



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Davida Rause, Ph.D. a soudců Mgr. Petra Šebka a JUDr. Petra Polácha v právní věci žalobce: **JACKO, projekty & vozovky s.r.o.**, se sídlem Ostrava – Moravská Ostrava, Ženíškova 2313/1, zastoupený JUDr. Oldřichem Benešem, advokátem se sídlem Ostrava – Mariánské Hory, Mojmírovců 41, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, za účasti: 1. **Ředitelství silnic Zlínského kraje, příspěvková organizace**, se sídlem Zlín, K Majáku 5001, 2. **IMOS Brno, a.s.**, se sídlem Brno, Olomoucká 174, o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-R143/2010/VZ-1353/2011/310/JSI ze dne 16.2.2011,

t a k t o :

I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-R143/2010/VZ-1353/2011/310/JSI ze dne 16.2.2011 **se zrušuje** a věc se vrací žalovanému k dalšímu řízení.

II. Žalovaný **je povinen** nahradit žalobci náklady řízení ve výši 16.384,- Kč do tří dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám JUDr. Oldřicha Beneše, advokáta se sídlem Ostrava – Mariánské Hory, Mojmírovců 41.

III. Osoby zúčastněné na řízení **nemají právo** na náhradu nákladů řízení.

O d ů v o d n ě n í :

Žalobce napadá žalobou rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-R143/2010/VZ-1353/2011/310/JSI ze dne 16.2.2011, kterým byl zamítnut rozklad a potvrzeno předchozí rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské

soutěže vydané v prvním stupni správního řízení č.j. ÚOHS-S179/2010-11953/2010/510/MOn ze dne 10.9.2010.

I. Podstata věci

Zadavatel (Ředitelství silnic Zlínského kraje, příspěvková organizace) zadával veřejnou zakázku „Diagnostiky vozovek silnic II. a III. třídy ve Zlínském kraji v letech 2010 – 2013“ ve zjednodušeném podlimitním řízení. Obdržel tři nabídky, jedna z nich byla vyřazena pro nesplnění kvalifikace.

Zbylé dvě nabídky (nabídku žalobcovu a nabídku vybraného uchazeče) zadavatel hodnotil a zakázku přidělil uchazeči IMOS Brno, a.s.

Žalobce podal u zadavatele námitky a následně návrh na přezkum úkonů zadavatele k žalovanému. Ten se v řízení k žalobcově návrhu zabýval dvěma otázkami: jednak vymezením předmětu veřejné zakázky a nadto žalobcovou námitkou mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče. Pochybení zadavatele neshledal a žalobcův návrh podle § 118 odst. 4 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., ve znění rozhodném v době rozhodování žalovaného (dále jen „ZVZ“), zamítl.

II. Shrnutí žalobou napadených závěrů žalovaného

K otázce vymezení předmětu veřejné zakázky žalovaný argumentoval tak, že zadavatel v zadávací dokumentaci stanovil, že měření a posouzení únosnosti vozovky bude v podélném směru provedeno metodou s krokem měření 50 m střídavě v obou jízdnicích pruzích. Byť žalovaný připustil, že formulace této podmínky stanovená zadavatelem přesně neodpovídá formulaci uvedené v technických podmínkách „*TP 87 Navrhování údržby a oprav netuhých vozovek*“, je při porovnání obou formulací zjevné, že se jedná o jednu a tutéž podmínku, a sice že měření a posouzení únosnosti vozovek rázovými zatěžovacími zkouškami bude prováděno s krokem měření 50 m, a to jak v levém, tak i pravém jízdnicím pruhu (tj. celkem 40 měřících bodů na 1 km dvoupruhové vozovky). Zadavatel v zadávací dokumentaci vedle popisu diagnostických výkonů v zadávací dokumentaci mj. výslovně uvedl, že „*při realizaci veřejné zakázky bude vybraný dodavatel povinen postupovat v souladu s „TP 87 Navrhování údržby a oprav netuhých vozovek schválené MD ČR – OPK č. j. 24908/96-120 ze dne 1. 2. 1997“*, z něhož jednoznačně vyplývá požadavek na provedení čtyřiceti diagnostických výkonů na 1 km dvoupruhové vozovky, tj. po 50 metrech v každém jejím jízdnicím pruhu. Zadavatel tedy po uchazečích požadoval, aby při zpracování nabídek postupovali podle technických podmínek „*TP 87 ...*“, ze kterých je zřejmý požadavek na provedení čtyřiceti diagnostických výkonů na 1 km dvoupruhové vozovky.

K otázce mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče žalovaný argumentoval tak, že podle předložené dokumentace činila zadavatelem stanovená předpokládaná hodnota veřejné zakázky 2 842 500 Kč bez DPH. Nabídková cena žalobce činila 2 755 500 Kč bez DPH, přičemž z předložených podkladů vyplývá,

že tato cena nezahrnuje celý předmět veřejné zakázky (u rázových zatěžovacích zkoušek navrhovatel vyčíslil pouze 20 měření na 1 km vozovky, namísto požadovaných 40 měření, tj. na celém předmětu zakázky o 3000 měření méně). Nabídková cena vybraného uchazeče činila 2 164 500 Kč bez DPH a dle předložené dokumentace žalovaný zjistil, že tato cena obsahuje vyčíslení celého předmětu veřejné zakázky, jak bylo stanoveno v zadávací dokumentaci, přičemž hodnotící komise neshledala, že by nabídka vybraného uchazeče obsahovala mimořádně nízkou nabídkovou cenu. Z dokumentace žalovaný dále zjistil, že po obdržení návrhu zadavatel mj. opětovně posuzoval nabídku vybraného uchazeče, přičemž nebylo konstatováno, že by nabídková cena uvedená vybraným uchazečem byla mimořádně nízká.

Žalovaný dále argumentoval tak, že při posuzování, zda je některá z nabídkových cen uchazečů mimořádně nízká, je nutno vycházet z porovnání příslušné ceny a předmětu veřejné zakázky, jak stanoví § 77 odst. 1 ZVZ. Pro určení, zda se jedná o mimořádně nízkou nabídkovou cenu, tak nelze vycházet pouze z porovnání nabídkových cen ostatních uchazečů, které nicméně může sloužit jako určité vodítko. V žádném případě však nemůže představovat jediné hledisko při posuzování případných mimořádně nízkých nabídkových cen, neboť takový postup by podle žalovaného odporoval § 77 odst. 1 ZVZ. Tvrzení žalobce v průběhu řízení před žalovaným, podle nichž je nabídková cena vybraného uchazeče cenou mimořádně nízkou, se však omezují pouze na srovnání nabídkových cen uchazečů, přičemž žalobce neuvedl žádné argumenty ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, pro které se domníval, že nabídková cena vybraného uchazeče je mimořádně nízká. Žalovaný dále uvedl, že zadavatel *de facto* ani nemohl nabídkovou cenu vybraného uchazeče porovnat s nabídkovou cenou jiného uchazeče, neboť v šetřeném případě ze tří uchazečů kvalifikaci prokázali pouze dva z nich (hodnoceny tedy byly pouze dvě nabídky), přičemž pouze vybraný uchazeč podal svoji nabídku na celý rozsah předmětu veřejné zakázky.

Žalovaný dále odmítl akceptovat názor žalobce, podle něhož není možné veřejnou zakázku za jednotkovou cenu 14 430 Kč/km bez DPH nabídnutou vybraným uchazečem objektivně realizovat, neboť žalobce neuvedl žádné bližší zdůvodnění této domněnky. Žalobce se podle žalovaného omezil pouze na sdělení, že jeho jednotková nabídková cena za splnění předmětu veřejné zakázky by nemohla být nižší než 25 570 Kč/km bez DPH, žalovaný však vypočetl, že tato cena odpovídá jednotkové nabídkové ceně navrhovatele ve výši 18 370 Kč/km bez DPH, ke které je připočtena cena za provedení chybějících služeb, tj. 20 diagnostických výkonů na 1 km vozovky, které žalobce ve své nabídce neuvedl. Úřad se tedy s uvedeným tvrzením žalobce neztotožnil, neboť dále zjistil, že žalobce ve své nabídce uvedl, že jeho cenová nabídka obsahuje veškeré diagnostické výkony požadované objednatelem a žalobce se po posouzení požadavku objednatele naopak rozhodl zvýšit počet vrtaných sond o 200 % a jádrových vývrtů o 25 % s tím, že v nabídkové ceně v krycím listu byly tyto vícenáklady započteny. Takto zvýšené diagnostické výkony navýšily cenovou nabídku o 2 083 Kč/km bez DPH a je tedy zřejmé, že sám žalobce uvádí, že jeho původní

nabídková cena je minimálně o 312 450 bez DPH vyšší než by byla cena, která by odpovídala zadavatelem stanovenému předmětu veřejné zakázky.

Žalovaný k problematice mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče také uvedl, že ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 4. 5. 2010 je patrné, že hodnotící komise v žádání z nabídek neshledala mimořádně nízkou nabídkovou cenu ve smyslu § 77 ZVZ, a proto neměla žádat o písemné zdůvodnění těch částí nabídky uchazečů, které jsou pro vyšší nabídkové ceny podstatné.

III. Shrnutí žalobních bodů

Žalobce uplatňuje ve své žalobě čtyři okruhy žalobních námitek, které se věcně shodují s jeho argumentací ve správním řízení před žalovaným.

Žalobce namítá, že vymezení předmětu veřejné zakázky v zadávací dokumentaci nesplňuje požadavky nezbytné přesnosti, srozumitelnosti a jednoznačnosti. Sám žalovaný přiznává nejasnou formulaci ohledně způsobu měření a posouzení únosnosti vozovky. Pokud žalovaný dodržení ZVZ dovozuje z odkazu na „*TP 87 Navrhování údržby a oprav netuhých vozovek schválené MD ČR – OPK č. j. 24908/96-120 ze dne 1. 2. 1997*“, pak tento dokument není závazný a je možné se od něj odchýlit, a tedy jeho uvedení v zadávací dokumentaci samo o sobě výkladovou nejasnost nijak nezhojuje. V době výzvy k podání nabídek (dne 6.4.2010) navíc byl tento dokument již nahrazen dokumentem „*TP 87 Navrhování údržby a oprav netuhých vozovek schválené Ministerstvem dopravy ČR – Odbor silniční infrastruktury č. j. 165/10-910-IPK/1 ze dne 25.2.2010*“ s účinností od 1.3.2010.

Ve vztahu k vymezení předmětu veřejné zakázky dále žalobce namítá, že předmětem veřejné zakázky jsou mimo jiné i laboratorní zkoušky, jejichž četnost každý z uchazečů stanovil ve své nabídce jinak. „*TP 87...*“ tuto četnost nestanovuje a zadavatel ji nestanovil ani v zadávací dokumentaci.

Dále žalobce namítá, že žalovaný pochybil, když aproboval postup zadavatele, který si nevyžádal od vybraného uchazeče písemné zdůvodnění jeho mimořádně nízké nabídkové ceny. Žalobcova nabídka při 20 diagnostických výkonech na 1 km zněla na částku 18 370,- Kč/km bez DPH, při kalkulaci 40 diagnostických výkonů na km by tak nemohla být nižší než 25 570,- Kč. Nabídka vybraného uchazeče (při 40 diagnostických výkonech na km) zněla na částku 14 430,- Kč/km bez DPH. Žalobce pak podrobně zpochybňuje cenu za vypracování závěrečné zprávy a za rázovou zatěžovací zkoušku na jeden bod měření, argumentuje tak, že nabídková cena vybraného uchazeče se odlišovala od předpokládané hodnoty veřejné zakázky o více než 22%, a porovnává cenu obdobné předcházející veřejné zakázky „*Diagnostiky vozovek silnic II. a III. třídy ve Zlínském kraji v letech 2007 – 2009*“ (v přepočtu 30 000,- Kč/km bez DPH. V této souvislosti žalobce namítá, že žalovaný si měl pro posouzení těchto odborných otázek ustanovit znalce, neboť pro posouzení bylo třeba odborných znalostí, které úřední osoby nemají.

Dále žalobce namítá, že ze strany vybraného uchazeče nebylo řádně doloženo splnění kvalifikace předložením seznamu významných služeb obdobného charakteru poskytnutých v posledních 3 letech, přičemž celkový finanční objem těchto zakázek musí dosahovat min. 1 mil. Kč ročně, včetně osvědčení objednatelů těchto služeb. Požadovaný objem zakázek přesahující 1 mil. Kč pak vyplývá toliko z referencí Správy silnic Moravskoslezského kraje, příspěvková organizace, za rok 2009. K těmto podkladům se však žalobce nemohl ve správním řízení vyjádřit, jestliže mu nebyly dne 25.6.2010, kdy žalobce nahlížel do spisu ve smyslu § 38 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, předloženy.

Kromě toho žalobce poukazuje na totožnou formulaci poznámky obsažené v kalkulaci nabídkové ceny vybraného uchazeče (str. 14 správního spisu) a v kalkulaci předpokládané hodnoty veřejné zakázky vypracované zadavatelem (str. 15 správního spisu), aniž by obdobnou formulaci obsahovala i výzva k podání nabídek či návrh smlouvy. To vyvolává podle žalobce pochybnosti, zda předmětné kalkulace nebyly vytvořeny v součinnosti mezi vybraným uchazečem a zadavatelem.

Žalobce ze shora uvedených důvodů navrhuje zrušení napadeného i jemu předcházejícího rozhodnutí a vrácení věci žalovanému k dalšímu řízení. Na svém procesním stanovisku setrval žalobce po celou dobu řízení před zdejším soudem.

IV. Shrnutí procesního stanoviska žalovaného

Žalovaný setrvává na závěrech prezentovaných v napadeném rozhodnutí, doplňuje, že dokument „TP 87...“, ačkoli není normou obecně závaznou, představuje závazný dokument *inter partes*, a tedy text zadávací dokumentace společně s textem tohoto dokumentu, na který bylo odkázáno, vyvolává přesnost a soulad se ZVZ.

K otázce mimořádně nízké nabídkové ceny žalovaný opakuje, že srovnání s ostatními nabídkovými cenami je pouze vodítkem při řešení otázky mimořádně nízké nabídkové ceny; odkazuje přitom na své výpočty, které odůvodňují závěr, k němuž žalovaný dospěl.

K nemožnosti se vyjádřit k podkladu rozhodnutí žalovaný uvádí, že prvostupňové rozhodnutí bylo vydáno až dne 10.9.2010 a žalobce měl možnost se do té doby k podkladu rozhodnutí vyjádřit.

Lhůty stanovené účastníkům řízení před žalovaným jsou účelové a směřují k co největší koncentraci řízení a zachování hospodárnosti, proto nelze tvrdit, že by jejich stanovením bylo účastníkům znemožněno s probíhajícím řízením až do vydání rozhodnutí ve věci disponovat.

Žalovaný navrhuje žalobu jako nedůvodnou zamítnout. I žalovaný setrval na svém procesním stanovisku po celou dobu řízení před zdejším soudem.

V. Posouzení věci

Žaloba byla podána včas (§ 72 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů, dále jen „s.ř.s.“), osobou oprávněnou (§ 65 odst. 1 s.ř.s.). Žaloba je přípustná (§ 65, § 68 a § 70 s.ř.s.).

Žaloba je podle § 78 odst. 1 s.ř.s. důvodná.

V.1.

Nejprve se zdejší soud zabýval žalobními tvrzeními směřujícími do vymezení předmětu veřejné zakázky.

Podle § 17 písm. 1) ZVZ (ve znění účinném v době, kdy zadávací řízení bylo zahajováno, tedy ve znění zákona č. 417/2009 Sb.) jsou zadávacími podmínkami veškeré požadavky zadavatele uvedené v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení, zadávací dokumentaci či jiných dokumentech obsahujících vymezení předmětu veřejné zakázky.

Veškeré zadavatelovy požadavky, které je zapotřebí splnit osobami, jež se hodlají zadávacího řízení zúčastnit, je tedy třeba promítnout v zadávacích podmínkách. Ty jsou tvořeny podmínkami obsaženými v oznámení zadávacího řízení, v zadávací dokumentaci či jiných dokumentech. Hovoří-li ZVZ v § 17 písm. 1) o jiných dokumentech, pak jde-li o podmínky, z nichž plynou podrobnosti pro zpracování nabídky, musí se jednat o dokumenty, které byly vtěleny do zadávací dokumentace. Je to totiž právě zadávací dokumentace, která musí dodavatelům (uchazečům) sloužit coby dostatečně konkrétní, jasný, jednoznačný a srozumitelný zdroj informací o tom, jak mají zpracovat své nabídky, neboť právě zadávací dokumentace podle § 44 odst. 1 ZVZ vymezuje předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Za správnost a úplnost zadávací dokumentace podle téhož ustanovení ZVZ odpovídá zadavatel.

Zadávací dokumentací se tedy rozumí souhrn všech konkrétní požadavků zadavatele na zpracování nabídky. Z těchto požadavků pak následně, nad rámec kritérií obsažených v oznámení zadávacího řízení, vyplynou i podrobná pravidla pro určení, která nabídka je pro zadavatele nejvhodnější a která se tak stane nabídkou vítěznou. Základem zadávací dokumentace je tedy co nejpřesnější vymezení předmětu veřejné zakázky, provedené natolik podrobným, srozumitelným a co do významu jednotlivých údajů jednoznačným způsobem, který umožní samotné sestavení nabídky, její následné transparentní hodnocení zadavatelem a poté i následné objektivní přezkoumání toho, zda zadavatel hodnotil nabídky takovým způsobem, jakým měl, popř. zda hodnotil jen takové nabídky, které hodnotit měl. Pokud mohou být předmětem hodnocení podle § 79 ZVZ toliko nabídky, které odpovídají zadávací dokumentaci (§ 76 odst. 1 ZVZ), pak na přesnost, srozumitelnost a jednoznačnost údajů obsažených v zadávací dokumentaci je třeba klást klíčový důraz. Ze zadávací dokumentace tedy musí být zcela jednoznačně patrné, v jakých otázkách a jak

konkrétně spolu budou nabídky „soutěžit“ a jak mají být zpracovány, aby spolu „soutěžit“ vůbec mohly.

Zdejší soud se tedy při přezkumu napadeného rozhodnutí v rámci žalobních bodů nejprve nutně musel zaměřit na posouzení klíčové otázky, a sice zda zadavatel tím, že v zadávací dokumentaci stanovil, že měření a posouzení únosnosti vozovky bude v podélném směru provedeno metodou s krokem měření 50 m střídavě v obou jízdnicích s odkazem na dokument „*TP 87 Navrhování údržby a oprav netuhých vozovek schválené MD ČR – OPK č. j. 24908/96-120 ze dne 1. 2. 1997*“, vyjádřil svůj požadavek na měření a posouzení únosnosti vozovky jasně, srozumitelně a transparentně.

Podle zadávací dokumentace, části „5. Hodnocení nabídek“, je základním hodnotícím kritériem nejnižší nabídková cena. „...*V rámci kritéria výše nabídkové ceny bude předmětem hodnocení celková cena za 1 km provedené diagnostiky vozovek vč. veškerých souvisejících činností specifikovaných v předmětu veřejné zakázky. Zadavateli vyhovuje nejlépe nejnižší nabídková cena...*“.

Ve výzvě k podání nabídky ze dne 6.4.2010, v části „b“, je uvedeno, že „*Měření a posouzení únosnosti vozovky bude v podélném směru provedeno metodou s krokem měření 50 m střídavě v obou jízdnicích*“. Zároveň byla ve výzvě upravena možnost vyžádat si zadávací dokumentaci (část „c/“ výzvy).

Ze zadávací dokumentace, z části „2. Popis předmětu veřejné zakázky“, rovněž plyne, že „*Měření a posouzení únosnosti vozovky bude v podélném směru provedeno metodou s krokem měření 50 m střídavě v obou jízdnicích*“. V části „3. Technická specifikace“ je uvedeno, že „*Při realizaci veřejné zakázky bude vybraný dodavatel povinen postupovat v souladu s následujícími dokumenty...*“, mimo jiné je ve výčtu i „*TP 87 Navrhování údržby a oprav netuhých vozovek schválené MD ČR – OPK č. j. 24908/96-120 ze dne 1. 2. 1997*“.

Na dokument „*TP 87 Navrhování údržby a oprav netuhých vozovek schválené MD ČR – OPK č. j. 24908/96-120 ze dne 1. 2. 1997*“ tedy bylo v zadávací dokumentaci odkazováno, žalobce a žalovaný z jeho textu vycházejí (byť oba s odlišnými závěry), součástí správního spisu však tento dokument není. Mohlo by to být důvodem pro dovození nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí, avšak zdejší soud dospěl k závěru, že doplnění dokazování před zdejším soudem obsahem tohoto dokumentu není natolik podstatným doplněním dokazování, že by je v rámci přezkumu nemohl provést on sám. Zdejší soud tedy u jednání obsahem (textem) uvedeného dokumentu dokazoval.

Z části „4.5.1. Stanovení bodů pro měření únosnosti“ dokumentu „*TP 87...*“ plyne: „...*Maximální vzdálenost je vzdálenost mezi jednotlivými měřeními, při nichž nejsou ovlivněny statistické veličiny vyhodnocených průhybů. Pojem maximální vzdálenosti se používá při měření rázovými zařízeními a pákovým průhyboměrem. Na základě srovnávacích měření bylo stanoveno, že maximální doporučená vzdálenost na*

běžných vozovkách je: - při návrhu zesílení 25 m při měření v nejvíce zatíženém pruhu vícepruhových komunikací nebo střídavě v obou pružích dvoukruhových komunikací (pak je vzdálenost mezi měřeními 50 m, uspořádání ČSN 73 6192) nebo v jízdním pruhu dvoukruhových komunikací, který vykazuje větší rozsah poruch kvalitativně významnějších (poruchy konstrukce vozovky), - při posuzování vozovky pro její orientační zatřídění zbytkové doby životnosti (vyhledávací měření) bez návrhu zesílení po 100 m v nejvíce zatíženém jízdním pruhu nebo v pruhu, který vykazuje větší rozsah poruch kvalitativně významnějších, - pro orientační zatřídění zbytkové doby životnosti vozovky bez poruch a v případě výsledků měření bez výraznějších změn je možno měřit po vzdálenostech 250 m v nejvíce zatíženém jízdním pruhu..“.

Jestliže žalovaný dospěl k závěru, že je zjevné, že se jedná (v zadávací dokumentaci a v dokumentu „TP 87...“) o jednu a tutéž podmínku, a sice že měření a posouzení únosnosti vozovek rázovými zatěžovacími zkouškami bude prováděno s krokem měření 50 m, a to jak v levém, tak i pravém jízdním pruhu, tj. že má být provedeno (a v nabídkách naceněno) celkem 40 měřících bodů na 1 km dvoupruhové vozovky), a že požadavek na provedení čtyřiceti diagnostických výkonů na 1 km dvoupruhové vozovky, tj. po 50 metrech v každém jejím jízdním pruhu, vyplývá právě z dokumentu „TP 87 Navrhování údržby a oprav netuhých vozovek schválené MD ČR – OPK č.j. 24908/96-120 ze dne 1. 2. 1997“, nic takového zdejšímu soudu po provedeném dokazování jeho obsahem neplyne.

Zadávací dokumentace na straně jedné a dokument „TP 87...“ na straně druhé především obsahují zcela odlišnou dikci - text „...metodou s krokem měření 50 m střídavě v obou jízdních pružích...“ oproti textu „...25 m při měření v nejvíce zatíženém pruhu vícepruhových komunikací nebo střídavě v obou pružích dvoukruhových komunikací (pak je vzdálenost mezi měřeními 50 m, uspořádání ČSN 73 6192) nebo v jízdním pruhu dvoukruhových komunikací, který vykazuje větší rozsah poruch kvalitativně významnějších...“. Nejde o rozdíl nikterak marginální. Buď má být totiž požadovaný rozestup 50 metrů, jak plyne ze zadávací dokumentace, nebo 25 metrů v nejvíce zatíženém pruhu nebo střídavě ve dvou pružích, kde je pak vzdálenost 50 metrů; ani pro tento případ však není najisto postaveno, zda rozestup 50 metrů platí pro každý z jízdních pruhů při dodržení intervalu „25 metrů pro každý z jízdních pruhů“, anebo jde o rozestup 50 metrů jednotlivých měření. Zatímco by tedy izolovaný výklad zadávací dokumentace nasvědčoval spíše tomu, že má být na 1 km provedeno 20 měření, dokument „TP 87...“ to může buď potvrzovat anebo může tuto hodnotu upravovat ve smyslu 40 měření na 1 km; obojí závěr je možný.

Zdejší soud se ztotožňuje v principu s názorem žalovaného, že odkazem na „TP 87...“ mohly být požadavky zadavatele obsažené výslovně v zadávací dokumentaci doplněny. Není podstatné, že je zde textem zadávací dokumentace odkazováno na samostatnou listinu („TP 87...“). Není podstatné ani to, zda listina, na kterou je odkazováno („TP 87...“), byla v době zadávacího řízení obecně závazným a stále ještě „účinným“ dokumentem. Zajedno je zdejší soud se žalovaným v tom, že (bez ohledu na možná rizika takového postupu pro zadavatele, jež tu nejsou předmětem posuzování) se závaznou pro dodavatele stala tím, že ji závaznou učinil zadavatel.

Zdejší soud se však se žalovaným neztotožňuje v odpovědi na otázku, zda kombinace textu zadávací dokumentace a textu obsaženého v dokumentu „TP 87...“ podává jasný návod v tom směru, zda má být provedeno na každý 1 km 20 měření nebo 40 měření. Ani ze souhrnu pravidel popsanych v obou textech to jednoznačně neplyne.

Jestliže má být požadavek „...*metodou s krokem měření 50 m střídavě v obou jízdnicích pružích*...“ obsažený v zadávací dokumentaci doplněn o pravidla vyplývající z „TP 87...“, jak zřejmě mohl zamýšlet zadavatel a jak z toho podle argumentace žalovaného vycházel i on ve svém nyní napadeném rozhodnutí, pak pravidla z obou textů je při inkorporaci textu dokumentu „TP 87...“ do zadávací dokumentace třeba vykládat následovně: to, co pro zpracování nabídek není uvedeno v zadávací dokumentaci, může být vzato z navazujícího dokumentu „TP 87...“. Jestliže zadávací dokumentace hovoří o kroku měření 50 m střídavě v obou jízdnicích pružích, pak z toho skutečně může plynout speciální pravidlo ke zbylým pravidlům plynoucím z „TP 87...“, jež by se pak uplatnilo ve zbytku, tj. v jiných podmínkách provádění měření. Tedy ani údajem ve smyslu 25 m při měření v nejméně zatíženém jízdnicím pruhu nebo střídavě v obou pružích, kde by také byla vzdálenost mezi měřeními 50 m, nemusí být pravidlo o měření po 50 m, z čehož by plynulo celkem 20 měření na 1 km, upravené výslovně v zadávací dokumentaci, nijak prolamováno.

Že se toto pravidlo mohlo objektivně jevit jako nejednoznačné, to plyne z nabídky žalobce, který naceňoval pouze 20 měření na 1 km. Lze přitom argumentovat logikou věci: pokud by žalobce nebyl přesvědčen o správnosti svého výkladu, stěžil by naceňoval pouze 20 měření na 1 km.

Nejednoznačnost takto nastaveného pravidla je ostatně dobře dokumentována také průběhem předchozího zadávacího řízení, jak upozorňuje žalobce, a sice týkajícího se veřejné zakázky „Diagnostiky vozovek silnic II. a III. třídy ve Zlínském kraji v letech 2007 – 2009“, kde dodatečné dotazy k zadávací dokumentaci podány byly a kde jeden z nich za téhož znění zadávací dokumentace se týkal právě počtu zatěžovacích zkoušek, tj. zda 20 na 1 km či 40 na 1 km. Listina, z níž podání tohoto dodatečného dotazu plyne, a také zadatelova odpověď na ni je založena ve správním spisu a žalovaný ji nemohl ponechat bez povšimnutí. Ze spisu přitom zároveň neplyne, že by se žalobce předchozího zadávacího řízení ve vztahu k těmto (pouze časově předcházejícímu) plnění poptávanému týmž zadavatelem zúčastnil. Při jednání soudu žalobce prohlásil, že se jej nezúčastnil. Argumentoval-li za tohoto stavu žalobce tím, že předchozího zadávacího řízení se účastnili ti uchazeči, kteří vycházeli z počtu 40 měření na 1 km (a naceňovali je), a tedy že tuto informaci mohli v zadávacím řízení ve věci právě posuzované považovat za jednoznačnou právě proto, že se jim v předchozím zadávacím řízení dostalo v tomto smyslu odpovědi v režimu § 49 odst. 2 ZVZ, to ponechal žalovaný bez věcného vypořádání, když v bodu 21. napadeného rozhodnutí uvádí, že obdobnou situací v jiné veřejné zakázce nelze argumentovat, navíc že se tamního zadávacího řízení žalobce „pravděpodobně účastnil“ (tento závěr

žalovaný při jednání soudu sám označil za spekulativní, navíc pro posouzení věci podle něj bezvýznamný).

Neúčast žalobce na předchozím zadávacím řízení týkajícím se veřejné zakázky „Diagnostiky vozovek silnic II. a III. třídy ve Zlínském kraji v letech 2007 – 2009“ ovšem logicky může zapadat do konstrukce, podle níž zatímco ti z uchazečů, kteří se předchozího zadávacího řízení zúčastnili, mohli mít najisto postaven fakt, že i nyní mají naceňovat 40 měření na 1 km, neboť to bylo najisto postaveno v předchozím zadávacím řízení, zatímco žalobce mohl být přesvědčen o správnosti nacenění 20 měření na 1 km. Okolnosti vnímání téhož sporného textu při zadávání předchozí veřejné zakázky tedy podstatnými jsou, neboť z nich plyne, že i v předchozím zadávacím řízení realizovaném tímž zadavatelem jako v nyní posuzované věci byla tato otázka nejasná, což jednak mělo zadavateli indikovat potřebu jasnější, srozumitelnější úpravy této otázky ve věci nyní posuzované a což je kromě toho nyní, ve věci právě posuzované, podstatným argumentem pro závěr o nejednoznačnosti sporného textu i pro závěr, že žalobce mohl být objektivně přesvědčen o správnosti své verze výkladu textu.

Jek tedy plyne ze shora uvedeného, ve věci právě posuzované proti sobě stojí dva možné výklady klíčové otázky pro podání vzájemně porovnatelných nabídek – oba z nich, a tedy kromě výkladu zastávaného žalovaným i výklad žalobcův, lze přitom objektivně připustit. V zadávací dokumentaci je tak třeba objektivně vidět nejasnost, která způsobuje, že zadávací dokumentace nevyhovuje podmínkám stanoveným v § 44 odst. 1 ZVZ.

Skutkový stav ohledně jasnosti či nejasnosti způsobu měření, jež bylo předmětem plnění v rámci veřejné zakázky v nyní posuzované věci, se podle zdejšího soudu neblíží stavu, jak byl hodnocen v rozsudku ze dne 22.7.2010 ve věci Nejvyššího správního soudu sp. zn. 8 Afs 12/2010, kde bylo akcentováno, že je třeba pojmům užitým v zadávacích podmínkách přisuzovat jejich obecný význam a nelze uměle navozovat sémantickou nejasnost, nýbrž podle zdejšího soudu vykazuje výraznou podobnost se skutkovým stavem, jaký byl hodnocen v rozsudcích Nejvyššího správního soudu ze dne 25.3.2009 ve věci sp. zn. 2 Afs 86/2008 a ze dne 26.3.2009 ve věci sp. zn. 2 Afs 87/2008, kde uvedený soud akceptoval hodnocení zdejšího soudu, že jsou-li zadávací podmínky natolik nejasné, že objektivně připouštějí rozdílný výklad ohledně požadavků na zpracování nabídky, je postup zadavatele fakticky nekontrolovatelným, tedy porušujícím zásadu transparentnosti zadávacího řízení podle § 6 ZVZ (všechny tyto rozsudky na www.nssoud.cz).

Za této situace, zvolil-li žalobce z těchto obou v úvahu přicházejících výkladů ten výklad, na základě kterého nacenil 20 měření na 1 km, nelze mu klást k tíži, že se na zadavatele neobrátil se žádostí o doplňující informace. Byl-li o správnosti svého výkladu přesvědčen a přichází-li takový výklad skutečně objektivně v úvahu, nemusel žádat o dodatečné informace podle § 49 odst. 1 ZVZ; takový postup přichází v úvahu pouze tehdy, má-li dodavatel před podáním nabídky pochybnosti, přitom fakt, že tyto

pochybnosti žalobce měl, mu za situace, kdy oba výklady sporného textu v úvahu přicházejí, lze stěží podsouvat.

Dvojí objektivně možný výklad, k jednomu z nichž se uchazeč přiklonil, aniž by z jakéhokoli podkladu rozhodnutí plynulo, že měl v tomto směru pochybnosti, nemůže jít k tíži tohoto uchazeče. Na druhou stranu nelze ani dovozovat, že by pochybili ti uchazeči, kteří na základě svého výkladu naceňovali 40 měření na 1 km. Výsledkem je, že byly podány nabídky, v nichž celková cena za 1 km provedené diagnostiky vozovek je jednotlivými uchazeči naceňována odlišně, což ve výsledku vyvolává vážnou pochybnost o tom, zda vůbec jsou jednotlivé nabídky vzájemně porovnatelné, jestliže toto nacenění bylo součástí celkového nacenění plnění v jednotlivých nabídkách, tím spíše, že základním hodnotícím kritériem byla nejnižší nabídková cena.

Paradoxně k závěru o neporovnatelnosti nabídek podaných ve věci právě posuzované dospívá sám žalovaný, když argumentuje tak, že zadavatel *de facto* ani nemohl nabídkovou cenu vybraného uchazeče porovnat s nabídkovou cenou jiného uchazeče, neboť ze tří uchazečů kvalifikaci prokázali pouze dva z nich (hodnoceny tedy byly pouze dvě nabídky – žalobcova naceňující 20 měření a později vybraného uchazeče naceňující 40 měření), přičemž žalovaný z toho jasně dovozuje, že pouze vybraný uchazeč podal svoji nabídku na celý rozsah předmětu veřejné zakázky.

Pro posouzení věci tedy není podstatné, že veškerá pravidla ohledně způsobu měření, jež se měla projevit v jediném hodnotícím kritériu (nabídkové ceně za 1 km), nebyla popsána v zadávací dokumentaci, nýbrž že podle obsahu zadávací dokumentace měla být měření prováděna podle dokumentu, na který bylo v zadávací dokumentaci odkazováno. To je postup v principu možný. Není ani podstatné, že dokument „*TP 87...*“ nebyl v době zahájení zadávacího řízení obecně závazný a ani „platný“. Z ničeho neplyne, že by bylo sporu, o jaký dokument se jedná. Jednalo-li se přitom o dokument v příslušném oboru běžně dostupný, což nikdo z účastníků nezpochybnil, pak závaznost tam uvedených pravidel pro příslušné zadávací řízení i „platnost“ ve vztahu k tomuto řízení mohl zadavatel stanovit odkazem na tento dokument v zadávací dokumentaci – jednalo se o postup daný naroveň postupu, kdy by zadavatel text tohoto dokumentu přímo převzal do textu samotné zadávací dokumentace.

Podstatné naopak je, že ze zadávacích podmínek (obsažených v zadávací dokumentaci odkazující na dokument „*TP 87...*“) jednoznačně neplyne, že měření a posouzení únosnosti vozovek rázovými zatěžovacími zkouškami má být prováděno (a tedy naceňováno) s krokem měření 50 m, a to jak v levém, tak i pravém jízdním pruhu, tj. celkem 40 měřících bodů na 1 km dvoupruhové vozovky, jak namítá žalobce.

Zdejší soud tedy dává zapravdu žalobci, že vymezení předmětu veřejné zakázky v zadávací dokumentaci nesplňuje požadavky nezbytné přesnosti, srozumitelnosti a jednoznačnosti a je porušením § 44 odst. 1 ZVZ a § 6 ZVZ. V této otázce tedy zdejší

soud dovozuje pochybení žalovaného založené na nesprávném výkladu uvedených ustanovení ZVZ ve vztahu ke zjištěnému skutkovému stavu věci. To je důvodem pro zrušení napadeného rozhodnutí podle § 78 odst. 1 s.ř.s. a k vrácení věci žalovanému k dalšímu řízení podle § 78 odst. 4 s.ř.s. Prvostupňové rozhodnutí žalovaného rušeno není, jeho osud závisí na posouzení, k němuž s respektováním shora podaného právního názoru dospěje předseda žalovaného ve stádiu řízení o rozkladu.

Samostatnou otázkou je totiž důsledek takového porušení, tj. zda toto pochybení zadavatele podstatně ovlivnilo nebo mohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky (§ 118 odst. 1 ZVZ, § 120 odst. 1 písm. a/ ZVZ); touto otázkou necht' se v dalším řízení zabývá žalovaný.

Jestliže žalobce nacenil pouze 20 měřících bodů na 1 km a na základě takového nacenění podal nabídku s nabídkovou cenou, pak za situace, kdy žalovaný dospěl k závěru, že měl naceňovat 40 měřících bodů na 1 km, nutně musel dovodit, že nabídka žalobce nevyhovovala podmínkám podle § 76 odst. 1 ZVZ, neboť žalobce nesplnil požadavek zadavatele, jenž podle žalovaného vyplýval ze zadávací dokumentace. Stranou tedy nemůže být ponechán fakt, že v takovém případě (dospěl-li k takovému závěru žalovaný) měla být žalobcova nabídka vyřazena a žalobce vyloučen (§ 76 odst. 6 ZVZ), a tedy jeho nabídka neměla být vůbec hodnocena. Za situace, kdy zdejší soud naproti tomu dovodil, že žalobce podal nabídku podle jednoho z objektivně v úvahu přicházejících, a tedy možných výkladů způsobu měření, je na dalších úvahách žalovaného, aby posoudil, jak se pochybení zadavatele při tvorbě zadávacích podmínek vyvolávající shora uvedenou nejasnost ve vztahu k hodnocení nabídek projevilo, tj. zda nabídky vůbec mohly být hodnoceny, a teprve pokud ano, jak měly být hodnoceny.

V.2.

S právě uvedeným ovšem souvisí i otázka mimořádně nízké nabídkové ceny. I k této otázce se zdejší soud pro další průběh řízení před žalovaným musí vyjádřit.

Zadavatel stanovil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky ve výši 2 842 500 Kč bez DPH. Nabídková cena vybraného uchazeče činila 2 164 500 Kč bez DPH. Nabídková cena žalobce (tedy druhá z obou zadavatelem nakonec hodnocených nabídek) činila 2 755 500 Kč bez DPH, přestože u rázových zatěžovacích zkoušek žalobce vyčíslil pouze 20 měření na 1 km vozovky oproti 40 měřením, která byla naceněna v nabídce vítězného uchazeče. Bez ohledu na to, jak mohla být za shora popsané situace nabídka žalobce vůbec hodnocena, právě uvedené je skutečně silnou indicií k tomu, aby se žalovaný otázkou mimořádně nízké ceny v nabídce vybraného uchazeče důkladně zabýval.

Podle § 77 odst. 1 ZVZ při posouzení nabídek uchazečů z hlediska splnění zadávacích podmínek posoudí hodnotící komise též výši nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. Jestliže nabídka obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, musí si hodnotící komise vyžádat od

uchazeče písemné zdůvodnění těch částí nabídky, které jsou pro výši nabídkové ceny podstatné; zdůvodnění musí být uchazečem doručeno ve lhůtě 3 pracovních dnů ode dne doručení žádosti uchazeči, pokud hodnotící komise nestanoví lhůtu delší.

Podle § 77 odst. 6 ZVZ neodůvodnil-li uchazeč písemně mimořádně nízkou nabídkovou cenu ve stanovené lhůtě, nedostavil-li se k podání vysvětlení nebo posoudila-li hodnotící komise jeho zdůvodnění jako neopodstatněné, musí být nabídka vyřazena. Podle tohoto ustanovení se má obdobně použít § 76 odst. 6 ZVZ, podle něhož uchazeče, jehož nabídka byla při posouzení nabídek hodnotící komisí vyřazena, vyloučí veřejný zadavatel bezodkladně z účasti v zadávacím řízení. Vyloučení uchazeče včetně důvodů veřejný zadavatel uchazeči bezodkladně písemně oznámí.

Zkoumání, zda konkrétní nabídka neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, je tedy obligatorní součástí procesu posuzování nabídek.

Hodnotící komise má tedy ve vztahu k případné mimořádně nízké nabídkové ceně dvě povinnosti:

1. povinnost posoudit, zda konkrétní nabídka konkrétního uchazeče neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu,
2. v případě zjištění mimořádně nízké nabídkové ceny povinnost vyžádat si od uchazeče písemné zdůvodnění těch částí jeho nabídky, které jsou pro výši nabídkové ceny podstatné.

ZVZ sice výslovně nestanoví, že by součástí výzvy k písemnému zdůvodnění (v rámci 2. z obou uvedených povinností) mělo být odůvodnění, z jakých důvodů považuje hodnotící komise nabídkovou cenu za mimořádně nízkou, takový požadavek však lze dovodit ze zásady transparentnosti, jíž má být celé zadávací 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 samotného textu § 77 odst. 1 ZVZ, který hovoří o písemném zdůvodnění „těch částí nabídky“, které jsou pro výši nabídkové ceny podstatné.

Od správného zodpovězení shora uvedených dvou otázek a od následného postupu hodnotící komise při vyzývání uchazeče se nutně odvíjí reálná možnost přezkoumání správnosti a zákonnosti jejího rozhodování při posuzování nabídek. Pokud hodnotící komise v průběhu posuzování zjistí, že nabídka obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, ohledně níž nebylo podáno ve stanovené lhůtě požadované zdůvodnění, popř. pokud se uchazeč nedostavil k podání vysvětlení ohledně své nabídkové ceny ve smyslu § 77 odst. 3 ZVZ, resp. pokud posoudila hodnotící komise jeho zdůvodnění jako neopodstatněné, má povinnost takovou nabídku vyřadit. Rozhodnutí o vyřazení nabídky tedy i zde náleží hodnotící komisi.

Postup hodnotící komise při posuzování otázky, zda určitá nabídková cena je mimořádně nízkou nabídkovou cenou, tedy 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 dovedl, 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...“*

Je tedy pravdou, že ZVZ nestanoví najisto, kdy je nabídková cena mimořádně nízká a kdy nikoli (je to otázkou posouzení zadavatelem, resp. hodnotící komisí), a že pokud zadavatel neshledá žádnou nabídkovou cenu jako mimořádně nízkou, nestanoví mu ZVZ povinnost tento svůj závěr odůvodňovat. Nelze však dovozovat, že by tato otázka mohla být řešena výlučně zadavatelem, resp. hodnotící komisí, a že žalovaný se touto otázkou zabývat nemá – a nesmí. Z pohledu žalovaného tu totiž nejde o

nahrazování činnosti 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).

Pokud by měl tedy zdejší soud za správný pokládat názor, že ta fáze zadávacího řízení, která spočívá v posouzení jednotlivých nabídek z toho pohledu, zda neobsahují mimořádně nízkou nabídkovou cenu, z kontroly žalovaného důvodně uniká, a tedy že se má žalovaný fakticky omezit pouze na zkoumání toho, zda se k této otázce zadavatel, resp. hodnotící komise „nějak“ vyjádřila (v daném případě v tom směru, že nedospěla k závěru, že by některá z nabídek obsahovala mimořádně nízkou nabídkovou cenu, jak plyne ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 4.5.2010), pak by za správnou musela být nutně pokládána rovněž rezignace žalovaného na posouzení jakýchkoli kroků hodnotící komise při posuzování nabídek podle § 76 ZVZ. Posouzení otázky případné mimořádně nízké nabídkové ceny podle § 77 odst. 1 ZVZ je totiž v principu totožný (a z pohledu zákonnosti postupu zadavatele stejně významný) postup, jaký hodnotící komise uskutečňuje podle § 76 odst. 1 ZVZ, kdy má povinnost nabídky posoudit z toho pohledu, zda nabídky obsahují zákonné požadavky a požadavky zadavatele obsažené v zadávacích podmínkách, zda některý z uchazečů nepodal nepřijatelnou nabídku podle § 22 odst. 1 písm. d) ZVZ a zda některá z nabídek neobsahuje nejasnosti, které je třeba vyjasnit (včetně vyhodnocení, zda poskytnuté vysvětlení v rámci případného „vyjasňování“ je uspokojivé a odůvodňuje ponechání nabídky v zadávacím řízení – srov. § 76 odst. 3 ZVZ). Takový názor by nemohl být pokládán za správný.

Naopak zdejší soud dospívá k následujícímu závěru: jestliže podle § 112 odst. 1 ZVZ vykonává žalovaný dohled nad dodržováním ZVZ, jestliže podle § 112 odst. 2 písm. b) ZVZ žalovaný rozhoduje o tom, zda zadavatel při zadání veřejné zakázky postupoval v souladu se ZVZ, jestliže je podle § 77 odst. 6 ZVZ třeba vyřadit nabídku, která obsahuje takovou mimořádně nízkou nabídkovou cenu, která nebyla postupem předepsaným v § 77 ZVZ odst. 1 až 4 ZVZ odůvodněna, a zároveň jestliže podle § 76 odst. 6 ZVZ toho uchazeče, jehož nabídka byla při posouzení nabídek hodnotící komisí vyřazena, vyloučí zadavatel bezodkladně z účasti v zadávacím řízení, pak nutně platí, že nevyřazení nabídky za podmínek uvedených v § 77 odst. 6 ZVZ a nevyřazení uchazeče podle § 76 odst. 6 ZVZ je porušením postupu (nedodržením postupu) podle § 112 odst. 1 ZVZ a § 112 odst. 2 písm. b) ZVZ.

Žalovaný k řešení otázky mimořádně nízké nabídkové ceny přistoupil tak, že nejprve odmítl pouze porovnávat nabídkové ceny jednotlivých uchazečů; to může být podle žalovaného pouze určitým vodítkem (bod 39. prvostupňového rozhodnutí žalovaného). S tím zdejší soud souhlasí, avšak dodává, že jestliže byly hodnoceny dvě

nabídky, z nichž první zněla na částku 14 430,- Kč/1 km a druhá (která i podle samotného žalovaného nenaceňovala vše, co měla) zněla na částku 18 370,- Kč/1 km, přitom podle výpočtu žalobce (podávajícího druhou z obou hodnocených nabídek) obsaženého již v návrhu na zahájení řízení u žalovaného by při nacenění všeho, co bylo naceněno v první z obou nabídek, nemohla být nižší než 25 570,- Kč/1 km, pak se jedná o první silnou indicii naznačující, že test mimořádně nízké nabídkové ceny ve smyslu § 77 odst. 1 ZVZ je třeba pro přezkoumání postupu hodnotící komise (tj. souladu jejího postupu s § 77 odst. 1 ZVZ) ze strany žalovaného provést.

V rámci tohoto testu je zapotřebí zvážit i fakt, že třetí nabídka (i když nakonec nebyla hodnocena) zněla na částku 29 790,- Kč/1 km, a také fakt, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky, kterou zadavatel před zahájením zadávacího řízení stanovil, činila v přepočtu 18 950,- Kč/1 km. Kromě toho je třeba zabývat se i tím, že věcně totožná veřejná zakázka, která byla tímž zadavatelem zadávána pro předchozí období („Diagnostiky vozovek silnic II. a III. třídy ve Zlínském kraji v letech 2007 – 2009“) byla realizována za 30 000,- Kč/1 km. Z toho je tedy patrné, že aniž by se žalovaný zabýval případnými rozdíly v plnění při realizaci předchozí veřejné zakázky s tímž předmětem, jaký má nyní posuzovaná veřejná zakázka, a tedy aniž by jakýkoli takový rozdíl byl zjištěn, ponechal bez jakéhokoli zkoumání fakt, že předpokládaná hodnota nyní posuzované veřejné zakázky byla stanovena ve výši nedosahující ani 2/3 realizační ceny předchozí veřejné zakázky a že vítězná nabídka u nyní posuzované veřejné zakázky zněla na částku nedosahující ani poloviny realizační ceny předchozí veřejné zakázky. Stejně tak se žalovaný nezabýval tím, že třetí nabídka v případě nyní posuzované veřejné zakázky (i když nakonec nebyla hodnocena) odpovídala realizační ceně předchozí veřejné zakázky. V tomto smyslu navíc žalobce argumentoval už v průběhu správního řízení, a tedy není pravdou to, na čem dále založil svoji argumentaci žalovaný (bod 40. prvostupňového rozhodnutí), že žalobce argumentoval pouze porovnáním nabídkových cen jednotlivých uchazečů.

Nemůže obstát konstatování žalovaného (bod 41. prvostupňového rozhodnutí), že žalobce neuvedl žádné bližší zdůvodnění své domněnky o mimořádně nízké nabídkové ceně; především již z právě uvedené hodnoty týkající se ceny za realizaci předchozí veřejné zakázky (30 000,- Kč/1 km) pramení silné pochybnosti nejen ve vztahu ke způsobu, jakým nyní zadavatel stanovoval předpokládanou hodnotu veřejné zakázky (ve výši 18 950,- Kč/1 km), ale též právě k ceně, jaká byla nabídnuta později vybraným uchazečem (14 430,- Kč/1 km).

Omezuje-li se tedy žalovaný na vyvracení argumentu žalobce, že jeho cena by při nacenění všeho, co mělo být naceněno, nemohla být nižší než 25 570,- Kč/1 km (bod 42. prvostupňového rozhodnutí), pak se jednak omezuje pouze na to, na co se podle sebe samotného omezovat nemůže (na porovnání nabídkových cen, což v bodě 39. prvostupňového rozhodnutí odmítnul), ale především nevyčerpává celý předmět argumentace žalobce obsažené v jeho návrhu na zahájení řízení o přezkum úkonů zadavatele. Jak plyne ze shora uvedeného, zdejší soud tuto argumentaci z pohledu posouzení postupu, kdy mimořádně nízká nabídková cena nebyla hodnotící komisí shledána, považuje za podstatnou.

Ve světle právě uvedeného nakonec nemůže obstát ani argument žalovaného, že ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 4.5.2010 plyne, že posouzení nabídek z pohledu mimořádně nízkých nabídkových cen je dokumentováno. Toto konstatování není ani důkazem o tom, že se hodnotící komise touto otázkou zabývala řádně, ani důkazem o tom, že vybraný uchazeč nepodal nabídku s mimořádně nízkou nabídkovou cenou.

Ze shora uvedeného tedy zdejší soud uzavírá, že pokud žalobce před žalovaným argumentoval v tom směru, že konkrétní nabídka (vybraného uchazeče) obsahovala mimořádně nízkou nabídkovou cenu a taková nabídka nebyla vyřazena, ač vyřazena být měla, pak tvrdil nezákonnost postupu v rámci zadávacího řízení ve vztahu k § 77 odst. 6 ZVZ (nevyřazení nabídky) a § 76 odst. 6 ZVZ (nevylovení uchazeče). Jestliže se pak žalovaný v řízení o přezkum úkonů zadavatele, kdy byla samotným žalobcem snesena řada shora uvedených indicií zpochybňujících přiměřenost nabízené ceny vybraným uchazečem ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, ke všem argumentům žalobce nevyjádřil, pak k žalobcově argumentaci řádně nepřezkoumal, zda konkrétní nabídka byla v zadávacím řízení ponechána důvodně (zákonně), tedy zda hodnoceny byly právě ty nabídky, které hodnoceny být měly.

Z toho zdejší soud dovozuje, že rozhodnutí žalovaného by v otázce posouzení postupu zadavatele, resp. hodnotící komise v souvislosti se žalobcem namítanou mimořádně nízkou nabídkovou cenou muselo být nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů, a tedy byl by dán důvod k jeho zrušení, i kdyby zdejší soud nedovodil důvodnost žaloby ve vztahu k závěru žalovaného ohledně jasnosti a určitosti vymezení předmětu veřejné zakázky. Tyto dvě otázky spolu souvisejí a jak ze shora uvedeného má vyplynout, nelze je posuzovat izolovaně, je však třeba se jimi zabývat postupně.

VI. Shrnutí závěrů soudu

Napadené rozhodnutí je tedy rušeno proto, že vymezení předmětu veřejné zakázky v zadávací dokumentaci nesplňuje požadavky nezbytné přesnosti, srozumitelnosti a jednoznačnosti a je porušením § 44 odst. 1 ZVZ a § 6 ZVZ. Tento závěr je pro další průběh řízení před žalovaným určující.

Na základě tohoto závěru se v dalším průběhu správního řízení žalovaný zaměří na důsledky tohoto pochybení zadavatele z pohledu § 118 odst. 1 písm. a) ZVZ a § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ. Teprve dospěje-li k závěru, že i přesto mohly být nabídky hodnoceny, bude se zabývat zákonností postupu zadavatele, resp. hodnotící komise, při posuzování otázky mimořádně nízké ceny podle § 77 ZVZ ve shora uvedených intencích.

Za tohoto stavu se již zdejší soud nezabýval dalšími dílčími žalobními argumenty; pouze dodává, že poté, co žalovaný shromáždí podklad rozhodnutí, musí dát účastníkům správního řízení právo vyjádřit se k podkladu rozhodnutí ve smyslu § 36 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu.

VII. Náklady řízení

O nákladech řízení účastníků soud rozhodl podle § 60 odst. 1 s.ř.s. Žalobce byl ve věci úspěšným, a proto mu náleží právo na náhradu nákladů proti žalovanému. Z obsahu soudního spisu vyplývá, že žalobci vznikly náklady řízení ve výši 2 000,- Kč za zaplacený soudní poplatek; právo na jejich náhradu tedy soud přiznal společně s náklady právního zastoupení (čtyři úkony právní služby, tj. převzetí a příprava zastoupení, žaloba, replika a účast na jednání soudu podle § 11 odst. 1 písm. a/, d/ a g/ společně se čtyřmi režijními paušály podle § 13 odst. 3 vyhlášky č. 177/1996 Sb., advokátního tarifu, tj. 4 x 2 400,- Kč = 9 600,- Kč) společně s náhradou za promeškaný čas na cestě k jednání soudu a zpět (600,- Kč), s navýšením o částku odpovídající DPH z částky 10 200,- Kč, a s náhradou cestovného k jednání soudu na trase Ostrava – Brno – Ostrava (360 km, 6,5 l/100 km podle předloženého vyúčtování) ve výši 2 144,- Kč, celkem tedy ve výši 16 384,- Kč. K zaplacení soud stanovil žalovanému přiměřenou lhůtu.

Osoby zúčastněné na řízení nemají podle § 60 odst. 5 s.ř.s. na náhradu nákladů řízení právo, neboť jim soud neuložil žádnou povinnost, v souvislosti s jejímž plněním by jim náklady mohly vzniknout.

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). Případně-li poslední den lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejbližší 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.

Soudní poplatek za kasační stížnost vybírá Nejvyšší správní soud. Variabilní symbol pro zaplacení soudního poplatku na účet Nejvyššího správního soudu lze získat na jeho internetových stránkách: www.nssoud.cz.

V Brně dne 22.3.2012

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

Za správnost vyhotovení: Lucie Gazdová