



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Davida Rause, Ph.D. a soudců JUDr. Jany Kubenové a Mgr. Petra Šebka v právní věci žalobce: **GEMA ART GROUP a. s.**, se sídlem Praha 1, Karlovo nám. 24, Braunův dům, zastoupeného JUDr. Mariannou Svobodovou, advokátkou se sídlem Praha 1, Karlovo nám. 24, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, tř. Kpt. Jaroše 7, za účasti: 1) Národní divadlo, státní příspěvková organizace, se sídlem Praha 1, Ostrovní 1, a 2) OHL ŽS, a. s., se sídlem Brno, Burešova 17, o žalobě proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 21. 12. 2010, č. j. ÚOHS-R153/2010/VZ-19288/2010/310/ASc,

t a k t o :

- I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 21. 12. 2010, č. j. ÚOHS-R153/2010/VZ-19288/2010/310/ASc, **se zrušuje** a věc **se vrací** žalovanému k dalšímu řízení.
- II. Žalovaný **je povinen** zaplatit žalobci k rukám JUDr. Marianny Svobodové, advokátky se sídlem Praha 1, Karlovo nám. 24, náhradu nákladů řízení o žalobě ve výši 7 760 Kč, a to do třiceti dnů od právní moci tohoto rozsudku.
- III. Osoby zúčastněné na řízení **nemají právo** na náhradu nákladů řízení.

O d ů v o d n ě n í :

Žalobce podal ke Krajskému soudu v Brně žalobu, kterou se domáhá zrušení rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 21. 12. 2010, č.j. ÚOHS-R153/2010/VZ-19288/2010/310/ASc, kterým byl zamítnut žalobcův rozklad proti rozhodnutí žalovaného ze dne 22. 9. 2010, č. j. ÚOHS-S241/2010/VZ-12632/2010/510/KČe.

I. Podstata věci

Rozhodnutím předsedy žalovaného ze dne 21. 12. 2010, č.j. ÚOHS-R153/2010/VZ-19288/2010/310/ASc, byl zamítnut žalobcův rozklad proti rozhodnutí žalovaného ze dne 22. 9. 2010, č. j. ÚOHS-S241/2010/VZ-12632/2010/510/KČe. Tímto rozhodnutím žalovaný rozhodl, že Národní divadlo, státní příspěvková organizace, jako zadavatel veřejné zakázky „Generální oprava fasád historické budovy Národního divadla“, nedodržel postup stanovený v § 77 odst. 1 v návaznosti na § 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále též „ZVZ“), tím, že úkony komise pro posouzení a hodnocení nabídek spojené s posouzením výše nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky nebyly provedeny transparentně, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Podle § 118 odst. 1 ZVZ žalovaný zrušil úkony zadavatele spojené s posouzením výše nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky a s hodnocením nabídek uchazečů, které byly zdokumentovány v protokolech z jednání hodnotící komise a ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 31. 5. 2010, a současně zrušil i rozhodnutí zadavatele ze dne 1. 6. 2010 o vyloučení uchazeče OHL ŽS, a. s. z účasti v zadávacím řízení, jakož i rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky z téhož dne.

Zadavatel uchazeče OHL ŽS, a. s. vyloučil z toho důvodu, že dostačeným způsobem nezdůvodnil mimořádně nízkou nabídkovou cenu (podle zadavatele tento uchazeč nedoložil kalkulační vzorec v požadovaných podrobnostech) a současně podal nabídku v rozporu s § 14 zákona č. 20/1987 Sb., o státní památkové péči (tento rozpor shledal zadavatel v tom, že uchazeč ve zdůvodnění poukázal na to, že využije „*vlastní techniku a kvalifikované pracovní síly, které budou na vybraných částech díla samostatně pracovat pod odborným dohledem akademických restaurátorů, jejich licence uchazeč rovněž doložil v nabídce a splnil tím požadovanou kvalifikaci*“).

Žalovaný však dopěl k závěru, že vyloučení uchazeče OHL ŽS, a. s. nebylo namístě. Pokud hodnotící komise ve výzvě ke zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny nesdělila uchazeči dostatečně přesně, jakým způsobem požaduje cenu objasnit, nemůže mu vytýkat, že nedoložil kalkulační vzorec v požadovaných podrobnostech.

II. Shrnutí procesních stanovisek účastníků

Žalobce v žalobě namítá, že předseda žalovaného porušil § 2 odst. 2 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, neboť překročil svoje kompetence. Neposuzoval totiž předepsané postupy a úkony, ale zkoumal myšlenkové pochody členů hodnotící

komise. Podle žalobce není hodnotící komise povinna si ve vztahu k nabídkovým cenám nechat vyhotovit znalecký posudek. Pokud tak učiní, není povinna podle takového posudku postupovat. Je to hodnotící komise, komu náleží posouzení toho, zda je nabídková cena mimořádně nízká či nikoli. Podle žalobce hodnotící komise po obsahové stránce žádostí o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny vyhověla všem zákonným požadavkům.

Žalobce nesouhlasí s předsedou žalovaného, že měl zadavatel povinnost zjistit, jaké podklady budou při posouzení nabídkových cen z expertní analýzy nezbytné, a tyto skutečnosti v žádosti o zdůvodnění konkrétně specifikovat. Podle žalobce se předseda žalovaného nedostatečně vypořádal s námitkami rozkladu, neboť zcela ignoroval jeho argumentaci ve vztahu k obsahové skladbě tzv. obvyklého kalkulačního vzorce. Žalobce poukazuje na to, že se jedná o termín ve stavebnictví běžně užívaný a nevyžaduje bližší vysvětlení. Předseda žalovaného se nevypořádal ani s argumentací žalobce týkající se nesprávnosti tvrzení žalovaného, který shledal, že hodnotící komise neposuzovala nabídkové ceny ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. Podle žalobce zaujal žalovaný příliš úzký výklad orientovaný ve prospěch OHL ŽS, a. s., neboť vytýkal zadavateli, že v žádosti o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny uvedl informace vztahující se k průměrným nabídkovým cenám ostatních uchazečů. Tato informace však byla podle žalobce pouze doplňkového charakteru.

Žalobce má za to, že se předseda žalovaného dostatečně a komplexně nevypořádal ani s jeho námitkou týkající se vyloučení OHL ŽS, a. s. pro podání nabídky v rozporu s platnými právními předpisy (zákonem č. 20/1987 Sb.). Žalobce se domnívá, že uchazeč OHL ŽS, a.s. svým tvrzením, že nízké nabídkové ceny dosáhne tak, že využije vlastní výrobní kapacity bez příslušné kvalifikace namísto restaurátorů, *de facto* upřesnil svoji nabídku a dostal se tak do rozporu s projektovou dokumentací, která u jednotlivých prací jasně specifikuje, jakou kvalifikaci musí mít osoba, která bude práce provádět. Žalobce má přitom za to, že zadavatel v oznámení rozhodnutí o vyloučení řádně uvedl, jak právní předpis (zákon č. 20/1987 Sb.), tak jeho ustanovení (§14), jehož se porušení týká. Spolu se slovním popisem je pak takové sdělení zcela srozumitelné a dostatečné.

Žalobce proto navrhuje, aby soud rozhodnutí žalovaného vydané ve druhém stupni správního řízení zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení. Na svých závěrech setrval po celou dobu řízení.

Žalovaný s podanou žalobou nesouhlasí. Nadále má za to, že zadavatel, resp. hodnotící komise v žádosti o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny dostatečně nespécifikovala důvody, které ji vedly ke zhodnocení nabídkové ceny jako mimořádně nízké a uchazeč OHL ŽS, a. s. tedy nemohl relevantně reagovat, navíc ještě rozbořem v podrobnostech, které neznal. Žalobu tedy navrhuje zamítnout a na svém závěru setrval po celou dobu řízení.

III. Správní spis

Ze spisu k tomu vyplynulo, že hodnotící komise shledala nabídkovou cenu uchazeče OHL ŽS, a. s. mimořádně nízkou, a proto si od něj vyžádala její zdůvodnění. V žádosti o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny hodnotící komise uvedla, že uchazečem nabízená cena se „výrazným způsobem odchyluje od předpokládané ceny zakázky“. Dále je zde poukázáno na to, u kterých částí díla byly nejvýraznější cenové rozdíly od průměrné nabídkové ceny ostatních uchazečů zjištěny (úpravy povrchů vnější, opravy omítek, lazurování a nátěry, arkóna – restaurování ...). Hodnotící komise proto požadovala, aby uchazeč OHL ŽS, a. s. ve zdůvodnění mimořádně nabídkové ceny doložil *„rozbory cen ve struktuře obvyklého kalkulačního vzorce a to celkové ceny a výše uvedených stavebních oddílů, respektive částí díla ve vazbě na technologické postupy prací daných projektem a ve vztahu k předmětu plnění.“*

Zadavatel následně OHL ŽS, a.s. vyloučil ze zadávacího řízení rozhodnutím ze dne 3.6.2010. V oznámení rozhodnutí o vyloučení je uvedeno, že uchazeč byl vyloučen v souladu s § 77 odst. 6 ZVZ *„z důvodu neopodstatněného zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny“* a v souladu s § 76 odst. 1 ZVZ *„z důvodu podání nabídky v rozporu s platnými právními předpisy, tzn. v rozporu s § 14 zákona č. 20/1987 Sb., o státní památkové péči“*. V odůvodnění oznámení o vyloučení je dále uvedeno, že *„uchazeč při stanovování ceny předmětu veřejné zakázky mimo jiné využil vlastní výrobní kapacity a to zejména vlastní techniku a kvalifikované pracovní síly, které budou na vybraných částech díla samostatně pracovat pod odborným dohledem akademických restaurátorů, jejich licence uchazeč rovněž doložil v nabídce a splnil tím požadovanou kvalifikaci. Tuto kombinaci uchazeč přirovnává k objektivitě technického řešení, kdy touto kombinací docílil výjimečné hospodárnosti. Uvedený postup je však v přímém rozporu s § 14 zákona o státní památkové péči. Uchazeč dále nedoložil kalkulační vzorec v požadovaných podrobnostech tak, aby jednoznačně zdůvodnil mimořádně nízkou nabídkovou cenu. Jednotlivé části ceny pouze rozdělil na tři části, a to materiál, práce, ostatní přímé a nepřímé náklady, zisk, ale bez bližší specifikace. Uchazeč nedoložil příslušné položky žádnými technologickými postupy ani kalkulacemi, na základě kterých by reálnost svých nabídkových cen prokázal“*.

Proti vyloučení podal OHL ŽS, a. s. námitky k zadavateli a po jejich zamítnutí i návrh k žalovanému. Žalovaný dopěl k závěru, že vyloučení uchazeče OHL ŽS, a. s. nebylo namístě. Pokud hodnotící komise ve výzvě ke zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny nesdělila uchazeči dostatečně přesně, jakým způsobem požaduje cenu objasnit, nemůže mu vytýkat, že nedoložil kalkulační vzorec v požadovaných podrobnostech. Hodnotící komise v žádosti o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny pouze požadovala, aby navrhovatel ve zdůvodnění nabídkové ceny doložil *„rozbory cen ve struktuře obvyklého kalkulačního vzorce a to celkové ceny a výše uvedených stavebních oddílů, respektive částí díla ve vazbě na technologické postupy prací daných projektem a ve vztahu k předmětu plnění.“* Hodnotící komise však v této žádosti neuvedla jakou strukturu a jakou podrobnost má požadované zdůvodnění poskytnuté touto formou mít. Žádost hodnotící komise tedy žalovaný shledal rozpornou s § 77 odst. 1 a § 6 ZVZ.

Pokud šlo o druhý důvod vyloučení uchazeče, tak ten shledal žalovaný jednak nepřezkoumatelným, neboť zadavatel neuvádí přesné znění ustanovení zákona o státní památkové péči ani způsob, kterým měl navrhovatel toto ustanovení porušit. Žalovaný dospěl též k závěru, že pokud uchazeč prokázal splnění zadavatelem požadované kvalifikace, neshledal důvod pro to, aby tato nabídka byla označena jako podaná v rozporu s platnými právními předpisy (konkrétně s § 14 zákona o státní památkové péči). Zadavatel v této části odůvodnění vyloučení navrhovatele vycházel pouze z konstrukce založené na svém výkladu zdůvodnění nabídkové ceny podaném navrhovatelem, které bylo navíc podáno na základě žádosti, která nebyla učiněna v souladu se zákonem. Pokud zadavatel nespátřuje ve skutečnosti, že uchazeč využije vlastní techniku a kvalifikované pracovní síly, které budou na vybraných částech díla samostatně pracovat pod odborným dohledem akademických restaurátorů, za objektivní příčinu danou objevností technického řešení, musí se s tímto aspektem vyrovnat v rámci úkonu posuzování mimořádně nízké nabídkové ceny podle § 77 odst. 2 ZVZ.

Předseda žalovaného se ztotožnil s tím, že obsah žádosti o zdůvodnění nabídkové ceny navrhovatele neobsahoval seznámení s konkrétními výhradami, které zadavatel v rámci jeho nabídkové ceny spatřoval, přičemž všechny tyto skutečnosti byly zadavateli k dispozici v rámci zpracovaného znaleckého posudku. Podle předsedy žalovaného přitom pojem „obvyklý kalkulační vzorec“ nemá jednoznačný závazný obsah.

IV. Posouzení věci

Žaloba byla podána včas (§ 72 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní – dále jen „s. ř. s.“), osobou k tomu oprávněnou (§ 65 odst. 1 s. ř. s.), přitom jde o žalobu přípustnou (zejména § 65, § 68 a § 70 s. ř. s.).

Soud napadené rozhodnutí přezkoumal v mezích žalobních bodů (§ 75 odst. 2 s. ř. s.) a shledal, že žaloba je důvodná.

Nejprve se soud zabýval námitkami procesního charakteru. Žalobce předně namítá, že se předseda žalovaného nevypořádal se všemi jeho rozkladovými námitkami.

Jak již uvedl Vrchní soud v Praze ve svém rozsudku ze dne 26. 2. 1993, č. j. 6 A 48/92-23, in Soudní judikatura ve věcech správních č. 27/0, z odůvodnění rozhodnutí musí být seznatelné, proč správní orgán považuje námitky účastníka za liché, mylné nebo vyvrácené, které skutečnosti vzal za podklad svého rozhodnutí, proč považuje skutečnosti předestírané účastníkem za nerozhodné, nesprávné, nebo jinými řádně provedenými důkazy vyvrácené, podle které právní normy rozhodl, jakými úvahami se řídil při hodnocení důkazů a - v případě rozhodování o relativně neurčité sankci - jaké úvahy jej vedly k uložení sankce v konkrétní výši.

Rovněž Nejvyšší správní soud se k povinnosti odvolacího (rozkladového) správního orgánu vypořádat všechny námitky vyjadřoval. Ve svém rozsudku ze dne 23. 7. 2008, č. j. 3 As 51/2007-84, publikovaném ve Sb. NSS pod č. 1282/2007 uvedl: „*Nevypořádá-li se správní orgán v rozhodnutí o oprávněm prostředku se všemi námitkami, které v něm byly uplatněny, způsobuje to nepřezkoumatelnost rozhodnutí zpravidla spočívající v nedostatku jeho důvodů [§ 76 odst. 1 písm. a) s. ř. s.]“.*

IV.a)

Podle žalobce předseda žalovaného zcela ignoroval jeho argumentaci ve vztahu k obsahové skladbě tzv. obvyklého kalkulačního vzorce.

Tuto námitku žalobce v rozkladu uplatnil. Na str. 5 rozkladu namítal, že „*pojem a obsahová skladba tzv. obvyklého kalkulačního vzorce jsou v příslušných odborných kruzích známy. Obvyklý kalkulační vzorec je tedy nutně považovat za obvyklý termín běžně užívaný ve stavebnictví, který nevyžaduje bližší vysvětlení. Uchazeč OHL ŽS, a. s. jako podnikatel v příslušném oboru tedy věděl, resp. musel vědět, že základní oborový kalkulační vzorec stavebních prací má tyto položky: 1) přímý materiál, 2) přímé mzdy, 3) náklady na provoz stavebních strojů a zařízení, 4) ostatní přímé náklady, 5) správní režie, 6) provozní (výrobní) režie, 7) subdodávky zahrnuté do ceny a 8) zisk“.* Žalobce v rozkladu poukázal dále na to, že uchazeč OHL ŽS, a. s. ve svém písemném zdůvodnění tuto strukturu obvyklého kalkulačního vzorce nerespektoval a ani neuvedl rozbor cen v požadovaných podrobnostech stanovených v žádosti. Podle žalobce zejména neuvedl žádnou náplňovou skladbu materiálů obsažených v jednotlivých položkách, které se významně odchyľují od cen ostatních uchazečů, a to až o řády desítek procent. Podle žalobce je sice cena OHL ŽS, a. s. pouze o 120 638 Kč nižší, než cena nabídnutá žalobcem, ale podstatný rozdíl je v tom, že OHL ŽS, a.s. podstatným způsobem navýšil tzv. ostatní náklady, zatímco v položkách, které mají přímý vliv na kvalitu díla, se od ostatních uchazečů výrazným způsobem liší.

Tuto námitku předseda žalovaného nepřehlédl, o čemž svědčí to, že ji podrobně zrekapituloval v bodě 16. rozkladového rozhodnutí. V další části rozhodnutí se však k této námitce nijak nevyjádřil. Ve vztahu k obvyklému kalkulačnímu vzorci toliko v bodě 28. rozkladového rozhodnutí uvedl, že „*z hlediska obsahu žádosti o zdůvodnění nabídkové ceny navrhovatele, zadavatel (resp. hodnotící komise) dále požadoval, aby navrhovatel doložil „rozbor cen ve struktuře obvyklého kalkulačního vzorce.“ V žádosti však nebylo uvedeno jakou strukturu a jakou podrobnost má zdůvodnění poskytnuté touto formou mít. Z hlediska obsahu zprávy o posouzení a hodnocení nabídek jsem zjistil, že zadavatel v souvislosti se zdůvodněním nabídkové ceny navrhovatele pouze uvedl, že „navrhovatel nedoložil kalkulační vzorec v požadovaných podrobnostech tak, aby jednoznačně zdůvodnil mimořádně nízkou nabídkovou cenu.“ Z této formulace je tedy zřejmé, že právě podrobnost zdůvodnění v rámci požadovaného kalkulačního vzorce byla pro posouzení nabídkové ceny podstatná, přičemž už pouze z názvu „obvyklý kalkulační vzorec“ je zřejmé, že se nejedná o vzorec mající jednoznačně závazný obsah“.*

Z uvedeného je zřejmé, že se předseda žalovaného nijak nevypořádal se žalobcovým tvrzením, že obvyklý kalkulační vzorec je obvyklý termín běžně užívaný ve stavebnictví, který nevyžaduje bližšího vysvětlení a že uchazeč OHL ŽS, a. s. jako podnikatel v příslušném oboru věděl, jaké položky tento vzorec má. Podle názoru zdejšího soudu se přitom jedná o otázku pro posouzení věci zcela zásadní. Pokud zadavatel žalobce vyloučil mj. z toho důvodu, že nedoložil kalkulační vzorec v požadovaných podrobnostech tak, aby jednoznačně zdůvodnil mimořádně nízkou nabídkovou cenu, a žalovaný toto rozhodnutí o vyloučení zrušil s tím, že zadavatel měl v žádosti o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny blíže konkretizovat, jakou strukturu a jakou podrobnost má požadované zdůvodnění mít, je zcela nezbytné postavit najisto zadavatelem použitý pojem „obvyklý kalkulační vzorec“. Jestliže žalobce namítá, že se jedná o pojem ve stavebnictví zcela běžný, jehož obsah a struktura je podnikatelům ve stavebnictví známá, bylo třeba, aby se žalovaný (jeho předseda) s tímto tvrzením vypořádal a buď je vyvrátil nebo se s ním ztotožnil. Jestliže uvedl toliko to, že z názvu „obvyklý kalkulační vzorec“ je zřejmé, že se nejedná o vzorec mající jednoznačně závazný obsah, nejedná se o řádně vypořádanou rozkladovou námitku, ze které navíc neplyne ani důvod, pro který má žalovaný za to, že tento vzorec jednoznačně závazný vzorec nemá.

Podle názoru soudu v případě, že se prokáže žalobcovo tvrzení (tj. že pojem „obvyklý kalkulační vzorec“ a jeho obsah i struktura je v oboru stavebnictví obecně znám), nelze na žádost o objasnění mimořádně nízké nabídkové ceny nahlížet jako na žádost nedostatečně určitou. Přestože je třeba se žalovaným souhlasit v tom, že hodnotící komise v případě této žádosti nedostatečně uvedla důvody, z nichž dovodila mimořádnou nízkost nabídkové ceny ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, jak ukládá § 77 odst. 1 ZVZ (toliko zde odkazuje na odlišnost nabídkové ceny ve vztahu k předpokládané hodnotě veřejné zakázky a k průměrným cenám jiných uchazečů), nejedná se o takovou vadu, která by mohla oslovenému uchazeči zkomplikovat či dokonce znemožnit na tuto žádost řádně odpovědět a mimořádně nízkou nabídkovou cenu v souladu se ZVZ zdůvodnit. Hodnotící komise totiž jasně uvedla návod, jakým způsobem má uchazeč na žádost odpovědět (tj. doložit rozbor ceny ve struktuře obvyklého kalkulačního vzorce, a to jak celkové ceny, tak v žádosti konkrétně uvedených stavebních oddílů). Pokud by tedy byl pojem „obvyklý kalkulační vzorec“ pojmem běžně užívaným a obecně známým všem podnikatelům ve stavebnictví a měl jasně a konkrétně danou strukturu, jednalo by se o dostatečně vymezený požadavek. Závěr žalovaného, že hodnotící komise žádost v tomto ohledu formulovala nedostatečně podrobně, by pak nemohl obstát. Naopak, pokud by tomu tak nebylo a neprokázalo by se, že pojem „obvyklý kalkulační vzorec“ je ve stavebnictví ustáleným a obecně známým pojmem s jednoznačným obsahem a strukturou, byl by závěr žalovaného správným.

Za tohoto stavu nemohl soud dospět k jinému závěru, než že je tato námitka důvodnou a napadené rozhodnutí je nepřezkoumatelným, neboť se předseda žalovaného nevypořádal s rozkladovou námitkou, že pojem „obvyklý kalkulační vzorec“ je obvyklým termínem běžně užívaným ve stavebnictví a jeho obsah i struktura jsou obecně známy; jde přitom o otázku klíčovou.

IV.b)

Žalobce dále namítá, že se předseda žalovaného nevypořádal s argumentací žalobce týkající se nesprávnosti tvrzení žalovaného, který shledal, že hodnotící komise neposuzovala nabídkové ceny ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. I tuto námitku žalobce v rozkladu uplatnil a i k ní se předseda žalovaného výslovně nevyjádřil. Žalobce zpochybňoval výklad žalovaného, který vytýkal zadavateli, že v žádosti o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny uvedl informace vztahující se k průměrným nabídkovým cenám ostatních uchazečů, přestože se podle žalobce jednalo o informaci pouze doplňkovou.

Jak již je uvedeno výše, soud se ztotožnil se závěrem žalovaného, že v žádosti o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny je hodnotící komise povinna uvést důvody, pro které nabídkovou cenu považuje za mimořádně nízkou. Při posuzování toho, zda je nabídková cena mimořádně nízká, je třeba, aby byla tato cena posuzována ve vztahu k předmětu veřejné zakázky (§ 77 odst. 1 ZVZ). Pokud jde o vztah posuzované nabídkové ceny k předpokládané hodnotě veřejné zakázky, případně nabídkovým cenám jiných uchazečů, jedná se nepochybně o podstatné indicie, nicméně při posuzování nabídkové ceny jako mimořádně nízké mohou být použity toliko podpůrně. Jinak řečeno, nelze nabídkovou cenu označit za mimořádně nízkou toliko z toho důvodu, že se odchyluje od předpokládané hodnoty veřejné zakázky nebo nabídkových cen ostatních uchazečů. Vždy je třeba posuzovat nabídkové ceny ve vztahu k předmětu veřejné zakázky.

Pokud v daném případě žalobce tvrdil, že tak hodnotící komise postupovala, nic to nemění na skutečnosti, že v žádosti o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny poukázala jen na rozpor nabídkové ceny s předpokládanou hodnotou a průměrnými cenami ostatních uchazečů. Soud přitom souhlasí se žalobcem, že hodnotící komise není povinna si ve vztahu k nabídkovým cenám nechat vyhotovit znalecký posudek, a ani není povinna podle takového posudku postupovat. Je to tedy hodnotící komise, komu náleží posouzení toho, zda je nabídková cena mimořádně nízká či nikoli.

Postup hodnotící komise při posuzování otázky, zda určitá nabídková cena je mimořádně nízkou nabídkovou cenou, nicméně nutně musí podléhat kontrole ze strany žalovaného. Jak bylo již v minulosti judikováno (rozsudek Vrchního soudu v Olomouci ze dne 1. 2. 2001, č.j. 2A 9/2000 – 48), účinná kontrola postupu zadavatele ze strany žalovaného předpokládá rovněž posouzení jeho zdůvodnění o vyřazení nebo naopak ponechání nabídky s mimořádně nízkou cenou. To nutně zahrnuje i posouzení samotné otázky, zda konkrétní nabídkovou cenu bylo důvodu považovat za mimořádně nízkou nabídkovou cenu.

Z obdobných závěrů vycházejí i rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 16.3.2004 ve věci sp. zn. 2 A 9/2002 (ve vztahu k zákonu č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů) i ze dne 6.11.2009 ve věci sp. zn. 5 Afs 75/2009 (k ZVZ). Nejvyšší správní soud konstatoval, že „...*Přezkumná činnost...(žalovaného)...spočívá v kontrole, zda byly řádně dodrženy předepsané*

postupy a úkony zajišťující rámec pro vlastní posouzení a hodnocení nabídek. Žalobkyně však v podané žalobě zpochybňuje zákonnost vlastního posouzení nabídky, resp. nevhodnost nabídky vybraného uchazeče. Přitom právě zde je hranice, kterou žalovaný ... nesmí překročit, neboť potom by se stal 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. Nelze přezkoumávat úvahy členů hodnotící komise, neboť tím by se žalovaný ve svých důsledcích sám stylizoval do role zadavatele a určoval by, která zakázka má vyhovět zadaným kritériím a také v soutěži zvítězit. ... (žalovaný) ... nemůže přebírat zodpovědnost za výběr nejvhodnější nabídky, neboť k tomu nemá ani odborné předpoklady, totéž nelze požadovat ani po soudu. Úkolem obou je kontrola rámce, v němž se výběr provádí, nikoliv samotné kvality výběru. V opačném případě by se totiž výběr nejvhodnější nabídky mohl stát záležitostí znaleckých posudků a pak by existence zákona postrádala smysl.“ Ve druhém z obou rozsudků Nejvyšší správní soud dovodil, že „... úkolem ... (žalovaného) ... je kontrola rámce, v němž se výběr provádí, nikoliv samotné kvality výběru..., dbá na to, aby byla splněna jedna ze základních zásad zadávání veřejných zakázek, a to zásada transparentnosti celého procesu zadávání veřejných zakázek... (s odkazem na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 6. 2007 ve věci sp. zn. 5 Afs 6/2007), ... není oprávněn při své přezkumné činnosti vstupovat do myšlenkových pochodů jednotlivých hodnotitelů, tedy členů hodnotící komise, a tyto myšlenkové pochody jakkoliv přezkoumávat, hodnotit či dokonce nahrazovat vlastním správním uvážením, neboť zákon konstruuje hodnotící komisi jako kolegium odborně způsobilých osob, kterým jedině je zákonem svěřena pravomoc posoudit veškeré odborné otázky, související s procesem hodnocení nabídek. Posouzení přiměřenosti či nepřiměřenosti údajů v nabídkách mezi takové odborné otázky bezpochyby náleží...“.

Ze shora uvedeného tedy vyplývá, že sice 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. Pokud pak žalovaný přezkoumává zákonnost postupu hodnotící komise ve vztahu k případné mimořádně nízké nabídkové ceně (jako v daném případě), nejde tu o posouzení myšlenkových pochodů členů hodnotící komise, nýbrž o objektivní posouzení, zda bylo důvodu, aby tato komise ve vztahu ke konkrétní nabídce měla nabídkovou cenu posoudit jako mimořádně nízkou, tedy zda měla povinnost postupovat podle § 77 odst. 1 ZVZ (tedy vyžádat si od uchazeče písemné zdůvodnění těch částí nabídky, které jsou pro výši nabídkové ceny podstatné), a pokud ano, jak této své povinnosti dostála (tedy zda postupovala přesně tak, jak jí ukládá § 77 odst. 1 ZVZ). Jedině tak lze ze strany žalovaného řádně přezkoumat, zda hodnoceny byly právě ty nabídky, které hodnoceny být měly (zda byl ve stádiu posuzování nabídek - před jejich hodnocením - dodržen postup stanovený ZVZ).

Hodnotící komise tedy zásadně není povinna si ve vztahu k nabídkovým cenám nechat vyhotovit znalecký posudek, a ani není povinna podle takového posudku postupovat. Pokud si však hodnotící komise odborný posudek vyhotovit nechá a při posouzení nabídkové ceny jako mimořádně nízké z něho vychází (což byl podle bodu 36 prvostupňového rozhodnutí i daný případ), je zcela namístě, aby v žádosti o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny hodnotící komise na takový posudek poukázala. Právě tak totiž může naplnit zásadu transparentnosti zakotvenou v § 6 ZVZ a požadavek § 77 odst. 1 ZVZ (tj. že cenu posuzovala ve vztahu k předmětu veřejné zakázky). Jak již je ale uvedeno výše, toto pochybení hodnotící komise v daném případě nemělo vliv na transparentnost zadávacího řízení, neboť hodnotící komise uvedla, jakým způsobem má uchazeč mimořádně nízkou nabídkovou cenu zdůvodnit. Podstatným tedy v daném případě je pojem „obvyklý kalkulační vzorec“ a otázka jeho obecné známosti. Vzhledem k tomu, nemohla tato žalobcová rozkladová námitka jakkoli ovlivnit výsledek řízení. Pokud se k ní předseda žalovaného výslovně nevyjádřil, jistě pochybil, nicméně toto pochybení nemohlo jakkoli ovlivnit zákonnost napadeného rozhodnutí.

IV.c)

Soud tedy uzavírá, že rozhodnutí předsedy žalovaného je nepřezkoumatelné, neboť předseda žalovaného nepostavil najisto, zda je pojem „obvyklý kalkulační vzorec“ obvyklým termínem běžně užívaným ve stavebnictví a jeho obsah i struktura jsou obecně známy či nikoli. Postavení této otázky najisto pak bude určovat další výsledek správního řízení. Pokud by pak žalovaný dospěl k závěru, že se jedná o pojem obecně známý, který si dalšího upřesnění nevyžadoval, byla žádost o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny formulována dostatečně a jestliže jí uchazeč řádně nevyhověl a nabídkovou cenu podle obvyklého kalkulačního vzorce nezdůvodnil, jednalo se o dostatečný důvod pro vyřazení jeho nabídky a následně jeho vyloučení. Za tohoto stavu se soudu jeví nadbytečným zabývat se dalšími žalobními námitkami, které se vztahují ke druhému důvodu vyloučení uchazeče OHL ŽS, a. s. (k rozporu nabídky s § 14 zákona č. 20/1987Sb.), neboť toto posouzení by v daném případě nemuselo mít žádný praktický dopad a mohlo by se jednat toliko o akademické pojednání, k němuž soudní řízení určeno není.

V. Závěr

Ze shora uvedených důvodů tedy soud shledal žalobu důvodnou, a proto napadené rozhodnutí jako nepřezkoumatelné bez jednání podle § 76 odst. 1 písm. a) s. ř. s. zrušil; podle § 78 odst. 4 s. ř. s. vyslovil, že věc se vrací žalovanému k dalšímu řízení. V něm je žalovaný vázán právním názorem zdejšího soudu vysloveným v tomto rozhodnutí (§ 78 odst. 5 s. ř. s.). V dalším řízení tedy předseda žalovaného vypořádá všechny rozkladové námitky a postaví najisto, zda je pojem „obvyklý kalkulační vzorec“ obvyklým termínem běžně užívaným ve stavebnictví, jehož obsah i struktura jsou obecně známy či nikoli.

VI. Náklady řízení

Výrok o nákladech řízení o žalobě se opírá o § 60 odst. 1 s. ř. s. Žalovaný ve věci úspěšný nebyl, neboť jeho rozhodnutí bylo zrušeno, a žalobci proto přísluší náhrada nákladů řízení.

Z obsahu soudního spisu vyplývá, že žalobci vznikly náklady ve výši 2000,- Kč za zaplacený soudní poplatek a dále náklady právního zastoupení spočívající v odměně advokáta za dva úkony po 2 100,- Kč společně se dvěma režijními paušály po 300,- Kč – převzetí a příprava zastoupení a žaloba, s navýšením o částku odpovídající DPH, to vše podle § 7, § 9 odst. 3 písm. f), § 11 odst. 1 písm. a) a d), § 13 odst. 3 vyhlášky č. 177/1996 Sb., o odměnách advokátů a náhradách advokátů za poskytnutí právních služeb (advokátní tarif), a § 57 odst. 2 s. ř. s.; celkem tedy ve výši 7 760,- Kč.

Osoby zúčastněné na řízení nemají právo na náhradu nákladů řízení, neboť jim soudem nebyla uložena žádná povinnost, v souvislosti s níž by jim náklady řízení vznikly (§ 60 odst. 5 s. ř. s.).

P o u č e n í :

Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává ve dvou (více) vyhotoveních u Nejvyššího správního soudu, se sídlem Moravské náměstí 6, Brno. O kasační stížnosti rozhoduje Nejvyšší správní soud.

Lhůta pro podání kasační stížnosti končí uplynutím dne, který se svým označením shoduje se dnem, který určil počátek lhůty (den doručení rozhodnutí). Připadne-li poslední den lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejblíže následující pracovní den. Zmeškání lhůty k podání kasační stížnosti nelze prominout.

Kasační stížnost lze podat pouze z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 s. ř. s. a kromě obecných náležitostí podání musí obsahovat označení rozhodnutí, proti němuž směřuje, v jakém rozsahu a z jakých důvodů jej stěžovatel napadá, a údaj o tom, kdy mu bylo rozhodnutí doručeno.

V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

V Brně dne 30. 10. 2012

JUDr. David Raus, Ph.D., v.r.
předseda senátu

Za správnost vyhotovení: Lucie Gazdová