



UOHSX00EJS54

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0018/2021/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-09045/2021/162/PJe

Brno 15.03.2021

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 15. 1. 2021, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, jež podal zadavatel –

- **Všeobecná zdravotní pojišťovna České republiky**, IČO 41197518, se sídlem Orlická 2020/4, 130 00 Praha 3,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0474/2020/VZ, č. j. ÚOHS-00164/2021/500/ISO ze dne 4. 1. 2021, vydanému ve věci možného spáchání přestupků podle § 268 odst. 1 písm. a) a b) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů zadavatelem v souvislosti se zadáváním veřejné zakázky s názvem „**Zajištění reklamních, kreativních a grafických služeb**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 5. 3. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 9. 3. 2020 pod ev. č. Z2020-008371, ve znění oprav uveřejněných dne 6. 4. 2020, 23. 4. 2020 a 4. 5. 2020, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 10. 3. 2020 pod ev. č. 2020/S 049-116387, ve znění oprav uveřejněných dne 7. 4. 2020, 23. 4. 2020 a 5. 5. 2020,

jsem podle § 257 písm. f) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů ve spojení s § 152 odst. 6 písm. a), § 152 odst. 5 a § 90 odst. 1 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0474/2020/VZ, č. j. ÚOHS-00164/2021/500/ISo ze dne 4. 1. 2021

r u š í m

a správní řízení vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0474/2020/VZ, zahájené z moci úřední ve věci možného spáchání přestupků v souvislosti se zadáváním veřejné zakázky s názvem „Zajištění reklamních, kreativních a grafických služeb“ v otevřeném řízení,

a to přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, kterého se měl zadavatel dopustit tím, že údajně porušil pravidlo pro zadávání veřejných zakázek stanovené v § 113 odst. 1 citovaného zákona ve spojení se zásadou transparentnosti stanovenou v § 6 odst. 1 citovaného zákona, když na základě obdržených námitek, jež směřovaly proti posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného dodavatele, netransparentním způsobem odůvodnil posouzení, zda nabídka vybraného dodavatele neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, čímž se úkony zadavatele v souvislosti s posouzením mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného dodavatele údajně staly netransparentními, přičemž uvedený postup mohl ovlivnit výběr dodavatele, načež zadavatel uzavřel s vybraným dodavatelem McCANN-ERICKSON PRAGUE spol. s r.o., INTERNATIONAL ADVERTISING AGENCY, IČO 17046041, se sídlem Riegrovy sady 28, 120 00 Praha 2 rámcovou dohodu,

jakož i přestupku podle § 268 odst. 1 písm. b) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, kterého se měl zadavatel dopustit tím, že údajně porušil pravidlo stanovené v ustanovení § 115 odst. 1 písm. a) citovaného zákona ve spojení se zásadou transparentnosti stanovenou v § 6 odst. 1 citovaného zákona, když v zadávací dokumentaci nespécifikoval dostatečně konkrétně dílčí kritérium hodnocení „Návrh přípravy, organizace a realizace eventové aktivity“, neboť neuvedl jednoznačnou definici, resp. preference jím požadovaného scénáře vzorové akce, na jejichž základě následně měly být obdržené návrhy v nabídkách účastníků řízení hodnoceny, čímž údajně stanovil zadávací podmínky v rozporu se zákonem, načež uzavřel s vybraným dodavatelem McCANN-ERICKSON PRAGUE spol. s r.o., INTERNATIONAL ADVERTISING AGENCY, IČO 17046041, se sídlem Riegrovy sady 28, 120 00 Praha 2 rámcovou dohodu,

z a s t a v u j i,

neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení sankce podle § 268 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů.

ODŮVODNĚNÍ

- I. Zadávací řízení a správní řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže**
1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jako orgán příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů

(dále jen „**zákon**“)¹ k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu, a pro zvláštní postupy podle části šesté zákona, obdržel dne 8. 9. 2020 podnět k přezkoumání postupu zadavatele - Všeobecná zdravotní pojišťovna České republiky, IČO 41197518, se sídlem Orlická 2020/4, 130 00 Praha 3 (dále jen „**zadavatel**“) při zadávání veřejné zakázky s názvem „Zajištění reklamních, kreativních a grafických služeb“ v otevřeném řízení zahájeném dne 5. 3. 2020, jehož oznámení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 9. 3. 2020 pod ev. č. Z2020-008371, ve znění oprav ze dne 6. 4. 2020, 23. 4. 2020 a 4. 5. 2020, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 10. 3. 2020 pod ev. č. 2020/S 049-116387, ve znění oprav ze dne 7. 4. 2020, 23. 4. 2020 a 5. 5. 2020 (dále jen „**veřejná zakázka**“).

2. Z podkladů předložených zadavatelem získal Úřad pochybnosti, zda zadavatel postupoval při zadávání veřejné zakázky v souladu se zákonem, a tudíž přistoupil k zahájení řízení o přestupcích zadavatele z moci úřední. Zahájení tohoto správního řízení oznámil Úřad zadavateli přípisem č. j. ÚOHS-36227/2020/542/MKd ze dne 12. 11. 2020. Předmětné oznámení bylo zadavateli doručeno téhož dne, a tímto dnem bylo podle § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) v návaznosti na § 249 zákona a § 78 odst. 2 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon o přestupcích**“) zahájeno řízení o přestupcích zadavatele z moci úřední.

II. Napadené rozhodnutí

3. Dne 4. 1. 2021 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0474/2020/VZ č. j. ÚOHS-00164/2021/500/ISo (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), jehož výrokem I. rozhodl o tom, že se zadavatel při zadávání veřejné zakázky dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že porušil pravidlo pro zadávání veřejných zakázek stanovené v § 113 odst. 1 zákona ve spojení se zásadou transparentnosti stanovenou v § 6 odst. 1 zákona, když na základě obdržených námitek, jež směřovaly proti posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného dodavatele McCANN-ERICKSON PRAGUE spol. s r.o., INTERNATIONAL ADVERTISING AGENCY, IČO 17046041, se sídlem Riegrovy sady 28, 120 00 Praha 2 (dále jen „**vybraný dodavatel**“), netransparentním způsobem odůvodnil posouzení, zda nabídka vybraného dodavatele neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, čímž se úkony zadavatele v souvislosti s posouzením mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného dodavatele staly netransparentními, přičemž uvedený postup mohl ovlivnit výběr dodavatele, a dne 5. 10. 2020 uzavřel zadavatel s vybraným dodavatelem rámcovou dohodu o poskytování reklamních, kreativních a grafických služeb (dále jen „**rámcová dohoda**“).
4. V rámci odůvodnění tohoto výroku napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že pokud zadavatel ve svém rozhodnutí o námitkách účastníka YOUNG & RUBICAM Praha s.r.o., IČO 26133113, se sídlem Nádražní 762, 150 00 Praha (dále jen „**účastník YOUNG & RUBICAM**“) ze dne 26. 8. 2020, uvedl, že cenu vybraného dodavatele nepovažuje za mimořádně nízkou s odůvodněním, že ceny jednotlivých pracovních pozic v nabídce vybraného dodavatele byly vyšší než ceny zadavatelem předpokládané, mohlo se toto jeho tvrzení prokazatelně týkat

¹ Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení, v daném případě ve smyslu ustanovení § 56 odst. 1 zákona

pouze sedmi pracovních pozic. U dalších dvou pracovních pozic dle Úřadu z dostupných podkladů nevyplývá, že by v jejich případě zadavatel skutečně porovnání předpokládaných cen s cenami vybraného dodavatele provedl, neboť kdyby tak učinil, nemohl by uzavřít, že ceny vybraného dodavatele byly vyšší. V případě dalších čtyř pracovních pozic podle Úřadu nevyplývá z dokumentace o zadávacím řízení na veřejnou zakázku ani z vyjádření zadavatele, že se v jejich případě porovnáním cen předpokládaných a cen vybraného dodavatele zabýval, případně na základě jakých skutečností dospěl k závěru, že ceny vybraného dodavatele jsou vyšší než ceny předpokládané.

5. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl o tom, že se zadavatel při zadávání veřejné zakázky dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. b) zákona tím, že porušil pravidlo stanovené v § 115 odst. 1 písm. a) zákona ve spojení se zásadou transparentnosti stanovenou v § 6 odst. 1 zákona, když v zadávací dokumentaci nespecifikoval dostatečně konkrétně dílčí kritérium hodnocení „Návrh přípravy, organizace a realizace eventové aktivity“, neboť neuvedl jednoznačnou definici, resp. preference jím požadovaného scénáře vzorové akce, na jejichž základě následně měly být obdržené návrhy v nabídkách účastníků řízení hodnoceny, čímž stanovil zadávací podmínky v rozporu se zákonem, a dne 5. 10. 2020 uzavřel s vybraným dodavatelem rámcovou dohodu.
6. Z odůvodnění tohoto výroku napadeného rozhodnutí vyplývá, že spornou otázkou šetřené věci byl požadavek zadavatele na předložení „scénáře vzorové akce“. Dle Úřadu platí, že pokud bylo cílem zadavatele, aby uchazeči o veřejnou zakázku ve svých nabídkách rozpracovali scénář vzorových akcí ve formě časového harmonogramu s podrobným popisem průběhu vzorových akcí (jak zadavatel naznačil ve svém rozhodnutí o námitkách účastníka YOUNG & RUBICAM), nic mu dle názoru Úřadu nebránilo v tom, aby tento požadavek do zadávací dokumentace pro vyloučení všech pochybností zakomponoval, a to v podrobnostech, které byly pro jeho potřeby žádoucí. Z obsahu zadávací dokumentace, kterou měli uchazeči při zpracování nabídek k dispozici, však nelze dle přesvědčení Úřadu jednoznačně dovodit, „co“ konkrétně měli dodavatelé zadavateli nabídnout, aby mohli obdržet více bodů než jejich konkurenti v soutěži o veřejnou zakázku.
7. Za spáchání těchto přestupků Úřad výrokem III. napadeného rozhodnutí uložil zadavateli podle § 268 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 150 000 Kč.
8. Současně Úřad zadavateli výrokem IV. napadeného rozhodnutí uložil podle § 95 odst. 1 zákona o přestupcích v návaznosti na § 79 odst. 5 správního řádu a § 6 odst. 1 vyhlášky č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výtěžku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení, uhradit náklady řízení ve výši 1 000 Kč.

III. Rozklad zadavatele

9. Proti napadenému rozhodnutí podal zadavatel rozklad, který byl Úřadu doručen dne 15. 1. 2021. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 4. 1. 2021. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.

Námitky rozkladu

10. Z rozkladu vyplývá přesvědčení zadavatele o tom, že v rámci svého rozhodnutí o námitkách ze dne 26. 8. 2020 řádně a dostatečně srozumitelně odůvodnil, proč odmítá účastníka

YOUNG & RUBICAM ohledně nedostatečnosti postupů hodnotící komise v souvislosti s posouzením nabídkových cen z hlediska možné existence mimořádně nízké nabídkové ceny.

11. Zadavatel je přesvědčen, že pro pochybnosti o reálnosti nabídkové ceny vybraného dodavatele nebyl dán důvod, tudíž neexistoval ani důvod pro jeho vyloučení a postup zadavatele nemohl ovlivnit výběr dodavatele. Zadavatel v této souvislosti na podporu své argumentace odkazuje na konkrétní předchozí rozhodnutí Úřadu a dále rozvádí svá tvrzení, uvedená ve svém vyjádření ze dne 8. 12. 2020.
12. Dále se zadavatel vymezuje vůči konkrétním bodům napadeného rozhodnutí v souvislosti s přestupkem dle výroku II. napadeného rozhodnutí. Uvádí definici pojmu „scénář“, s jejíž pomocí se snaží vyvrátit odůvodnění napadeného rozhodnutí v tom smyslu, že jím vymezené požadavky v rámci dotčeného hodnotícího kritéria byly stanoveny jasně a srozumitelně.
13. Zadavatel ve svém rozkladu také uvádí, že pokud bylo cílem zadávacího řízení pro veřejnou zakázku nalézt vhodného dodavatele s dostatečně kreativním potenciálem, musely mu zadávací podmínky poskytovat určitou volnost pro projevení takové tvořivosti. Zadavatel tedy nemohl dodavatele svazovat příliš konkrétními požadavky, nýbrž vymezit pouze dostatečně zřetelný rámec pro jejich působnost.
14. Závěrem v této souvislosti zadavatel v rozkladu tvrdí, že každá nulově ohodnocená nabídka byla specifická a důvody pro neudělení bodů se vzájemně lišily. To však podle zadavatele není důvod považovat zadávací podmínky za nejednoznačné.

Závěr rozkladu

15. Závěrem rozkladu zadavatel vyjadřuje své přesvědčení o zákonnosti vlastních postupů při zadávání veřejné zakázky a tvrdí, že se přestupků dle výroku I. a II. napadeného rozhodnutí nedopustil.

IV. Řízení o rozkladu

16. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup dle § 87 správního řádu a podle § 88 odst. 1 téhož právního předpisu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

17. Po projednání rozkladu a veškerého souvisejícího spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech předseda Úřadu ve smyslu § 98 odst. 1 zákona o přestupcích, přezkoumal správnost a zákonnost napadeného rozhodnutí a správního řízení, které jeho vydání předcházelo, v celém rozsahu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
18. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je shora uvedeno, nerozhodl v souladu se zákonem, neboť v šetřeném případě nejsou dány důvody pro uložení sankce dle výroku III. napadeného rozhodnutí, protože ke spáchání přestupků, uvedených ve výrocích I. a II. napadeného rozhodnutí, ze strany zadavatele nedošlo.

19. V důsledku tohoto zjištění předseda Úřadu přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí v celém jeho rozsahu. S ohledem na to, že předmětem správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele zahájeného z moci úřední byl výhradně přezkum postupů specifikovaných ve výrocích I. a II. napadeného rozhodnutí v souvislosti s tam označenými pochybeními, přistoupil předseda Úřadu rovněž k zastavení správního řízení v souladu s níže uvedeným odůvodněním.

V. Ke zrušení výroku I. napadeného rozhodnutí

20. Při posouzení postupů zadavatele souvisejících s institutem mimořádně nízké nabídkové ceny dle § 28 odst. 1 písm. o) zákona vycházel předseda Úřadu z dnes již jednoznačně ustálené rozhodovací praxe Úřadu i správních soudů a shledal, že Úřad při vydání napadeného rozhodnutí již překročil hranici své pravomoci v této oblasti, neboť tím, že vyřkl výrok I. napadeného rozhodnutí, přiznal zásadě transparentnosti postavení, které jí s ohledem na konkrétní okolnosti šetřeného případu nepříslušelo.
21. Již Vrchní soud v Olomouci ve svém rozsudku ve věci č. j. 2 A 9/2000-48 ze dne 1. 2. 2001² konstatoval, že účinná kontrola postupu zadavatele ze strany Úřadu předpokládá rovněž posouzení zdůvodnění rozhodnutí o vyřazení nebo naopak ponechání nabídky s mimořádně nízkou cenou. Na závěry tohoto rozsudku dále navázal např. rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 11/2009-46 ze dne 2. 9. 2010, z něhož vyplývá, že taková kontrola „*nutně zahrnuje i posouzení samotné otázky, zda konkrétní nabídkovou cenu bylo důvodu považovat za mimořádně nízkou nabídkovou cenu*“ s tím, že při přezkumu zákonnosti postupu zadavatele, resp. hodnotící komise, ve vztahu k mimořádně nízké nabídkové ceně nemůže jít „*o posouzení myšlenkových pochodů členů hodnotící komise, nýbrž o objektivní posouzení, zda bylo důvodu, aby tato komise ve vztahu ke konkrétní nabídce měla nabídkovou cenu posoudit jako mimořádně nízkou*“.
22. Ve vztahu k hodnocení nabídek přezkumná a rozhodovací pravomoc Úřadu tedy sahá pouze do úrovně těch činností zadavatele, „*které vytvářejí prostor pro fair podmínky pro účast uchazečů v soutěži, ale končí tam, kde nastupuje vlastní úvaha o tom, která nabídka splnila konkrétní kritérium a v jaké kvalitě. Nelze přezkoumávat úvahy členů hodnotící komise, neboť tím by se žalovaný ve svých důsledcích sám stylizoval do role zadavatele a určoval by, která nabídka má vyhovět zadaným kritériím a také v soutěži zvítězit*“ (bližze srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 A 9/2002-62, ze dne 16. 3. 2004 (dále jen „**rozsudek sp. zn. 2 A 9/2002**“). Obdobné závěry v souvislosti s institutem mimořádně nízké nabídkové ceny uvedl ve svém rozsudku č. j. 62 Af 10/2011-313, ze dne 3. 10. 2013 i Krajský soud v Brně s tím, že „*posouzení toho, zda nabídka obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, resp. zda případné zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny je opodstatněné či nikoliv, je plně v kompetenci hodnotící komise, nicméně zároveň platí, že žalovaný podrobuje kontrole postupy, ať již hodnotící komise či zadavatele v tom smyslu, zda tyto byly činěny dle zákona*“.

² Ačkoli byly rozsudky, na které předseda Úřadu v tomto rozhodnutí o rozkladu odkazuje, vydány v souvislosti s aplikací zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, resp. zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů je předseda Úřadu přesvědčen, že jejich závěry je možné vztáhnout i na nyní šetřenou věc, neboť zákonná úprava pro tuto věc relevantních aspektů institutu mimořádně nízké ceny a míry ingerence Úřadu do myšlenkových pochodů členů hodnotících komisí nedoznala v této souvislosti změn.

23. Ačkoli tedy platí, že postup hodnotící komise při posuzování otázky, zda určitá nabídková cena je, či není mimořádně nízká ve smyslu § 28 odst. 1 písm. o) zákona, nutně musí podléhat smysluplné a efektivní kontrole ze strany Úřadu (blíže srov. rozsudek Krajského soudu č. j. 62 Af 88/2012-75 ze dne 21. 11. 2013 (dále jen „**rozsudek sp. zn. 62 Af 88/2012**“), nesmí se Úřad dostat do pozice, že by v rámci svého přezkumu přebíral odpovědnost za výběr nejvhodnější nabídky. Není tedy oprávněn přezkoumávat závěr zadavatele o tom, že určitá nabídková cena je, či není podle jeho názoru mimořádně nízká.
24. Předseda Úřadu je přesvědčen, že závěry napadeného rozhodnutí takovouto požadovanou smysluplnou a efektivní kontrolu nepředstavují, neboť podrobují úvahy zadavatele, resp. hodnotící komise, takovému přezkumu, který překračuje rámec kontroly prostoru pro fair podmínky pro účast uchazečů v soutěži a zabíhá až do úvah, jakým způsobem měla být nabídková cena vybraného dodavatele z hlediska možné existence mimořádně nízké nabídkové ceny posouzena, což je ve smyslu shora nastíněné ustálené rozhodovací praxe správních soudů vyloučeno.
25. V šetřeném případě představovaly prvotní signál o možné existenci mimořádně nízké nabídkové ceny samotné nabídkové ceny sedmi účastníků zadávacího řízení. Z protokolu o hodnocení nabídek ze dne 29. 5. 2020 (dále jen „**protokol**“) v této souvislosti vyplývá, že členové hodnotící komise „*důkladně posoudili nabídky z hlediska institutu mimořádně nízké nabídkové ceny, kde podrobně zohlednili všechny nabídkové ceny vč. cen jednotlivých položek Přílohy č. 2 zadávací dokumentace ve vztahu k předmětu plnění veřejné zakázky a dospěli k názoru, že žádná nabídka neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu*“ (blíže srov. část VI. protokolu).
26. Z uvedeného je patrné, že na základě tohoto posouzení, tedy na základě rozptylu jednotlivých nabídkových cen a jejich vztahu k předmětu veřejné zakázky, zadavatel nepojal podezření, že by některá z nich mohla být mimořádně nízká. Takový záznam dotčených postupů hodnotící komise pokládá předseda Úřadu za dostatečný, neboť jak vyplývá z judikatury správních soudů, posouzení nabídkových cen z hlediska případné existence mimořádně nízké nabídkové ceny sice představuje obligatorní součást procesu posouzení nabídek podaných do zadávacího řízení, nicméně povinnost věcně se vyjádřit k důvodům, proč zadavatel žádnou nebo jen určitou nabídkovou cenu nepovažuje za mimořádně nízkou, vzniká až tehdy, pokud např. některý účastník zadávacího řízení či člen hodnotící komise na možnost mimořádně nízké nabídkové ceny v průběhu zadávacího řízení upozorní (blíže srov. např. rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 29 Af 23/2017-51 ze dne 20. 2. 2019 či rozsudek sp. zn. 62 Af 88/2012).
27. Tak tomu bylo i v šetřeném případě, kdy se první výhrady vůči nabídkové ceně vybraného dodavatele, jakožto potenciálně mimořádně nízké, projeví až ve fázi námitek proti výběru nejvhodnější nabídky.
28. V prvé řadě dává předseda Úřadu za pravdu zadavateli, pokud tvrdí, že s ohledem na povahu námitek účastníka YOUNG & RUBICAM ve vztahu k otázce mimořádně nízké nabídkové ceny bylo jeho rozhodnutí o námitkách odůvodněno dostatečně. V této souvislosti předseda Úřadu předepisuje, že právě rozhodnutí o námitkách společně s protokolem tvoří v rámci dokumentace o zadávacím řízení pro šetřenou veřejnou zakázku podklady týkající

se posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny, a proto pokládá za důležité se k němu podrobněji vyjádřit.

29. Za podstatnou okolnost předseda Úřadu chápe právě samotný charakter dotčených námitek, neboť pro dovození navazující povinnosti zadavatele námitky věcně vypořádávat, resp. pro posouzení míry podrobnosti a konkrétnosti odůvodnění rozhodnutí o námitkách, je třeba, aby se Úřad zabýval obsahem námitek a obsahem rozhodnutí o nich z toho pohledu, zda námitky byly podány s dostatečně konkrétním a srozumitelným zdůvodněním, zda rozhodnutí o námitkách materiálně vyčerpalo veškerý předmět námitek, zda důvody podávané z rozhodnutí o námitkách jsou podány srozumitelně a vzájemně konzistentně, a zda odpovídají zjištěním, která zadavatel v dostatečné míře, jež odpovídala konkrétnosti námitkových argumentů a okolnostem podání nabídek, učinil (blíže srov. rozsudek 62 Af 88/2012).
30. Účastník YOUNG & RUBICAM ve svých námitkách uvedl, že zadavatel neprovedl posouzení z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče. Na tuto námitku reagoval zadavatel tak, že ji odmítl s odůvodněním, že členové hodnotící komise důkladně posoudili nabídky z hlediska institutu mimořádně nízké nabídkové ceny, podrobně zohlednili všechny nabídkové ceny ve vztahu k předmětu plnění veřejné zakázky, přičemž odkázal na protokol, v němž je tento postup hodnotící komise zachycen. Tomuto odůvodnění předseda Úřadu nemůže ničeho vytknout, neboť z protokolu opravdu vyplývá, že hodnotící komise toto posouzení tímto způsobem provedla.
31. Dále účastník YOUNG & RUBICAM ve svých námitkách tvrdil, že nabídková cena vybraného účastníka tvoří pouze 78,24 % ceny nabídky účastníka, jehož nabídka byla druhá nejlevnější a zároveň tvoří 50,33 % a méně ceny nabídky tří účastníků zadávacího řízení, tedy poloviny ostatních účastníků řízení. V této souvislosti zadavatel ve svém rozhodnutí o námitkách uvedl, že komise posoudila nabídkovou cenu k předmětu veřejné zakázky, vycházela z předpokládaných hodnot hodinových sazeb u agenturních pozic a zjistila, že jednotlivé hodinové sazby u jednotlivých agenturních pozic vybraného dodavatele jsou vyšší než ceny předpokládaných hodinových sazeb. Z tohoto odůvodnění tedy vyplývá, že na rozdíl od účastníka YOUNG & RUBICAM zadavatel při posouzení nabídkových cen z hlediska možné existence mimořádně nízké nabídkové ceny nepovažoval za relevantní měřítko ostatní nabídkové ceny, ale předmět veřejné zakázky. Takový postup předseda Úřadu pokládá za souladný se zákonem, neboť poměr nabídkové ceny k předmětu veřejné zakázky je přímo pojmovým znakem nabídkové ceny coby mimořádně nízké dle zákonné definice uvedené v § 28 odst. 1 písm. o) zákona.
32. Předseda Úřadu tedy neshledává, že by se zadavatel dopustil pochybení, pokud se výslovně nevyjádřil k namítané procentuální odchylce nabídkové ceny vybraného dodavatele, neboť se jedná o podpůrnou námitku účastníka YOUNG & RUBICAM založenou na matematické operaci odvozené z rozptylu jednotlivých nabídkových cen, přičemž tento ukazatel (samotná existence rozptylu jednotlivých nabídkových cen) u zadavatele nezbudil podezření z možné existence mimořádně nízké nabídkové ceny, když prováděl posouzení nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky ve smyslu § 28 odst. 1 písm. o) zákona (jak vyplývá z části VI. protokolu). V této souvislosti předseda Úřadu pokládá za podstatné, že předmětem veřejné zakázky jsou služby, jejichž hodinová sazba může být v případě jednotlivých dodavatelů velmi rozdílná. Důsledkem je pak široký rozptyl

jednotlivých nabídkových cen, který může určitým způsobem vypovídací hodnotu obdobných procentuálních odchylek zkreslovat.

33. Dále účastník YOUNG & RUBICAM ve svých námitkách argumentoval nepřiměřenými náklady k provedení veřejné zakázky na straně vybraného dodavatele, což demonstroval na výpočtu jeho průměrné odměny ve výši 580,77 Kč/hod. a jejím srovnání s hodinovým nákladem vybraného dodavatele na jednoho zaměstnance ve výši 593,08 Kč odvozeného z účetní závěrky a výroční zprávy vybraného dodavatele za rok 2019. Tuto námitku zadavatel ve svém rozhodnutí o námitkách označil za spekulativní s odkazem na vlastní obchodní podmínky týkající se budoucího vztahu s poskytovatelem předmětu veřejné zakázky (a tvořící součást zadávacích podmínek pro veřejnou zakázku), které mu měly zaručovat, že v případě překročení stanoveného počtu hodin ze strany poskytovatele, nebude zadavatel povinen k úhradě těchto víceprací.
34. V tomto světle předseda Úřadu s ohledem na charakter souvisejících námitek účastníka YOUNG & RUBICAM uvádí, že shora citovaná odůvodnění odmítnutí námitek tohoto účastníka zadávacího řízení pokládá za dostatečná. Ve spojení s protokolem se tedy jedná o dostatečný záznam skutečností a od nich odvozených myšlenkových úvah zadavatele o tom, z jakého důvodu nepokládá nabídkovou cenu vybraného dodavatele za mimořádně nízkou.
35. Předseda Úřadu má tedy za to, že zásadě transparentnosti bylo v šetřeném případě učiněno zadost, pokud z protokolu vyplývá, že hodnotící komise nabídkové ceny z hlediska možné existence mimořádně nízké nabídkové ceny skutečně posoudila a pokud dále zadavatel k odmítnutí souvisejících námitek účastníka YOUNG & RUBICAM uvedl odůvodnění s ohledem na vztah nabídkové ceny vybraného dodavatele k předmětu veřejné zakázky, resp. k jeho předpokládané hodnotě.
36. Po zadavateli totiž nelze požadovat, aby ve správním řízení dokazoval, že nabídková cena určitého účastníka zadávacího řízení skutečně není mimořádně nízká, jak Úřad *de facto* požadoval v napadeném rozhodnutí. Jak ostatně vyplývá z legální definice tohoto institutu obsažené v § 28 odst. 1 písm. o) zákona, jedná se o kategorii značně subjektivní, neboť mimořádně nízkou je taková nabídková cena, která se jako taková zadavateli *jeví* ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. Jde tedy o institut v první řadě závislý na uvážení samotného zadavatele a sloužící zejména k ochraně jeho budoucí investice.
37. Předseda Úřadu je toho názoru, že pokud zadavatel ve svém rozhodnutí o námitkách logicky odůvodnil, proč pro něj nabídková cena vybraného dodavatele není mimořádně nízká, přičemž z tohoto rozhodnutí rovněž vyplývá, že si je zadavatel vědom i určitého rizika, nicméně s ohledem na obchodní podmínky budoucího obchodního vztahu s vybraným dodavatelem takové riziko nepokládá za reálné, jedná se o dostatečné zdůvodnění, byť by samotné odůvodnění mohlo být i preciznější.
38. Úřad však v bodě 70. odůvodnění napadeného rozhodnutí tyto důvody zadavatele rozporuje, neboť mu vytýká, že ačkoliv se zadavatel rozhodl poměřit nabídkovou cenu vybraného dodavatele s cenami předpokládanými, neprovedl toto posouzení důsledně, protože u některých položek předpokládanou cenu neznal a u jiných byla cena vybraného dodavatele nižší než cena předpokládaná. Z úvah v této části napadeného rozhodnutí je evidentní,

že Úřad přímo vstoupil do myšlenkových pochodů zadavatele a kritizoval jejich úplnost a logickou návaznost. To je činnost, která zůstává Úřadu zapovězena.

39. Pokud zadavatel svými postupy v zadávacím řízení, jakož i svými tvrzeními ve správním řízení předcházejícím vydání napadeného rozhodnutí dal najevo, že odchylka nabídkové ceny vybraného dodavatele od předpokládané hodnoty pro něj nepředstavuje takové riziko, aby tuto nabídkovou cenu pokládal za mimořádně nízkou se všemi důsledky takového závěru, nebyl Úřad oprávněn zasahovat do jeho postupů takovým způsobem, jak učinil v napadeném rozhodnutí. Pokud Úřad tímto způsobem postupoval, jedná se o překročení rámce přezkumné činnosti, který vymezuje judikatura uvedená v úvodu této části odůvodnění rozhodnutí o rozkladu.
40. Stejně tak, pokud zadavatel nedisponoval předpokládanými cenami všech jednotlivých pracovních pozic, ale jen cenami většiny z nich, a přesto posoudil nabídkovou cenu vybraného dodavatele metodou srovnání s předpokládanými cenami, jedná se stále o postup, který je na uvážení zadavatele. Tento závěr plně odpovídá faktu, že zadavatel nese riziko nikoliv řádného plnění smlouvy v případě, že je nabídková cena nepřiměřeně nízká. Nelze mu tedy vytýkat, že některé hodnoty ve své úvaze zanedbal.
41. Předseda Úřadu dále upozorňuje na určitý posun ve vnímání institutu mimořádně nízké nabídkové ceny, ke kterému došlo díky jeho nové konstrukci v zákoně (oproti zákonu č. 137/2006 Sb.). Vzhledem k tomu, že v souladu s § 48 odst. 4 zákona platí, že zadavatel může, ale také nemusí účastníka v případě nezdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny vyloučit (vyjma povinnosti vyloučení ve výjimečných případech dle § 113 odst. 6 zákona), je patrné, že zákon upřednostňuje odpovědnost samotného zadavatele za uzavření smlouvy za podmínek pro něj „rizikových“ či „podezřele výhodných“ před nezměnitelným následkem spočívajícím v nemožnosti takovou smlouvu uzavřít. Institut mimořádně nízké nabídkové ceny tak přestává být institutem chránícím rovným dílem zadavatele i ostatní dodavatele (blíže srov. rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 78/2016-383 ze dne 4. 11. 2016).
42. Zároveň platí, že Úřad není oprávněn taková rizika, která na sebe zadavatel případně bere, zvažovat, neboť by se opět jednalo o překročení jeho pravomoci. I v souvislosti s touto otázkou platí, že úkolem Úřadu je posouzení toliko zákonnosti postupu zadavatel při zadávání veřejné zakázky, tedy soulad jeho rozhodnutí s literou zákona. *„Jakkoli se může rozhodnutí zadavatele nebo jiný relevantní úkon jevit jako neefektivní či dokonce iracionální, orgán dohledu, stejně jako soud, nemohou tyto skutečnosti ve svém rozhodování zohlednit“* (blíže srov. rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 31 Ca 83/2004-36 ze dne 30. 5. 2005).
43. Pokud tedy ze všech okolností šetřeného případu vyplývá, že se zadavatel posouzením nabídkových cen z hlediska existence mimořádně nízké nabídkové ceny skutečně zabýval a s ohledem na námítky účastníka YOUNG & RUBICAM odůvodnil, proč nabídkovou cenu vybraného dodavatele nepovažoval za mimořádně nízkou nabídkovou cenu, bylo dle předsedy Úřadu požadavku na transparentnost těchto postupů zadavatele učiněno zadost. Není tedy možné souhlasit s výrokem I. napadeného rozhodnutí, dle něhož se měl zadavatel dopustit přestupku tím, že na základě námitek účastníka YOUNG & RUBICAM dostatečně transparentně neodůvodnil posouzení, zda nabídková cena vybraného dodavatele není mimořádně nízká, když z podkladů, v nichž jsou postupy zadavatele, resp. hodnotící komise, v souvislosti s posouzením nabídkových cen z hlediska § 113 odst. 1 zákona zachyceny, toto

odůvodnění vyplývá. Pokud Úřad dovodil netransparentnost těchto postupů zadavatele způsobem, popsáním v dotčené části odůvodnění napadeného rozhodnutí, jednalo se o překročení jeho pravomoci, neboť Úřad podrobil svému přezkumu takové závěry a důvody zadavatele, k jejichž přezkoumání není oprávněn.

44. Z tohoto důvodu předseda Úřadu přistoupil k zastavení správního řízení vedeného pod sp. zn. ÚOHS-S0474/2020/VZ v rozsahu výroku I. napadeného rozhodnutí, neboť nezjistil důvody pro uložení sankce.

VI. Ke zrušení výroku II. napadeného rozhodnutí

45. Další rozkladové námitky, uvedené v části II. rozkladu zadavatele se vztahují k posouzení hodnotícího kritéria s názvem „A3 – Návrh přípravy, organizace a realizace eventové aktivity“ (dále jen „**kritérium A3**“). Předseda Úřadu se s těmito námitkami v obecné rovině ztotožňuje potud, pokud se týkají srozumitelného a transparentního vymezení kritéria A3 v zadávací dokumentaci.
46. Ze zadávacích podmínek pro veřejnou zakázku totiž v první řadě jednoznačným způsobem vyplývá, **co** bude předmětem hodnocení – plán, resp. návrh eventových aktivit, sestavený účastníkem zadávacího řízení v souladu s požadavky zadavatele uvedenými v Příloze č. 1 zadávací dokumentace – Brief pro návrh marketingové komunikace 2020 – 2022 (dále jen „**Příloha č. 1**“), Úkol C: Návrhy eventových aktivit (Úřad cituje tuto část zadávací dokumentace v bodech 79. a 80. napadeného rozhodnutí).
47. Současně zadavatel pod písm. a) – d) kapitoly zadávací dokumentace s názvem „11.4 Kritérium hodnocení A3“ (blíže srov. strana 8 zadávací dokumentace) uvedl, **jak** bude požadované návrhy hodnotit, tzn. vymezil rozhodující vlastnosti těchto návrhů, jejichž naplnění bude hodnoceno nejlépe. Jedná se např. o srozumitelnost, schopnost přitáhnout pozornost klientů, komplexnost estetické úrovně návrhu, kvalitní technické a personální zajištění a potenciál komunikovat eventové aktivity prostřednictvím komunikačních webů a sociálních sítí. Úřad cituje předmětnou část zadávací dokumentace v bodu 79. napadeného rozhodnutí.
48. Předseda Úřadu je tedy přesvědčen, že hodnotící kritérium A3 bylo v zadávací dokumentaci pro veřejnou zakázku vymezeno plně v souladu s § 116 odst. 3 zákona, tedy dostatečně srozumitelně a jasně, přičemž takové vymezení umožňovalo podání porovnatelných nabídek a jejich následné hodnocení – tedy zaručovalo současně i zákonem požadovanou ověřitelnost naplnění zadavatelem stanovených kritérií. Jak např. uvedl Krajský soud v Brně ve svém rozsudku č. j. 31 Af 35/2018-75 ze dne 25. 2. 2020, „*předpokladem ověřitelnosti naplnění kritérií je jejich vymezení tak, že u uchazečů nebudou vzbuzovat pochybnosti o tom, co bude zadavatelem hodnoceno*“. Zadávací dokumentace v dotčené části tomuto požadavku dle názoru předsedy Úřadu dostála.
49. Pro nyní šetřenou věc představuje podstatnou skutečnost rovněž to, že předmět plnění této veřejné zakázky spadá do tzv. kreativního průmyslu. Tato povaha veřejné zakázky ze své vlastní podstaty předpokládá účast poskytovatelů služeb s potřebným tvořivým potenciálem, jehož kvalita se nejlépe projeví právě ve vytvoření určitého vlastního originálního návrhu řešení, který může zadavatel hodnotit.

50. Je tedy zcela pochopitelné, že pokud zadavatel v zadávací dokumentaci uvedl, že součástí požadovaného návrhu má být i „scénář vzorové akce“, jednotliví účastníci toto zadání uchopili po svém a vypracovali jej takovým způsobem, který pokládali sami za nejlepší. Dokladem této skutečnosti jsou samotné nabídky, podané do zadávacího řízení, které nejlépe poskytují obraz o tom, nakolik rozdílným způsobem je možné k zadání tohoto úkolu přistoupit. Nejedná se však o neporovnatelnost nabídek, neboť pokud zadavatel v zadávací dokumentaci předem vymezil hlediska, která budou pro posouzení míry naplnění tohoto kritéria A3 zásadní (blíže srov. písm. a) – d) kapitoly 11.4 zadávací dokumentace, resp. bod 79. odůvodnění napadeného rozhodnutí), mělo se toto rozdílné uchopení zadání – tedy kvalita těchto návrhů, projevit ve výsledném bodovém ohodnocení přiřazeném na základě zadavatelem stanovených hledisek.
51. Potud předseda Úřadu přisvědčuje těm rozkladovým námitkám, dle nichž k vypracování hodnocených návrhů postačoval takový rámec, který tvořilo zadání zadavatele dle zadávací dokumentace.
52. Pokud Úřad získal pochybnost, že při hodnocení nabídek v zadávacím řízení nedošlo k jejich objektivnímu srovnání mezi sebou, je předseda Úřadu přesvědčen, že se měl věnovat právě otázce, jakým způsobem proběhlo hodnocení nabídek a nehledat problém v tom, jakým způsobem byla nastavena hodnotící kritéria, která z povahy věci – jde o subjektivní kritéria kvality – nemusejí být rozvedena do všech myslitelných podrobností.
53. Z námitek účastníka YOUNG & RUBICAM se přitom podává, že tento účastník napadal právě postup zadavatele, resp. hodnotící komise, když dle jeho názoru *„nesprávně posoudil nabídku Uchazeče, když v hodnocení části A3 ani v celkovém hodnocení nezohlednil návrh scénáře, který byl předložen v souladu se zadávací dokumentací“*, přičemž tento účastník zadávacího řízení rovněž vyjádřil své přesvědčení o tom, že *„návrh scénáře jak pro veřejnost, tak pro společnosti předložil, a to v dokumentu nazvaném „Popis“, který byl součástí nabídky“*. Tyto námitky pak výslovně upozorňují na rozpor postupů zadavatele s § 119 zákona, který požaduje, aby hodnocení nabídek proběhlo podle pravidel pro jejich hodnocení uvedených v zadávací dokumentaci. Předseda Úřadu upozorňuje na skutečnost, že odůvodnění hodnocení nabídek bylo možno podrobit přezkumu, neboť součástí nabídky účastníka YOUNG & RUBICAM skutečně tvořily i dokumenty nazvané „Celkový popis akce“.
54. Současně předseda Úřadu uvádí, že takový postup Úřadu by nebyl v rozporu s judikaturou uvedenou výše, neboť se nejedná o přezkum samotného výběru, tedy správnosti výsledku, zda nabídka vybraného dodavatele měla být skutečně vybrána jako nejvhodnější, resp. nakolik která nabídka splnila hodnotící kritéria definovaná zadavatelem, nýbrž o provedení kontroly rámce, v němž se tento výběr odehrál, tedy skutečnosti, zda hodnotící komise při hodnocení nabídek postupovala dle zadavatelem definovaných zadávacích podmínek. Takový přezkum je přípustný, jak vyplývá např. z rozsudku sp. zn. 2 A 9/2002, dle něhož *„přezkumná činnost orgánu dohledu spočívá v kontrole, zda byly dodrženy předepsané postupy a úkony zajišťující rámec pro vlastní posouzení a hodnocení nabídek“* a *„právě zde je hranice, kterou žalovaný nesmí překročit, neboť potom by se stal sám hodnotitelem jednotlivých nabídek. Jeho pravomoci sahají do úrovně těch činností zadavatele, které vytvářejí prostor pro fair podmínky pro účast uchazečů v soutěži, ale končí tam, kde nastupuje vlastní úvaha o tom, která nabídka splnila konkrétní kritérium a v jaké kvalitě“*.

55. Správní řízení sp. zn. ÚOHS-S0474/2020/VZ bylo v této části zahájeno proto, že Úřad získal pochybnost, zda zadavatel neporušil pravidlo stanovené v ustanovení § 115 odst. 1 písm. a) zákona ve spojení se zásadou transparentnosti stanovenou v § 6 odst. 1 zákona, když kritérium A3 nespécifikoval v zadávací dokumentaci dostatečně konkrétně, neboť neuvedl jednoznačnou definici, resp. preference jím požadovaného scénáře vzorové akce, na jejichž základě následně měly být obdržené návrhy v nabídkách účastníků řízení hodnoceny, čímž stanovil zadávací podmínky v rozporu se zákonem. Vzhledem k tomu, že předseda Úřadu takové pochybení zadavatele neshledal a je přesvědčen, že hodnotící kritérium A3 bylo v rámci zadávací dokumentace pro veřejnou zakázku specifikováno dostatečně určitě a umožňovalo podat srovnatelné nabídky a jejich následné hodnocení, není možné se s výrokem II. napadeného rozhodnutí ztotožnit. Z tohoto důvodu předseda Úřadu přistoupil k zastavení správního řízení i v této části, neboť v této věci nezjistil důvody pro uložení sankce dle zákona.
56. Další případný postup Úřadu je na jeho uvážení a právním posouzení otázky, zda neexistují pochybnosti ohledně zákonnosti postupů zadavatele, resp. hodnotící komise, při hodnocení nabídek podaných do zadávacího řízení pro veřejnou zakázku.

VII. Ke zrušení výroků III. a IV. napadeného rozhodnutí

57. Co se týče výroků III. a IV. napadeného rozhodnutí, předseda Úřadu uvádí, že tyto výroky tvoří s výroky I. a II. napadeného rozhodnutí nedílný celek, neboť jako takové nemohou bez výroků I. a II. napadeného rozhodnutí samostatně obstát. Vzhledem k tomu, že předseda Úřadu ze shora uvedených důvodů výroky I. a II. napadeného rozhodnutí ruší, je nezbytné zrušit rovněž i tyto ostatní výroky, neboť jsou na zrušených výrocích napadeného rozhodnutí závislé.

VIII. Závěr

58. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že k porušení zákona ze strany zadavatele způsobem, který Úřad popsal v napadeném rozhodnutí, nedošlo, přistoupil předseda Úřadu ke zrušení výroků I. a II. napadeného rozhodnutí z důvodu jejich nezákonnosti a v návaznosti na tento závěr rovněž ke zrušení výroků III. a IV. napadeného rozhodnutí a zastavení správního řízení v této věci, neboť v tomto správním řízení, zahájeném z moci úřední, nebyly zjištěny důvody pro uložení sankce dle § 268 zákona.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

JUDr. PhDr. Petr Mlsna, Ph.D.
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

Všeobecná zdravotní pojišťovna České republiky, Orlická 2020/4, 130 00 Praha

Vypraveno dne

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