



UOHSX004B0EX

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R11/2012/VZ-13883/2012/310/PSe

V Brně dne 25. července 2012

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 12. 1. 2011 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 13. 1. 2011 zadavatelem –

- společností **Vodovody a kanalizace Pardubice, a.s.**, IČ 60108631, se sídlem Teplého 2014, 530 02 Pardubice – Zelené předměstí, ve správním řízení zastoupenou na základě plné moci ze dne 8. 9. 2011 JUDr. Pavlem Dejlem, LL. M., PhD., advokátem, se sídlem Jungmannova 24, 110 00 Praha 1,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S214/2011/VZ-12720/2011/530/RNi ze dne 28. 12. 2011 vydanému ve správním řízení o přezkoumání úkonů zadavatele podle § 113 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání nadlimitní veřejné zakázky „**Zhotovení stavebního díla Modernizace BČOV Pardubice**“ zadávané v otevřeném řízení podle § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách ve znění pozdějších předpisů, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 18. 2. 2011 pod ev. č. 60056716 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 19. 2. 2011 pod evidenčním číslem 2011/S 35-057423, zahájeném na návrh navrhovatele –

- účastníků sdružení „**SYNER – HST BČOV Pardubice**“,
 - společnosti SYNER, s.r.o., IČ 48292516, se sídlem Dr. Milady Horákové 580/7, 460 01 Liberec 4, a
 - společnosti HST Hydrosystémy s.r.o., IČ 26212706, se sídlem Školní 467/14, 415 01 Teplice,

které dne 31. 3. 2011 uzavřely smlouvu o sdružení, podle § 829 a násl. zákona č. 40/1964 Sb., Občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, za účelem podání společné nabídky, ve správním řízení zastoupené na základě plných mocí ze dne 17. 6. 2011 JUDr. Jaromírem Bláhou, advokátem, se sídlem Prvního pluku 206/7, 186 00 Praha 8 – Karlín,

a ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jehož dalšími účastníky jsou vybraní uchazeči –

- účastníci sdružení „**BČOV Pardubice**“,
 - společnost Skanska a.s., IČ 26271303, se sídlem Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4 – Chodov, a
 - společnost Metrostav a.s., IČ 00014915, se sídlem Koželužská 2246, 180 00 Praha 8, které dne 29. 3. 2011 uzavřely smlouvu o sdružení, podle § 829 a násl. zákona č. 40/1964 Sb., Občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, za účelem podání společné nabídky,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S214/2011/VZ-12720/2011/530/RNi ze dne 28. 12. 2011

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a správní řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Zadavatel - společnost Vodovody a kanalizace Pardubice, a.s., IČ 60108631, se sídlem Teplého 2014, 530 02 Pardubice – Zelené předměstí (dále jen „**zadavatel**“), uveřejnil v informačním systému o veřejných zakázkách dne 18. 2. 2011 pod ev. č. 60056716 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 19. 2. 2011 pod evidenčním číslem 2011/S 35-057423, oznámení o zahájení otevřeného řízení podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹, za účelem zadání veřejné zakázky s názvem „Zhotovení stavebního díla Modernizace BČOV Pardubice“ (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Zadavatel ve lhůtě pro podání nabídek obdržel sedm nabídek, které komise pro otevírání obálek shledala jako úplné ve smyslu § 71 odst. 8 zákona. Zadavatel dne 14. 4. 2011 vyloučil z další účasti v zadávacím řízení tři uchazeče pro nesplnění kvalifikace. Dne 27. 4. 2011 byly

1 Pozn.: Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ust. § 26 zákona v návaznosti na ust. § 158 odst. 1 a 2 zákona.

zadavateli doručeny námitky uchazeče OHL ŽS, a.s., IČ 46342796, se sídlem Burešova 938/17, 660 02 Brno (dále jen „**uchazeč OHL ŽS, a.s.**“) proti vyloučení z účasti v zadávacím řízení. Těmito námitkám uchazeče OHL ŽS, a.s. zadavatel dne 29. 4. 2011 rozhodnutím o námitkách vyhověl.

3. Dne 29. 4. 2011 byly zaslány žádosti o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny čtyřem nevyloučeným uchazečům, a to účastníkům sdružení „SYNER – HST BČOV Pardubice“,

- společnosti SYNER, s.r.o., IČ 48292516, se sídlem Dr. Milady Horákové 580/7, 460 01 Liberec 4 a
- společnosti HST Hydrosystémy s.r.o., IČ 26212706, se sídlem Školní 467/14, 415 01 Teplice,

kteřé dne 31. 3. 2011 uzavřely smlouvu o sdružení, podle § 829 a násl. zákona č. 40/1964 Sb., Občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, za účelem podání společné nabídky (dále jen „**navrhovatel**“),

sdružení „BČOV Pardubice“,

- společnosti Skanska a.s., IČ 26271303, se sídlem Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4 – Chodov a
- společnosti Metrostav a.s., IČ 00014915, se sídlem Koželužská 2246, 180 00 Praha 8,

kteřé dne 29. 3. 2011 uzavřely smlouvu o sdružení, podle § 829 a násl. zákona č. 40/1964 Sb., Občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, za účelem podání společné nabídky (dále jen „**vybraný uchazeč**“),

sdružení „BČOV Pardubice 2011“,

- společnosti Eiffage Construction Česká republika, s.r.o., IČ 15504158, se sídlem Francouzská 6167, 708 00 Ostrava – Poruba,
- společnosti BÖGL a KRÝSL, k.s., IČ 26374919, se sídlem Pod Špitálem 1452, 156 00 Praha – Zbraslav a
- společnosti BERGER BOHEMIA a.s., IČ 45357269, se sídlem Klatovská 410, 320 64 Plzeň,

kteřé dne 31. 3. 2011 uzavřely smlouvu o sdružení, podle § 829 a násl. zákona č. 40/1964 Sb., Občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, za účelem podání společné nabídky (dále jen „**uchazeč BČOV Pardubice 2011**“)

a uchazeči OHL ŽS, a.s. Součástí žádosti o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny uchazeče OHL ŽS, a.s. byla rovněž žádost o vysvětlení nabídky.

4. Dne 12. 5. 2011 hodnotící komise posoudila odůvodnění mimořádně nízkých nabídkových cen a předložená odůvodnění nabídkových cen vybraných položek uchazečů vzala na vědomí. V případě uchazeče OHL ŽS, a.s. vzala hodnotící komise na vědomí odůvodnění ceny s tím, že i nadále považuje původní výslednou nabídkovou cenu za platnou a neměnnou. Hodnotící komise ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek dále konstatovala, že vyjasnění navrhovatele a vybraného uchazeče bylo doručeno řádně a včas a požadované skutečnosti byly zcela vyjasněny.

5. Rovněž dne 12. 5. 2011 byla zadavatelem na doporučení hodnotící komise vybrána jako ekonomicky nejvýhodnější nabídka vybraného uchazeče. Oznámení rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky bylo navrhovateli doručeno dne 17. 5. 2011.
6. Dne 26. 5. 2011 doručil navrhovatel zadavateli námitky proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky. Zadavatel námitkám navrhovatele nevyhověl svým rozhodnutím doručeným navrhovateli dne 1. 6. 2011.
7. Dne 10. 6. 2011 byl Úřadu doručen návrh navrhovatele na přezkoumání úkonů zadavatele, a tím bylo Úřadem zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejné zakázky spisové značky ÚOHS-S214/2011/VZ.
8. Návrh navrhovatele směřoval proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky. V návrhu navrhovatel namítal, že zpráva o posouzení a hodnocení nabídek nesplňuje požadavky stanovené zákonem a rozhodovací praxí Úřadu (rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S119/2009/VZ-8085/2009/520/DŘ ze dne 7. 7. 2009, rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S155/2009/VZ-9656/2009/510/IFa ze dne 30. 7. 2009 a rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-R45/2009/VZ-8681/2009/310-JVa ze dne 10. 7. 2009) a judikaturou Nejvyššího správního soudu (rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 A 6/2002 – OL – 96 ze dne 30. 11. 2004) na přezkoumatelnost a transparentnost, jelikož ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek vyplývá, že hodnotící komise sice posuzovala, zda nevyřazené nabídky neobsahují mimořádně nízkou nabídkovou cenu, a že si vyžádala odůvodnění cen vybraných položek nevyločených uchazečů, ale následně pouze konstatovala, že žádná ze zbylých nabídek mimořádně nízkou nabídkovou cenu neobsahuje. Podrobněji se hodnotící komise ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek touto skutečností již nezabývala. Navrhovatel v návrhu mimo jiné tvrdil, že hodnotící komise i zadavatel porušili svými postupy zákon, zejména ustanovení § 6 zákona, a to zejména zásadu transparentnosti a zásadu rovného zacházení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Navrhovatel v závěru návrhu namítá, že hodnotící komise porušila svými postupy § 6 zákona a § 80 zákona, neboť znemožnila přezkoumat, zda nabídka navrhovatele neměla být vybrána jako nejvhodnější. Pochybení zadavatele bylo dle navrhovatele takového rozsahu, že je nebylo možné napravit jiným způsobem, než zrušením rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky a provedením nového posouzení a hodnocení nabídek. Proto navrhovatel navrhoval, aby Úřad uložil nápravné opatření ve smyslu ustanovení § 118 zákona a aby rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky zrušil. Navrhovatel současně navrhnul, aby Úřad ve smyslu § 117 odst. 1 písm. a) zákona vydal předběžné opatření, jímž by zadavateli zakázal uzavřít smlouvy v zadávacím řízení až do okamžiku nabytí právní moci rozhodnutí v tomto správním řízení.
9. Dne 13. 6. 2011 Úřad z moci úřední vydal předběžné opatření č. j. ÚOHS-S185/2011/VZ-8997/2011/530/RNi, spočívající v zákazu uzavřít smlouvu mezi zadavatelem a vybraným uchazečem, a to do nabytí právní moci rozhodnutí, kterým bude správní řízení ukončeno. Toto předběžné opatření však bylo vydáno ve správním řízení spisové značky ÚOHS-S185/2011/VZ, tj. v odlišném správním řízení se stejným zadavatelem a týkajícím se stejné veřejné zakázky. Správní řízení sp. zn. S185/2011/VZ bylo zahájeno dne 18. 5. 2011 na návrh uchazeče „Sdružení pro Pardubice“,
 - společnosti UNISTAV a.s., IČ: 00531766, se sídlem Příkop 6, 602 00 Brno,

- společnosti Chemkostav, a.s., IČ: 36191892, se sídlem K. Kuzmanyho 1259/22, 07101 Michalovce a
- společnosti VHS Břeclav s.r.o., IČ: 42324149, se sídlem Fügnerova 1161/1, 690 64 Břeclav,

které dne 28. 3. 2011 uzavřely smlouvu o sdružení, podle § 829 a násl. zákona č. 40/1964 Sb., Občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, za účelem podání společné nabídky (dále jen „**uchazeč Sdružení pro Pardubice**“).

10. Rozhodnutím ze dne 24. 6. 2011 bylo správní řízení S185/2011/VZ zastaveno pro nezaplacení kauce uchazečem Sdružení pro Pardubice, a předběžné opatření spočívající v zákazu uzavřít smlouvu mezi zadavatelem a vybraným uchazečem tak v důsledku tohoto procesního vývoje pozbylo účinnosti, načež bylo Úřadem zrušeno vzhledem k pominutí důvodu, pro který bylo nařízeno.
11. Dne 16. 9. 2011 obdržel Úřad vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutí, v němž zadavatel mimo jiné uvedl, že uzavřel Smlouvu o dílo s vybraným uchazečem. Dne 27. 9. 2011 byla Úřadu zadavatelem doručena Smlouva o dílo č. 10000070913/6005 ze dne 9. 9. 2011 (dále jen „Smlouva o dílo“) uzavřená mezi zadavatelem a vybraným uchazečem na plnění veřejné zakázky.
12. Dopisem č. j. ÚOHS-S214/2011/VZ-17416/2011/530/RNi ze dne 3. 11. 2011 seznámil Úřad účastníky řízení s novými skutečnostmi, které budou podkladem pro rozhodnutí, konkrétně, že správní řízení má být zahájeno (resp. předmět správního řízení z moci úřední rozšířen) rovněž ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona zadavatelem, a to při posouzení a hodnocení nabídek uchazečů a následném vypracování zprávy o posouzení a hodnocení nabídek.
13. Úřad dále účastníkům řízení usnesením č. j. ÚOHS-S214/2011/VZ-17439/2011/530/RNi ze dne 3. 11. 2011 prodloužil lhůtu, v níž mohli navrhopvat důkazy či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

II. Napadené rozhodnutí

14. Dne 28. 12. 2011 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S214/2011/VZ-12720/2011/530/RNi (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
15. Výrokem I. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodnul, že správní řízení se podle § 66 odst. 1 písm. g) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), zastavuje, neboť žádost navrhovatele se stala zjevně bezpředmětnou.
16. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodnul, že zadavatel se při zadávání veřejné zakázky dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, tím, že nedodržel postup stanovený v ust. § 6 v návaznosti na § 80 odst. 1 zákona, když ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 12. 5. 2011 neuvedl, jakým způsobem dospěl k výsledkům posouzení zdůvodnění mimořádně nízkých nabídkových cen uchazečů a vysvětlení nabídek uchazečů, čímž se jeho postup stal nepřezkoumatelným a netransparentním. Tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky a zadavatel dne 9. 9. 2011 uzavřel smlouvu o dílo s vybraným uchazečem.

17. Výrokem III. napadeného rozhodnutí Úřad zadavateli za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku II. podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 9.000.000,- Kč (devět milionů korun českých).
18. Výrok I. napadeného rozhodnutí Úřad odůvodnil tím, že návrh ze dne 9. 6. 2011, jímž navrhovatele navrhuje, aby Úřad zrušil rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky, se stal ve smyslu ust. § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu zjevně bezpředmětnou žádostí, jelikož zadavatel Smlouvu o dílo ze dne 9. 9. 2011 s vybraným uchazečem již uzavřel.
19. Výrok II. napadeného rozhodnutí Úřad obsáhle a detailně odůvodnil v bodech 90 až 124 odůvodnění napadeného rozhodnutí. Úřad po provedeném dokazování došel k závěru, že ačkoli posouzení, zda se jedná o mimořádně nízkou nabídkovou cenu ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, zcela přísluší podle ust. § 77 zákona do kompetence hodnotící komise, tak pro dodržení zásady transparentnosti a neporušení zásady diskriminace je nutné, aby hodnotící komise výsledek svého posouzení zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, na základě kterého uznala či neuznala zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny uchazeče, řádně odůvodnila, a to buď ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek či v protokolu o jednání hodnotící komise, neboť jen takový postup hodnotící komise lze považovat za přezkoumatelný a tedy v souladu se zásadou transparentnosti. Totožné platí rovněž pro situaci, kdy hodnotící komise v souladu s § 76 odst. 3 zákona v případě nejasností požádá uchazeče o písemné vysvětlení nabídky.
20. Úřad provedeným dokazováním zjistil, že v protokolu o jednání hodnotící komise ze dne 12. 5. 2011 je uvedeno, že hodnotící komise posoudila odůvodnění mimořádně nízkých nabídkových cen. V případě uchazeče OHL ŽS, a.s. vzala hodnotící komise na vědomí odůvodnění ceny s tím, že i nadále považuje původní výslednou nabídkovou cenu za platnou a neměnnou. Stejně tak hodnotící komise vzala na vědomí předložená odůvodnění nabídkové ceny vybraných položek ostatních uchazečů. Podobně z provedeného dokazování Úřad zjistil, že ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek hodnotící komise pouze stroze konstatovala, že „posuzovala, zda zbylé nabídky neobsahují mimořádně nízkou nabídkovou cenu a že žádná ze zbylých nabídek mimořádně nízkou nabídkovou cenu neobsahuje“. Blíže se k výsledkům posouzení, tedy z jakého důvodu shledala zdůvodnění mimořádně nízkých nabídkových cen výše citovaných uchazečů opodstatněnými, hodnotící komise nevyjádřila.
21. Úřad konstatoval, že i přes veškerá tvrzení zadavatele se lze jen domnívat, které informace uvedené ve zdůvodnění mimořádně nízkých nabídkových cen jednotlivých uchazečů, přesvědčily zadavatele o skutečnosti, že cena, za kterou daný uchazeč předmětnou položku nabízí je na trhu v daném místě a čase obvykle dostupná, nebo že při výrobě dané položky budou dodrženy všechny předepsané nebo obvykle doporučené výrobní a technologické postupy.
22. S ohledem na soulad svého rozhodování s judikaturou Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 45/2010 – 159 ze dne 15. 9. 2010 a výkladem zásady transparentnosti ve stanovisku generální advokátky Stix-Hackl ve věci Coname, shrnujícím dosavadní judikaturu Soudního dvora Evropské unie, došel Úřad k závěru, že pokud zadavatel v žádném z dokumentů v rámci zadávacího řízení neuvedl způsob, jakým dospěl ke konečnému posouzení zdůvodnění mimořádně nízkých nabídkových cen uvedených uchazečů a vysvětlení nejasností v nabídkách uchazečů, 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. Tento závěr je plně v souladu i s navrhovatelem poukazovanou dosavadní rozhodovací praxí Úřadu v jeho návrhu.

23. Svůj závěr o nepřezkoumatelnosti a tím netransparentnosti postupu zadavatele Úřad zdůraznil ve vztahu ke skutečnosti, že v konkrétním případě by měl být na požadavek řádného odůvodnění posouzení nabídek hodnotící komisí kladen obzvláštní důraz, neboť se jedná o veřejnou zakázku značného finančního objemu, a zájmem zadavatele by tak mělo být, aby průběh celého zadávacího řízení byl co nejvíce čitelný a přezkoumatelný.
24. Výrok III. napadeného rozhodnutí Úřad odůvodnil tak, že v rámci ustanovení § 121 odst. 2 zákona při určení výměry pokuty zadavateli, který je právníkem osobou, přihlédl k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán následujícím způsobem. Při stanovení výše pokuty vzal Úřad v úvahu tu skutečnost, že zadavatel při zadávání šetřené veřejné zakázky nedodržel jednu ze základních zásad zadávacího řízení, zásadu transparentnosti, a to v té míře, že znemožnil přezkoumání svého postupu, když ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 12. 5. 2011 ani v jiném dokumentu vyhotoveném v rámci předmětného zadávacího řízení neuvedl důvody či myšlenkové postupy, které ho vedly k závěru, že zdůvodnění mimořádně nízkých nabídkových cen navrhovatele, vybraného uchazeče, uchazeče OHL ŽS, a.s. a uchazeče „BČOV Pardubice 2011“, a rovněž vysvětlení nejasností v nabídkách navrhovatele, vybraného uchazeče a uchazeče OHL ŽS, a.s. shledal opodstatněnými. Při vyměřování výše pokuty Úřad přihlédl i k faktu, že zadavatel o uzavření Smlouvy o dílo s vybraným uchazečem Úřad neinformoval ve lhůtě mu stanovené v usnesení č. j. ÚOHS-S214/2011/VZ-9555/2011/530/RNi ze dne 15. 6. 2011, tedy nejpozději jeden den po provedení příslušného úkonu.
25. Horní hranice možné pokuty činila částku 18.128.610,- Kč, výše uložené pokuty, stanovená v tomto případě v polovině její maximální výše, podle zdůvodnění Úřadu naplňuje dostatečně vzhledem k okolnostem případu funkci represivní, tj. postih za porušení povinností stanovených zákonem, a funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona.

III. Námitky rozkladu

26. Proti napadenému rozhodnutí podal zadavatel v zákonné lhůtě rozklad ze dne 12. 1. 2011 doručený Úřadu dne 13. 1. 2011. Rozsahem námitek v něm zadavatel napadá procesní postup úřadu a výroky II. a III. napadeného rozhodnutí a navrhuje, aby předseda Úřadu výroky II. a III. napadeného rozhodnutí zrušil.
27. Zadavatel v rozkladu namítá, že se Úřad dopustil porušení zákona tím, že výrokem I. rozhodnutí zastavil správní řízení pro jeho bezpředmětnost a následně v témže správním řízení rozhodl o tom, že zadavatel spáchal správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona a uložil za něj sankci ve formě pokuty. Rozhodnutí je v důsledku toho dle zadavatele rozporuplné, zmatečné a nezákonné. Zadavatel se tvrdí, že aby mohl Úřad konstatovat, že zadavatel spáchal správní delikt a uložit za něj sankci, musí v této věci zahájit správní řízení a v tomto řízení o tom také meritorně rozhodnout. Zadavatel má za to, že výroky II.

a III. rozhodnutí by měly být zrušeny, neboť ve správním řízení zastaveném nelze rozhodnout o spáchání správního deliktu a uložení sankce.

28. Zadavatel v rozkladu dále namítá, že Úřad postupoval v rámci správního řízení krajně nestandardně a vůči zadavateli zcela odlišně, než v jiných správních řízeních vedených Úřadem, neboť v předmětném správním řízení zasílal zadavateli přípis označené jako seznámení s novými skutečnostmi ve správním řízení. Zadavatel tvrdí, že tento procesní postup Úřadu vedl k tomu, že zadavateli nebylo před vydáním rozhodnutí jasné, co je a co není předmětem správního řízení a jaký vztah mají nové výhrady Úřadu k jeho předchozím výhradám. Navíc podstata a rozsah pochybení vytýkaných v rozhodnutí a těch, které byly vágním způsobem vylíčeny v jednotlivých přípisech Úřadu, se dle zadavatele liší. Teprve z rozhodnutí se zadavatel dozvídá, co konkrétně měl dle názoru Úřadu spáchat a co nikoliv. Zadavatel uvádí, že tato procesní situace, která bránila zadavateli v tom, aby se mohl řádně vyjádřit k podkladům rozhodnutí, byla ještě zneprůhledněna vedením dvojího řízení v téže věci ze strany Úřadu v rozporu s překážkou litispendence (správní řízení spisové značky S 498/2011/VZ).
29. Zadavatel v rozkladu namítá, že Úřad se dopustil pochybení tím, že konstatoval spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, ačkoliv nebylo prokázáno, že by byly naplněny znaky jeho skutkové podstaty, a to ani nedodržení postupu stanoveného zákonem, ani podstatné ovlivnění, resp. způsobnost ovlivnit, výběr nejvhodnější nabídky. Zadavatel se domnívá, že nemohl porušit povinnost vyplývající z § 80 odst. 1 zákona, neboť toto ustanovení mezi náležitostmi zprávy o posouzení a hodnocení nabídek neuvádí, že by zadavatel byl povinen uvádět, jakým způsobem dospěl k výsledkům posouzení zdůvodnění mimořádně nízkých nabídkových cen uchazečů či vysvětlení uchazečů. Toto ustanovení vyžaduje detailní odůvodnění pouze ve vztahu k hodnocení nabídek. Z toho dle zadavatele a contrario vyplývá, že takové požadavky nejsou kladeny na zdůvodnění posouzení nabídek, a to s výjimkou zdůvodnění, proč byla určitá nabídka ze zadávacího řízení vyloučena. Dle zadavatele adresátem ustanovení § 80 odst. 1 zákona není zadavatel, nýbrž členové hodnotící komise, a tak zadavateli z ustanovení § 80 odst. 1 zákona žádná povinnost nevyplývá. Nemohl tudíž postupovat ani v rozporu s tímto ustanovením zákona. Dle názoru zadavatele Úřad zneužil znění § 6 zákona k rozšiřování zákonných povinností zadavatele.
30. Dle námítky zadavatele uvedené v rozkladu se v případě šetřené veřejné zakázky mimořádně nízká nabídková cena neobjevila. Ceny nabídnuté jednotlivými uchazeči se od sebe příliš nelišily, když rozdíl mezi cenou navrhovatele a vybraného uchazeče činil pouze přibližně 4,5 %. Zadavatel namítá, že Úřad přesto, že dle zadavatele není naplněna hypotéza norem obsažených v § 77 zákona, uplatňuje na zadavatele jejich dispozice, z čehož dále dovozuje povinnost popsat postup hodnotící komise podle § 77 zákona ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek. Úřad dle zadavatele v rozhodnutí zjevně vychází z premisy, že všichni uchazeči nabídli mimořádně nízkou nabídkovou cenu, aniž by však o této okolnosti vedl jakékoliv dokazování a tuto skutečnost prokázal.
31. Podle další rozkladové námítky zadavatele se Úřad v rozhodnutí patřičně nevypořádal s tvrzeními zadavatele o nemožnosti odůvodnění negativní skutečnosti, tedy neexistence nepřiměřeně nízké nabídkové ceny, a ani nenaznačil, co konkrétně měla dle jeho názoru hodnotící komise o posouzení nabídkové ceny uvést, když nedošla k závěru, že by některá z nabídek obsahovala mimořádně nízkou nabídkovou cenu.

32. Podle námitky rozkladu zadavatele neuvedl Úřad na žádném místě v rozhodnutí, co konkrétně se mu zdá nečitelné a nekontrolovatelné. Není tu jediná fáze zadávacího řízení, kterou by nebylo možno v důsledku tvrzeného pochybení přezkoumat. Úřad nevyjádřil jedinou konkrétní pochybnost o souladu postupu zadavatele při posuzování nabídek se zákonem, a tudíž rozhodnutí stojí pouze na tom, že se zadavatel měl dopustit údajné „administrativní chyby“ – nedostatečného vysvětlení myšlenkového pochodu, aniž by však tento údajný „nedostatek“ svědčil o tom, že učinil či mohl učinit jakoukoliv konkrétní chybu při samotném posouzení. Dle zadavatele je zjevné, že nemohlo dojít k porušení povinnosti vyplývající z § 6 zákona, neboť postup zadavatele je naprosto čitelný, kontrolovatelný a přezkoumatelný a žádného uchazeče nediskriminoval.
33. Podle další námitky rozkladu zadavatele nelze otázku transparentnosti posuzovat pouze s ohledem na zprávu o posouzení a hodnocení nabídek, nýbrž je třeba vzít v úvahu veškeré dokumenty, které eviduje zadavatel v rámci zadávacího řízení. Zpráva o posouzení a hodnocení nabídek má zákonem předepsaný obsah a jeho smyslem není seznámit uchazeče s veškerým postupem zadavatele, resp. hodnotící komise, v rámci zadávacího řízení. Je pouze jedním z mnoha dokumentů, které jsou v rámci zadávacího řízení připravovány. Úřad má přitom dle zadavatele v rozhodnutí tendenci tento dokument posuzovat zcela izolovaně od zbývajících podkladů.
34. Podle další námitky rozkladu je zadavatel přesvědčen, že i kdyby Úřad považoval za porušení zásady transparentnosti skutečnost, že není podrobně popsáno, proč zadavatel nepovažoval nabídkové ceny za mimořádně nízké, je zjevné, že zde úplně absentuje naplnění materiální stránky správního deliktu, tedy způsobilost tvrzeného pochybení mít jakýkoliv negativní dopad na regulérnost předmětného zadávacího řízení.
35. Podle námitky rozkladu považuje zadavatel rozhodnutí Úřadu v části odůvodnění nepřiměřeně nízké nabídkové ceny uchazeče OHL ŽS, a.s. za nejasné a nepřezkoumatelné. Zadavatel v souvislosti s uvedeným odkazuje na znění § 77 odst. 1 zákona, podle něž se, dle výkladu zadavatele, posuzuje pouze výše celkové nabídkové ceny a zadavatel není oprávněn vyloučit uchazeče z důvodu, že určitá položka v rozpočtu byla nesprávně oceněna. Zadavatel se tak domnívá, že nemohl nabídku uchazeče pro mimořádně nízkou nabídkovou cenu vyloučit. Nadále pak vycházel z toho, že nabídka uchazeče OHL ŽS, a.s. platí ve své původní podobě, s původní nabídkovou cenou a takto také nabídka byla předmětem hodnocení. Zadavatel si byl velmi dobře vědom, že mu zákon zakazuje připustit změnu nabídky uchazeče, k níž by mělo dojít prostřednictvím zdůvodnění ceny dané položky. Proto také zadavatel hodnotil nabídku v její nezměněné podobě. Zadavatel má tedy za to, že postupoval zcela v souladu se zákonem a že ani nemohl postupovat jinak. Zadavatel je toho názoru, že i kdyby bývalo došlo k porušení postupu stanoveného v zákoně v podobě tvrzené Úřadem, toto pochybení by nemohlo mít naprosto žádný vliv na výsledek zadávacího řízení, neboť žádný z uchazečů nenabídl nepřiměřeně nízkou nabídkovou cenu, a proto by z tohoto důvodu nemohl být žádný z uchazečů vyloučen, do hodnocení nabídek se také výsledky posouzení nemohly nikterak promítnout a uchazeč OHL ŽS, a.s. podal nabídku, která nemohla vzhledem k nabídnutým podmínkám skončit na prvním až třetím místě a jeho případné nevyloučení nemohlo mít vliv na výsledné pořadí na prvních třech místech.
36. Podle námitky rozkladu je výrok III. rozhodnutí nepřezkoumatelný, neboť Úřad v rozhodnutí neodůvodnil přesvědčivým a přezkoumatelným způsobem, ke kterým okolnostem přihlédl

a jaký vliv tyto měly na konečnou výši pokuty. Navíc výše uložené pokuty není zdůvodněna způsobem, který by nepřipouštěl rozumné pochyby o tom, že právě taková výše pokuty odpovídá konkrétním okolnostem daného případu. Tato skutečnost je o to markantnější, že pokuta uložená zadavateli dalece přesahuje obvyklou výši pokut, které Úřad za tvrzený typ pochybení ukládá a je nejvyšší pokutou, kterou Úřad ve své historii ve věci zadávání veřejných zakázek uložil. Zadavatel se z rozhodnutí nedozvídá, proč za tvrzený správní delikt, který by, i kdyby byl spáchán, spadl do kategorie těch méně závažných, dostal takto vysokou, resp. nejvyšší dosud uloženou pokutu. Úřad dle zadavatele nepřihlédl k minimální závažnosti tvrzeného pochybení oproti jiným, mnohem závažnějším správním deliktům jím sankcionovaným mnohem nižšími pokutami, ani ke skutečnosti, že postup zadavatele, i kdyby představoval porušení zákona, nemohl mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Obecné konstatování, že zásada transparentnosti je jednou ze základních zásad, nepředstavuje odůvodnění pokuty zohledňující závažnost tvrzeného deliktu. Zadavatel je dále toho názoru, že i kdyby tvrzený správní delikt spáchal, je výše pokuty zcela nepřiměřená závažnosti správního deliktu, okolnostem případu a je navíc zjevně diskriminační. Uložením pokuty ve stanovené výši se dle zadavatele Úřad dopustil jednání rozporného s § 2 odst. 4 správního řádu, dle kterého správní orgán dbá, aby přijaté řešení odpovídalo okolnostem daného případu, jakož i na to aby při rozhodování skutkově shodných nebo podobných případů nevznikaly nedůvodné rozdíly, neboť výše pokuty je excesivní, když zcela vybočuje z rámce pokut ukládaných Úřadem.

37. Zadavatel poukazuje na tvrzení Úřadu o neinformování Úřadu zadavatelem o uzavření smlouvy s vybraným uchazečem ve lhůtě stanovené usnesením a namítá, že Úřad nemůže zadavatele sankcionovat za údajné jiné pochybení v rámci pokuty za tvrzený správní delikt, neboť takový postup je v rozporu s § 118 odst. 2 zákona, podle něž se při ukládání pokuty přihlídnou pouze k závažnosti správního deliktu samotného. Zadavatel namítá, že uzavřel smlouvu o dílo s vybraným uchazečem teprve dne 14. 9. 2011, neboť smlouva je dle obecných ustanovení zákona č. 40/1964 Sb., Občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**občanský zákoník**“) uzavřena teprve v okamžiku, kdy je akceptace doručena druhé smluvní straně, a smlouva podepsaná ze strany zadavatele byla předána vybranému uchazeči teprve k tomuto datu, byť podepsána byla již dne 9. 9. 2011, přičemž tato skutečnost byla Úřadu oznámena v rámci vyjádření, které doručil zadavatel Úřadu dne 16. 9. 2011. Zadavatel tedy informoval Úřad bez zbytečného odkladu. Navíc prodleva 1 dne bez jakéhokoliv dopadu na zadávací řízení či na správní řízení před Úřadem v žádném případě nemůže být důvodem pro uložení sankce za spáchání údajného správního deliktu, který s poskytnutím informace ani nesouvisí, neboť takový postup by porušoval zásadu přiměřenosti správního trestání. Zadavatel se domnívá, že při absenci jakéhokoliv odůvodnění, proč byla pokuta uložena v extrémní výši, je správní uvážení, které vedlo Úřad k uložení takto vysoké pokuty, nepřezkoumatelné.

IV. Řízení o rozkladu

38. Úřad neshledal důvody pro postup podle § 87 správního řádu a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem správnímu orgánu rozhodujícímu o rozkladu.

39. Po projednání rozkladu 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 napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání napadeného rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
40. Úřad tím, že výrokem I. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodnul, že správní řízení se podle § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu zastavuje, neboť žádost navrhovatele se stala zjevně bezpředmětnou, rozhodl správně a v souladu se zákonem.
41. Úřad tím, že výrokem II. napadeného rozhodnutí rozhodnul, že zadavatel se při zadávání veřejné zakázky dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, tím, že nedodržel postup stanovený v ust. § 6 v návaznosti na § 80 odst. 1 zákona, když ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 12. 5. 2011 neuvedl, jakým způsobem dospěl k výsledkům posouzení zdůvodnění mimořádně nízkých nabídkových cen uchazečů a vysvětlení nabídek uchazečů, čímž se jeho postup stal nepřezkoumatelným a netransparentním, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel dne 9.9.2011 uzavřel smlouvu o dílo s vybraným uchazečem, rozhodl správně a v souladu se zákonem.
42. Úřad dále tím, že výrokem III. napadeného rozhodnutí uložil Úřad zadavateli za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku II. podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 9.000.000,- Kč, rozhodl rovněž správně a v souladu se zákonem.
43. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

44. K námitce rozporuplnosti, zmatečnosti a nezákonnosti napadeného rozhodnutí, tím, že výrokem I. rozhodnutí zastavil správní řízení pro jeho bezpředmětnost a následně v témže správním řízení rozhodl o tom, že zadavatel spáchal správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona a uložil za něj sankci ve formě pokuty, uvádím následující. Ustanovení správního řádu a ústavního pořádku České republiky, na něž zadavatel v této námitce odkazuje, tolíko vymezují mantinely činnosti veřejné moci a zásady jejich činnosti. Zadavatel neuvádí, jak by se tato ustanovení měla dostávat do rozporu se zvoleným procesním postupem Úřadu. Zvolený procesní postup Úřadu je v souladu nejen s jeho ustálenou rozhodovací praxí, ale zejména plně v souladu s § 68 správního řádu a judikaturou týkající se možnosti rozhodovat o jednotlivých právech a povinnostech jednotlivých účastníků správního řízení jednotlivými výroky rozhodnutí. Tento procesní postup je zcela v souladu s požadavkem procesní ekonomie správního řízení a umožňuje Úřadu strukturovat jeho jednotlivé závěry podle stavu věci, který v řízení vyjde najevo. V jednom správním řízení, resp. rozhodnutí, tak Úřad reagoval na vývoj stavu věci a rozhodnul ve všech částech předmětu (věci) správního řízení. Proto rozhodnul o zastavení části správního řízení zahájeného na návrh navrhovatele, proto rozhodnul o části správního řízení ve věci spáchání správního deliktu zadavatelem a proto v části správního řízení uložil zadavateli pokutu. O jednotlivých částech správního řízení Úřad rozhodoval plně na základě zákonných

zmocnění, která napadené rozhodnutí vždy výslovně uvádí, zásada legality tak nemohla být ani v nejmenším dotčena, Úřad postupoval v mezích a způsoby, které mu byly zákonem a správním řádem stanoveny. O správním deliktu a uložení sankce nebylo rozhodnuto mimo probíhající správní řízení, neboť o zastavení správního řízení jednak bylo rozhodnuto současně s ostatními výroky rozhodnutí a jednak se tento výrok týkal pouze části řízení zahájené na návrh navrhovatele, tedy nikoli celého správního řízení, jehož předmět byl v jeho průběhu rozšířen i z moci úřední, tj. bez návrhu.

45. Tím se dostávám k další námitce navrhovatele, a sice údajné nejasnosti vymezení předmětu správního řízení. Vzhledem ke skutečnostem, které v průběhu dokazování stavu věci vyšly najevo, byl zadavatel opakovaně s těmito skutečnostmi Úřadem seznamován, a to dopisem č. j. ÚOHS-S185/2011/VZ-8997/2011/530/RNi ze dne 13. 6. 2011a dopisem č. j. ÚOHS-S214/2011/VZ-17416/2011/530/RNi ze dne 3. 11. 2011. Tato seznámení s novými skutečnostmi byla koncipována přehledně a bylo z nich zřejmé, jaké pochybnosti Úřad vůči postupu zadavatele pojal. Zadavatel byl tedy důsledně informován o tom, jakým směrem se bude správní řízení ubírat a na základě jakých skutečností. Zadavateli nebyla upřena možnost navrhnout důkazy či činit jiné návrhy, vyjádřit v řízení své stanovisko či seznámit se s podklady rozhodnutí a vyjádřit se k nim. Jeho procesní práva v rámci procesního vývoje řízení nebyla nijak krácena a zadavatel jich také opakovaně využíval. Vypořádání této námítky opírám mimo jiné o závěry Krajského soudu v Brně (dále jen „soud“), ke kterým dospěl v rozsudku sp. zn. 62 Af 52/2010. Soud se v něm mimo jiné zabýval otázkou, zda žalovaný mohl předmět řízení zahájeného na návrh vyloučeného uchazeče rozšířit, získal-li pochybnosti o zákonnosti postupu zadavatele v jiných otázkách, než které byly předmětem správního řízení. Soud na tuto otázku odpověděl tak, že takové rozšíření předmětu správního řízení nad rámec skutečností (podezření) plynoucích ze samotného návrhu na zahájení řízení uskutečnit lze. Soud konstatoval, že žádné z ustanovení zákona odpověď přímo neposkytuje, a tedy zákon takový postup přímo nevylučuje, nadto není takový postup podle soudu vyloučen ani aplikací žádného z ustanovení správního řádu, subsidiárně aplikovatelného (zákon neobsahuje pravidlo, podle něhož by se správní řád na řízení o přezkum úkonů zadavatele podle § 112 a násl. zákona neaplikoval), ani aplikací obecných zásad, jimiž by správní řízení před žalovaným mělo být ovládáno. Soud naopak dovedl, že má-li být smysluplně a efektivně zajištěn dohled nad zadáváním veřejných zakázek, pak přestože návrhové řízení o přezkum úkonů zadavatele v sobě nutně obsahuje prvek kontradiktornosti, je žalovaný oprávněn na základě podaného návrhu přezkoumat zadávací řízení jako celek a v něm dovést i takové porušení zákona, na které původní návrh, který správní řízení o přezkum úkonů zadavatele vyvolal, žalovaného neupozorňoval. Podle soudu by nemělo žádný praktický důsledek, aby např. řízení o návrhu bylo přezkoumáno „slepě“ pouze v mezích uplatněného návrhu a případně zastaveno, pokud by žalovaný v tomto rozsahu porušení zákona ze strany zadavatele nedovodil, či porušení zákona pouze v takto omezeném rozsahu dovozeno, a aby následně žalovaný z moci úřední podle § 113 zákona zahajoval další samostatné správní řízení o přezkum jiných úkonů zadavatele, u nichž podezření z porušení zákona dovedl.
46. K dílčí námitce zadavatele, že ho Úřad opomenul seznámit se skutečnostmi, jež zadavatel považoval za podstatné, uvádím, že zadavatel opakovaně ve dnech 13. 9. 2011 a 1. 12. 2011 nahlížel do spisu ve věci. Zástupci zadavatele bylo umožněno nahlédnout do spisu a seznámit

se se všemi podklady pro rozhodnutí, tedy i s těmi, o kterých zadavatel tvrdí, že se s nimi seznámit nemohl.

47. K namítané překážce litispendence uvádím, že správní řízení spisové značky S 498/2011/VZ, a toto správní řízení spisové značky S 214/2011/VZ jsou odlišnými správními řízeními, jejichž účastníci jsou sice titíž, avšak co do předmětu správního řízení se navrhovatel ve správním řízení S 498/2011/VZ domáhá uložení zákazu plnění smlouvy a v tomto správním řízení se domáhal zrušení rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky. O překážku litispendence se tedy nemůže vůbec jednat.
48. K námitce zadavatele o nenaplnění znaků skutkové podstaty správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona mi nezbývá, než odkázat na body 84 až 124 odůvodnění napadeného rozhodnutí. V nich Úřad vyčerpávajícím způsobem opodstatňuje, v čem tkví nedodržení zásady transparentnosti zadavatelem, přičemž z odůvodnění napadeného rozhodnutí je rovněž zřejmé, že pochybení zadavatele mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Závěry, ke kterým Úřad dospěl, považuji za správné a zákonné.
49. K rozporovanému porušení povinnosti stanovené § 80 odst. 1 zákona v návaznosti na § 6 zákona odkazují na body č. 113 až 117 napadeného rozhodnutí, v nichž Úřad správným a přezkoumatelným způsobem vylíčil pochybení zadavatele tkvící v naprostém deficitu transparentnosti při posouzení zdůvodnění mimořádně nízkých nabídkových cen a vysvětlení nejasností v nabídkách uchazečů. Není úkolem řízení o rozkladu tato zjištění opětovně provádět, nýbrž je přezkoumat z pohledu zákonnosti a jejich správnosti. Nicméně k dílčí námitce zadavatele, že nemohl porušit povinnost vyplývající z § 80 odst. 1 zákona, neboť toto ustanovení mezi náležitostmi zprávy o posouzení a hodnocení nabídek neuvádí, že by zadavatel byl povinen uvádět, jakým způsobem dospěl k výsledkům posouzení zdůvodnění mimořádně nízkých nabídkových cen uchazečů či vysvětlení uchazečů, konstatuji následující. Jádrem zjištění Úřadu není porušení jednotlivých dílčích povinností, které zadavateli § 80 odst. 1 zákona ukládá, nýbrž jejich naplnění takovým způsobem, že to téměř zcela vyloučilo dodržení zásady transparentnosti, jiné povinnosti uložené zadavateli § 6 zákona. Zadavatel výše uvedenou dílčí námitkou zcela zapomíná, že i naplňování dílčích povinností uložených např. i § 80 odst. 1 zákona, podléhá požadavkům jisté „kvality“ stanovené pro všechny úkony zadavatele § 6 zákona. Bez dodržení nároků na kvalitu obsahu dílčích povinností uložených zadavateli není možné hovořit o jejich naplnění, přičemž tento požadavek na kvalitu přímo vyplývá, z § 6 zákona vymezujícího obecné zásady procházející napříč celým zákonem.
50. K námitce zadavatele, že adresátem ustanovení § 80 odst. 1 zákona není zadavatel, nýbrž členové hodnotící komise, a tak zadavateli z ustanovení § 80 odst. 1 zákona žádná povinnost nevyplývá, pouze odkazují na § 74 odst. 1 zákona. Podle tohoto ustanovení, platí, že hodnotící komise činí úkony jménem zadavatele. V důsledku je to tedy zadavatel, který je odpovědný za průběh celého zadávacího řízení, tedy i naplnění povinností podle § 80 odst. 1 a současné dodržení § 6 zákona.
51. K námitce zadavatele, že se v případě šetřené veřejné zakázky mimořádně nízká nabídková cena neobjevila a že Úřad pochybil, když na danou situaci aplikoval § 77 a potažmo § 80 odst. 1 zákona, uvádím následující. Posouzení, zda se jedná o mimořádně nízkou nabídkovou cenu ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, zcela přísluší podle ust. § 77 zákona do kompetence

hodnotící komise. Pokud zadavatel v žádostech o odůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny na základě pověření hodnotící komise jednotlivé dodavatele žádal o písemné odůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, neměl jinou možnost, než se řídit zákonnými ustanoveními podle § 77 a násl. zákona. Uvedenými ustanoveními § 77 zákona se musí zadavatel, resp. hodnotící komise řídit bez ohledu na to, zda po písemném zdůvodnění uchazeče i jeho vysvětlení k závěru, že nabídkové ceny uchazečů jsou cenami mimořádně nízkými, nedospěje. Provedeným dokazováním je zřejmé, že hodnotící komise ve smyslu § 77 zákona posoudila výši nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky a využila oprávnění, jež jí § 77 poskytuje. U jiných, než mimořádně nízkých nabídkových cen by tuto možnost využít nemohla. Úřad tedy na základě provedeného dokazování správně dovodil, že bez ohledu na výsledek, hodnotící komise nabídkové ceny jednotlivých dodavatelů jako mimořádně nízké zkoumala. V zájmu dodržení zásady transparentnosti zadávacího řízení tedy bylo jeho povinností, odůvodnit v některém z protokolů o jednání hodnotící komise či v jiném dokumentu vyhotoveném v rámci zadávacího řízení, jakým způsobem či na základě jakých informací uvedených uchazeči v odůvodněních mimořádně nízkých nabídkových cen dospěl k závěru, že se o mimořádně nízké nabídkové ceny nejedná.

52. Dílčí námitku rozkladu, že Úřad v rozhodnutí zjevně vychází z premisy, že všichni uchazeči nabídli mimořádně nízkou nabídkovou cenu, aniž by však o této okolnosti vedl jakékoliv dokazování a tuto skutečnost prokázal, proto považují vzhledem k výše uvedenému za bezpředmětnou. K ní pouze dodávám, že k domněnce, že uchazeči nabídli mimořádně nízkou nabídkovou cenu, dospěl sám zadavatel, resp. hodnotící komise, neboť ta si v souladu s § 77 odst. 1 zákona vyžádala od uchazečů zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, přičemž prokázání či zdůvodnění, že se o mimořádně nízkou nabídkovou cenu nejedná, bylo úkolem uchazečů. Povinností zadavatele tomu odpovídající pak tedy bylo uvést v některém z protokolů o jednání hodnotící komise či ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek, na základě kterých skutečností dospěl k závěru, že se o mimořádně nízkou nabídkovou cenu nejedná. To však neučinil.
53. K rozkladové námitce zadavatele, že se Úřad v rozhodnutí patřičně nevypořádal s tvrzeními zadavatele o nemožnosti odůvodnění neexistence nepřiměřeně nízké nabídkové ceny, tedy negativní skutečnosti, a ani nenaznačil, co konkrétně měla dle jeho názoru hodnotící komise o posouzení nabídkové ceny uvést, konstatuji následující. Sám zadavatel v žádostech o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny stanovil způsob požadovaného vysvětlení. Jeho povinností odpovídající tomuto požadavku, která by zachovávala transparentnost jeho postupu, bylo uvést, z jakých konkrétních důvodů vyhodnotil jednotlivá zdůvodnění jednotlivých dodavatelů tak, že se o mimořádně nízkou nabídkovou cenu nejedná. Takovýmto pozitivním výčtem, jehož transparentní provedení je povinností zadavatele, resp. hodnotící komise, v případě, že se rozhodne postupovat podle § 77 zákona, může zadavatel vyloučit existenci nepřiměřeně nízké nabídkové ceny. Tento výčet však zadavatel neučinil. V reakci na dílčí námitku zadavatele dodávám, že zadavatel je pochopitelně povinen odůvodnit své rozhodnutí vztahující se k mimořádně nízké nabídkové ceně (tedy z jakého důvodu považuje nabídkovou cenu uchazeče za mimořádně nízkou či nikoliv) pouze v případě, pokud si dle § 77 odst. 1 zákona od uchazeče písemné zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny vyžádal.

54. K další námitce rozkladu zadavatele, že Úřad na žádném místě v rozhodnutí neuvedl, co konkrétně se mu zdá nečitelné a nekontrolovatelné a že tu není jediná fáze zadávacího řízení, kterou by nebylo možno v důsledku tvrzeného pochybení přezkoumat, uvádím následující. Úřad v bodech č. 110 až 117 odůvodnění napadeného rozhodnutí vyčerpávajícím způsobem uvedl mj., že nečitelný a nekontrolovatelný je výsledek i proces posouzení jednotlivých zdůvodnění mimořádně nízkých nabídkových cen zachycený buď ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek či v protokolu o jednání hodnotící komise. Podobně v bodech 118 až 120 odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad podrobně a srozumitelně vylíčil, že se mu zdá nečitelné a nekontrolovatelné z jakého důvodu zadavatel dospěl k obecně koncipovanému závěru, že „předložená odůvodnění nabídkové ceny vybraných položek uchazečů vzala hodnotící komise na vědomí“ za podmínek odlišně vyhotovených odůvodnění mimořádně nízkých nabídkových cen jednotlivými uchazeči. S názorem zadavatele, že se dopustil pouze „administrativní chyby“ – nedostatečného vysvětlení myšlenkového pochodu, se vzhledem ke způsobené míře netransparentnosti nemohu ztotožnit.
55. K námitce rozkladu zadavatele, že nelze otázku transparentnosti posuzovat pouze s ohledem na zprávu o posouzení a hodnocení nabídek, nýbrž je třeba vzít v úvahu veškeré dokumenty, které eviduje zadavatel v rámci zadávacího řízení a že Úřad má dle zadavatele v rozhodnutí tendenci tento dokument posuzovat zcela izolovaně od zbývajících podkladů, uvádím následující. Součástí správního spisu jsou samozřejmě 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, postup zadavatele při posouzení nabídek uchazečů však není patrný z žádné jiné listiny vzniklé při zadávání veřejné zakázky. Zadavateli byla doručena rozdílná odůvodnění mimořádně nízkých nabídkových cen, a ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek či v jiném dokumentu vyhotoveném v rámci zadávacího řízení nejsou uvedeny důvody, proč hodnotící komise daná odůvodnění mimořádně nízkých nabídkových cen akceptovala. Tato fakta stojí sama o sobě a žádný ze zbývajících dokumentů, jak namítá zadavatel, je neovlivňuje. Jejich vyhodnocení co do netransparentnosti je tak opodstatněné a správné.
56. V reakci na námitku rozkladu, že i přes nedodržení zásady transparentnosti, je zjevné, že zde úplně absentuje naplnění materiální stránky správního deliktu, tedy způsobilost tvrzeného pochybení mít jakýkoliv negativní dopad na regulérnost předmětného zadávacího řízení, konstatuji následující. Je úkolem Úřadu dbát na dodržování zákona. Stěžejní zásadou zákona je nepochybně mimo jiné zásada transparentnosti. Jejím dodržením je zaručena regulérnost zadávacího řízení, jelikož je v 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 šetřeném případě v nemožnosti přezkoumat, proč nabídkové ceny uchazečů, které v souladu s § 77 odst. 1 zákona zadavatel posoudil jako mimořádně nízké, neshledal jako mimořádně nízké a v důsledku tedy proč jakoukoli z nabídek ze zadávacího řízení nevyřadil.

57. K námitce rozkladu spočívající v nejasnosti a nepřezkoumatelnosti části odůvodnění napadeného rozhodnutí týkajícího se nepřiměřeně nízké nabídkové ceny uchazeče OHL ŽS, a.s., konstatuji následující. Úřad zejména v bodech 113 a 121 až 123 podrobně vylíčil nejen zjištěný stav věci, ale i pochybení zadavatele, resp. hodnotící komise. Přitom závěr Úřadu, že uchazeč OHL ŽS, a.s. vysvětlení nabídky zadavateli nedoručil, přičemž hodnotící komise se touto skutečností nikterak nezabývala a nabídku postoupila do fáze hodnocení a že hodnotící komise, resp. zadavatel, tak postupovala v rozporu se základními zásadami uvedenými v § 6 zákona, a to zejména se zásadou zákazu diskriminace a rovného zacházení, neboť vzhledem k tomu, že hodnotící komise vypracovala zprávu o posouzení a hodnocení nabídek v rozporu se zásadou transparentnosti, tedy takovým způsobem, že trpí vadou nepřezkoumatelnosti, považuji za správný a v souladu se zákonem.
58. K námitce rozkladu, že výrok III. rozhodnutí je nepřezkoumatelný, neboť Úřad v rozhodnutí neodůvodnil přesvědčivým a přezkoumatelným způsobem, ke kterým okolnostem přihlédl a jaký vliv tyto měly na konečnou výši pokuty a že výše uložené pokuty není zdůvodněna způsobem, který by nepřipouštěl rozumné pochyby o tom, že právě taková výše pokuty odpovídá konkrétním okolnostem daného případu, uvádím následující. Přezkum správnosti výroku napadeného rozhodnutí o uložení a o výši pokuty včetně jeho odůvodnění, jsem provedl v rozsahu námitek uvedených v rozkladu tak, jak mi to ukládá § 89 odst. 2 správního řádu.
59. Zákon obsahuje veřejnoprávní regulaci společenských vztahů, u níž není dovolena jakákoli míra odklonu od žádoucí regulace. Jde o normativní vymezení správního a zákonného postupu zadavatele, které je ve své nejobecnější rovině zakotveno v § 6 zákona, tj. v zásadách transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. V zákoně samotném tak nejsou nastavena jiná pravidla regulace, než ta dovolená, resp. zakázaná. Tato pravidla (byť v nejobecnější rovině) ve smyslu obecné zásady právní tertium non datur (třetí možnost neexistuje) buďto dodržena jsou, nebo nejsou. Zvažování míry sankcionování za nedodržování této regulace se tak potýká se samotným charakterem této regulace. Ten správnímu orgánu nedovoluje míru sankcionování jednoduše odvodit od míry nedodržení zákona. Z tohoto důvodu je míra sankcionování zákonem svěřena do diskreční pravomoci správního orgánu, kterému nezbyvá, než při svém správním uvážení vycházet z principů správního trestání v mezích vymezených zákonem. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty právnické osobě přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
60. Správní uvážení představuje významný institut správního práva, který v sobě propojuje rovinu právní a faktickou, rovinu abstraktních úvah a rovinu konkrétní rozhodovací činnosti. Podstatu správního uvážení lze spatřovat v tom, že se vznikem nebo existencí určitých podmínek nespojuje příslušné ustanovení právního předpisu nutnost nastoupení jediného možného právního následku, ale naopak ponechává subjektu vykonávajícímu veřejnou správu určitý prostor pro formulaci vlastního řešení – rozhodnutí. Správní uvážení bylo v tomto správním řízení Úřadem aplikováno ke stanovení míry sankcionování za nedodržení zákona, tj. ke stanovení výše pokuty.
61. Při přezkumu napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání napadeného rozhodnutí předcházelo, jsem dospěl k závěru, že Úřad při vedení správního řízení postupoval zákonným způsobem. Zákonným způsobem postupoval Úřad i při stanovování výše pokuty za spáchaný

správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Úřad při svém rozhodování aplikoval správná ustanovení zákona, správně podřadil zjištěné skutečnosti pod rozsah dotčených norem zákona a na základě zákonného zmocnění rozhodnul o uložení pokuty.

62. Zásady zakotvené v ustanovení § 6 zákona naplňují jednotlivá dílčí ustanovení zákona smyslem celé jeho regulace, tj. ochranou transparentní, rovné a nediskriminační hospodářské soutěže o veřejnou zakázku. Popřením kterékoli z těchto zásad se automaticky vytratí i smysl regulace zákona. Sebepečlivější dodržování jednotlivých ustanovení zákona pak nemůže nikdy zhojit současné popření jeho smyslu. V takové situaci pak vyznívá celá regulace zákonem jako sice formalizovaný, ale bezobsažný postup, který sám o sobě není sto garantovat ochranu transparentní, rovné a nediskriminační hospodářské soutěže o veřejné zakázky. Proto ani postup zadavatele, který prokazatelně nedodržel povinnost dodržovat při postupu podle zákona zásadu transparentnosti, nemůže být bez dalšího zhojen jeho jinak legálním postupem. Mimo jiné s ohledem na to považuji postup Úřadu, který je uveden v bodech č. 138 a následujících odůvodnění napadeného rozhodnutí, za správný.
63. Úřad zde správně a přezkoumatelným způsobem podrobně vylíčil, jaká byla jeho skutková zjištění a jakými úvahami se při stanovování výše pokuty řídil, tj. z čeho vycházelo jeho správní uvážení a k jakému výsledku dospěl ohledně konkrétní výše pokuty uložené zadavateli. Úřad tuto část svého rozhodnutí dostatečně a přesvědčivě odůvodnil. Při rozhodování o výši pokuty zohlednil všechny skutečnosti, které mohly v tomto správním řízení výši pokuty ovlivnit, řádně se s nimi v bodech č. 138 a následujících odůvodnění napadeného rozhodnutí vypořádal a přesvědčivě odůvodnil, ke kterým okolnostem přihlédl a jaký vliv měly na uloženou výši pokuty. Výše pokuty byla zdůvodněna způsobem, který s ohledem na prokázané popření zásady transparentnosti nepřipouští rozumné pochybnosti, že právě uložená výše pokuty odpovídá konkrétním okolnostem tohoto správního řízení.
64. Výše pokuty se jeví jako přiměřená právě ke konkrétním okolnostem spáchání správního deliktu a namítané tvrzení zadavatele, že spáchaný delikt spadá do kategorie těch méně závažných, považuji za odporující prokázanému stavu věci. Mezi okolnosti případu, jež zadavatel námitkou rozkladu rozporuje, a ke kterým při vyměřování pokuty Úřad přihlédl, bylo nedodržení povinnosti Úřadem stanovené usnesením č. j. ÚOHS-S214/2011/VZ-9555/2011/530/RNi ze dne 15. 6. 2011. Tímto usnesením byla zadavateli Úřadem podle § 39 odst. 1 správního řádu stanovena lhůta k podání informace Úřadu o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení, a to nejpozději jeden den po provedení příslušného úkonu. Podotýkám, že právním úkonem není dle obecných ustanovení zákona č. 40/1964 Sb., Občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, jen doručení akceptace návrhu smlouvy druhé smluvní straně, nýbrž i učinění právního úkonu návrhu na uzavření Smlouvy o dílo, ke kterému došlo ze strany zadavatele již dne 9. 9. 2011. O tomto právním úkonu zadavatel Úřad v rozporu s výše uvedeným usnesením neinformoval ve lhůtě jednoho dne a znemožnil tím Úřadu jakýkoli další procesní postup předcházející vzniku složitých obchodně-právních vztahů. Relevanci této okolnosti spáchání správního deliktu podtrhuje, že Úřad byl o uzavření Smlouvy o dílo na plnění předmětu veřejné zakázky informován ex post po jejím uzavření. Z hlediska právních důsledků je zcela irelevantní, v jakém časovém úseku po uzavření se tak stalo.
65. K námitce zadavatele, že pokuta uložená zadavateli dalece přesahuje obvyklou výši pokut, které Úřad za tvrzený typ pochybení ukládá a je nejvyšší pokutou, kterou Úřad ve své historii

ve věci zadávání veřejných zakázek uložil, odkazují na výše uvedený smysl existence zákona a ochranu zásad zakotvených v ustanovení § 6 zákona. Okolnost, že Úřad nade vší pochybnost prokázal popření, resp. nedodržení zásady transparentnosti jednáním, za něž odpovídá zadavatel, ve zcela klíčové fázi zadávacího řízení, tj. při posuzování a hodnocení nabídek jednotlivých uchazečů, odůvodňuje postup Úřadu při vyměřování konkrétní výše pokuty. Žádná jiná fáze zadávacího řízení není natolik podmíněná potřebou transparentnosti. Ignoruje-li zadavatel tuto potřebu vyplývající přímo z § 6 zákona, jde taktéž o vybočení z obvyklých mezí nedodržování zákona zadavateli, která Úřad sankcionuje v jiných správních řízeních.

66. V rámci napadeného rozhodnutí byla zadavateli uložena pokuta ve výši 9.000.000,- Kč, tedy částka, která činí 49,64 % výše, jež bylo možno v rámci předmětného správního řízení uložit. Z celkové hodnoty veřejné zakázky je pak výše pokuty rovna 2,48 %, nelze ji tedy, podle mého názoru, obecně považovat za diskriminační. Další tvrzení, v čem spatřuje svoji diskriminaci, zadavatel neuvedl.

VI. Závěr

67. 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 napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
68. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku 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. JUDr. Pavel Dejl, LL. M., PhD., advokát, Advokátní kancelář Kocián, Šolc, Balaščík, Jungmannova 24, 110 00 Praha 1
2. JUDr. Jaromír Bláha, advokát, Advokátní kancelář Němec, Bláha & Navrátilová, Prvního pluku 206/7, 186 00 Praha 8 – Karlín
3. Skanska a.s., Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4 – Chodov
4. Metrostav a.s., Koželužská 2246, 180 00 Praha 8

Vypraveno dne:

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