



UOHSX00AF1WY

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0301/2017/VZ-28139/2017/544/MPr

Brno: 27. září 2017

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v rozhodném znění, ve správním řízení zahájeném dne 31. 7. 2017 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – CHOMUTOVSKÁ BYTOVÁ a.s., IČO 27341313, se sídlem Křižíkova 1098/6, 430 01 Chomutov,
- navrhovatel – Stavební a obchodní společnost Most spol. s r.o., IČO 25014111, se sídlem Obrnice 10, 435 21 Obrnice,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných v zadávacím řízení veřejné zakázky „Komplexní revitalizace panelového domu ul. Palackého 3961-3962, Chomutov“ zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy k podání nabídek ze dne 23. 2. 2017,

### rozhodl takto:

#### I.

Zadavatel – CHOMUTOVSKÁ BYTOVÁ a.s., IČO 27341313, se sídlem Křižíkova 1098/6, 430 01 Chomutov – při zadávání veřejné zakázky „Komplexní revitalizace panelového domu ul. Palackého 3961-3962, Chomutov“ ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy k podání nabídek ze dne 23. 2. 2017 nedodržel postup stanovený v

- ustanovení § 48 odst. 4 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v rozhodném znění, v návaznosti na ustanovení § 6 odst. 1 citovaného zákona, tím, že vyloučil navrhovatele – Stavební a obchodní společnost Most spol. s r.o., IČO 25014111, se sídlem Obrnice 10, 435 21 Obrnice – z důvodu, že nezdůvodnil mimořádně nízkou nabídkovou cenu,

když se pouze odvolával na ceny poddodavatelů a tyto řádně nevysvětlil nebo nedoložil jejich prohlášením, přičemž zadavatel v „ŽÁDOSTI O PÍSEMNÉ ZDŮVODNĚNÍ ZPŮSOBU STANOVENÍ MIMOŘÁDNĚ NÍZKÉ NABÍDKOVÉ CENY A O OBJASNĚNÍ INFORMACÍ A ÚDAJŮ UVEDENÝCH V NABÍDCE“ ze dne 5. 5. 2017 a „ŽÁDOSTI O PÍSEMNÉ ZDŮVODNĚNÍ ZPŮSOBU STANOVENÍ MIMOŘÁDNĚ NÍZKÉ NABÍDKOVÉ CENY II.“ ze dne 26. 5. 2017 dostatečně nespecifikoval, jakým způsobem má být tato mimořádně nízká nabídková cena odůvodněna, čímž porušil zásadu transparentnosti,

- ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v rozhodném znění, tím, že vyloučil navrhovatele – Stavební a obchodní společnost Most spol. s r.o., IČO 25014111, se sídlem Obrnice 10, 435 21 Obrnice – pro nezpůsobilost, když neprokázal, že se navrhovatel – Stavební a obchodní společnost Most spol. s r.o., IČO 25014111, se sídlem Obrnice 10, 435 21 Obrnice – dopustil v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení výše uvedeného pochybení, případně jiných závažných nebo dlouhodobých pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu se zadavatelem zadávané veřejné zakázky, nebo s jiným veřejným zadavatelem, která vedla k vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím,

přičemž tento postup mohl ovlivnit výběr dodavatele, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

## II.

Jako opatření k nápravě postupu zadavatele – CHOMUTOVSKÁ BYTOVÁ a.s., IČO 27341313, se sídlem Křížíkova 1098/6, 430 01 Chomutov – uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle ustanovení § 263 odst. 2 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v rozhodném znění, **ruší** úkony zadavatele spočívající v „ŽÁDOSTI O PÍSEMNÉ ZDŮVODNĚNÍ ZPŮSOBU STANOVENÍ MIMOŘÁDNĚ NÍZKÉ NABÍDKOVÉ CENY A O OBJASNĚNÍ INFORMACÍ A ÚDAJŮ UVEDENÝCH V NABÍDCE“ ze dne 5. 5. 2017 a současně **ruší** všechny následné úkony jmenovaného zadavatele učiněné v zadávacím řízení na veřejnou zakázku „Komplexní revitalizace panelového domu ul. Palackého 3961-3962, Chomutov“ zadávanou ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy k podání nabídek ze dne 23. 2. 2017, a to včetně rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele – Stavební a obchodní společnost Most spol. s r.o., IČO 25014111, se sídlem Obrnice 10, 435 21 Obrnice – z účasti v zadávacím řízení ze dne 19. 6. 2017 a rozhodnutí o výběru dodavatele ze dne 19. 6. 2017.

## III.

Zadavateli – CHOMUTOVSKÁ BYTOVÁ a.s., IČO 27341313, se sídlem Křížíkova 1098/6, 430 01 Chomutov – **se** podle § 263 odst. 8 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v rozhodném znění, až do pravomocného skončení správního řízení vedeného Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže pod sp. zn. S0301/2017/VZ ve věci návrhu navrhovatele – Stavební a obchodní společnost Most spol. s r.o., IČO 25014111, se sídlem Obrnice 10, 435 21 Obrnice – ze dne 31. 7. 2017 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele **ukládá zákaz uzavřít smlouvu** v zadávacím řízení na veřejnou zakázku „Komplexní revitalizace panelového domu ul. Palackého 3961-3962, Chomutov“ zadávanou ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy k podání nabídek ze dne 23. 2. 2017.

## IV.

Podle § 266 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v rozhodném znění, v návaznosti na § 1 vyhlášky č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, se zadavateli – CHOMUTOVSKÁ BYTOVÁ a.s., IČO 27341313, se sídlem Křižíkova 1098/6, 430 01 Chomutov – ukládá

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

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

## ODŮVODNĚNÍ

### I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – CHOMUTOVSKÁ BYTOVÁ a.s., IČO 27341313, se sídlem Křižíkova 1098/6, 430 01 Chomutov (dále jen „zadavatel“) – zahájil výzvou k podání nabídek ze dne 23. 2. 2017 podle § 53 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v rozhodném znění (dále jen „zákon“) zjednodušené podlimitní řízení na veřejnou zakázku „Komplexní revitalizace panelového domu ul. Palackého 3961-3962, Chomutov“ (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Předmětem veřejné zakázky dle článku 4. „Předmět veřejné zakázky“ „Výzvy k podání nabídek a zadávací dokumentace“ ze dne 23. 2. 2017 je provedení revitalizace 3. – 9. nadzemního podlaží panelového domu a výměna stávajících výloh v havarijním stavu v 1. a 2. nadzemním podlaží budovy v ul. Palackého č. p. 3961 – 3962 v Chomutově.
3. Dle článku 5. „Předpokládaná hodnota veřejné zakázky“ „Výzvy k podání nabídek a zadávací dokumentace“ ze dne 23. 2. 2017 činí předpokládaná hodnota veřejné zakázky částku 7 733 538,81 Kč bez DPH (9 016 633,56 Kč včetně DPH).
4. Dne 19. 6. 2017 rozhodl zadavatel o vyloučení navrhovatele – Stavební a obchodní společnost Most spol. s r.o., IČO 25014111, se sídlem Obrnice 10, 435 21 Obrnice (dále jen „navrhovatel“) – z účasti v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, přičemž předmětné rozhodnutí zadavatele bylo na profilu zadavatele uveřejněno dne 22. 6. 2017. Vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení zdůvodnil zadavatel tím, že navrhovatel nedostatečně zdůvodnil mimořádně nízkou nabídkovou cenu a dopustil se závažných pochybení při plnění smluvního vztahu s jiným veřejným zadavatelem.
5. Proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení podal navrhovatel námitky ze dne 7. 7. 2017, které byly zadavateli doručeny dne 7. 7. 2017. Zadavatel námitky navrhovatele svým rozhodnutím ze dne 17. 7. 2017, které bylo navrhovateli doručeno dne 21. 7. 2017, odmítl.
6. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o jeho námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 31. 7. 2017 k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 31. 7. 2017 (dále jen „návrh“). Zadavatel obdržel stejnopis návrhu dne 31. 7. 2017.

### II. OBSAH NÁVRHU

7. Z návrhu navrhovatele vyplývá, že směřuje proti úkonu zadavatele, a to konkrétně proti vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení.

8. Navrhovatel konstatuje, že se zadavatel v rozhodnutí o námitkách nevypořádal se všemi námitkami navrhovatele. Dle názoru navrhovatele v rozhodnutí o námitkách „zcela absentuje pochopení problematiky nabídky a poptávky na trhu v oboru stavebních prací a materiálů jakož i pochopení smyslu konkurenčního prostředí a obchodního tajemství v cenové, respektive slevové strategii prodejců, výrobců a distributorů stavebních materiálů, které požívá vyššího stupně ochrany a k jeho prolomení není možné se odvolávat na ZZVZ.

*Dále zcela absentuje zohlednění, dle § 113 odst. 5 ZZVZ, použitého lean managementu jako technického řešení realizace předmětu plnění, stejně tak zohlednění výjimečně příznivých podmínek, které má Navrhovatel při realizaci předmětu plnění k dispozici. Naopak Navrhovateli je kladeno za vinu, že si takovéto podmínky dokáže oproti jiným Účastníkům zadávacího řízení zajistit a zvítězit v rámci hospodářské soutěže.“*

9. Dále navrhovatel uvádí, že zadavatel ve vztahu ke způsobené škodě používá v rozhodnutí o námitkách nepodložené údaje.
10. Rozhodnutí zadavatele o námitkách považuje navrhovatel za vágní, nedostatečně odůvodněné, tendenční, neobjektivní, netransparentní a v konečném důsledku nepřezkoumatelné.
11. Navrhovatel podotýká, že nabídková cena, jež je obsahem nabídky, není mimořádně nízká, přičemž byla navrhovatelem objektivně, dostatečně a průkazně zdůvodněna. Zadavatel při použití § 113 zákona nebyl dle názoru navrhovatele veden zájmem o objasnění nedostatků v ocenění vybraných položek, jelikož primárním cílem bylo vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení. Z jednotlivých úkonů zadavatele je zřejmé, že došlo ke zneužití § 113 zákona.
12. Celkem dvakrát byl navrhovatel ze strany zadavatele vyzván ke zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, přičemž odůvodněn měl být způsob stanovení ceny a v rámci první žádosti měl navrhovatel objasnit rovněž harmonogram a délku realizace předmětu plnění veřejné zakázky. První žádost o „*písemné zdůvodnění způsobu stanovení mimořádně nízké nabídkové ceny*“ byla navrhovateli doručena dne 9. 5. 2017. Navrhovatel tvrdí, že obsahem této žádosti byl vágně a nekonkrétně formulovaný požadavek zadavatele na zdůvodnění způsobu stanovení mimořádně nízké nabídkové ceny, soupis položek k objasnění a informace, že se jedná o položky s hodnotou pod 40 % od „*směrné ceny URS 2016/1*“. V textu žádosti dle názoru navrhovatele dále absentoval „*povinný požadavek dle § 113 odst. 4, písm. a) a b)*“ zákona. Navrhovatel podotýká, že položky vybrané zadavatelem ke zdůvodnění mají minoritní význam a kalkulace nabídkové ceny je jimi ovlivněna minimálně.
13. V „*písemném objasnění*“ ze dne 15. 5. 2017 navrhovatel i přes nekonkrétnost a obecnost požadavků zadavatele zdůvodnil, že dle § 113 odst. 5 písm. a) zákona má k dispozici pro plnění veřejné zakázky výjimečně příznivé podmínky spočívající v nízkých pořizovacích cenách materiálu a jeho dopravy (zdarma) na místo plnění, čehož dosáhl prostřednictvím dlouhodobých kontraktů se stavebními dodavateli, které uvedl ve své nabídce a ve vysvětlení nabídky. Navrhovatel dále argumentuje odepsanými stroji a zařízeními, které bude užívat, dostupností pracovních kapacit v místě plnění a použitím lean managementu minimalizujícího výrobní i správní režii, jež rovněž zkracuje délku realizace veřejné zakázky.

14. Dne 29. 5. 2017 obdržel navrhovatel od zadavatele v pořadí druhou žádost o „*písemné zdůvodnění způsobu stanovení mimořádně nízké nabídkové ceny*“. Předmětná žádost byla totožného textu jako žádost jí předcházející a nad rámec tohoto obsahovala prosté konstatování, že podané vysvětlení navrhovatele je nedostatečné. Zadavatel tedy navrhovateli nesdělil, co přesně považuje za nedostatečné, ani jak nedostatky napravit.
15. S ohledem na výše uvedené doručil navrhovatel dne 30. 5. 2017 zadavateli žádost o konkrétní stanovení způsobu, který má použít pro „*rozklíčování*“ ceny a současně požádal o prodloužení termínu pro doručení předmětného písemného vysvětlení nabídky. Navrhovatel uvádí, že na výše specifikovanou žádost zadavatel nikterak nereagoval.
16. Dne 1. 6. 2017 navrhovatel doručil zadavateli vysvětlení nabídky, ve kterém mimo jiné předložil rozbor cen položek, přičemž u každé položky uvedl cenu vyčíslenou dodavatelem či cenu práce a předpokládaný zisk. Výše specifikovaný „*rozpad cen*“ je dle názoru navrhovatele zcela dostatečný a průkazný.
17. Navrhovatel konstatuje, že i přes řádné vysvětlení nabídky (viz výše) byl vyloučen z účasti v zadávacím řízení, proti kterému podal námitky. Dále navrhovatel uvádí, že zadavatel rozhodl o odmítnutí námitek, v rámci kterého konstatoval, že by považoval zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny za dostatečné, pokud by stavební dodavatelé navrhovatele doložili způsob vyčíslení své nabídkové ceny. Navrhovatel je toho názoru, že zadavatel měl tento požadavek vznést již v žádosti o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, což však neučinil.
18. S názorem zadavatele uvedeným v rozhodnutí o námitkách, že pro cenu je rozhodující reálná situace na trhu a navrhovatel se od této nesmí příliš odchylovat, jelikož odchylka představuje chybu, navrhovatel nesouhlasí. Navrhovatel má za to, že zadavatel nerozumí problematice fungování trhu, který jakožto živý organismus reaguje v čase proměnlivě, a to bez závislosti na vůli zadavatele a dodavatele. „*Ceny se mění společně s poptávkou jednotlivých firem. V zimním období, kdy stavební činnost ustává, jdou ceny stavebních materiálů rapidně dolů, v povánočním a novoročním období většina dodavatelů stavebních materiálů nabízí různé slevy a pořádá výprodejové akce. Dlouhodobě uzavřené smlouvy s dodavateli stavebních materiálů umožňují také výhodný nákup, včetně dalších bonusových služeb, jako je doprava zdarma, další množstevní slevy apod.*“. Skutečnost, že navrhovatel umí využít výše specifikované situace, je mu zadavatelem kladena k tíži a navrhovatel je za své „*výborné obchodní schopnosti veřejně perzekuován*“.
19. Z „*prohlášení stavebních dodavatelů*“, které navrhovatel učinil přílohou námitek ze dne 7. 7. 2017, je dle názoru navrhovatele zřejmá kalkulace jejich cen, přičemž předmětná kalkulace je oproti „*ceníkovým cenám*“ nabízeným koncovým zákazníkům či maloobděratelům nižší. Navrhovateli je jakožto významnému klientovi nabízena sleva ve výši „*několika desítek procent*“ za odebírané množství, dlouhodobou spolupráci a věrnost.
20. Zadavatel dále dle názoru navrhovatele nesprávně interpretuje obsah „*prohlášení jednotlivých stavebních dodavatelů*“, a to jako neschopnost „*potvrzení rozpadu cen*“, ačkoliv stavební dodavatelé uvádějí, že ceníky pro koncové odběratele jsou veřejně dostupné, avšak cenová a slevová strategie a politika představuje obchodní tajemství, jehož prolomení by mohlo být likvidační.

21. Výše uvedeným způsobem navrhovatel využívá své obchodní schopnosti a „přenáší výhody od svých dodavatelů stavebního materiálu, dodávek i služeb“ na zadavatele. Tutéž strategii zvolili dle názoru navrhovatele i dodavatelé „1 pražská stavební s.r.o.“ a „PETROM STAVBY, a.s.“, jejichž nabídky jsou co do ceny blízké navrhovateli, tj. dochází k uplatňování nižší míry zisku.
22. Navrhovatel dále uvádí, že se závažných pochybení při plnění smluvního vztahu s jiným veřejným zadavatelem nedopustil a se závěry zadavatele v této věci nesouhlasí. K naplnění § 48 odst. 5 písm. d) zákona dle názoru navrhovatele nedošlo, a jeho vyloučení z účasti v zadávacím řízení je tedy protizákonné.
23. Použití § 48 odst. 5 písm. d) zákona je dle navrhovatele možné pouze při splnění následujících podmínek:
  - „Pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu nastalo na straně Účastníka zadávacího řízení v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení, v tomto případě je relevantním obdobím 01/2014 do 01/2017.;
  - Pochybení nastalo při plnění vztahu s jiným veřejným Zadavatelem, kterým je v tomto případě Statutární město Chomutov.;
  - Intenzita pochybení musí mít závažnou či dlouhodobou povahu, přičemž pochybení musí vést ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu či jiným srovnatelným sankcím, ke kterým v tomto případě nedošlo.“
24. Navrhovatel uvádí, že zadavatel má za to, že se navrhovatel při realizaci veřejné zakázky „Oddychové a relaxační centrum a Doplnění parkovacích ploch a technické infrastruktury“ dopustil pochybení, které mělo za následek škody ve výši 379 000 Kč, přičemž tyto omezují provoz Oddychového a relaxačního centra v Chomutově. Navrhovatel konstatuje, že zadavatel nepovažuje za podstatné, že realizace předmětného díla proběhla v letech 2010 až 2012 (část I. „Oddychové a relaxační centrum“) a v letech 2010 až 2011 (část II. „Doplnění parkovacích ploch a technické infrastruktury“), tj. dříve než v posledních 3 letech od zahájení předmětného zadávacího řízení. Navrhovatel současně podotýká, že dle názoru zadavatele je podstatné, kdy závady vzniknou, resp. kdy se při vlastním užívání realizovaného díla projeví. Zadavatel tedy pod pojmem „plnění“ rozumí i běh záruční doby a na tuto záruční dobu vztahuje „podmínku posledních 3 let od zahájení zadávacího řízení“.
25. S výše uvedeným názorem zadavatele se navrhovatel neztotožňuje, jelikož plnění veřejné zakázky je ukončeno řádným předáním a převzetím díla na základě příslušných protokolů. Navrhovatel podotýká, že není přípustné, aby bylo zákonem stanovené období 3 let uměle prodlužováno prostřednictvím záruční doby zrealizovaného díla, a to s ohledem na skutečnost, že na užívání díla nemá zhotovitel předmětného díla žádný vliv a nemůže jej kontrolovat. Při přijetí zadavatelova výkladu předmětného ustanovení zákona by bylo ad absurdum možné dospět k závěru, že pokud dodavatel poskytne zadavateli záruku např. na střechu v délce 30 let (což je na trhu běžná praxe), tak by podmínka 3 let od zahájení zadávacího řízení mohla být uplatněna v podstatě kdykoli v období 30leté záruční doby, pokud by byla v běhu.
26. V návaznosti na výše uvedené navrhovatel konstatuje, že smlouva o dílo, na základě které bylo provedeno plnění, v rámci kterého byla způsobena dle tvrzení zadavatele škoda, byla

uzavřena dne 23. 10. 2010. K této smlouvě byl dne 29. 8. 2011 uzavřen dodatek č. 1, dne 27. 9. 2011 uzavřen dodatek č. 2, dne 4. 4. 2012 uzavřen dodatek č. 3 a dne 11. 5. 2012 uzavřen dodatek č. 4. Plnění části I. bylo ukončeno dne 19. 9. 2012 a cena této části činila částku 304 792 597,11 Kč bez DPH. Z předávacího protokolu vyplývá, že *„práce je provedena v dobré kvalitě a v souladu s příslušnými normami ČSN, drobné vady a nedodělky nebránící užívání Díla byly odstraněny v průběhu přejímání Díla, nebyly uplatněny žádné slevy z ceny Díla a záruční doba činí 62 měsíců (do 30.11.2017)“*. Účastníci přejímacího řízení, jež bylo zahájeno dne 19. 9. 2012, dospěli k závěru, že práce je provedena v dobré kvalitě a dílo se přejímá. Předávací řízení bylo ukončeno dne 30. 9. 2012.

27. Plnění části II. bylo ukončeno dne 10. 9. 2011 a cena této části činila částku 54 025 377,87 Kč bez DPH. Z předávacího protokolu vyplývá, že *„práce je provedena v dobré kvalitě a v souladu s příslušnými normami ČSN, drobné vady a nedodělky nebránící užívání Díla byly odstraněny v průběhu přejímání Díla, nebyly uplatněny žádné slevy z ceny Díla a záruční doba činí 62 měsíců (do 31.10.2016)“*. Účastníci přejímacího řízení, jež bylo zahájeno dne 31. 8. 2011, dospěli k závěru, že práce je provedena v dobré kvalitě a dílo se přejímá. Předávací řízení bylo ukončeno dne 10. 9. 2011.
28. Navrhovatel podotýká, že mu není zřejmé, jaká škoda měla být zadavateli způsobena, kdy byla způsobena, kdo ji způsobil a jak zadavatel dospěl k částce ve výši 379 000 Kč. V této souvislosti navrhovatel dodává, že údajný (zadavatelem uváděný v rozhodnutí o námitkách ze dne 17. 7. 2017, pozn. Úřadu) dokument z kontroly plnění ze dne 7. 11. 2016 nemá k dispozici, protože mu není známo, kde je v tomto dokumentu uveden zápis o závadách dosahujících takové intenzity, že je požadována náhrada vzniklé škody. Dále navrhovateli není známo, kdy byla ze strany zadavatele předmětná škoda po jeho osobě vymáhána. Pro úplnost navrhovatel dodává, že o výše uvedené škodě se dozvěděl z rozhodnutí o námitkách, přičemž požadavek zadavatele, aby byla škoda navrhovatelem uhrazena, vznesen nebyl, což je rozporné s plněním povinností řádného hospodáře. Navrhovatel má za to, že tvrzení zadavatele o vzniklé škodě se nezakládá na pravdě, je účelové a není podloženo relevantním důkazem. I kdyby byla škoda ve výši 379 000 Kč skutečně způsobena, nejednalo by se o škodu značného rozsahu, jelikož celková cena díla činila částku 358 817 974,98 Kč (resp. část I. činila částku 304 792 597,11 Kč a část II. činila částku 54 025 377,87 Kč). Jednalo by se tedy o škodu dosahující cca 0,1 % z celkové ceny díla.
29. Dále navrhovatel uvádí, že vady jsou řešeny v souladu s články X. a XI. *„Smlouvy o dílo“*. *„K tomu slouží záznamy o provedených reklamacích, které uplatňoval provozovatel Díla KULTURA A SPORT CHOMUTOV S.R.O. ačkoliv Navrhovatel neobdržel Objednatele písemného pověření, jedná se o subjekt odlišný od Objednatele neuvedený v uzavřené Smlouvě o dílo, přesto do současné doby byly vždy vyřešeny ke spokojenosti obou smluvních stran a současně nebyla ze strany Zadavatele jako Objednatele Díla uplatněna žádná sankce uvedená v článku XII Smlouvy o dílo, či jiná sankce, nebyla též požadována žádná náhrada škody z Díla či sleva z díla, uplatněno zádržné či jiný záruční institut a smluvní vztah nebyl ukončen.“*
30. Navrhovateli není známa skutečnost, na základě níž by nebylo možné zhotovené dílo řádně užívat či by byl ohrožen jeho provoz tak, jak uvádí zadavatel v rozhodnutí o námitkách.
31. Tvrzení zadavatele o nedůvěryhodnosti navrhovatele je dle názoru navrhovatele neopodstatněné a účelové.

32. Navrhovatel dále konstatuje, že vzhledem k výše uvedenému má za to, že „nelze relevantně porovnávat průběh realizace Díla v hodnotě více než 350 mil. Kč, rozděleného na 2 samostatné části, spočívající ve výstavbě Oddychového relaxačního centra, parkovacích ploch a technické infrastruktury, skládající se z několika stavebních objektů – např. plaveckých bazénů, atrakcí, občerstvení, technického a sociálního zázemí, napojení na dopravní a technickou infrastrukturu a to v délce trvání 71 týdnů s předmětem plnění veřejné zakázky spočívající v revitalizaci bytového panelového domu za předpokládanou hodnotu 7,7 mil. Kč, sestávajících ze zcela jednoduchých stavebních činností a dodávek jako jsou demontáže např. oken, osazení nových výplní otvorů, výměna izolace střešního pláště, nová dlažba lodžii, příprava podkladů pro zateplení, provedení vlastního zateplení standardní kontaktní technologií, sanační práce nezateplených ploch, aplikace fasádní omítky, příprava staveniště či sanace obvodového pláště vnějším kontaktním systémem, neboť se jedná o diametrálně odlišné Díla, a to co do finančního rozsahu, technické náročnosti a složitosti prováděných stavebních činností, včetně nároků na technologie, tak požadavků na odbornost a velikost realizačního týmu.“
33. Obava z poškození, ohrožení zadavatele či rizikovosti realizace veřejné zakázky není důvodná, jelikož „Smlouva o dílo“ obsahuje zajišťovací instituty (např. pojistná smlouva ve výši 10 mil. Kč či jednorázová pokuta ve výši 2 mil. Kč za nedokončení díla, odmítnutí dokončení díla či opuštění nedokončeného díla nebo staveniště). V této souvislosti navrhovatel dodává, že je stabilní společností působící na stavebním trhu od roku 1997.
34. K rozhodnutí o odmítnutí námitek navrhovatel konstatuje, že se zadavatel v rozhodnutí o námitkách nevypořádal se všemi skutečnostmi uváděnými v námitkách. Navrhovatel zejména uvádí, že zcela absentuje vypořádání zadavatele s námitkou odlišného postupu zadavatele při posouzení nabídkových cen a použití „institutu mimořádně nízké nabídkové ceny“ u jednotlivých dodavatelů, resp. nepoužití předmětného institutu ve vztahu k vybranému dodavateli. Dále navrhovatel konstatuje, že jeho nabídková cena činila částku 4 788 865,35 Kč bez DPH (10 týdnů realizace, 60 měsíců záruky), nabídková cena dodavatele „1. pražská stavební s.r.o.“ činila částku 5 400 000 Kč bez DPH (20 týdnů realizace, 60 měsíců záruky) a nabídková cena vybraného dodavatele činila částku 5 393 975,97 Kč bez DPH (12 týdnů realizace, 60 měsíců záruky). Z výše uvedeného je tedy zřejmé, že nabídková cena vybraného dodavatele, kterého zadavatel nevyzval ke zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, je o 6 024,03 Kč nižší než nabídková cena dodavatele „1. pražská stavební s.r.o.“, který byl ke zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny vyzván. Zadavatel se tímto postupem dopustil porušení zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. S odkazem na výše uvedené považuje navrhovatel posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny ze strany zadavatele za nepřezkoumatelné.
35. Navrhovatel dále uvádí, že si zadavatel v souladu s § 53 odst. 5 zákona v zadávací dokumentaci vyhradil zveřejnění oznámení a rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky a vyloučení uchazeče z účasti v zadávacím řízení na profilu zadavatele. Dne 22. 6. 2017 bylo na profilu zadavatele zveřejněno rozhodnutí o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení a rozhodnutí o vyloučení společnosti „1. pražská stavební s.r.o.“ z důvodu nedoručení písemného zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny. Dne 22. 6. 2017 zadavatel na svém profilu uveřejnil „Rozhodnutí a Oznámení o výběru Dodavatele“. Navrhovatel konstatuje, že dne 19. 7. 2017 zjistil, že výše uvedené dokumenty byly z profilu zadavatele



odstraněny, ačkoliv se na výše uvedené dokumenty vztahuje publikační povinnost s povinnou dobou uveřejnění na profilu zadavatele činící 2 roky od data uveřejnění. Nejdříve mohlo tedy dojít k odstranění předmětných dokumentů z profilu zadavatele dne 22. 6. 2019. Navrhovatel v této souvislosti dodává, že ke dni 28. 7. 2017 na profilu zadavatele výše uvedené dokumenty uveřejněny nebyly. Navrhovatel má za to, že pokud dokumenty obsahují vadu, mají být zneplatněny a ponechány na profilu zadavatele a následně mají být na profilu zadavatele zveřejněny dokumenty bezvadné (a to s vysvětlením, proč k předmětnému uveřejnění došlo). Tento postup je uveden v *„Metodice Ministerstva pro místní rozvoj ČR v této věci“*. Dle názoru navrhovatele zadavatel *„odmítá být pod kontrolou veřejnosti“* a svým postupem se dopustil porušení zásady transparentnosti a *„povinnosti zdokumentovat celý průběh zadávacího řízení“* s akcentem na přezkoumatelnost jednotlivých úkonů zadavatele v zadávacím řízení na veřejnou zakázku.

36. S ohledem na výše uvedené má navrhovatel za to, že se zadavatel dopustil porušení § 6 odst. 1 a 2 zákona, a to zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace, jelikož postupoval u jednotlivých dodavatelů při posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny dle § 113 zákona odlišným způsobem. Dále je navrhovatel toho názoru, že zadavatel porušil zásadu rovného zacházení a zásadu zákazu diskriminace dle § 6 odst. 2 zákona, jelikož neoprávněně vyloučil navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení s odkazem na neobjasnění mimořádně nízké nabídkové ceny. Navrhovatel má za to, že se zadavatel dopustil porušení § 39 odst. 1 zákona, a to tím, že nepostupoval ve zjednodušeném podlimitním řízení podle § 53 zákona, když na profilu zadavatele zveřejnil *„Oznámení a Rozhodnutí o výběru Dodavatele, Oznámení a Rozhodnutí o vyloučení Navrhovatele, Oznámení a Rozhodnutí o vyloučení dalšího Účastníka“* a následně tyto dokumenty z profilu zadavatele odstranil.
37. Navrhovatel se domnívá, že postup zadavatele počínaje posouzením nabídek z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny, pokračujícím vyhodnocením písemných zdůvodnění způsobu stanovení mimořádně nízké nabídkové ceny a zveřejněním a následným odstraněním výše uvedených dokumentů z profilu zadavatele vykazují *„znaky manipulace s veřejnou zakázkou“*, resp. snahu zadavatele zakrýt jednotlivá pochybení učiněná při zadávání veřejné zakázky a snahu ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Navrhovatel konstatuje, že zadavatel může v průběhu zadávacího řízení *„skrytě opravit“* předmětné dokumenty a požádat vybraného dodavatele o písemné zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny a *„skrytě tak napravit vadný stav“*.
38. K výše uvedenému podezření navrhovatel dospěl na základě *„Manuálu Evropského úřadu pro boj proti podvodům (OLAF)“*, ve kterém jsou specifikovány *„podezřelé okolnosti, tzv. red flags“*, které doprovázejí zmanipulované veřejné zakázky a které jsou dále doplněny poznatky *„Manuálu transparentnosti veřejných zakázek Nadačního fondu proti korupci“*, přičemž následující okolnosti našel navrhovatel u předmětné veřejné zakázky:
- *„tendence Zadavatele, potažmo administrátora vyloučit Účastníka/Účastníky s nižší cenou,*
  - *nedodržení publikační povinnosti a uveřejňování stěžejních dokumentů na profilu Zadavatele,*
  - *kategorické odmítnutí námitek Navrhovatele,*

- *nedostatečné a slabé odůvodnění důležitých úkonů – Žádost o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, Rozhodnutí o vyloučení, Rozhodnutí o námitkách, Posouzení nabídek, Posouzení a zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny,*
- *příliš tvrdé podmínky neodpovídající rozsahu, struktuře a náročnosti předmětu plnění, a to zejména v podmínkách Zhotovitele a zajišťovacích instrumentech,*
- *odmítnutí poskytnutí součinnosti při konkretizaci požadavku na způsob doložení a výpočtů mimořádně nízké nabídkové ceny,*
- *administrace externím subjektem, ačkoliv Zadavatel disponuje dostatečným počtem vlastních osob, které administraci mohou provést.“*

39. S odkazem na výše uvedené navrhovatel vznikla újma, jelikož nabídková cena navrhovatele ve výši 4 788 865,35 Kč bez DPH byla v rámci podaných nabídek nejnižší, doba realizace díla v délce 10 týdnů byla nejkratší a záruční doba v délce 60 měsíců byla zadavatelem „*maximálně hodnocená*“. Navrhovatel má za to, že ve všech uvedených hodnotících kritériích, tj. celková nabídková cena s váhou 60 %, doba realizace díla s váhou 5 % a záruční podmínky s váhou 35 %, nabídl nejvýhodnější podmínky a jeho nabídka by tedy měla být dle § 114 odst. 1 zákona vyhodnocena jako ekonomicky nejvhodnější, na základě čehož by měl zadavatel s navrhovatelem uzavřít podle § 124 zákona smlouvu na předmět plnění veřejné zakázky.
40. Navrhovatel dále spatřuje újmu v nepravdivém a nepodloženém tvrzení zadavatele o pochybení a nekvalitním plnění dřívějšího smluvního vztahu s jiným veřejným zadavatelem (statutárním městem Chomutov), což poškozují dobré jméno navrhovatele.
41. Navrhovatel Úřadu navrhuje, aby uložil zadavateli nápravné opatření spočívající ve zrušení rozhodnutí o vyloučení navrhovatele dle § 263 odst. 2 zákona.

### **III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ**

42. Podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, v rozhodném znění, bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele dne 31. 7. 2017, kdy Úřad obdržel návrh navrhovatele. Zadavateli byl stejnopis návrhu doručen taktéž dne 31. 7. 2017.
43. Účastníky správního řízení podle § 256 zákona jsou:
- zadavatel,
  - navrhovatel.
44. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům dopisem č. j. ÚOHS-S0301/2017/VZ-22278/2017/544/MPr ze dne 3. 8. 2017.
45. Usnesením č. j. ÚOHS-S0301/2017/VZ-22957/2017/544/MPr ze dne 14. 8. 2017 určil Úřad zadavateli dodatečnou lhůtu k provedení úkonu – zaslání dokumentace o zadávacím řízení na veřejnou zakázku.

### **Vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 17. 8. 2017**

46. Ve svém vyjádření zadavatel uvádí, že „*nesouhlasí se závěry uvedenými v návrhu*“ a má za to, že jeho postup v šetřeném zadávacím řízení byl správný, resp. neshledává v tomto postupu

žádné porušení zákona. Zadavatel je toho názoru, že argumenty navrhovatele obsažené v návrhu jsou „*právně i věcně nesprávné*“, a proto Úřadu navrhuje, aby předmětný návrh zamítnul.

47. Zadavatel odkazuje na argumentaci a skutečnosti, které jsou obsaženy v rozhodnutí o vyloučení navrhovatele a v rozhodnutí o námitkách.
48. V rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze dne 19. 6. 2017 zadavatel mimo jiné uvedl, že navrhovatel je vyloučen z účasti v zadávacím řízení dle § 48 zákona a § 113 odst. 6 zákona. Zadavatel má za to, že navrhovatel mimořádně nízkou nabídkovou cenu obsaženou v nabídce dostatečně nevysvětlil, a dodává, že se ve vysvětlení mimořádně nízké nabídkové ceny nelze „*odvolávat*“ na ceny poddodavatelů, aniž by byly tyto řádně vysvětleny či aniž by byly doloženy ceny poddodavatelů prohlášením těchto subjektů. Dále zadavatel konstatoval, že nabídka navrhovatele je v jednotlivých položkách oceněného výkazu výměr mimořádně nízká a „*existuje riziko následných nákladů*“, které by navrhovatel po zadavateli požadoval. K vyloučení navrhovatele dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona zadavatel uvedl, že se navrhovatel v posledních 3 letech před zahájením předmětného zadávacího řízení dopustil závažných pochybení při plnění smluvního vztahu se statutárním městem Chomutov (zřizovatelem zadavatele) v rámci realizace „*Oddychového a relaxačního centra a Doplnění parkovacích ploch a technické infrastruktury*“ v Mostecké ulici v Chomutově.
49. V rozhodnutí o námitkách ze dne 17. 7. 2017 zadavatel k důvodům odmítnutí námitek navrhovatele uvedl mimo jiného následující. Navrhovatel na první žádost o písemné zdůvodnění způsobu stanovení mimořádně nízké nabídkové ceny odpověděl obecným zdůvodněním, ze kterého vyplývalo, že cenová nabídka navrhovatele odpovídá jeho možnostem, a to zejména s odkazem na dlouhodobé zkušenosti s předmětným plněním, na finančně výhodné smlouvy s dodavateli, na vlastnictví strojů a zařízení, atd. Zadavatel je toho názoru, že se jedná o obecná konstatování, ze kterých nevyplývá konkrétní možnost stanovení jednotlivých položkových cen.
50. Jelikož zadavatel považoval předmětné zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny za nedostatečné, opětovně navrhovatele požádal o písemné zdůvodnění způsobu stanovení mimořádně nízké nabídkové ceny. „*I po předložení objasnění mimořádně nízké nabídkové ceny tento závěr trval, jelikož se ve vysvětlení nabídkové ceny nelze odvolávat na ceny svých dodavatelů, kdy tyto nejsou řádně doloženy a vykazují znaky mimořádně nízké nabídkové ceny. Zároveň v důsledku i cena, jež je nabídnuta dodavateli jiným dodavatelem materiálů, může být mimořádně nízkou cenou. Rozhodující je totiž reálná situace na trhu, kdy se dodavatel od reálné situace na trhu nemůže příliš odchylovat, neboť v opačném případě by byla legitimizována praxe, kdy by se dodavatelé vždy mohli odkázat na cenotvorbu svých dodavatelů a institut mimořádně nízké nabídkové ceny by pozbyl jakékoli účinnosti. Ve zkratce tedy i ceny nabízené prvotním dodavatelem dodavateli, jenž se účastní zadávacího řízení, musí splňovat znaky reálnosti vzhledem k tržní situaci a musí odrážet reálné náklady související s plněním veřejné zakázky.*“ Zadavatel konstatuje, že splnění výše uvedených předpokladů nebylo doloženo ani v námitkách. Navrhovatel sice předložil potvrzení dodavatelů o tom, za jakou cenu budou dodávat příslušné materiály navrhovateli, avšak dodavatelé nedoložili, jakým způsobem k předmětné kalkulaci dospěli. Zadavatel podotýká, že jelikož se jedná o nižší ceny, než je na trhu běžné, je třeba doložit „*rozpad nabídkové*

ceny“ i ve vztahu k plněním poskytovaným dodavatelem navrhovatelem. Dodavatelé ve vztahu k výše uvedenému výslovně konstatovali, že tyto skutečnosti potvrdit nemohou.

51. S tvrzením navrhovatele, že směrná cena URS z roku 2016 je pouze vodítkem a nikoliv závazným dokumentem pro cenotvorbu stavebního materiálu a prací, zadavatel souhlasí, avšak dodává, že jde o podstatný zdroj informací o situaci na trhu s předmětným stavebním materiálem a prací. Pokud navrhovatel není schopen „*doložit relevantnější zdroj odůvodňující použití jiných cen*“, od směrné ceny URS podstatně odlišných, zadavatel musí vzít tento zdroj v úvahu (stejně jako jiné zdroje a své zkušenosti, jež odrážejí situaci na relevantním trhu).
52. Zadavatel v rozhodnutí o námitkách dále konstatoval, že v rámci posouzení důvodů dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona není rozhodné, že realizace veřejné zakázky „*Oddychové a relaxační centrum a Doplnění parkovacích ploch a technické infrastruktury*“ proběhla dříve než v posledních 3 letech od zahájení předmětného zadávacího řízení, jelikož některé vady plnění se neprojeví při předání díla, ale až v průběhu následujících let, a to v závislosti na charakteru vad. Na základě kontroly plnění „*předchozí veřejné zakázky*“ ze dne 7. 11. 2016 v Oddychovém a relaxačním centru v Chomutově bylo zjištěno přes 30 závad, přičemž některé jsou velmi závažného charakteru. Závady způsobily zadavateli značné škody. Nutné opravy si vyžádaly úhradu finančních prostředků ve výši 379 000 Kč, přičemž se jedná o údaj ke konci roku 2016, který nemusí být konečný. Zadavatel má za to, že se jedná o vady způsobené navrhovatelem při plnění předchozího smluvního vztahu, kvůli kterým musel zadavatel vynaložit finanční prostředky a které omezují provoz Oddychového a relaxačního centra v Chomutově, což svědčí o pochybení navrhovatele takového charakteru, že zadavatel již nemůže mít důvěru ve schopnosti navrhovatele řádně plnit předmětnou veřejnou zakázku. Zadavatel se domnívá, že účastí navrhovatele v předmětném zadávacím řízení by ohrozil realizaci veřejné zakázky a vystavil by se riziku zvýšených výdajů finančních prostředků.
53. Dále zadavatel ve svém vyjádření konstatuje, že vyloučil navrhovatele z účasti v zadávacím řízení z důvodů „*jednoznačně a transparentně uvedených v rozhodnutí o vyloučení i následně v rozhodnutí o námitkách*“. Zadavatel má za to, že jsou dány důvody pro vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení. Prvním důvodem je mimořádně nízká nabídková cena obsažená v nabídce navrhovatele a druhým důvodem je, že se navrhovatel dopustil v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení závažných nebo dlouhodobých pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu se zadavatelem zadávané veřejné zakázky, nebo s jiným veřejným zadavatelem, která vedla k vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona.
54. K tvrzení navrhovatele, že mimořádně nízká nabídková cena byla „*zkoumána*“ pouze u navrhovatele a účastníka „*1. pražská stavební s.r.o.*“, a nikoliv u vybraného dodavatele, zadavatel konstatuje, že tvrzení navrhovatele se nezakládá na pravdě. Zadavatel si vyžádal od „*všech 3 nabídek s nejnižší nabídkovou cenou vysvětlení mimořádně nízké nabídkové ceny*“. Vybraný dodavatel na první žádost zadavatele o písemné zdůvodnění způsobu stanovení mimořádně nízké nabídkové ceny „*odpověděl obecným odůvodněním, ze kterého vyplývalo, že cenová skladba z jeho nabídky odpovídá jeho možnostem, kapacitě a zkušenostem z obdobných veřejných zakázek, v nichž tato společnost figurovala jako dodavatel a jednotkové ceny byly obdobné*“. Předmětné odůvodnění bylo vyhodnoceno jako nedostatečné a vybraný dodavatel byl požádán o konkrétnější odůvodnění výše nabídkové

ceny. Vybraný dodavatel „poskytl odůvodnění, jež lze považovat za dostatečné a závazek účastníka je z pohledu výše nabídkové ceny realizovatelný a odpovídá jeho možnostem. Argumentace, kdy se nabídková cena účastníka neodchyluje mimořádným způsobem od cenové úrovně stanovené ÚRS, je akceptovatelná. Cenová soustava ÚRS slouží jako určitý cenový standard, nicméně nabídková cena může být stanovena nižší než cena uvedená dle ÚRS avšak neměla by být výrazně pod úrovní těchto cen. U nabídkových cen nebylo prokázáno, že by byly nabídkové ceny výrazně nižší než je běžná praxe a tudíž nelze v tomto případě hovořit o mimořádně nízké nabídkové ceně.“.

55. K tvrzení navrhovatele, že na profilu zadavatele nejsou uveřejněny „veškeré povinné, relevantní dokumenty“ vztahující se k zadávacímu řízení na veřejnou zakázku, zadavatel uvádí, že profil zadavatele obsahuje veškeré navrhovatelem jmenované dokumenty, a to „v sekci přístupné pouze účastníkům“.

#### **Další průběh správního řízení**

56. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0301/2017/VZ-24873/2017/544/MPr ze dne 25. 8. 2017 určil zadavateli lhůtu k podání informace Úřadu o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení, a zaslání příslušné dokumentace o zadávacím řízení ve smyslu § 216 odst. 1 zákona pořízené v souvislosti s provedenými úkony.
57. Usnesením č. j. ÚOHS-S0301/2017/VZ-25285/2017/544/MPr ze dne 30. 8. 2017 určil Úřad účastníkům řízení lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
58. Dne 31. 8. 2017 byla Úřadu doručena žádost navrhovatele o nahlédnutí do správního spisu vedeného pod sp. zn. S0301/2017/VZ.
59. Dne 1. 9. 2017 bylo Ing. Petru Pánkovi na základě plné moci ze dne 31. 8. 2017 umožněno nahlížet do správního spisu vedeného pod sp. zn. S0301/2017/VZ.

#### **Vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí ze dne 7. 9. 2017**

60. Navrhovatel ve svém vyjádření k podkladům rozhodnutí, které Úřad obdržel dne 7. 9. 2017 (tj. po uplynutí lhůty stanovené usnesením č. j. ÚOHS-S0301/2017/VZ-25285/2017/544/MPr ze dne 30. 8. 2017 pro vyjádření se k podkladům rozhodnutí), uvádí, že se seznámil s podklady rozhodnutí a i nadále trvá na stanovisku, že zadavatel:
- „porušil § 6 odst. 1 a 2 ZZVZ, konkrétně zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace když postupoval u jednotlivých Dodavatelů při posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny dle § 113 ZZVZ odlišným způsobem,
  - porušil § 6 odst. 2 ZZVZ, konkrétně zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace, když neoprávněně vyloučil Navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení pro údajné neobjasnění mimořádně nízké nabídkové ceny,
  - porušil § 39 odst. 1 ZZVZ, když nepostupoval ve zjednodušeném podlimitním řízení podle pravidel stanovených tímto zákonem pro průběh zjednodušeného podlimitního řízení dle § 53 ZZVZ a současně propsaných do zadávací dokumentace, když Zadavatel zveřejnil na svém profilu Oznámení a Rozhodnutí o výběru Dodavatele, Oznámení a Rozhodnutí o vyloučení Navrhovatele, Oznámení a Rozhodnutí

*o vyloučení dalšího Účastníka a ze svého profilu tyto dokumenty Zadavatel opět odstranil,*

- *porušil zásady transparentnosti a povinnosti zdokumentovat celý průběh zadávacího řízení s důrazem na přezkoumatelnost jak jednotlivých kroků Zadavatele, tak rozhodnutí přijatých ve všech fázích veřejné zakázky dle § 6 ZZVZ.“*

61. K písemnému zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného dodavatele navrhovatel uvádí, že správný spis druhé písemné zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného dodavatele neobsahuje a z důvodu absence tohoto dokumentu není možné provést řádné přezkoumání úkonů zadavatele a porovnání jednotlivých písemných zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny navrhovatele a vybraného dodavatele. Není tedy možné určit konkrétní důvod či důvody, na základě kterých zadavatel dospěl k závěru, že zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného dodavatele je dostatečné a zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny navrhovatele dostatečné není. Předmětné úkony zadavatele jsou tedy nepřezkoumatelné a „Rozhodnutí“ zadavatele nezákonné. *„Navrhovatel je přesvědčen o tom, že relevantní dokument nebyl Zadavatelem ve spisu předložen úmyslně, neboť obsahoval obdobné formulace, jaké použil sám Navrhovatel a vyhodnocení takového zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny ze strany Zadavatele by muselo vést k jedinému závěru, a to, že předložené písemné zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny Navrhovatelem je relevantní a dokazuje, že nabídková cena nemůže být posouzena a vyhodnocena jako mimořádně nízká a nabídka Navrhovatele by v souladu s hodnotícími kritérii, byla vyhodnocena jako ekonomicky nejvhodnější.“*
62. Ve vztahu k vyloučení navrhovatele dle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona navrhovatel konstatuje, že zadavatel neposkytl žádný relevantní důkaz, kterým by prokázal svá tvrzení o závažných pochybeních při plnění smluvního vztahu s jiným veřejným zadavatelem ze strany navrhovatele, ačkoliv důkazní břemeno leží právě na zadavateli. Dále navrhovatel uvádí, že ve správním spise absentuje dokument z kontroly plnění uskutečněné dne 7. 11. 2016 (přičemž na tento zadavatel opakovaně odkazuje), na základě kterého byla zadavatelem vyčíslena „údajná škoda“ způsobená navrhovatelem ve výši 379 000 Kč. S ohledem na výše uvedené navrhovatel dovozuje, že předmětný dokument (důkaz) neexistuje a zadavatel není schopen prokázat naplnění podmínek pro vyloučení navrhovatele dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona.
63. K uveřejňování dokumentů na profilu zadavatele navrhovatel uvádí, že tvrzení zadavatele, že z jeho strany došlo k řádnému zveřejnění „Oznámení i Rozhodnutí o výběru Dodavatele, včetně Rozhodnutí o vyloučení Navrhovatele i dalšího Účastníka řízení, a to 1. pražská stovební s.r.o.“ na profilu zadavatele, se nezakládá na pravdě. Navrhovatel podotýká, že nikdy nežádal o přesunutí výše uvedených dokumentů z „volně přístupné části profilu“ zadavatele do „sekce přístupné pouze Účastníkům“. Navrhovatel je toho názoru, že předmětné dokumenty na profilu zadavatele (ani ve veřejné části, ani v části vyhrazené pro účastníky) uveřejněny nejsou a jako důkaz v příloze tohoto vyjádření předkládá „print screen“ profilu zadavatele.
64. Navrhovatel trvá na tom, že by měl Úřad zadavateli uložit podle § 263 odst. 2 zákona nápravné opatření spočívající ve zrušení rozhodnutí o vyloučení navrhovatele pro jeho nezákonnost.

65. Zadavatel se ve lhůtě stanovené usnesením č. j. ÚOHS-S0301/2017/VZ-25285/2017/544/MPr ze dne 30. 8. 2017, ani později, k podkladům rozhodnutí nevyjádřil.

#### **IV. ZÁVĚRY ÚŘADU**

66. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména obdržených dokumentů, vyjádření účastníků řízení a na základě vlastního zjištění rozhodl o tom, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v

- ustanovení § 48 odst. 4 zákona v návaznosti na ustanovení § 6 odst. 1 zákona tím, že vyloučil navrhovatele z důvodu, že nezdůvodnil mimořádně nízkou nabídkovou cenu, když se pouze odvolával na ceny poddodavatelů a tyto řádně nevysvětlil nebo nedoložil jejich prohlášením, přičemž zadavatel v „ŽÁDOSTI O PÍSEMNÉ ZDŮVODNĚNÍ ZPŮSOBU STANOVENÍ MIMOŘÁDNĚ NÍZKÉ NABÍDKOVÉ CENY A O OBJASNĚNÍ INFORMACÍ A ÚDAJŮ UVEDENÝCH V NABÍDCE“ ze dne 5. 5. 2017 a „ŽÁDOSTI O PÍSEMNÉ ZDŮVODNĚNÍ ZPŮSOBU STANOVENÍ MIMOŘÁDNĚ NÍZKÉ NABÍDKOVÉ CENY II.“ ze dne 26. 5. 2017 dostatečně nespecifikoval, jakým způsobem má být tato mimořádně nízká nabídková cena odůvodněna, čímž porušil zásadu transparentnosti,
- ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona tím, že vyloučil navrhovatele pro nezpůsobilost, když neprokázal, že se navrhovatel dopustil v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení výše uvedeného pochybení, případně jiných závažných nebo dlouhodobých pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu se zadavatelem zadávané veřejné zakázky, nebo s jiným veřejným zadavatelem, která vedla k vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím,

přičemž tento postup mohl ovlivnit výběr dodavatele, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

#### **Relevantní ustanovení zákona**

67. Podle § 6 odst. 1 zákona musí zadavatel při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
68. Podle § 6 odst. 2 zákona ve vztahu k dodavatelům musí zadavatel dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.
69. Podle § 48 odst. 4 zákona zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení, pokud nabídka účastníka zadávacího řízení obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, která nebyla účastníkem zadávacího řízení zdůvodněna.
70. Podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost, pokud prokáže, že se účastník zadávacího řízení dopustil v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení závažných nebo dlouhodobých pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu se zadavatelem zadávané veřejné zakázky, nebo s jiným veřejným zadavatelem, která vedla k vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím.

### Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

71. Z „*PROTOKOLU O OTEVÍRÁNÍ OBÁLEK S NÁBÍDKAMI V LISTINNÉ PODOBĚ ze dne 13.3.2017*“ mimo jiné vyplývá, že zadavatel obdržel 11 nabídek, přičemž všechny podané nabídky byly komisí doporučeny k předání k dalšímu posouzení a hodnocení.
72. V nedatované „*ZPRÁVĚ O HODNOCENÍ NABÍDEK*“ je mimo jiného uvedeno, že komise dne 13. 3. 2017 podala požadavek na posouzení nabídkových cen účastníků, které jsou pod hranicí 6 mil. Kč, odborníkem. Ve vztahu k účastníkovi č. 7 – PETROM STAVBY, a.s., IČO 26769611, se sídlem Tušimice 34, 432 01 Kadaň (dále jen „vybraný dodavatel“) a k účastníkovi č. 8 – navrhovateli, je požadováno vysvětlení délky realizace, jelikož komise nabízenou délkou realizace 10 a 12 týdnů nepovažuje za reálnou.
73. Z nedatované „*ZPRÁVY O HODNOCENÍ NABÍDEK*“ dále vyplývá, že na základě doporučení odborníka byla vybranému dodavateli, navrhovateli a účastníkovi č. 10 – 1.pražská stavební, s.r.o., IČO 29011671, se sídlem Prokopova 148/15, 130 00 Praha 3 (dále jen „1.pražská stavební, s.r.o.“) odeslána „*žádost o vysvětlení*“. Vybraný dodavatel a navrhovatel doručili svá „*vysvětlení*“ ve stanovené lhůtě, avšak společnost 1.pražská stavební, s.r.o., „*vysvětlení*“ nedoručila. Komise z dalšího posouzení a hodnocení vyřadila nabídku společnosti 1.pražská stavební, s.r.o., jelikož nabídka této společnosti obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, která nebyla zdůvodněna.
74. Dále je v nedatované „*ZPRÁVĚ O HODNOCENÍ NABÍDEK*“ uvedeno, že komise na třetím jednání konaném dne 25. 5. 2017 posuzovala doručená „*vysvětlení*“ a dospěla k závěru, že nejsou dostatečná, pročež vydala pověření „*k opětovnému odeslání žádosti o doplnění vysvětlení*“ vybranému dodavateli a navrhovateli, jelikož se komise usnesla, že ze strany vybraného dodavatele a navrhovatele byla vysvětlena pouze délka realizace veřejné zakázky.
75. Ve vztahu ke čtvrtému jednání uskutečněnému dne 15. 6. 2017 je z nedatované „*ZPRÁVY O HODNOCENÍ NABÍDEK*“ seznatelné, že předmětem jednání bylo posouzení doručených vysvětlení mimořádně nízkých nabídkových cen vybraného dodavatele a navrhovatele, přičemž tito svá „*vysvětlení*“ doručili ve stanovené lhůtě. V souvislosti s podáním navrhovatele byl vysloven závěr, že navrhovatel mimořádně nízkou nabídkovou cenu nevysvětlil dostatečně, jelikož v rámci vysvětlení se nelze „*odvolávat na ceny poddodavatelů a tyto řádně nevysvětlit nebo nedoložit prohlášením těchto subjektů*“.
76. Z rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze dne 19. 6. 2017 mimo jiné vyplývá, že navrhovatel byl z další účasti v zadávacím řízení vyloučen dle ustanovení § 48 zákona a § 113 odst. 6 zákona. V předmětném rozhodnutí je konstatováno, že si hodnotící komise v souladu § 113 zákona opakovaně vyžádala vysvětlení mimořádně nízké nabídkové ceny obsažené v nabídce navrhovatele. Zadavatel je toho názoru, že navrhovatel mimořádně nízkou nabídkovou cenu nevysvětlil dostatečně, jelikož „*komise a její členové mají za to, že se ve vysvětlení nelze odvolávat na ceny poddodavatelů a tyto řádně nevysvětlit nebo nedoložit prohlášením těchto subjektů. Komise je nadále přesvědčena, že účastník podal nabídku, která obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu*“.
77. Zadavatel ve výše specifikovaném rozhodnutí ve vztahu k navrhovateli dále konstatuje následující. „*Vaše nabídka je v jednotlivých položkách vámi oceněného výkazu výměr*



*mimořádně nízká a existuje reálné riziko následných nákladů, které byste po zadavateli požadovali.*

*Druhým důvodem pro Vaše vyloučení je dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona, a to je to, že jste v posledních 3 letech před zahájením tohoto zadávacího řízení dopustil závažných pochybení při plnění smluvního vztahu se Statutárním městem Chomutov, který je zřizovatelem zadavatele. Jedná se konkrétně o pochybení při realizaci akce ‚Oddychové a relaxační centrum a Doplnění parkovacích ploch a technické infrastruktury‘ v Mostecké ulici v Chomutově.“.*

#### **K postavení zadavatele**

78. Úřad se na prvním místě zabýval otázkou, zda subjekt CHOMUTOVSKÁ BYTOVÁ a.s. naplňuje zákonné znaky veřejného zadavatele (ustanovení § 4 zákona), přičemž konstatuje, že společnost CHOMUTOVSKÁ BYTOVÁ a.s. je veřejným zadavatelem ve smyslu ustanovení § 4 odst. 1 písm. e) zákona, jelikož byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a jiný veřejný zadavatel ji převážně financuje, může v ní uplatňovat rozhodující vliv nebo jmenuje nebo volí více než polovinu členů v jejím statutárním nebo kontrolním orgánu. Úřad pro přehlednost dodává, že dle ustanovení § 4 odst. 1 písm. e) zákona musí subjekt splnit následující podmínky, za kterých bude považován za veřejného zadavatele podle zákona:
- a. musí se jednat o právnickou osobu, a zároveň
  - b. musí být založen nebo zřízen za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, přičemž tyto potřeby nemohou mít průmyslovou nebo obchodní povahu, a zároveň
  - c. musí být
    - i. financován převážně jiným veřejným zadavatelem nebo
    - ii. jiný veřejný zadavatel v něm může uplatňovat rozhodující vliv nebo
    - iii. jiný veřejný zadavatel jmenuje nebo volí více než polovinu členů v jeho statutárním nebo kontrolním orgánu,
- přičemž podmínky sub. a) až c) musí být naplněny kumulativně a u podmínek sub. c) i. až c) iii. postačí, pokud budou naplněny alternativně.
79. K první zákonné podmínce v projednávané věci Úřad uvádí, že je zřejmé, že společnost CHOMUTOVSKÁ BYTOVÁ a.s., která má právní formu akciové společnosti, je právnickou osobou, a Úřad tedy považuje první podmínku za splněnou.
80. Ohledně druhé podmínky § 4 odst. 1 písm. e) zákona, tedy že právnická osoba musí být založena nebo zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, přičemž tyto potřeby nemohou mít průmyslovou nebo obchodní povahu, Úřad uvádí ve vztahu ke společnosti CHOMUTOVSKÁ BYTOVÁ a.s. následující.
81. Podle článku 1 „Zakladatelské listiny“ ze dne 24. 9. 2007 (dále jen „zakladatelská listina“) byla společnost CHOMUTOVSKÁ BYTOVÁ a.s. založena jediným zakladatelem – statutární město Chomutov, IČO 00261891, se sídlem Zborovská 4602, 430 28 Chomutov. Z článku 6 zakladatelské listiny dále vyplývá, že předmětem podnikání zadavatele je
- „správa a údržba nemovitostí,

- *realitní činnost,*
- *činnost podnikatelských, finančních, organizačních a ekonomických poradců,*
- *zprostředkování obchodu a služeb,*
- *poskytování technických služeb,*
- *ubytovací služby“.*

Z výše uvedeného je tedy zřejmé, že společnost CHOMUTOVSKÁ BYTOVÁ a.s. byla založena za účelem správy a údržby nemovitostí, k výkonu realitní činnosti, činnosti podnikatelských, finančních, organizačních a ekonomických poradců, zprostředkování obchodu a služeb, poskytování technických a ubytovacích služeb, a to ve prospěch statutárního města Chomutov.

82. Ve výpisu z obchodního rejstříku společnosti CHOMUTOVSKÁ BYTOVÁ a.s. je mimo jiného uvedeno, že statutární město Chomutov, IČO 00261891, se sídlem Zborovská 4602, 430 28 Chomutov, je jediným akcionářem zadavatele.
83. Úřad uvádí, že pojem zadavatele podle § 4 odst. 1 písm. e) zákona je třeba chápat ve funkčním smyslu, tzn., že při určení okruhu zadavatelů je nezbytné vycházet z účelu zřízení a povahy činnosti určitého subjektu. Jelikož zákon dále nespecifikuje, co se míní uspokojováním potřeb veřejného zájmu nemající průmyslovou nebo obchodní povahu, je pro objasnění smyslu definice nutné vycházet z relevantní judikatury Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SDEU“). Níže citovaná judikatura je přitom na posuzovaný případ použitelná i tehdy, jestliže SDEU v konkrétním případě rozhodoval podle dřívější právní úpravy zadávání veřejných zakázek (směrnic), neboť definice zkoumaného pojmu se ve směrnici nemění.
84. Ve světle dlouhodobé rozhodovací praxe SDEU jsou potřeby veřejného zájmu nemající průmyslovou nebo obchodní povahu chápány jako potřeby, které jsou uspokojovány jinak než dostupností zboží a služeb na trhu, a které se stát (jako druhá varianta), z důvodů obecného zájmu, rozhodl poskytovat sám, nebo nad kterými si přeje udržet rozhodující vliv (viz rozsudek ze dne 10. 11. 1998, C-360/96 Gemeente Arnhem a Gemeente Rheden vs. BFI Holding, ECR 1998, s. I-06821, body 50. a 51.). Při posuzování, zda-li je, či není potřeba veřejného zájmu nemající průmyslový ani obchodní charakter přítomna, musí být vzaty v úvahu všechny relevantní právní a faktické prvky, jako okolnosti převládající v době, kdy byl dotýčný subjekt zřizován a podmínky, za kterých vykonává svoji činnost (rozsudek ze dne 22. 5. 2003, C-18/2001 Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy a další vs. Varkauden Taitotalo Oy, ECR 2003, s. I-05321, bod 48.). Pro úplnost lze konstatovat, že v případě, kdy určitý subjekt vykonává částečně činnost sloužící k uspokojování potřeb veřejného zájmu a současně i jinou běžnou obchodní činnost, je považován za zadavatele veřejných zakázek v plném rozsahu své činnosti. Uvedený závěr vyplývá mj. z rozsudku SDEU ze dne 15. 1. 1998, C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria AG a další / Strohal Rotationsdruck GesmbH, ECR 1998, s. I-00073.
85. Ze shora citovaných rozsudků SDEU lze taktéž dovodit, že jako potřeby veřejného zájmu je nutno chápat takové potřeby, na jejichž uspokojování má zájem širší okruh osob. Nejde tedy o potřeby, z nichž by měl užitek pouze konkrétní subjekt. V takovém případě by se jednalo o potřeby ryze soukromého charakteru. Potřeby veřejného zájmu jsou naopak

potřeby, jejichž uspokojování slouží relativně neomezenému okruhu subjektů, jež se nacházejí na území konkrétního územního samosprávného celku (v prostředí České republiky na území obce či kraje) či dokonce na území státu jako takového (tzn. potřeby uspokojované fakticky v zájmu všech občanů České republiky). Jinými slovy řečeno, za potřeby veřejného zájmu je třeba považovat ty potřeby, na jejichž řádném a pokojném uspokojování má zájem sám stát a které sám stát taktéž uspokojuje, případně jejich uspokojování svěřuje od něj odvozeným subjektům. Potřeby veřejného zájmu se projevují v celé řadě oblastí dané společnosti (komunity). Typicky mezi ně lze řadit např. potřeby projevující se v oblasti hospodářské, sociální, kulturní, dále v oblasti životního prostředí či dopravní obslužnosti.

86. Budeme-li zkoumat zadavatele ve světle kritérií podaných SDEU, dojdeme k závěru, že činnosti zadavatele lze kvalifikovat jako činnosti uspokojující potřeby veřejného zájmu. Správa a údržba nemovitostí, realitní činnost, činnost podnikatelských, finančních, organizačních a ekonomických poradců, zprostředkování obchodu a služeb, poskytování technických služeb, ubytovací služby ve prospěch statutárního města Chomutov jsou jednoznačně potřeby naplňující veřejný zájem ve smyslu obecného či obecně prospěšného zájmu a naplňující definici veřejného statku (public good). Na uspokojování těchto potřeb má zájem širší okruh osob a slouží relativně neomezenému okruhu subjektů konkrétního území. Stejně tak užitek z činností zadavatele má více osob, nikoliv pouze konkrétní subjekt. Zřejmá je také absence obchodní a průmyslové povahy této činnosti, neboť rozhodování společnosti CHOMUTOVSKÁ BYTOVÁ a.s. zde není řízeno ekonomickými zájmy, naopak je koordinováno statutárním městem Chomutov (zakladatel a jediný akcionář zadavatele), které má na správě a údržbě nemovitostí, realitní činnosti či poskytování technických a ubytovacích služeb svůj zájem, a proto si chce ponechat určitou míru kontroly nad těmito činnostmi.
87. K třetí podmínce § 4 odst. 1 písm. e) zákona, tedy že subjekt musí být financován převážně jiným veřejným zadavatelem nebo jiný veřejný zadavatel v ní může uplatňovat rozhodující vliv nebo jiný veřejný zadavatel jmenuje nebo volí více než polovinu členů v jejím statutárním nebo kontrolním orgánu, uvádí Úřad ve vztahu ke společnosti CHOMUTOVSKÁ BYTOVÁ a.s., že dle výpisu z obchodního rejstříku jediným akcionářem zadavatele je statutární město Chomutov. Úřad má tedy za prokázané, že zadavatel je ovládán statutárním městem Chomutov.
88. Vzhledem ke shora uvedenému Úřad konstatuje, že zadavatel je veřejným zadavatelem podle § 4 odst. 1 písm. e) zákona.
89. V této souvislosti Úřad taktéž upozorňuje na ustanovení § 4 odst. 5 zákona, podle něhož se za zadavatele považuje také jiná osoba, která zahájila zadávací řízení, ačkoliv k tomu nebyla povinna, a to ve vztahu k tomuto zadávacímu řízení a do jeho ukončení. Jestliže se tedy jiná osoba ze své vůle rozhodne zahájit zadávací řízení na veřejnou zakázku podle zákona, ač k tomu nebyla povinna, neboť její postavení nesplňovalo podmínky zákonem stanovené pro osobu zadavatele, pak je po dobu zadávání veřejné zakázky povinna dodržovat všechny zákonem stanovené podmínky pro příslušný typ zadávacího řízení.
90. Po ověření kategorie zadavatele Úřad přistoupil k prošetření předmětné věci.

### K žádostem o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny

91. Úřad předně uvádí, že si zadavatel v zadávacím řízení na veřejnou zakázku zadávanou ve zjednodušeném podlimitním řízení vyžádal od navrhovatele prostřednictvím „ŽÁDOSTI O PÍSEMNÉ ZDŮVODNĚNÍ ZPŮSOBU STANOVENÍ MIMOŘÁDNĚ NÍZKÉ NABÍDKOVÉ CENY A O OBJASNĚNÍ INFORMACÍ A ÚDAJŮ UVEDENÝCH V NABÍDCE“ ze dne 5. 5. 2017 a „ŽÁDOSTI O PÍSEMNÉ ZDŮVODNĚNÍ ZPŮSOBU STANOVENÍ MIMOŘÁDNĚ NÍZKÉ NABÍDKOVÉ CENY II.“ ze dne 26. 5. 2017 písemné zdůvodnění způsobu stanovení mimořádně nízké nabídkové ceny.
92. K obsahu výzvy ke zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny uvedl Krajský soud v Brně v rozsudku 62 Ca 11/2009 – 46, že *„ZVZ sice výslovně nestanoví, že by součástí výzvy k písemnému zdůvodnění mělo být odůvodnění, z jakých důvodů považuje hodnotící komise nabídkovou cenu za mimořádně nízkou, takový požadavek však lze dovést ze zásady transparentnosti, již má být celé řízení ovládáno, z logiky věci (neboť zdůvodnění podané uchazečem může být podáno pouze tehdy, jsou-li mu známy konkrétní námitky proti nabídkové ceně) a konečně i ze samého textu § 77 odst. 1 ZVZ, který hovoří o písemném zdůvodnění těch částí nabídky, které jsou pro výši nabídkové ceny podstatné.“* V návaznosti na výše uvedené Úřad konstatuje, že si je vědom, že závěry, které jsou obsahem citovaného judikátu, nebyly vysloveny ve vztahu k zákonu, který se použije v šetřené veřejné zakázce, tzn. byly použity ve vztahu k zákonu o veřejných zakázkách a nikoli k zákonu o zadávání veřejných zakázek, avšak má za to, že lze v obecné rovině vztáhnout i na předmětný případ. I výzva ke zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny zaslaná v režimu zákona tedy musí s ohledem na zásadu transparentnosti obsahovat odůvodnění, z jakých důvodů považuje hodnotící komise nabídkovou cenu za mimořádně nízkou, resp. způsob, jak má být mimořádně nízká nabídková cena zdůvodněna, jelikož pouze při naplnění těchto podmínek může zadavatel následně přistoupit k vyloučení účastníka zadávacího řízení z důvodu, že řádně nezdůvodnil stanovení nabídkové ceny ve vztahu k jím zpochybněným hodnotám v nabídce účastníka zadávacího řízení.
93. K tomuto Úřad uvádí, že zásada transparentnosti zadávání veřejných zakázek je vedle zásady rovného zacházení, zásady přiměřenosti a zákazu diskriminace jednou ze základních zásad, jež musí být zadavatelem dodržena v průběhu celého zadávacího řízení. Účelem této zásady je, aby na příslušnou veřejnou zakázku mohlo být, zejména z pohledu dodavatelů, nahlíženo jako na čitelnou a předvídatelnou a rovněž aby tato zakázka mohla podléhat efektivní veřejné kontrole a zpětnému přezkumu. Pro dodržení zásady transparentnosti musí zadavatel mimo jiné zdokumentovat své postupy tak, aby jeho postupy byly přezkoumatelné. V této souvislosti Úřad odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 45/2010 – 159, ze dne 15. 9. 2010, v němž se Nejvyšší správní soud ztotožňuje s obecným výkladem zásady transparentnosti krajským soudem, že požadavek transparentnosti *„není splněn tehdy, pokud jsou v zadavatelově postupu shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele.“* Z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 50/2011-72 ze dne 15. 2. 2012 pak vyplývá, že *„úkolem zásady transparentnosti je zajištění toho, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem za předem jasně a srozumitelně stanovených podmínek. Transparentnost procesu zadávání veřejných*

*zakázek je nejen podmínkou existence účinné hospodářské soutěže mezi jednotlivými dodavateli v postavení uchazečů, ale také nezbytným předpokladem účelného a efektivního vynakládání veřejných prostředků. Porušením této zásady pak je jakékoli jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost zadávacího řízení.“*

94. Ve vztahu k šetřenému případu Úřad uvádí, že z „ŽÁDOSTI O PÍSEMNÉ ZDŮVODNĚNÍ ZPŮSOBU STANOVENÍ MIMOŘÁDNĚ NÍZKÉ NABÍDKOVÉ CENY A O OBJASNĚNÍ INFORMACÍ A ÚDAJŮ UVEDENÝCH V NABÍDCE“ ze dne 5. 5. 2017, jež byla zaslána navrhovateli, mimo jiné vyplývá, že zadavatel žádá o vysvětlení nejasností informací uvedených v nabídce a o písemné zdůvodnění způsobu stanovení mimořádně nízké nabídkové ceny, a to u položek obsahujících cenu s hodnotou pod 40 % od směrné ceny URS 2016/1. Dále zadavatel požaduje vysvětlení harmonogramu prací, resp. předložení upřesněného harmonogramu prací, ze kterého bude seznatelné kompletní provedení prací a současně zadavatel žádá o vysvětlení doby realizace 10 týdnů, jelikož tuto dobu zadavatel považuje za velmi krátkou (tj. neslučitelnou s kvalitní realizací předmětných stavebních prací).
95. V „Písemném objasnění nabídky – zdůvodnění způsobu stanovení mimořádně nízké nabídkové ceny a objasnění informací a údajů uvedených v nabídce“ ze dne 15. 5. 2017 navrhovatel mimo jiného prohlašuje, že prověřil jednotkové i celkové ceny položek a dospěl k závěru, že „odpovídají požadavkům zadavatele specifikovaným v zadávací dokumentaci“. Dále navrhovatel odkazuje na výhodnost dlouhodobě uzavřených smluv na dodávky materiálů a výkonů jednotlivých stavebních a montážních prací se svými subdodavateli, přičemž tyto výslovně jmenuje. Navrhovatel zdůrazňuje, že využívá racionální a ekonomický způsob práce a eliminuje nepříznivé vlivy. Stroje a zařízení nezbytné pro realizaci veřejné zakázky má ve svém vlastnictví, což snižuje náklady na provoz. Cena za dopravu a manipulaci, jakož i vlastní výkon stavebních prací jsou přizpůsobeny specifikům předmětné veřejné zakázky za aktivního využití hospodárnosti dopravních prostředků, vlastní dopravy pracovníků na místo plnění či jejich trvalým bydlištěm v místě plnění veřejné zakázky, množstevními slevami za odběr materiálů a zboží od dlouhodobých subdodavatelů navrhovatele, přičemž obsahem ceny je i dodávka do místa staveniště. Navrhovatel dále konstatuje, že doba realizace 10 týdnů je reálná a vyplývá z mnohaleté praxe navrhovatele a jako taková bude dodržena. V této souvislosti navrhovatel předkládá rozpis prací dle struktury prací uvedené ve „Výzvě k podání nabídek a zadávací dokumentace“ ze dne 23. 2. 2017.
96. Z „ŽÁDOSTI O PÍSEMNÉ ZDŮVODNĚNÍ ZPŮSOBU STANOVENÍ MIMOŘÁDNĚ NÍZKÉ NABÍDKOVÉ CENY II.“ ze dne 26. 5. 2017, jež byla zaslána navrhovateli, mimo jiné vyplývá, že zadavatel považuje „předchozí zdůvodnění“ za nedostatečné, a proto vznáší požadavek na zdůvodnění a rozklíčování položek výkazu výměr, jejichž obsahem jsou ceny s hodnotou pod 40 % od směrné ceny URS 2016/1.
97. V „Písemném zdůvodnění způsobu stanovení mimořádně nízké nabídkové ceny II“ ze dne 30. 5. 2017 navrhovatel mimo jiné uvádí, že zadavatel nesděluje žádné konkrétní vysvětlení „nedostatečnosti“ zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny ani konkrétní způsob, který bude považovat za relevantní a dostatečný, pouze požaduje tzv. „rozklíčovat“ cenu u vybraných položek. Navrhovatel konstatuje, že v odpovědi na „Žádost o písemné zdůvodnění způsobu stanovení mimořádně nízké nabídkové ceny a objasnění informací a údajů uvedených v nabídce“ ze dne „09.05.2017“ zcela dostatečně a prokazatelně

zdůvodnil svou cenotvorbu a pokud zadavatel považuje odůvodnění předložené navrhovatelem za nedostatečné, pak žádá o konkrétní stanovení způsobu, jakým má být cena „rozklíčována“. Navrhovatel současně zadavatele žádá o prodloužení termínu pro doručení zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny.

98. V „*Písemném zdůvodnění způsobu stanovení mimořádně nízké nabídkové ceny II*“ ze dne 1. 6. 2017 navrhovatel mimo jiného uvádí, že trvá na „*minulém zdůvodnění*“ a ubezpečuje zadavatele o své schopnosti realizovat veřejnou zakázku v požadovaném rozsahu a kvalitě. Dále navrhovatel uvádí, že stanovení předmětných cen mu „*umožňují dlouhodobě uzavřené smlouvy na dodávky materiálů, výkonů jednotlivých stavebních a montážních prací*“ se subdodavateli, které jmenovitě uvádí. Navrhovatel konstatuje, že stroje a zařízení, které hodlá použít při realizaci veřejné zakázky, jsou jeho majetkem, což snižuje náklady na jejich provoz. Cena za dopravu, manipulaci a vlastní stavební práce je přizpůsobena specifikům předmětné veřejné zakázky, přičemž její stanovení je provedeno za „*aktivního využití hospodárnosti dopravních prostředků, vlastní dopravou pracovníků na místo plnění či jejich trvalým bydlištěm v místě plnění, množstevními slevami za odběr materiálů a zboží*“ (cena obsahuje i vlastní dodávku do místa plnění veřejné zakázky). Přílohou č. 2 „*Písemného zdůvodnění způsobu stanovení mimořádně nízké nabídkové ceny II*“ ze dne 1. 6. 2017 učinil navrhovatel rozklíčování jednotlivých položek. Obsahem tohoto rozklíčování je číselná a slovní identifikace předmětných položek, „*MJ*“, „*cena/MJ*“, „*celkem/MJ*“, přičemž v rámci ceny je u jednotlivých položek uvedena cena práce, stavební hmoty a materiál v položce a předpokládaný zisk, či cena konkrétního dodavatele a předpokládaný zisk.
99. V návaznosti na výše uvedené Úřad konstatuje následující. Zadavatel požadoval od navrhovatele prostřednictvím „*ŽÁDOSTI O PÍSEMNÉ ZDŮVODNĚNÍ ZPŮSOBU STANOVENÍ MIMOŘÁDNĚ NÍZKÉ NABÍDKOVÉ CENY A O OBJASNĚNÍ INFORMACÍ A ÚDAJŮ UVEDENÝCH V NABÍDCE*“ ze dne 5. 5. 2017 a prostřednictvím obsahově totožného přípisu *ŽÁDOST O PÍSEMNÉ ZDŮVODNĚNÍ ZPŮSOBU STANOVENÍ MIMOŘÁDNĚ NÍZKÉ NABÍDKOVÉ CENY II.*“ ze dne 26. 5. 2017 zdůvodnění způsobu stanovení mimořádně nízké nabídkové ceny. Úřad má s ohledem na obsah výše specifikovaných žádostí za prokázané, že ani jedna žádost neobsahuje požadavek zadavatele na způsob, jakým mají být zadavatelem jmenované položky výkazu výměr obsažené v nabídce navrhovatele zdůvodněny a rozklíčovány. Jelikož zadavatel svůj požadavek ani na základě žádosti navrhovatele o konkretizaci nedostatků zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny obsažené v „*Písemném zdůvodnění způsobu stanovení mimořádně nízké nabídkové ceny II*“ ze dne 30. 5. 2017 neupřesnil, má Úřad za to, že formu zdůvodnění ponechal zadavatel zcela na uvážení navrhovatele, jelikož pokud by zadavatel vyžadoval konkrétní doklady navrhovatele či poddodavatelů navrhovatele, tento požadavek by s ohledem na zásady zadávání veřejných zakázek byl povinen vznést. Pokud však již od počátku (tj. od identifikace mimořádně nízké nabídkové ceny) zadavatel přistupuje ke zdůvodnění tak, že při nesdělení informací, které považuje za klíčové pro řádné zdůvodnění, nepovažuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu za zdůvodněnou, avšak přitom navrhovateli nesdělí, co a jakým způsobem má navrhovatel zdůvodnit a bez čehož nepovažuje zdůvodnění za řádné, nelze než dovodit, že takový postup je pro navrhovatele jako účastníka zadávacího řízení nepředvídatelný, „nečitelný“ a tím netransparentní.
100. Ve vztahu k šetřenému případu Úřad dále uvádí, že nijak nezpochybňuje postup hodnotící komise, když pro posouzení nabídkové ceny zvolila metodu porovnání s ceníkem ÚRS, jelikož

cenová soustava ÚRS pomáhá investorům, projektantům i dodavatelům ve všech fázích výstavby (tj. při přípravě stavby i při její realizaci), přičemž slouží jako zdroj informací o cenách materiálů, výrobků, stavebních prací, atp. Tento postup jej ostatně vedl k tomu, že identifikoval mimořádně nízkou nabídkovou cenu, což je bezesporu jeho právem i povinností. Podle názoru Úřadu však zadavatel s ohledem na metodu, kterou toto posouzení nabídkové ceny provedl a na jejímž základě požadoval v žádosti o zdůvodnění způsobu stanovení mimořádně nízké nabídkové ceny, tak surčitostí mohl vědět a navrhovateli sdělit měl, jaké informace a podklady bude k relevantnímu posouzení zdůvodnění nabídkové ceny od navrhovatele potřebovat.

101. Jak však Úřadu vyplynulo z „ŽÁDOSTI O PÍSEMNÉ ZDŮVODNĚNÍ ZPŮSOBU STANOVENÍ MIMOŘÁDNĚ NÍZKÉ NABÍDKOVÉ CENY A O OBJASNĚNÍ INFORMACÍ A ÚDAJŮ UVEDENÝCH V NABÍDCE“ ze dne 5. 5. 2017 a z „ŽÁDOSTI O PÍSEMNÉ ZDŮVODNĚNÍ ZPŮSOBU STANOVENÍ MIMOŘÁDNĚ NÍZKÉ NABÍDKOVÉ CENY II.“ ze dne 26. 5. 2017, zadavatel v nich jen stručně uvedl, že shledal nabídkovou cenu navrhovatele u položek výkazu výměr obsahujících cenu s hodnotou pod 40 % od směrné ceny URS 2016/1 jako mimořádně nízkou, a proto žádá ve stanovené lhůtě o zdůvodnění a rozklíčování těchto položek výkazu výměr, avšak bez bližší konkretizace, jakým způsobem má navrhovatel tyto položky zdůvodnit a rozklíčovat či jaké doklady má zadavateli předložit.
102. V této souvislosti Úřad uvádí, že zadavatel by měl v žádosti o zdůvodnění způsobu stanovení mimořádně nízké nabídkové ceny navrhovateli nejen sdělit, že jeho nabídka obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, ale především upřesnit, jaké důvody ho k pochybnostem o reálnosti nabízených cen vedly a jaké podklady bude požadovat tak, aby toto posouzení mohlo být v rámci zvolené metody kvalifikovaně a transparentně provedeno. Pokud tedy v žádosti konkrétní požadavky na podklady absentovaly, nemohl zadavatel absenci těchto podkladů v rámci vysvětlení mimořádně nízké nabídkové ceny navrhovatele vyhodnotit jako důvod pro jeho vyloučení.
103. Úřad dále konstatuje, že pokud v šetřeném případě hodnotící komise, v souvislosti se zdůvodněním nabídkové ceny navrhovatele konstatovala, že navrhovatel „*mimořádně nízkou nabídkovou cenu nevysvětlil dostatečně*“ nebo že „*se ve vysvětlení nelze odvolávat na ceny poddodavatelů a tyto řádně nevysvětlit nebo nedoložit prohlášením těchto subjektů*“ lze připustit, že navrhovatelem poskytnuté podklady nemusely být pro posouzení jeho nabídkové ceny v tomto smyslu dostačující. Tuto skutečnost však nelze dávat v daném případě k tíži navrhovateli, neboť tomu sice bylo hodnotící komisí v žádosti o zdůvodnění sděleno, které položky výkazu výměr v nabídce má zdůvodnit, nikoliv však již jakým způsobem tak má učinit, tj. např. předložením cenových nabídek poddodavatelů, doložením cen materiálů apod., a to kupříkladu v závislosti na metodě, která byla při posouzení výše nabídkových cen v daném případě použita.
104. Úřad proto konstatuje, že pokud si hodnotící komise od uchazeče vyžádá písemné zdůvodnění způsobu stanovení nabídkové ceny, musí být tato žádost s ohledem na ustanovení § 6 odst. 1 zákona natolik přesná a konkrétní, aby vyzvaný dodavatel mohl v dané věci podat relevantní zdůvodnění nabídkové ceny a celý tento proces mohl být při jeho případném vyloučení považován za transparentní a následně za přezkoumatelný.

105. Jak Úřadu vyplývá z výše uvedených zjištění, hodnotící komise navrhovateli neposkytla informace o tom, jakým způsobem musí zadavateli prokázat, aby jeho nabídka nebyla označena za mimořádně nízkou, a proto zadavatel nebyl oprávněn vyloučit navrhovatele z toho důvodu, že vysvětlení navrhovatele takovéto podklady odůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny neobsahovalo.
106. Úřad dále podotýká, že pokud je zadavatel názoru, že je nepřipustné se „*odvolávat na ceny poddodavatelů a tyto řádně nevysvětlit nebo nedoložit prohlášením těchto subjektů*“, jak uvádí v nedatované „*ZPRÁVĚ O HODNOCENÍ NABÍDEK*“, potom není důvodné, aby toto stanovisko nebylo obsahem žádosti o zdůvodnění způsobu stanovení mimořádně nízké nabídkové ceny.
107. V této souvislosti Úřad uvádí, že přílohou námitek navrhovatele proti rozhodnutí o vyloučení z účasti v zadávacím řízení ze dne 7. 7. 2017 jsou prohlášení stavebních dodavatelů a reference vztahující se k cenám předmětných položek. Z posledně uvedeného lze dovozovat, že pokud by zadavatel formuloval svou žádost (žádosti) o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny přesněji, mohl navrhovatel doložit příslušná prohlášení a reference již v rámci zdůvodnění způsobu stanovení mimořádně nízké nabídkové ceny.
108. Ve světle všech shora popsaných skutečností tak Úřad uzavírá, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v ustanovení § 48 odst. 4 zákona v návaznosti na ustanovení § 6 odst. 1 zákona tím, že vyloučil navrhovatele z důvodu, že nezdůvodnil mimořádně nízkou nabídkovou cenu, když se pouze odvolával na ceny poddodavatelů a tyto řádně nevysvětlil nebo nedoložil jejich prohlášením, přičemž zadavatel v „*ŽÁDOSTI O PÍSEMNÉ ZDŮVODNĚNÍ ZPŮSOBU STANOVENÍ MIMOŘÁDNĚ NÍZKÉ NABÍDKOVÉ CENY A O OBJASNĚNÍ INFORMACÍ A ÚDAJŮ UVEDENÝCH V NABÍDCE*“ ze dne 5. 5. 2017 a „*ŽÁDOSTI O PÍSEMNÉ ZDŮVODNĚNÍ ZPŮSOBU STANOVENÍ MIMOŘÁDNĚ NÍZKÉ NABÍDKOVÉ CENY II.*“ ze dne 26. 5. 2017 dostatečně nespecifikoval, jakým způsobem má být tato mimořádně nízká nabídková cena odůvodněna, čímž porušil zásadu transparentnosti.

#### **K vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona**

109. Úřad nejprve ve vztahu k ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona v obecné rovině uvádí, že důvod vyloučení dle tohoto písmene lze vnímat jako určité přiblížení zadávacího řízení kontraktačnímu procesu v odběratelsko-dodavatelských vztazích, jelikož zde zpravidla při výběru smluvního partnera hraje významnou roli zkušenost odběratele s plněním dodavatele v minulosti, popřípadě obchodní pověst dodavatele. Předpokladem vyloučení je existence závažných nebo dlouhodobých pochybení na straně účastníka zadávacího řízení, která vedla ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným důsledkům.
110. Dlouhodobé či závažné pochybení sice není v zákoně přímo definováno, lze však usuzovat, že se jedná o taková pochybení, která vedou k důsledkům demonstrativně vymezeným v ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Za závažné či dlouhodobé pochybení je tak třeba považovat takové pochybení, v jehož důsledku došlo k odstoupení od smlouvy, vzniku škody přesahující očekávatelnou či obvyklou výši škody v obdobných smluvních vztazích či k uplatnění smluvních sankcí významně přesahujících s přihlédnutím k porušené smluvní povinnosti obvyklý rozsah.



111. Pochybení ve výše uvedeném smyslu, na jehož základě lze přistoupit k vyloučení, přitom muselo nastat při plnění smluvních vztahů v období 3 let předcházejících zahájení příslušného zadávacího řízení. Může se jednat jak o pochybení v rámci smluvního vztahu se zadavatelem veřejné zakázky, tak o pochybení v rámci smluvního vztahu s jiným veřejným zadavatelem. Namítat naplnění důvodů pro vyloučení lze kupříkladu skrze pravomocný rozsudek ukládající účastníkovi náhradu škody z titulu porušení povinností pro porušení smluvního vztahu, platné odstoupení od smlouvy z důvodu pochybení zakládajícího důvod pro takové odstoupení, případně doklad o uplatnění a úhradě platně nárokované smluvní sankce z důvodu pochybení účastníka majícího za následek porušení smluvní povinnosti. Úřad zdůrazňuje, že důkazní břemeno prokázání pochybení dodavatele nese zadavatel.
112. V rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele ze dne 19. 6. 2017 zadavatel jako druhý důvod pro vyloučení uvedl, že se navrhovatel „*v posledních 3 letech před zahájením tohoto zadávacího řízení dopustil závažných pochybení při plnění smluvního vztahu se Statutárním městem Chomutov, který je zřizovatelem zadavatele*“, tzn., že navrhovatel byl vyloučen s odkazem na ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona.
113. K výše uvedenému se zadavatel blíže vyjadřuje v rozhodnutí o námitkách, na které odkazuje ve „*Vyjádření k návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele*“ ze dne 17. 8. 2017. Jak již Úřad uvedl výše, zadavatel zde konstatoval, že v rámci posouzení důvodů dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona není rozhodné, že realizace veřejné zakázky „*Oddychové a relaxační centrum a Doplnění parkovacích ploch a technické infrastruktury*“ proběhla dříve než v posledních 3 letech od zahájení předmětného zadávacího řízení, jelikož některé vady plnění se neprojeví při předání díla, ale až v průběhu následujících let, a to v závislosti na charakteru vad. Na základě kontroly plnění „*předchozí veřejné zakázky*“ ze dne 7. 11. 2016 v Oddychovém a relaxačním centru v Chomutově bylo zjištěno přes 30 závad, přičemž některé jsou velmi závažného charakteru. Závady způsobily značné škody. Nutné opravy si vyžádaly úhradu finančních prostředků ve výši 379 000 Kč, přičemž se jedná o údaj ke konci roku 2016, který nemusí být konečný. Zadavatel má za to, že se jedná o vady způsobené navrhovatelem při plnění předchozího smluvního vztahu, díky kterým musí být vynaloženy finanční prostředky, a které omezují provoz Oddychového a relaxačního centra v Chomutově, což svědčí o pochybení navrhovatele takového charakteru, že zadavatel již nemůže mít důvěru ve schopnosti navrhovatele řádně plnit předmětnou veřejnou zakázku. Zadavatel se domnívá, že účastí navrhovatele v předmětném zadávacím řízení by ohrozil realizaci veřejné zakázky a vystavil by se riziku zvýšených výdajů finančních prostředků.
114. K tvrzení zadavatele, že v Oddychovém a relaxačním centru v Chomutově bylo zjištěno více než 30 závad, z nichž některé jsou považovány za závady závažného charakteru a způsobily značné škody, přičemž na nutné opravy bylo zapotřebí vynaložit finanční prostředky ve výši 379 000 Kč (údaj ke konci roku 2016), Úřad uvádí, že pravdivost tohoto tvrzení zadavatel ani v průběhu „*námitkového řízení*“ ani v průběhu správního řízení nikterak neprokázal. Úřad pro úplnost dodává, že zadavatel rovněž neprokázal, že by v souvislosti s Oddychovým a relaxačním centrem v Chomutově došlo k nárokování náhrady škody či udělení smluvních sankcí navrhovateli, ani k předčasnému ukončení smluvního vztahu.
115. S odkazem na výše uvedené Úřad konstatuje, že zadavatel neunesl důkazní břemeno prokázání vzniku škody, předčasného ukončení smluvního vztahu, ani jiných srovnatelných sankcí tak, jak je vyžadováno ustanovením § 48 odst. 5 zákona, z něhož vyplývá, že zadavatel

může vyloučit účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost, pokud ji prokáže, a nenaplnil tedy podmínky pro aplikaci tohoto ustanovení zákona. Úřad opakovaně podotýká, že důkazní břemeno, kdy uplatnil důvod s tvrzením, že podmínky pro jeho použití byly naplněny (tzn. včetně prokázání toho, že se účastník dopustil v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení závažných nebo dlouhodobých pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu se zadavatelem zadávané veřejné zakázky, nebo s jiným veřejným zadavatelem, která vedla k vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím), leží plně na zadavateli, avšak zadavatel nepředložil o naplnění těchto podmínek žádný důkaz, přičemž ostatní důkazy nesvědčí o tom, že by se navrhovatel takového pochybení dopustil (naopak), nelze než uzavřít, že zadavatel naplnění důvodu § 48 odst. 5 písm. d) zákona pro vyloučení účastníka ze zadávacího řízení neprokázal, a proto jej nepoužil zákonně.

116. Nad rámec výše dovozených závěrů Úřad k časové hranici 3 let, jež je stanovena v ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona, ve vztahu k šetřenému případu uvádí následující.
117. Z článku II. „*OZNAČENÍ STAVBY*“ smlouvy o dílo ze dne 23. 12. 2010, jež byla uzavřena statutárním městem Chomutov a navrhovatelem (jakožto vedoucím účastníkem sdružení) mimo jiného vyplývá, že předmětem díla je realizace stavby „*Oddychové a relaxační centrum a Doplnění parkovacích ploch a technické infrastruktury*“.
118. V článku III. „*ETAPIZACE STAVBY*“ smlouvy o dílo ze dne 23. 12. 2010 je mimo jiného uvedeno, že dílo bude provedeno ve dvou částech, a to „*Oddychové a relaxační centrum*“ a „*Doplnění parkovacích ploch a technické infrastruktury*“. Každá z obou částí bude realizována ve dvou etapách následovně.
1. část „*Oddychové a relaxační centrum*“:
    - „*I. etapa bude realizovaná v období 1/2011 - 8/2011*“,
    - „*II. etapa bude realizovaná v období 9/2011 - 5/2012*“.
  2. část „*Doplnění parkovacích ploch a technické infrastruktury*“ :
    - „*I. etapa bude realizovaná v období 1/2011 - 8/2011*“,
    - „*II. etapa bude realizovaná v období 9/2011 - 5/2012*“.
119. V článku IV. „*PODMÍNKY REALIZACE PLNĚNÍ*“ smlouvy o dílo ze dne 23. 12. 2010 je mimo jiné uvedeno, že předpokládaný termín zahájení plnění je dne 4. 1. 2011 a termín ukončení plnění je dne 13. 5. 2012.
120. Z článku X. „*ZÁRUČNÍ PODMÍNKY*“ smlouvy o dílo ze dne 23. 12. 2010 vyplývá, že záruční doba na dílo jako celek činí 62 měsíců a počíná běžet dnem podepsání protokolu o dokončení ucelené části díla.
121. Dne 4. 4. 2012 uzavřelo statutární město Chomutov a navrhovatel (jakožto vedoucí účastník sdružení) dodatek č. 3 smlouvy o dílo ze dne 23. 12. 2010, kterým se mění etapizace stavby. V článku II. „*Změna*“ dodatku č. 3 smlouvy o dílo ze dne 23. 12. 2010 je mimo jiného uvedeno, že „*I. část Oddychové a relaxační centrum se doplňuje o třetí etapu, která prodlužuje termín ukončení realizace*“. Dále je v tomto článku konstatováno, že „*III. etapa bude realizována v období 06/2012 – 09/2012*“.

122. Ze „ZÁPISU O ODEVZDÁNÍ A PŘEVZETÍ budovy nebo stavby (nebo její dokončené části)“, jež se vztahuje k „Doplnění parkovacích ploch a technické infrastruktury“ mimo jiné vyplývá, že přejímací řízení bylo skončeno dne 10. 9. 2011.
123. Ze „ZÁPISU O ODEVZDÁNÍ A PŘEVZETÍ budovy nebo stavby (nebo její dokončené části)“, jež se vztahuje k „Oddychovému a relaxačnímu centru“ a k „Doplnění parkovacích ploch a technické infrastruktury“ mimo jiného vyplývá, že přejímací řízení bylo skončeno dne 30. 9. 2012.
124. K časovému hledisku (v posledních 3 letech) obsaženému v § 48 odst. 5 písm. d) zákona se zadavatel vyjadřuje v rozhodnutí o námitkách, na které odkazuje ve „Vyjádření k návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele“ ze dne 17. 8. 2017. Zadavatel zde mimo jiného konstatoval, že v rámci posouzení důvodů dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona není rozhodné, že realizace veřejné zakázky „Oddychové a relaxační centrum a Doplnění parkovacích ploch a technické infrastruktury“ proběhla dříve než v posledních 3 letech od zahájení předmětného zadávacího řízení, jelikož některé vady plnění se neprojeví při předání díla, ale až v průběhu následujících let, a to v závislosti na charakteru vad.
125. Zadávací řízení šetřené veřejné zakázky bylo zahájeno na základě výzvy k podání nabídek ze dne 23. 2. 2017. S ohledem na znění § 48 odst. 5 písm. d) zákona má Úřad za to, že aplikace předmětného ustanovení je možná za podmínky, že se účastník zadávacího řízení dopustil v posledních 3 letech ode dne 23. 2. 2017 závažných nebo dlouhodobých pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu se zadavatelem zadávané veřejné zakázky, nebo s jiným veřejným zadavatelem. Z výše uvedeného je zřejmé, že závažná či dlouhodobá pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu se zadavatelem nebo jiným veřejným zadavatelem by musela nastat v období od 23. 2. 2014 do 23. 2. 2017.
126. Smlouva na plnění veřejné zakázky „Oddychové a relaxační centrum a Doplnění parkovacích ploch a technické infrastruktury“, při němž se dle tvrzení zadavatele měl navrhovatel dopustit pochybení, byla uzavřena dne 23. 12. 2010. Přejímací řízení k „Doplnění parkovacích ploch a technické infrastruktury“ bylo skončeno dne 10. 9. 2011. Přejímací řízení k „Oddychovému a relaxačnímu centru“ a k „Doplnění parkovacích ploch a technické infrastruktury“ bylo skončeno dne 30. 9. 2012. Z posledně uvedeného tedy vyplývá, že termín ukončení plnění nespadá do období 3 let od zahájení šetřené zadávacího řízení. Úřad je tedy toho názoru, že ani tato podmínka aplikace § 48 odst. 5 písm. d) zákona by nebyla ze strany zadavatele splněna, neboť i pokud by došlo při plnění veřejné zakázky „Oddychové a relaxační centrum a Doplnění parkovacích ploch a technické infrastruktury“ k závažným nebo dlouhodobým pochybením, uběhla by již doba tří let, ve které by zadavatel mohl tento důvod pro vyloučení navrhovatele uplatnit. V této souvislosti Úřad dodává, že není přípustné, aby zadavatel uměle prodlužoval zákonem stanovené 3leté období s odkazem na vady, které se projeví po převzetí díla či s odkazem na poskytnutou záruční dobu, jelikož tato v mnohých případech mnohonásobně překračuje období 3 let a není možné v zadávacím řízení nastavovat při aplikaci dotčeného ustanovení zákona podmínky přísnější, než zákon ukládá. Podstatné totiž je, že případného pochybení by se dodavatel dopustil nikoliv při uplatnění reklamaci v záruční době, ale již při samotném plnění předmětu veřejné zakázky (o této právní konstrukci svědčí i formulace „pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu se zadavatelem zadávané veřejné zakázky, nebo s jiným veřejným

*zadavatelem, která vedla k vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím“).*

127. Ve světle shora popsanych skutečností tak Úřad uzavírá, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky taktéž nedodržel postup stanovený v § 48 odst. 5 písm. d) zákona, když z účasti v zadávacím řízení vyloučil navrhovatele, aniž by prokázal, že se navrhovatel dopustil v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení závažných nebo dlouhodobých pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu se zadavatelem zadávané veřejné zakázky, nebo s jiným veřejným zadavatelem, která vedla k vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím.
128. Na základě všech shora uvedených skutečností Úřad konstatuje, že zadavatel při zadávání nedodržel postup stanovený v
- ustanovení § 48 odst. 4 zákona v návaznosti na ustanovení § 6 odst. 1 zákona tím, že vyloučil navrhovatele z důvodu, že nezdůvodnil mimořádně nízkou nabídkovou cenu, když se pouze odvolával na ceny poddodavatelů a tyto řádně nevysvětlil nebo nedoložil jejich prohlášením, přičemž zadavatel v „ŽÁDOSTI O PÍSEMNÉ ZDŮVODNĚNÍ ZPŮSOBU STANOVENÍ MIMOŘÁDNĚ NÍZKÉ NABÍDKOVÉ CENY A O OBJASNĚNÍ INFORMACÍ A ÚDAJŮ UVEDENÝCH V NABÍDCE“ ze dne 5. 5. 2017 a „ŽÁDOSTI O PÍSEMNÉ ZDŮVODNĚNÍ ZPŮSOBU STANOVENÍ MIMOŘÁDNĚ NÍZKÉ NABÍDKOVÉ CENY II.“ ze dne 26. 5. 2017 dostatečně nespecifikoval, jakým způsobem má být tato mimořádně nízká nabídková cena odůvodněna, čímž porušil zásadu transparentnosti,
  - ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona tím, že vyloučil navrhovatele pro nezpůsobilost, když neprokázal, že se navrhovatel dopustil v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení výše uvedeného pochybení, případně jiných závažných nebo dlouhodobých pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu se zadavatelem zadávané veřejné zakázky, nebo s jiným veřejným zadavatelem, která vedla k vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím.
129. Výše uvedený postup zadavatele přitom mohl s ohledem na stanovený způsob hodnocení nabídek, kdy zadavatel pro hodnocení nabídek stanovil tři dílčí hodnotící kritéria, a to celkovou nabídkovou cenu s váhou 60 %, dobu realizace díla s váhou 5 % a záruční podmínky s váhou 35 %, ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť vzhledem k navrhovatelem nabízeným hodnotám nabídka navrhovatele mohla být vyhodnocena jako ekonomicky nejvýhodnější, přičemž dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Proto Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. rozhodnutí.

#### **K dalším namítaným skutečnostem**

130. Úřad na tomto místě v první řadě konstatuje, že s ohledem na skutečnost, že z předložené dokumentace o zadávacím řízení zjistil, že zadavatel nepostupoval při vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení v souladu se zákonem (viz výrok I. tohoto rozhodnutí), v důsledku čehož Úřad zrušil úkony zadavatele spočívající v „ŽÁDOSTI O PÍSEMNÉ ZDŮVODNĚNÍ ZPŮSOBU STANOVENÍ MIMOŘÁDNĚ NÍZKÉ NABÍDKOVÉ CENY A O OBJASNĚNÍ INFORMACÍ A ÚDAJŮ UVEDENÝCH V NABÍDCE“ ze dne 5. 5. 2017 a současně všechny následné úkony

zadavatele učiněné v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, a to včetně rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení ze dne 19. 6. 2017 a rozhodnutí o výběru dodavatele ze dne 19. 6. 2017 (v podrobnostech viz dále), považuje za nadbytečné zabývat se ostatními argumenty navrhovatele. Úřad má za to, že šetření dalších skutečností uvedených v návrhu by nemohlo mít na výsledek rozhodnutí Úřadu, tj. na to, že zadavatel vyloučil navrhovatele v rozporu se zákonem, důsledkem čehož je přijetí nápravného opatření dle § 263 odst. 2 zákona – zrušení jednotlivých úkonů zadavatele, vliv. Úřad tak postupuje v souladu s konstantní rozhodovací praxí, dle níž zkoumání dalších důvodů pro uložení nápravného opatření je nadbytečné, existuje-li alespoň jeden oprávněný důvod. Takový postup v rámci přezkumu je nejen v souladu s rozhodovací praxí Úřadu a správních soudů, ale je zejména v souladu se zásadou procesní ekonomie. Je neúčelné, aby se Úřad věcně zabýval všemi důvody pro uložení nápravného opatření a k prokázání či vyvrácení jejich existence prováděl rozsáhlé dokazování, jež neúměrně zatíží účastníky řízení i Úřad a případně též nedůvodně pozdrží průběh zadávacího řízení. Pokud tedy Úřad dospěje k závěru, že alespoň jeden důvod pro uložení nápravného opatření existoval, je zkoumání existence dalších důvodů, jež by případně vedly k přijetí téhož nápravného opatření, nadbytečné.

#### **K uložení nápravného opatření**

131. Podle § 263 odst. 2 zákona nedodrží-li zadavatel pravidla stanovená pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postup podle části šesté, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.
132. Při rozhodování o uložení nápravného opatření podle § 263 odst. 2 zákona je Úřad povinen na základě zjištěných skutečností uvážit, jaké nápravné opatření má zvolit k dosažení nápravy protiprávního stavu při respektování základních zásad procesu zadávání, tj. zásady transparentnosti, přiměřenosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
133. Úřad ve výroku I. tohoto rozhodnutí konstatoval, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v
  - ustanovení § 48 odst. 4 zákona v návaznosti na ustanovení § 6 odst. 1 zákona tím, že vyloučil navrhovatele z důvodu, že nezdůvodnil mimořádně nízkou nabídkovou cenu, když se pouze odvolával na ceny poddodavatelů a tyto řádně nevysvětlil nebo nedoložil jejich prohlášením, přičemž zadavatel v „ŽÁDOSTI O PÍSEMNÉ ZDŮVODNĚNÍ ZPŮSOBU STANOVENÍ MIMOŘÁDNĚ NÍZKÉ NABÍDKOVÉ CENY A O OBJASNĚNÍ INFORMACÍ A ÚDAJŮ UVEDENÝCH V NABÍDCE“ ze dne 5. 5. 2017 a „ŽÁDOSTI O PÍSEMNÉ ZDŮVODNĚNÍ ZPŮSOBU STANOVENÍ MIMOŘÁDNĚ NÍZKÉ NABÍDKOVÉ CENY II.“ ze dne 26. 5. 2017 dostatečně nespecifikoval, jakým způsobem má být tato mimořádně nízká nabídková cena odůvodněna, čímž porušil zásadu transparentnosti,
  - ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona tím, že vyloučil navrhovatele pro nezpůsobilost, když neprokázal, že se navrhovatel dopustil v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení výše uvedeného pochybení, případně jiných závažných nebo dlouhodobých pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu se zadavatelem zadávané veřejné zakázky, nebo s jiným veřejným zadavatelem,

kteřá vedla k vzniku škody, předčasněmu ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím,

přičemž tento postup mohl ovlivnit výběř dodavatele, a dosud nedošlo k uzavřění smlouvy.

134. Úřad dále uvádí, že při rozhodování podle § 263 odst. 2 zákona je povinen na základě zjištěných skutečností uvážit, jaké nápravné opatřění má zvolit k dosažení nápravy stavu. Vzhledem k tomu, že se zadavatel dopustil svého pochybení v průběhu zadávacího řízení a tento postup mohl mít vliv na výběř nejhodnější nabídky, přičemž nedošlo k uzavřění smlouvy, zrušil Úřad úkony zadavatele spočívající v „ŽÁDOSTI O PÍSEMNÉ ZDŮVODNĚNÍ ZPŮSOBU STANOVENÍ MIMORÁDNĚ NÍZKÉ NABÍDKOVÉ CENY A O OBJASNĚNÍ INFORMACÍ A ÚDAJŮ UVEDENÝCH V NABÍDCE“ ze dne 5. 5. 2017 a současně všechny následné úkony zadavatele učiněné v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, a to včetně rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele ze dne 19. 6. 2017 a rozhodnutí o výběř dodavatele ze dne 19. 6. 2017.
135. S ohledem na výše uvedené skutečnosti rozhodl Úřad o uložení nápravného opatřění tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

#### **K zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení**

136. Podle § 263 odst. 8 zákona ukládá-li Úřad nápravné opatřění s výjimkou zákazu plnění smlouvy, zakáže zároveň zadavateli až do pravomocného skončení řízení uzavřít v zadávacím řízení smlouvu; rozklad proti tomuto výroku nemá odkladný účinek.
137. Výše citované ustanovení formuluje jako obligatorní součást rozhodnutí Úřadu o uložení nápravného opatřění (s výjimkou zákazu plnění smlouvy) rovněž výrok o tom, že zadavatel až do pravomocného skončení správního řízení nesmí uzavřít smlouvu v zadávacím řízení, přičemž tento výrok je účinný dnem vydání rozhodnutí, a tedy je účinný i u nepravomocného rozhodnutí. Tento zákaz uzavřít smlouvu se ukládá z důvodu, aby se zadavatel nemohl vyhnout splnění uloženého nápravného opatřění uzavřím smlouvy ještě před nabytím právní moci rozhodnutí.
138. Vzhledem k tomu, že Úřad tímto rozhodnutím ve výroku II. uložil nápravné opatřění spočívající ve zrušení úkonů zadavatele spočívajících v „ŽÁDOSTI O PÍSEMNÉ ZDŮVODNĚNÍ ZPŮSOBU STANOVENÍ MIMORÁDNĚ NÍZKÉ NABÍDKOVÉ CENY A O OBJASNĚNÍ INFORMACÍ A ÚDAJŮ UVEDENÝCH V NABÍDCE“ ze dne 5. 5. 2017 a současně všechny následné úkony zadavatele učiněné v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, a to včetně rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení ze dne 19. 6. 2017 a rozhodnutí o výběř dodavatele ze dne 19. 6. 2017, zakázal zároveň ve výroku III. tohoto rozhodnutí zadavateli až do pravomocného skončení tohoto správního řízení uzavřít v zadávacím řízení smlouvu na veřejnou zakázku.

#### **K uložení úhrady nákladů řízení**

139. Podle § 266 odst. 1 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu, kterým se ukládá nápravné opatřění nebo zákaz plnění smlouvy, též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení. Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví Ministerstvo pro místní rozvoj vyhláškou. Příslušná vyhláška č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, stanoví v § 1, že paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, kterou je povinen

zadavatel uhradit v případě, že Úřad rozhodl o uložení nápravného opatření nebo zákazu plnění smlouvy, činí 30 000 Kč.

140. Vzhledem k tomu, že Úřad tímto rozhodnutím ve výroku II. uložil zadavateli nápravné opatření, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku IV. tohoto rozhodnutí.
141. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2017000301.

## POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad proti výroku I., II. a IV. tohoto rozhodnutí má odkladný účinek. Včas podaný rozklad proti výroku III. tohoto rozhodnutí nemá podle § 263 odst. 8 zákona odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona činí výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.  
místopředseda

### Obdrží

1. CHOMUTOVSKÁ BYTOVÁ a.s., Křížíkova 1098/6, 430 01 Chomutov
2. Stavební a obchodní společnost Most spol. s r.o., Obrnice 10, 435 21 Obrnice

### Vypraveno dne

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