



UOHSX00CNVOE

## PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R87/2015/VZ-26741/2019/322/BVÍ

Brno: 1. října 2019

V řízení o rozkladu doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 18. 3. 2015, jenž podal zadavatel –

- **Statutární město Teplice**, IČO 00266621, se sídlem náměstí Svobody 2/2, 415 01 Teplice, v řízení o rozkladu zastoupen na základě plné moci ze dne 12. 3. 2015 JUDr. Pavlem Marečkem, advokátem, ev. č. ČAK 6801, Advokátní kancelář JUDr. Pavel Mareček, IČO 15696189, se sídlem Vaníčkova 1070/29, 400 01 Ústí nad Labem,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 2. 3. 2015, č. j. ÚOHS-S30/2015/VZ-5797/2015/521/OPi vydanému ve správním řízení ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavatelem při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Rekonstrukce 66 zapínacích bodů stávajícího veřejného osvětlení v Teplicích**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 28. 11. 2013 a uveřejněno dne 29. 11. 2013 ve Věstníku veřejných zakázek pod ev. č. zakázky 369327 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 3. 12. 2013 pod ev. č. 2013/S 234-405717, přičemž oznámení o zadání zakázky bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 25. 4. 2014 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 29. 4. 2014 pod ev. č. 2014/S 083-144475,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. a) a § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 2. 3. 2015, č. j. ÚOHS-S30/2015/VZ-5797/2015/521/OPi

**r u š í m**

a věc

**v r a c í m**

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

## **ODŮVODNĚNÍ**

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

1. Statutární město Teplice, IČO 00266621, se sídlem náměstí Svobody 2/2, 415 01 Teplice, v řízení o rozkladu zastoupeno na základě plné moci ze dne 12. 3. 2015 JUDr. Pavlem Marečkem, advokátem, ev. č. ČAK 6801, Advokátní kancelář JUDr. Pavel Mareček, IČO 15696189, se sídlem Vaníčkova 1070/29, 400 01 Ústí nad Labem (dále jen „**zadavatel**“), zahájilo otevřené zadávací řízení pro veřejnou zakázku s názvem „Rekonstrukce 66 zapínacích bodů stávajícího veřejného osvětlení v Teplicích“, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 28. 11. 2013 a uveřejněno dne 29. 11. 2013 ve Věstníku veřejných zakázek pod ev. č. zakázky 369327 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 3. 12. 2013 pod ev. č. 2013/S 234-405717, přičemž oznámení o zadání zakázky bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 25. 4. 2014 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 29. 4. 2014 pod ev. č. 2014/S 083-144475 (dále jen „**veřejná zakázka**“). Předmětem veřejné zakázky, jejíž předpokládaná hodnota byla stanovena v částce 10.743.000 Kč bez DPH, byla dle oznámení o zakázce rekonstrukce – výměna stávajících zapínacích bodů a dále související práce jako připojení kabeláže, demontáž stávajících rozvaděčů, zapravení povrchů a uvedení do původního stavu.
2. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jakožto orgán příslušný podle ustanovení § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)<sup>1</sup>, k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel dne 16. 4. 2014 podnět k přezkoumání postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky. Na základě prošetření obdrženého podnětu zahájil Úřad dne 14. 1. 2015 správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona

---

*1 Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, ve vztahu k posouzení zadávacího řízení na veřejnou zakázku se jedná o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení. Ve vztahu k posouzení odpovědnosti za přestupek a určení druhu a výměry sankce, resp. správního trestu, se jedná o znění zákona č. 137/2006 Sb. účinné ke dni spáchání přestupku (v šetřeném případě k datu uzavření smlouvy na veřejnou zakázku), ledaže by pro zadavatele byla nová právní úprava výhodnější. Ve vztahu k postupu v řízení o správním deliktu se jedná o znění zákona účinné přede dnem nabytí účinnosti zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek.*

zadavatelem v souvislosti s veřejnou zakázkou, neboť získal pochybnosti o tom, zda zadavatel neporušil svým postupem zákon, konkrétně zda zadavatel postupoval v souladu s § 77 odst. 1 zákona ve spojení s § 6 odst. 1 téhož zákona.

3. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 25. 2. 2014 totiž vyplývalo, že hodnotící komisí bylo hodnoceno celkem 6 nabídek, přičemž rozptyl nabídkových cen bez DPH byl následující. Nejnižší nabídková cena za plnění předmětu veřejné zakázky, tj. nabídková cena vybraného uchazeče – společnosti ČEZ Energetické služby s.r.o., IČO 27804721, se sídlem Výstavní 1144/103, 706 02 Ostrava – Vítkovice (dále jen „**vybraný uchazeč**“), činila 5.678.966,31 Kč bez DPH, naopak jako nejvyšší nabídková cena byla uchazečem předložena částka 10.736.129 Kč bez DPH. Průměrná nabídková cena z hodnocených nabídkových cen pak činila 8.100.923,52 Kč bez DPH. Z dokumentace o veřejné zakázce přitom není zřejmé, zda se hodnotící komise zabývala posouzením nabídek uchazečů z hlediska výše jejich nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky.

## II. Napadené rozhodnutí

4. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S30/2015/VZ-5797/2015/521/OPi ze dne 2. 3. 2015 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým ve výroku I. konstatoval spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona zadavatelem tím, že tento při zadávání veřejné zakázky nepostupoval v souladu s § 77 odst. 1 ve spojení s § 6 odst. 1 zákona, když v rozporu se zásadou transparentnosti ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 25. 2. 2014 ani z jiného dokumentu obsaženého v dokumentaci o veřejné zakázce nevyplývalo, že by se hodnotící komise v souladu s § 77 odst. 1 zákona při posouzení nabídek zabývala i posouzením výše nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel dne 23. 4. 2014 s vybraným uchazečem smlouvu o dílo č. 14410067. Výrokem II. napadeného rozhodnutí byla zadavateli za spáchání shora označeného správního deliktu uložena pokuta ve výši 50.000 Kč.
5. Úřad se v napadeném rozhodnutí nejdříve zabýval otázkou dodržení zásady transparentnosti při posouzení nabídek z hlediska výše nabídkových cen jednotlivých uchazečů ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, přičemž uvedl, že s ohledem na možný výskyt mimořádně nízkých nabídkových cen je jednou ze zákonných povinností hodnotící komise se touto problematikou zabývat a pro dodržení zásady transparentnosti o tomto svém postupu provést přezkoumatelný záznam v dokumentaci o veřejné zakázce. V případě, že hodnotící komise získá při své činnosti podezření, že nabídka uchazeče obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, musí si vyžádat od uchazeče písemné zdůvodnění těch částí nabídky, které jsou pro výši nabídkové ceny podstatné. Pakliže dospěje k závěru, že nabídka uchazeče mimořádně nízkou nabídkovou cenu neobsahuje, není povinna podrobně rozepisovat veškeré důvody, pro které nabídkovou cenu nepovažuje za mimořádně nízkou, což ovšem neplatí v případě, že existují určité indicie, které by mohly o výskytu mimořádně nízké nabídkové ceny nasvědčovat. Za takové situace již musí hodnotící komise své závěry, proč nabídkovou cenu nepovažuje za mimořádně nízkou, řádně odůvodnit, což dle názoru Úřadu zadavatel v šetřeném případě neučinil,

byť zde mohla z jeho strany vzniknout pochybnost o existenci mimořádně nízké nabídkové ceny v nabídkách některých uchazečů.

6. Přestože Úřad nemůže nahrazovat hodnotící komisi a myšlenkové pochody jejích členů, je možno přezkoumat, zda zadavatel (při hodnocení obdržených nabídek prostřednictvím hodnotící komise) dodržel základní zásady uvedené v § 6 odst. 1 zákona. Proto Úřad v kontextu výše nabídkových cen uvedl, že objektivně byly dány určité indicie pro vznik podezření na možnou mimořádně nízkou nabídkovou cenu některých uchazečů, přičemž své konstatování opřel o propočty odchylky jak od předpokládané hodnoty veřejné zakázky, tak od průměru nabídkové ceny z hodnocených nabídkových cen. V případě, že by hodnotící komise dospěla k obdobnému závěru, byla by podle § 77 odst. 1 zákona povinna vyžádat si od takových uchazečů písemné zdůvodnění těch částí nabídky, které jsou pro výši nabídkové ceny podstatné a pokud by i přesto nepojala podezření na existenci mimořádně nízké nabídkové ceny, byla by povinna (s ohledem na nutnost dodržení zásady transparentnosti) uvést důvody, jež ji vedly k takovému závěru. Zadavatel však dle Úřadu indicie o existenci mimořádně nízké nabídkové ceny zřejmě zcela a bezdůvodně ignoroval (jak dovodil ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek a z ostatních částí dokumentace o veřejné zakázce), což přímo popírá zásadu transparentnosti.
7. Postup zadavatele, resp. hodnotící komise, pak mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť v případě, že by nabídka vybraného uchazeče byla hodnotící komisí vyřazena, mohla být vybrána jako nejvhodnější nabídka jiného uchazeče. V rámci vypořádání argumentů zadavatele, uvedených v jeho vyjádření, Úřad konstatoval, že postup zadavatele při jiných zadávacích řízeních je pro posouzení šetřené veřejné zakázky irelevantní, stejně jako to, že nabídky třech uchazečů nejsou vzájemně výrazně odlišné, neboť z takové skutečnosti nelze automaticky vyvozovat závěr o nemožnosti existence podezření na mimořádně nízkou nabídkovou cenu.
8. Uloženou pokutu Úřad odůvodnil tak, že při stanovení výše sankce za spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona zadavatelem vzal v úvahu závažnost správního deliktu, zejména způsob jeho spáchání. K tomu uvedl, že ačkoliv byla porušena zásada transparentnosti, zadavatel zcela neignoroval kogentní ustanovení zákona, a proto se nejedná o delikt dosahující nejvyšší intenzity závažnosti. Z hlediska následků Úřad přihlédl zejména k tomu, že v důsledku písemného nezachycení možného posouzení výše nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky nastala situace, kdy se postup zadavatele, resp. hodnotící komise, stal z hlediska ověření splnění zákonné povinnosti stanovené v § 77 odst. 1 zákona nepřezkoumatelným. Stran okolností, za nichž byl delikt spáchán, Úřad ve prospěch zadavatele přihlédl ke skutečnosti, že v šetřeném případě bylo plnění veřejné zakázky realizováno a dokončeno vybraným uchazečem za jím nabídnutou cenu bez jakéhokoliv navýšení prostřednictvím víceprací, a lze tedy konstatovat, že netransparentní postup zadavatele neměl za následek nekontrolovatelné navýšování původně vysoutěžené ceny veřejné zakázky. Žádné další přitěžující ani polehčující okolnosti v souvislosti se spácháním správního deliktu nebyly Úřadem shledány. Při stanovení výše pokuty Úřad rovněž přihlédl, vedle obsahu obou obecných funkcí právní odpovědnosti (tj. represivní a preventivní), také k ekonomické situaci zadavatele.

### III. Námitky rozkladu

9. Dne 18. 3. 2015 obdržel Úřad nedatovaný rozklad zadavatele. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 3. 3. 2015. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
10. Zadavatel je přesvědčen, že jemu vytýkané jednání, jímž měl být dle Úřadu spáchán správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, nemůže naplňovat skutkovou podstatu jmenovaného deliktu. Po obecném vymezení deliktní odpovědnosti a povahy správních deliktů zadavatel v rozkladu dále odkázal na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 7. 10. 2011 evidovaný pod č. j. 62 Af 41/2010-72, z něhož vyvodil závěr, že ve správním řízení o deliktu musí být prokázáno nejen porušení zákona, ale též skutečnost, že takové porušení mělo za následek podstatné ovlivnění výběru nejhodnější nabídky. Dle názoru zadavatele je zřejmé, že porušení zákona, předpokládané napadeným rozhodnutím (i kdyby k němu skutečně došlo), neovlivnilo a ani nemohlo ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a to proto, že v rámci předmětného zadávacího řízení byl vybrán uchazeč, jehož nabídka byla nejhodnější, přičemž veřejná zakázka byla splněna v souladu s předloženou nabídkou, a to i z hlediska výše ceny za plnění předmětu veřejné zakázky.
11. Podle názoru zadavatele (opřené o odbornou literaturu) je právní úprava mimořádně nízké nabídkové ceny strohá a vyvolávající výkladové obtíže, přesto je třeba dovodit, že uvážení, zda uchazeč předložil ve své nabídce mimořádně nízkou nabídkovou cenu, je výlučně v kompetenci hodnotící komise, jejíž složení je odborné povahy a za jejíž činnost a ustanovení plně odpovídá zadavatel. Ten se však nemůže dopustit porušení zákona tím, že nabídkovou cenu některého uchazeče jako mimořádně nízkou neshledal, i když tak měl učinit, což je dáno tím, že jedině on nese obchodněprávní riziko nesplnění závazku ze smlouvy na plnění předmětu veřejné zakázky. Zadavatel se domnívá, že s ohledem na předběžnou kalkulaci a rozpočet, popřípadě též na dřívější zkušenosti zadavatele a nabídkové ceny ostatních uchazečů, je třeba za mimořádně nízkou nabídkovou cenu považovat takovou cenu, za kterou předmět veřejné zakázky nelze reálně splnit a která se výrazně odlišuje od ostatních částek nabídnutých jinými uchazeči.
12. V rozkladu zadavatel dále uvedl, že vzhledem k různým názorům na problematiku mimořádně nízké nabídkové ceny, jsou zadavatelé odkázáni na odbornou literaturu a judikaturu, která však rovněž není jednotná. K tomu cituje závěr právní teorie, dle něž na zadavatele, resp. hodnotící komisi, není kladena povinnost shledat mimořádně nízkou nabídkovou cenu, a v případě, že není tato relevantní osobou shledána, pak nemusí být taková skutečnost nikde odůvodněna.
13. Rozklad směřuje i proti výroku o uložení pokuty. K tomu zadavatel uvedl, že je přesvědčen, že neporušil žádnou zákonnou povinnost, za níž by mu měla být uložena pokuta, a pokud se dopustil nějakého pochybení, bylo toto pouze administrativního rázu bez významu pro rozhodnutí o výběru nejhodnější nabídky. Nadto nemůže jít zadavateli k tíži, pokud je právní úprava nedostatečná a judikatura či odborná literatura nejednotná.

#### **Závěr rozkladu**

14. S ohledem na námitky uvedené v rozkladu zadavatel navrhuje, aby bylo o napadeném rozhodnutí předsedou Úřadu rozhodnuto tak, že se napadené rozhodnutí zrušuje v plném rozsahu a správní řízení vedené v předmětné věci se zastavuje.

#### **IV. Řízení o rozkladu podaném proti napadenému rozhodnutí**

15. Předseda Úřadu vydal dne 3. 1. 2017 rozhodnutí o rozkladu č. j. ÚOHS-R87/2015/VZ-00196/2017/323/KKř (dále jen „**rozhodnutí o rozkladu**“), v němž dospěl k závěru, že Úřad výroky I. a II. napadeného rozhodnutí rozhodl správně a v souladu se zákonem.
16. Stěžejní argumentace rozhodnutí o rozkladu se vztahovala k pochybení zadavatele, resp. hodnotící komise, v rámci provádění výběru nejhodnější nabídky, neboť z dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že zadavatel v žádném relevantním dokumentu nezaznamenal, že by se (prostřednictvím hodnotící komise) v souladu s § 77 odst. 1 zákona zabýval posouzením výše nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, resp. nijak neodůvodnil, zda předložené nabídky obsahují či neobsahují mimořádně nízkou nabídkovou cenu, přestože v daném případě existovaly relevantní indicie, které mohly a měly u zadavatele navodit podezření na možnou přítomnost mimořádně nízké nabídkové ceny v některých z obdržených nabídek. Za zásadní indicii, na jejímž základě měla hodnotící komise naznat podezření ohledně možné existence mimořádně nízké nabídkové ceny, předseda Úřadu označil skutečnost, že zadavatel v této věci obdržel v průběhu zadávacího řízení kvalifikované upozornění prostřednictvím námitek proti výběru nejhodnější nabídky.

#### **V. Řízení o žalobě před Krajským soudem v Brně**

17. Proti pravomocnému rozhodnutí o rozkladu podal zadavatel správní žalobu ze dne 1. 3. 2017 ke Krajskému soudu v Brně (dále jen „**Krajský soud**“), kterou se domáhal zrušení napadeného rozhodnutí i rozhodnutí o rozkladu.
18. Krajský soud dospěl k závěru, že žaloba je důvodná a rozsudkem č. j. 29 Af 23/2017-51 ze dne 20. 2. 2019 (dále jen „**rozsudek KS**“) rozhodl o tom, že se rozhodnutí o rozkladu ruší a věc se vrací Úřadu k dalšímu řízení.
19. Ke zrušení rozhodnutí o rozkladu přistoupil Krajský soud z toho důvodu, že řízení, které předcházelo jeho vydání, trpělo vadami ve smyslu § 76 odst. 1 písm. b) zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**soudní řád správní**“) a dále pro jeho nezákonnost dle § 78 odst. 1 soudního řádu správního.
20. Krajský soud v rozsudku KS uvedl, že ačkoli na jednu stranu rozumí postoji a stanovisku Úřadu, jehož úlohou je garantovat, že proces zadávání veřejných zakázek bude probíhat v souladu se základními zásadami transparentnosti, nediskriminace a rovného zacházení, na druhou stranu platí, že v dané věci Krajský soud neshledal žádné okolnosti nasvědčující obcházení zákona či zneužití práva. Krajský soud tedy přistoupil ke korekci názoru Úřadu ve vztahu k významu indicie spočívající v předložených nabídkových cenách, který Krajský soud označuje za příliš formalistický. Otázku, zda byla v šetřeném případě dána existence indicí, za kterých mělo být zadavateli na první pohled zřejmé, že se může jednat

o mimořádně nízkou nabídkovou cenu, přitom Krajský soud identifikoval jako stěžejní pro celé rozhodnutí.

21. Pokud předseda Úřadu v rozhodnutí o rozkladu poukazoval na existenci významné indicie (nutící zadavatele provést posouzení existence mimořádně nízké nabídkové ceny) spočívající v uplatnění námitek jednoho z uchazečů, označil Krajský soud tuto argumentaci rozhodnutí o rozkladu za nesprávnou, neboť se jednalo o námítky doručené zadavateli až po výběru nejvhodnější nabídky a předseda Úřadu při jejich zvážení vycházel z nesprávného datování těchto námitek.
22. Dále Krajský soud uvedl, že Úřad přiznal zásadě transparentnosti postavení, které jí s ohledem na individuální okolnosti dané věci nepříslušelo, přičemž striktní trvání na tom, aby se úvahy zadavatele ohledně mimořádně nízké nabídkové ceny vždy za všech okolností projevíly v dokumentaci veřejné zakázky, nenaplnuje dle Krajského soudu smysl této zásady.

#### **VI. Řízení o kasační stížnosti před Nejvyšším správním soudem**

23. Vzhledem k tomu, že se Úřad s rozsudkem KS neztotožnil, podal dne 9. 4. 2019 v souladu s § 102 soudního řádu správního kasační stížnost k Nejvyššímu správnímu soudu, jíž se domáhal zrušení rozsudku Krajského soudu.
24. O této kasační stížnosti Nejvyšší správní soud rozhodl rozsudkem č. j. 6 As 71/2019-37 ze dne 7. 8. 2019 (dále jen „**rozsudek NSS**“) tak, že kasační stížnost Úřadu zamítl.
25. Nejvyšší správní soud se v rozsudku NSS ztotožnil s názorem Krajského soudu o tom, že v projednávané věci se jedná spíše o hraniční případ, kdy hodnotící komise nemusela nutně dospět k závěru, že existuje indicie stran mimořádně nízké nabídkové ceny. Za stěžejní okolnost považuje Nejvyšší správní soud to, že v projednávané věci bylo podáno více nabídek, jejichž nabídkové ceny zněly na částku odpovídající přibližně polovině předpokládané hodnoty veřejné zakázky a polovině hodnoty nejvyšší nabídky a hodnotící komise se tedy mohla důvodně domnívat, že tyto nabídky neobsahují mimořádně nízkou nabídkovou cenu.

#### **Stanovisko předsedy Úřadu**

26. Po přezkoumání veškerého spisového materiálu 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 zadavatele a s přihlédnutím k právním závěrům uvedeným v rozsudku KS a v rozsudku NSS jsem dospěl k následujícímu závěru.
27. Napadené rozhodnutí č. j. ÚOHS-S30/2015/VZ-5797/2015/521/OPi ze dne 2. 3. 2015 ruším a věc vracím Úřadu k novému projednání. V dalším řízení se bude Úřad řídit právními závěry uvedenými v rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 29 Af 23/2017-51 ze dne 20. 2. 2019, dále v rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 6 As 71/2019-37 ze dne 7. 8. 2019 a tímto rozhodnutím.

## VII. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu

28. Zadavatel v rozkladu mimo jiné uvádí, že se nemůže dopustit porušení zákona tím, že určitou nabídkovou cenu jakožto mimořádně nízkou neshledal. V této souvislosti konstatuji, že takový postup Úřad v napadeném rozhodnutí zadavateli nevytýká. Z napadeného rozhodnutí vyplývá, že k pochybení zadavatele došlo tím, že se dopustil porušení zásady transparentnosti zadávání veřejných zakázek ve smyslu § 6 odst. 1 zákona, pokud z dokumentace zadávacího řízení pro veřejnou zakázku nevyplývá, že by se hodnotící komise zabývala i posouzením výše nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky dle § 77 odst. 1 zákona. S touto rozkladovou námitkou se tedy neztotožňuji.
29. Dále zadavatel namítá, že předpokladem pro spáchání správního deliktu je vedle porušení zákona rovněž skutečnost, že takové porušení zákona zároveň podstatně ovlivnilo nebo alespoň mohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, přičemž v šetřené věci není dle zadavatele tato skutečnost naplněna. Na podporu této rozkladové námítky zadavatel uvádí, že v zadávacím řízení došlo k výběru uchazeče, jehož nabídka byla jednoznačně nejvhodnější a navíc byl předmět veřejné zakázky v souladu s touto nabídkou realizován (a to v ceně, kterou vybraný uchazeč nabídl).
30. V souvislosti s touto rozkladovou námitkou uvádím následující. Při zjišťování míry porušení zákona a možnosti ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky ze strany zadavatele se Úřad nachází v nelehké pozici. Na jedné straně musí respektovat požadavek zákona na vysoký formalismus procesu zadávání veřejných zakázek, který znamená, že v určitých případech může mít i formální pochybení zadavatele negativní až fatální následky pro úspěch zadání veřejné zakázky v souladu se zákonem (blíže srov. např. rozsudek Krajského soudu č. j. 62 Af 14/2011-74 ze dne 19. 7. 2012). Na straně druhé ovšem existují určité meze definující možnosti Úřadu, kam až může při přezkumu postupů zadavatele, resp. hodnotící komise, zajít.
31. Pokud na šetřenou věc pohlížím z hlediska těchto mezí, mohu stavět na závěrech rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 10/2011-313 ze dne 3. 10. 2013, dle kterého pravomoci Úřadu sahají do úrovně těch činností zadavatele, které vytvářejí prostor pro fair podmínky pro účast uchazečů v soutěži, neboť *„posouzení toho, zda nabídka obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, resp. zda případné zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny je opodstatněné či nikoliv, je plně v kompetenci hodnotící komise, nicméně zároveň platí, že Úřad podrobuje kontrole postupy, ať již hodnotící komise či zadavatele v tom smyslu, zda tyto byly činěny v souladu se zákonem. Pokud pak Úřad přezkoumává zákonnost postupu hodnotící komise ve vztahu k případné mimořádně nízké nabídkové ceně (jako v daném případě), nejde tu o posouzení myšlenkových pochodů členů hodnotící komise, nýbrž o objektivní posouzení, zda bylo důvodu, aby tato komise ve vztahu ke konkrétní nabídce měla nabídkovou cenu posoudit jako mimořádně nízkou, tedy zda měla povinnost postupovat podle § 77 odst. 1 zákona“*.
32. Vztaženo na šetřenou veřejnou zakázku, Úřad nevybočil ze svých pravomocí, pokud podrobil přezkumu, zda byly v šetřené věci dány objektivní indicie svědčící o tom, že by určité nabídky mohly obsahovat mimořádně nízké nabídkové ceny dle § 77 odst. 1 zákona. Teprve pokud by Úřad shledal, že takové indicie se v průběhu zadávacího řízení vyskytly, bylo by na místě řešit, zda dokumentace zadávacího řízení pro veřejnou zakázku obsahuje v souladu



se zásadou transparentnosti dle § 6 odst. 1 zákona veškeré relevantní skutečnosti a přezkoumatelným způsobem vypovídá o zákonnosti postupů hodnotící komise, resp. zadavatele.

33. Zásadní otázku tedy představuje na jisto postavená existence takových objektivních indicií. Jak v této souvislosti uvádí Krajský soud ve svém rozsudku KS, šetřená věc představuje případ hraniční povahy, kdy je složité určit, zda hodnotící komise měla či neměla naznat, že v případě určitých nabídkových cen se může jednat o mimořádně nízké nabídkové ceny ve smyslu § 77 zákona a tudíž by měla povinnost související okolnosti uvést v dokumentaci veřejné zakázky. Dle rozsudku NSS byla v této souvislosti pro hodnotící komisi zásadní pouze existence určitého rozptylu jednotlivých nabídkových cen a jejich rozdíl od předpokládané hodnoty veřejné zakázky.
34. V daném případě z dokumentace veřejné zakázky vyplývá, že jediným hodnotícím kritériem pro výběr nejvhodnější nabídky byla nejnižší nabídková cena. Už tato samotná okolnost znamená, že bylo možné očekávat určitou rozdílnost v nabídkových cenách jednotlivých uchazečů, neboť smyslem zadání veřejné zakázky na základě nejnižší nabídkové ceny je primárně to, aby došlo k předložení maximálně úsporných nabídek a nikoli skutečnost, aby nabídkové ceny co nejvíce odpovídaly stanovenému odhadu zadavatele. Dle názoru Krajského soudu, vyjádřeného v rozsudku KS, představoval rozptyl výší jednotlivých hodnocených nabídek vyvážený poměr (dvě nabídkové ceny se pohybovaly v těsné blízkosti předpokládané hodnoty veřejné zakázky, další dvě nabídky byly oproti předpokládané hodnotě veřejné zakázky téměř v poloviční výši a zbylé dvě nabídky se v zásadě blížily průměru všech nabídkových cen) a tuto okolnost tedy nelze jednoznačně označit za takovou objektivní indicii, která by nutila zadavatele výslovně vyjádřit své úvahy o neexistenci (neshledání) mimořádně nízké nabídkové ceny.
35. Ostatně rozhodnutí o tom, zda nabídková cena odpovídá předmětu veřejné zakázky, přísluší výhradně zadavateli, který je sám nositelem rizik souvisejících se skutečností, že vybere nabídku s nabídkovou cenou, za níž nelze předmět veřejné zakázky splnit, neboť jak uvedl Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku č. j. 1 Afs 42/2012-51 ze dne 17. 10. 2012, „*smyslem institutu mimořádně nízké nabídkové ceny je ochrana zadavatele proti takovým uchazečům, kteří jednají s cílem zvítězit ve výběrovém řízení předložením ceny, za kterou není možno zakázku realizovat. S tím je spojeno velké nebezpečí, že zakázka nebude z důvodu finančních potíží takového uchazeče realizována, případně její cena, byť by to bylo v rozporu se zákonem, bude dodatečně navýšena*“.
36. Jsem přesvědčen, že o neopomenutelnou indicii stran existence mimořádně nízké nabídkové ceny by se mohlo jednat např. v situaci, kdy by pouze jeden z více uchazečů podal nabídku s nabídkovou cenou, která by se od zbylých nabídkových cen lišila v řádech desítek procent, přičemž ostatní nabídkové ceny by se navzájem v podstatných rysech nelišily. K takové situaci však v šetřeném případě nedošlo.
37. Pokud tedy není postaveno na jisto, že hodnotící komise skutečně měla pojmout podezření na možnou existenci mimořádně nízké nabídkové ceny, není na místě dovozovat správní odpovědnost zadavatele za delikt popsany v napadeném rozhodnutí.
38. Jak uvádím dále, skutečnost, že v šetřeném případě nedošlo ze strany zadavatele, resp. hodnotící komise, k výslovnému zaznamenání posouzení výše nabídkových cen ve vztahu

k předmětu veřejné zakázky, nemusí nutně představovat konflikt se zachováním zásady transparentnosti dle § 6 odst. 1 zákona.

39. Je sice pravdou, že § 77 odst. 1 zákona po zadavateli (resp. po hodnotící komisi) požaduje, aby bylo provedeno posouzení výše nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, nicméně rigidní trvání na tom, aby se úvahy zadavatele ohledně mimořádně nízké nabídkové ceny za všech okolností projevily v dokumentaci veřejné zakázky, nenaplnuje dle závěrů rozsudku KS smysl zásady transparentnosti zadávání veřejných zakázek.
40. Zásada transparentnosti dle § 6 odst. 1 zákona, resp. pojem transparentnost, přitom představuje pojem co do svého obsahu značně flexibilní. Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku č. j. 2 Afs 55/2010-173 ze dne 15. 12. 2010 uvedl, že vybočením z mezí této zásady je, *„pokud zadavatel učiní takové kroky, které učiní zadávací řízení mj. hůře kontrolovatelným“*.
41. Takto pojatá zásada transparentnosti nemůže být Úřadem stavěna do pozice, která jí s ohledem na konkrétní okolnosti šetřené veřejné zakázky nepřísluší, jak se tomu stalo v napadeném rozhodnutí. Pokud tedy není možné shledat žádné okolnosti nasvědčující obcházení zákona či zneužití práva ze strany zadavatele, neměl by Úřad stavět formalismus zákona nad jeho smysl.
42. Jestliže Úřad v napadeném rozhodnutí pojal podezření na porušení zásady transparentnosti zadávacího řízení pouze na základě toho, že se zadavatel, resp. hodnotící komise, v dokumentaci veřejné zakázky výslovně nevyjádřili k posouzení nabídkových cen z hlediska § 77 odst. 1 zákona, měl se zabývat i dalšími okolnostmi případu, které mohly na existenci mimořádně nízké nabídkové ceny upozorňovat. Rozsudek NSS v této souvislosti poukazuje zejména na skutečnost, že předmět veřejné zakázky byl již řádně, kvalitně a v souladu s vybranou nabídkou realizován (tzn., při plnění předmětu veřejné zakázky nedošlo k navýšení nabídkové ceny vybraného uchazeče), což může být také bráno jako indicie – nikoli tedy pro hodnotící komisi, neboť se jedná o okolnost, kterou hodnotící komise v době posuzování nabídkových cen nemohla znát, ale pro Úřad a jeho závěr o možnosti vlivu jednání zadavatele na výběr nejvhodnější nabídky, potažmo na vytýkané porušení zásady transparentnosti.
43. Předjímat, že pokud by zadavatel existenci mimořádně nízké nabídkové ceny přece jen shledal, následně by vyzval dotčené(ho) uchazeče k objasnění jejich nabídky v tomto smyslu a v případě nedostatečnosti či neopodstatněnosti písemného zdůvodnění nabídkové ceny, došlo by k vyřazení nabídky vybraného uchazeče a tím i ke změně ve výběru nejvhodnější nabídky, je v této šetřené věci nad rámec uplatnění základních zásad zadávání veřejných zakázek. Tedy, jak vyplývá z rozsudku KS, jedná se o formalistické pojetí zásady transparentnosti.
44. Jak jsem uvedl shora, pokud není najisto postaveno, že okolnosti provázející průběh posouzení a hodnocení nabídek představovaly objektivní indicie, které měly zadavatele, resp. hodnotící komisi, přesvědčit o nutnosti posoudit nabídkové ceny rovněž z hlediska toho, zda se nejedná o mimořádně nízké nabídkové ceny ve smyslu § 77 zákona, není možné bez dalšího uzavřít, že došlo ke spáchání správního deliktu zadavatelem tak, jak je popsáno v napadeném rozhodnutí.

45. Jestliže tedy k indiciím popsaným v napadeném rozhodnutí nepřistoupí další relevantní okolnosti, které by mohly mít vliv na porušení základních zásad zadávání veřejných zakázek, není na místě dovozovat správní odpovědnost zadavatele za správní delikt dle výroku I. napadeného rozhodnutí. Z toho jednoznačně vyplývá důvod zrušení výroku II. napadeného rozhodnutí.

### VIII. Závěr

46. Vzhledem k tomu, že rozsudkem Krajského soudu v Brně č. j. 29 Af 23/2017-51 ze dne 20. 2. 2019 bylo zrušeno toliko rozhodnutí předsedy Úřadu ÚOHS-R87/2015/VZ-00196/2017/323/KKř ze dne 3. 1. 2017, avšak vytýkanými nedostatky trpí i předchozí prvostupňové rozhodnutí ÚOHS-S30/2015/VZ-5797/2015/521/OPi ze dne 2. 3. 2015, přičemž ve věci bude nutno jednat a rozhodnout v rozsahu, který nepřísluší orgánu druhého stupně, shledal jsem důvody pro zrušení prvostupňového rozhodnutí Úřadu tak, jak je uvedeno výše. V dalším řízení vydá Úřad rozhodnutí, ve kterém bude respektovat závazný právní názor Krajského soudu v Brně a Nejvyššího správního soudu, vyjádřený v rozsudcích, na které je v tomto rozhodnutí odkazováno.
47. Úřad při svém rozhodování zváží, zda se v průběhu zadávacího řízení pro veřejnou zakázku skutečně objevily zásadní indicie, které by znamenaly, že v nabídkách určitých uchazečů (resp. v nabídce určitého uchazeče) byla obsažena mimořádně nízká nabídková cena. Ve svých úvahách vezme v potaz rovněž rozkladové námitky zadavatele. Teprve poté, co bude existence takových indicií postavena najisto, bude se Úřad zabývat otázkou, zda skutečnost, že z dokumentace o veřejné zakázce nevyplývá, že by se zadavatel zabýval posouzením výše nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky ve smyslu § 77 odst. 1 zákona, mohla ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Jestliže Úřad dojde k závěru, že se zadavatel dopustil spáchání správního deliktu, vypořádá v rámci svých úvah o stanovení výše pokuty za spáchání takového správního deliktu rovněž související námitky zadavatele, uvedené v jeho rozkladu.
48. Úřad bude mít na paměti, že pokud k indiciím popsaným v napadeném rozhodnutí nepřistoupí další skutečnost známá zadavateli, resp. jeho hodnotící komisi, není na místě (jak vyplývá z rozsudku NSS) dovozovat správní odpovědnost zadavatele za správní delikt spočívající v tom, že hodnotící komise nezapsala do zprávy o posouzení a hodnocení nabídky své úvahy stran mimořádně nízké nabídkové ceny. Pokud by Úřad v řízení o ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem shledal, že se zadavatel dopustil pochybení nad rámec předmětu řízení popsaného v oznámení o zahájení správního řízení č. j. ÚOHS-S30/2015/VZ-1326/2015/521/OPi ze dne 14. 1. 2015, bude na místě zvážení rozšíření předmětu správního řízení. V této souvislosti upozorňuji Úřad na fakt, že zadavatel byl na možnou existenci mimořádně nízkých nabídkových cen v nabídkách určitých uchazečů upozorněn prostřednictvím námitek proti výběru nejvhodnější nabídky. Jedná se o písemnost nazvanou „Podání námitek proti nesprávnému postupu zadavatele při rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky“ ze dne 18. 2. 2014 (zde uvádím, že se jedná o chybně uvedené datum, z obsahu tohoto dokumentu i z dalších okolností vyplývá, že správným datem je 18. 3. 2014), již podala obchodní společnost – DATmoLUX a.s., IČO 26233100, se sídlem Nováčkova 27, 614 00 Brno – Husovice (dále jen „stěžovatel“) a která je součástí dokumentace o veřejné zakázce. V předmětném podání stěžovatel uvedl,

že „[z]adavatel vzhledem ke skutečnostem uvedeným v bodě 8. této námitky, pochybil současně při hodnocení nabídek i z pohledu § 77 zákona, jelikož nabídky minimálně uchazečů na prvních 3 místech by musely být posuzovány jako nabídky s mimořádně nízkou nabídkovou cenou“, přičemž dále v textu uvedl důvěryhodné skutečnosti tuto námitku odůvodňující. Zadavatel tuto skutečnost pouze zmínil v rozhodnutí o námitkách ze dne 28. 3. 2014, avšak nijak ji nezohlednil a zejména z ní nevyvodil odpovídající postupy.

49. Jsem toho názoru, že právě toto kvalifikované upozornění by mohlo být zásadní indicií pro to, aby zadavatel objektivně získal pochybnost o možné přítomnosti mimořádně nízké nabídkové ceny v nabídce toho kterého uchazeče. Svůj závěr mohu opřít zejména o rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 88/2012-75 ze dne 21. 11. 2013, v němž se jmenovaný soud vyjadřuje k možným indiciím ukazujícím na mimořádně nízkou nabídkovou cenu, když říká, že „[t]ypicky přitom takové reálné podezření může vzniknout tehdy, pokud zadavatele kdokoli (především z uchazečů, kteří podali nabídky) na možnost mimořádně nízkých nabídkových cen věrohodně a kvalifikovaně upozornil ještě před posouzením nabídek, zpravidla v důsledku informací o nabídkových cenách zjištěných při otevírání obálek (pak se s touto otázkou hodnotící komise vypořádá v protokolu o jednání komise či ve zprávě o posouzení nabídek). Takové reálné podezření však může vzniknout i tehdy, pokud byl zadavatel na možnost mimořádně nízkých nabídkových cen upozorněn po posouzení nabídek v rámci námitek směřujících proti posouzení (pak se s touto otázkou zadavatel vypořádá v rozhodnutí o námitkách). V obou právě uvedených situacích se hodnotící komise či přímo zadavatel dozví alespoň argumentační základ poukazující na možnost mimořádně nízkých nabídkových cen a jeví se jako zcela přiměřené, aby konkrétní pochybnosti, jež byly srozumitelně avizovány, byly ze strany hodnotící komise či samotného zadavatele věcně a srozumitelně rozptýleny.“
50. Nechávám tedy na posouzení Úřadu, zda shora popsanou okolnost posoudí jako indicii, která mohla a měla zadavatele přivést k závěru, že se v určitých nabídkách (resp. v nabídce) mohou vyskytovat mimořádně nízké nabídkové ceny dle § 77 odst. 1 zákona. Nelze ovšem v této souvislosti opomenout tu skutečnost, že v době vypracování zprávy o posouzení a hodnocení nabídky nebyly tyto námitky zadavateli známy, jelikož byly podány zjevně po jejím vypracování. S ohledem na výrok napadeného rozhodnutí přitom nebylo Úřadem posuzováno to, zda zadavatel na tyto námitky řádně reagoval. Pokud by Úřad dospěl k závěru, že shora popsané námitky stěžovatele nebyly ze strany zadavatele vypořádány v souladu se zákonem, bude třeba zvážit možnost rozšíření předmětu správního řízení.

## **POUČENÍ**

Proti tomuto rozhodnutí se podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 5 téhož zákona nelze dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

**Obdrží:**

JUDr. Pavel Mareček, Vaníčková 1070/29, 400 01 Ústí nad Labem

**Vypraveno dne:**

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