž právě proti tomuto negativnímu důsledku ... svými námitkami brojí“. Zdůrazňuji, že za úkon finálně završující celý proces posouzení a hodnocení nabídek lze označit až rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky s tím, že se jedná o úkon, který je výslovně adresován uchazečům o veřejnou zakázku. Veškerý postup předcházející rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky má své vyobrazení právě v rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. V případě existence MNNC je s odkazem na § 77 odst. 1 zákona ponechána HK pravomoc k posouzení záležitostí týkajících se výše nabídkových cen, přičemž zadavatel je s výsledkem tohoto procesu seznámen prostřednictvím zprávy o posouzení a hodnocení nabídek (dále jen „Zpráva“). Postup hodnotící komise, která pro zadavatele provádí činnosti související s posouzením výše nabídkových cen, resp. výstup, který je součástí Zprávy, může být zadavatelem revidován s odkazem na § 79 odst. 5 zákona.
56. Z výše uvedeného vyplývá, že samotné výstupy HK nejsou finálním rozhodnutím, ale pouze jakýmsi předběžným dílčím výstupem, který se bezpochyby stává součástí procesu rozhodování zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky. Výše uvedený proces lze popsat tak, že úkon zadavatele spočívající v rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky (datované dnem 29. 10. 2015 s tím, že proti tomuto rozhodnutí podal navrhovatel námitky ze dne 13. 11. 2015) je složen z postupných etap, kdy HK na základě svého postupu zadavateli předloží podklady, na jejichž základě zadavatel rozhoduje o výběru nejvhodnější nabídky. Nezákonné postupy HK učiněné v procesu posouzení a hodnocení nabídek, který bezprostředně souvisí s úkonem rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, mohou být před samotným vydáním rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky zhojeny samotným postupem zadavatele. Jediný moment, v němž tedy reálně dodavateli vzniká újma z případného nezákonného postupu zadavatele, nastává až ve chvíli, kdy zadavatel rezignuje na nápravu případné nezákonnosti v postupu HK vlastním nápravným opatřením či postupem, čímž zatíží rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky vadou, která by již nemusela být zhojena bez aktivní účasti dodavatele.
57. K výše uvedenému je třeba shrnout, že návrh byl podán jednoznačně oprávněnou osobou, jelikož návrhu předcházely řádné a včas podané námitky. Nelze tedy přisvědčit tvrzení zadavatele, že se jedná o námitky proti jinému úkonu zadavatele ve smyslu § 110 odst. 2 zákona, když v nich navrhovatel zmiňuje nezákonnost postupu HK ve vztahu k posuzování MNNC vybraného uchazeče. Tyto námitky totiž fakticky směřovaly proti úkonu zadavatele, jímž bylo právě rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky. Je tedy nezbytné akcentovat, že námitky navrhovatele byly označeny jako námitky proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky a i materiálně naplňují požadavky na námitky proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Nade vše pochybnost se tedy jedná o námitky ve smyslu



§ 110 odst. 4 zákona, tedy o námitky směřující proti výběru nejvhodnější nabídky. K výše uvedené rozkladové argumentaci zadavatele shrnuji, že zákon v ustanovení § 110 odst. 7 pro námitky proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky nestanoví jako obligatorní náležitost uvedení újmy, která stěžovateli v důsledku nezákonného postupu vznikla či hrozí. Je tedy zřejmé, že předmětné námitky z tohoto pohledu obsahovaly všechny povinné náležitosti stanovené v § 110 odst. 7 zákona. Se zřetelem na tyto skutečnosti proto nemůže obstát ani související argumentace zadavatele, podle které námitky navrhovatele neobsahovaly veškeré náležitosti dle § 110 odst. 7 zákona, když v nich nebylo uvedeno, jaká újma navrhovateli v důsledku domnělého porušení zákona hrozí nebo vznikla, protože zákon v tomto ustanovení jako obligatorní náležitost nestanoví uvedení újmy. Nelze se proto ztotožnit ani se zadavatelovým tvrzením, že z tohoto důvodu podala návrh osoba, která není oprávněna k podání návrhu ve vztahu k předmětnému zadávacímu řízení.

58. Následně zadavatel v rozkladu vznáší argumentaci poukazující na nesprávnost závěrů Úřadu týkajících se postupu zadavatele při posouzení nabídky vybraného uchazeče z pohledu MNNC, když v odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že zadavatel v Záznamu z jednání HK, ani v jiném z dokumentů, které jsou součástí dokumentace o veřejné zakázce, přezkoumatelným způsobem neuvedl důvody pro akceptaci zdůvodnění MNNC. Zdůrazňuji, že zadavatel, resp. hodnotící komise, je povinen odůvodnit akceptaci zdůvodnění MNNC takovým způsobem, který je transparentní a přezkoumatelný. Je nedostatečné, pokud z žádného dokumentu, jež má být obsahem dokumentace o veřejné zakázce, nevyplývají důvody, pro které zadavatel akceptoval vybraným uchazečem předložené zdůvodnění MNNC. Argumentace zadavatele, v rámci které uvádí, že důvody akceptace jsou uvedeny v Přílohách záznamu z jednání HK, resp. že z nich vyplývají, neobstojí. Je třeba uvést, že z dokumentace o veřejné zakázce je jednoznačně patrné, že hodnotící komise identifikovala MNNC u 4 položek obsažených v nabídce vybraného uchazeče a ve vztahu k těmto položkám si od něj vyžádala písemné zdůvodnění ve smyslu § 77 odst. 1 zákona s tím, že popis posouzení zdůvodnění MNNC vybraného uchazeče uvedla v Záznamu z jednání HK. Doplnuji, že hodnotící komise může uznat zdůvodnění nabídkové ceny, o níž pojala podezření, že se jedná o MNNC, jako opodstatněné a takovou nabídku ponechat v zadávacím řízení, nicméně je bezpodmínečně povinna tento svůj krok dostatečně a transparentně zdůvodnit. Mám (shodně s Úřadem) za to, že pro dodržení zásady transparentnosti a neporušení zásady diskriminace je nutné, aby hodnotící komise výsledek svého posouzení zdůvodnění MNNC, na základě kterého uznala či neuznala zdůvodnění MNNC uchazeče, řádně odůvodnila, a to buď ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek či v Záznamu z jednání HK (či alespoň v jiném z dokumentů, které jsou součástí dokumentace o veřejné zakázce), a to takovým způsobem, z něhož bude seznatelné, na základě jakých skutečností hodnotící komise považuje zdůvodnění MNNC za odůvodněné objektivními příčinami, jak předpokládá ustanovení § 77 odst. 2 zákona, neboť jen takový postup HK lze považovat za přezkoumatelný a tedy za souladný se zásadou transparentnosti.
59. Jak jsem si dále ověřil ve spisové dokumentaci, hodnotící komise v Záznamu z jednání HK uvedla ve vztahu k jednotlivým 4 položkám obsaženým v nabídce vybraného uchazeče, u nichž identifikovala MNNC, následující. K položkám „T TECHNOLOG“, „Bagr – sací“, „Bagr – traktor“ HK uvedla v tomto Záznamu pouze obecné zdůvodnění, z něhož nelze zjistit, co bylo důvodem pro akceptaci zdůvodnění MNNC vybraného uchazeče. Zdůrazňuji, že ve vztahu

k poslední posuzované položce, a sice položce „Kolový nakladač“ zadavatel v Záznamu z jednání HK, ani v jiné části dokumentace o veřejné zakázce neuvedl žádný údaj. Lze tedy jen usuzovat, resp. spekulovat, na základě čeho hodnotící komise dospěla k závěru, že vybraný uchazeč doložil své zdůvodnění MNNC s tím, že jej hodnotící komise akceptovala. V tomto kontextu se zřetelem na zásadu transparentnosti zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona tedy nejprve (ve shodě s Úřadem) shledávám nedostatek v samotné Zprávě o posouzení a hodnocení nabídek. V této zprávě je totiž pouze stručně uvedeno, že „zadavatel prostřednictvím HK pro posouzení a vyhodnocení nabídek nevyhodnotil žádnou nabídkovou cenu jako mimořádně nízkou“. Jak Úřad přílehlavě uvedl v bodě 167. odůvodnění napadeného rozhodnutí, „... [f]akt, 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 zájmu transparentnosti postupu zadavatele je tedy nezbytné, aby alespoň v jiném z dokumentů, které jsou součástí dokumentace o veřejné zakázce, byly přezkoumatelným způsobem uvedeny důvody pro akceptaci zdůvodnění MNNC, tak, abych mohl učinit závěr o zákonnosti předmětného postupu zadavatele. Zdůrazňuji, že skutečnost, že ve Zprávě o posouzení a hodnocení nabídek zadavatel řádně a přezkoumatelným způsobem nezdůvodnil, proč nepovažoval nabídkovou cenu vybraného uchazeče za mimořádně nízkou, nerozporuje v rozkladu ani samotný zadavatel. V tomto kontextu však považuji za nutné poukázat na rozkladovou argumentaci zadavatele, v rámci které uvádí, že ze Záznamu z jednání HK jednoznačně vyplývá, jakými úvahami byl veden při posuzování nabídky vybraného uchazeče v tom směru, zda jeho nabídka neobsahuje MNNC, resp. co je důvodem pro akceptaci zdůvodnění MNNC, a rovněž na související tvrzení zadavatele, v rámci něhož Úřadu vytýká, že při přezkoumávání obsahu Záznamu z jednání HK přehlédl přílohy Záznamu z jednání HK, které jsou jeho nedílnou součástí.

60. Ve vztahu k této rozkladové argumentaci zdůrazňuji, že postup hodnotící komise musí být postupem, který je způsobilý přezkoumání nejen orgánem dohledu, kterým je v daném případě Úřad, ale musí být transparentní i pro účastníky zadávacího řízení. Naplnění podmínky přezkoumatelnosti závěrů hodnotící komise se tedy odráží v základním principu zakotveném v ustanovení § 6 odst. 1 zákona, kterým je transparentnost zadávacího řízení. S ohledem na tuto zásadu, kterou je povinen zadavatel dodržovat, je zřejmé, že úkony zadavatele, kterými posuzuje a hodnotí nabídky, když takovým posouzením a hodnocením nabídky je i její posouzení z hlediska MNNC, musí být provedeny v souladu se zásadou transparentnosti. To, že hodnotící komise považovala zdůvodnění MNNC za akceptovatelné, nemůže nijak zhojit nepřezkoumatelnost (netransparentnost) postupu hodnotící komise, resp. zadavatele. Nepřezkoumatelnost postupu zadavatele nemůže být zhojena ani tím, že Záznam z jednání HK obsahuje Přílohy, na které zadavatel v rozkladu odkazuje. Jak jsem si ověřil ve spisové dokumentaci, předmětný Záznam neobsahuje žádné Přílohy, jejichž obsah by indikoval relevantní skutečnosti, jejichž vyhodnocení by mne vedlo k učinění závěru, že zadavatel přezkoumatelným způsobem zdůvodnil, proč nepovažoval nabídkovou cenu vybraného uchazeče za mimořádně nízkou, viz následující bod odůvodnění tohoto rozhodnutí. Ani tato výše uvedená rozkladová argumentace zadavatele, resp. jím učiněný odkaz na znění Záznamu či jeho Přílohy, proto nemůže nic změnit na mém závěru, že v důsledku předmětného postupu zadavatele nebylo učiněno zadost zásadě transparentnosti zadávacího řízení ve smyslu § 6 odst. 1 zákona. Je pravdou, že součástí správního spisu jsou

všechny dokumenty, jež zadavatel vyhotovil, či obdržel od uchazečů v rámci zadávacího řízení, nikoliv pouze zpráva o posouzení a hodnocení nabídek. Úřad přezkoumával postup zadavatele v celém zadávacím řízení, přičemž je zcela zřejmé, že ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ani v jiném dokumentu vyhotoveném v zadávacím řízení nejsou uvedeny důvody, proč hodnotící komise předmětné zdůvodnění MNNC akceptovala. Tato fakta stojí sama o sobě a žádný ze zbývajících dokumentů je neovlivňuje.

61. K tomu je třeba shrnout, že na postup hodnotící komise je třeba nahlížet jako na transparentní, pokud je možné posoudit a následně přezkontrolovat výstupy a závěry vzešlé z myšlenkových postupů (členů) hodnotící komise. Nelze se proto spokojit s pouhým konstatováním zadavatele, v rámci něhož dovozuje splnění výše citovaných zákonných povinností pouhým poukazem na obsah Záznamu (podklady k posouzení, předmět posouzení a jeho výsledek), resp. jeho Příloh, kterými jsou Žádost o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny v částech nabídky STELMAR s.r.o., Odpověď STELMAR s.r.o. na žádost o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny v částech nabídky a Přehledová tabulka sazeb profesí a mechanismů. Je totiž nezpochybnitelné, že v případě této zadavatelem odkazované přehledové tabulky obsahující Ceník služeb (profesí) a mechanismů ze dne 10. 10. 2014 (jakožto přílohy č. 1 rámcové smlouvy č. 512/14) se nejedná o relevantní dokument vyhotovený hodnotící komisí, na jehož základě by bylo možné posoudit a následně přezkontrolovat výstupy a závěry vzešlé z myšlenkových postupů (členů) hodnotící komise, a následně učinit relevantní závěr týkající se transparentnosti předmětného postupu hodnotící komise, resp. zadavatele. Mám za to, že Úřad v daném případě náležitě posoudil obsah Záznamu z jednání HK. S ohledem na výše uvedené skutečnosti jsem však, stejně jako Úřad, nemohl posoudit, na základě čeho hodnotící komise rozhodla tak, jak rozhodla, a vysvětlit si její závěry. Pro svou nedůvodnost tedy neobstojí předmětná argumentace zadavatele, v rámci které uvádí, že se zřetelem na Přílohy obsažené v Záznamu z jednání HK je možné učinit relevantní závěr, že zadavatel řádně zdůvodnil, proč nepovažuje nabídkovou cenu vybraného uchazeče za mimořádně nízkou. Je tedy prokazatelné, že závěr hodnotící komise, v rámci něhož akceptovala zdůvodnění MNNC vybraného uchazeče, nevyplývá ze Záznamu z jednání HK, ani z Příloh tohoto Záznamu, které jsou součástí dokumentace o veřejné zakázce, viz bod 173. odůvodnění napadeného rozhodnutí.
62. S ohledem na výše uvedené uzavírám, že zadavatel si ve smyslu ustanovení § 77 odst. 1 zákona od vybraného uchazeče vyžádal písemné zdůvodnění MNNC – byl proto povinen odůvodnit své rozhodnutí vztahující se k MNNC, resp. z jakého důvodu považuje nabídkovou cenu uchazeče za mimořádně nízkou, či nikoliv. V daném případě tedy bylo zadavatelovou povinností zdůvodnit své rozhodnutí ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek či v jiném dokumentu vyhotoveném v rámci zadávacího řízení. Pakliže zadavatel v žádném z dokumentů neuvedl způsob, jakým dospěl k akceptaci zdůvodnění MNNC vybraného uchazeče, nelze, než jeho postup považovat za nepřezkoumatelný a netransparentní, tedy takový, jenž mohl mít v důsledku nedodržení základní zásady zadávacího řízení vliv na výběr nejvhodnější nabídky.
63. Závěrem k výše uvedenému shrnuji, že zásada transparentnosti je stěžejní zásadou zákona s tím, že jejím dodržením je zaručena regulérnost zadávacího řízení, jelikož je v jejím důsledku možné vyloučit takové prvky, které by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným, nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti

o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele. Absencí této zásady v některé z fází zadávacího řízení nastane právní nejistota, ať už jednotlivých uchazečů, nebo orgánu dohledu, o vyloučení těchto prvků, a tedy o zákonnosti hospodářské soutěže o veřejnou zakázku. Tento negativní dopad na regulérnost jakéhokoli zadávacího řízení při popření zásady transparentnosti je dán vždy. Možnost ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky tkví v daném případě v tom, že nelze s jistotou konstatovat, že MNNC zjištěná v nabídce vybraného uchazeče byla odůvodněna objektivními příčinami podle § 77 odst. 2 zákona, a že nevyločení vybraného uchazeče ze zadávacího řízení bylo souladné se zákonem.

64. Jak jsem již výše uvedl, nejen ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek, ale ani v žádném jiném dokumentu vyhotovenému v zadávacím řízení nejsou uvedeny důvody, proč hodnotící komise příslušné odůvodnění MNNC akceptovala (postup zadavatele při posouzení nabídek uchazečů není patrný z žádné jiné listiny vypracované zadavatelem). Úřad přezkoumal zadávací dokumentaci v celém rozsahu a současně posuzoval, zda odůvodnění rozhodnutí zadavatele týkající se MNNC není obsaženo v některém jiném dokumentu zadavatele než ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek. Je tedy zřejmé, že postup Úřadu byl zcela správný a souladný se zákonem, když rigidně nevyžadoval, aby předmětné odůvodnění striktně obsahovala pouze zpráva o posouzení a hodnocení nabídek.
65. Úřad proto postupoval v souladu se zákonem, když ve výroku III. napadeného rozhodnutí konstatoval, že zadavatel postupoval v rozporu s § 77 odst. 1 zákona a zásadou transparentnosti podle § 6 odst. 1 zákona s ohledem na posouzení zdůvodnění MNNC vybraného uchazeče. Mám tedy za to, že závěr Úřadu uvedený ve výroku III. napadeného rozhodnutí, podle kterého se zadavatel uvedeným postupem dopustil porušení ustanovení § 6 odst. 1 zákona v návaznosti na ustanovení § 77 odst. 1 zákona je správný a zcela odpovídající nejen zákonným ustanovením, ale i smyslu a účelu zákona.
66. S ohledem na správnost a zákonnost výroku III. napadeného rozhodnutí proto nelze přisvědčit tvrzení zadavatele, že v důsledku údajné nesprávnosti výroku III. napadeného rozhodnutí jsou nesprávné a nezákonné rovněž výroky IV. a V. napadeného rozhodnutí, kterými bylo rozhodnuto o uložení nápravného opatření (výrok IV. napadeného rozhodnutí) a o povinnosti uhradit náklady řízení (výrok V. napadeného rozhodnutí).
67. Pokud se jedná o argumentaci zadavatele poukazující na nezákonnost a nesprávnost výroku IV. napadeného rozhodnutí, uvádím pro úplnost následující. Při rozhodování podle ustanovení § 118 odst. 1 zákona je Úřad povinen na základě zjištěných skutečností uvážit, jaké nápravné opatření má zvolit k dosažení nápravy daného stavu, a to při dodržení základních zásad procesu zadávání, tedy transparentnosti zadávání veřejných zakázek a dodržování zásad stejného zacházení a nediskriminace uchazečů o veřejné zakázky. Vzhledem k tomu, že zadavatel pochybil při posouzení zdůvodnění MNNC, je zřejmé, že Úřad musel pro zajištění transparentnosti zrušit úkony zadavatele spojené s posouzením nabídky vybraného uchazeče zaznamenané v Záznamu z jednání komise pro posouzení a hodnocení nabídek a všechny následné úkony zadavatele, a vrátit tak celé zadávací řízení do stavu před tímto úkonem zadavatele, jak vyplývá z výroku IV. napadeného rozhodnutí. Úřad tedy v bodě 181. odůvodnění napadeného rozhodnutí vztahujícímu se k uložení předmětného nápravného opatření zcela správně konstatoval, 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 ... 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.* Nadto Úřad správně poukázal na to, že rozhodl o zrušení předmětných úkonů zadavatele, jelikož v daném případě zadavatel nedodržel postup stanovený zákonem a tento nezákonný postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Jak vyplývá z odůvodnění napadeného rozhodnutí a rovněž z výše uvedených skutečností, uložení nápravného opatření spočívajícího ve zrušení výše uvedených úkonů zadavatele ve smyslu § 118 odst. 1 zákona bylo zcela adekvátním opatřením. V daném případě totiž byly splněny všechny podmínky předvídané zákonem k jeho uložení. Nedodržení postupu stanoveného pro zadání veřejné zakázky mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zároveň zadavatel v době uložení nápravného opatření neukončil zadávací řízení uzavřením smlouvy.

68. Ve vztahu k poslednímu rozkladem zadavatele napadenému výroku, a sice k výroku V. napadeného rozhodnutí, uvádím následující. Úřad postupoval při uložení nákladů řízení jediným možným způsobem, když s uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 zákona je přímo ze zákona dána zadavateli povinnost uhradit náklady řízení. Zadavatel přitom v rozkladu neprokázal žádné důvody zvláštního zřetele hodné, na základě kterých by Úřad mohl náklady řízení zcela nebo zčásti prominout v souladu s § 119 odst. 3 zákona. Důvody hodné zvláštního zřetele jsou typickým neurčitým právním pojmem, a proto je nutno jeho význam hledat v účelu zákona. V tomto případě jsem v rámci svého omezeného správního uvážení neshledal důvody pro prominutí nákladů řízení, jelikož nenastaly žádné zvláštní okolnosti, na jejichž základě bych mohl upustit od stanovení povinnosti zadavateli nahradit státu náklady řízení.
69. Ve vztahu k oběma podaným rozkladům shrnuji, že jsem přistoupil k potvrzení napadeného rozhodnutí ve výrocih I., III., IV. a V. a zamítnutí jak rozkladu navrhovatele, tak rozkladu zadavatele. K uvedenému je dále třeba zdůraznit, že za splnění podmínek stanovených v § 82 odst. 3 správního řádu výrok II. nabyt dne 2. 3. 2016 samostatně právní moci a přezkum napadeného rozhodnutí v rámci řízení o rozkladu je tedy v této části vyloučen.
70. Po zvážení rozkladových námitek navrhovatele i rozkladových námitek zadavatele a po posouzení příslušných výroků napadeného rozhodnutí z hlediska zákonnosti jsem dospěl k závěru, že Úřad postupoval v rámci správního řízení, jakož i vydávání napadeného rozhodnutí, správně a v souladu se zákonem, přičemž své závěry ve správním řízení učiněné podložil relevantními důkazy a náležitě odůvodnil.

## **VIII. Závěr**

71. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu výroků I., III., IV. a V. napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladech navrhovatele a zadavatele.

72. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí, resp. jeho výroky I., III., IV. a V., změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.

## **POUČENÍ**

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

### **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. JUDr. Martin Vojtíšek, AK Janák a partneři, Rožnovská 241, 744 01 Frenštát pod Radhoštěm

### **Vypraveno dne:**

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