



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 Mgr. Kateřiny Kopečkové, Ph.D. v právní věci

žalobce: **Chládek & Tintěra, a.s.**
sídlem Nerudova 1022/16, Litoměřice
zastoupený Mgr. Tomášem Krutákem, advokátem
sídlem Revoluční 724/7, Praha

proti
žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**
sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno

za účasti: **město Sedlčany**
sídlem náměstí T. G. Masaryka 32, Sedlčany
zastoupené Mgr. Martinem Svobodou, advokátem
sídlem Nádražní 2495/20, Plzeň

o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 24.9.2018, č.j. ÚOHS-R0123/2018/VZ-27678/2018/LKa,

takto:

- I. Žaloba se zamítá.
- II. Žalobce nemá právo na náhradu nákladů řízení.
- III. Žalovanému se náhrada nákladů řízení nepřiznává.
- IV. Osoba zúčastněná na řízení nemá právo na náhradu nákladů řízení.

Odůvodnění:

I. Shrnutí podstaty věci

1. Žalobce se domáhá zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 24.9.2018, č.j. ÚOHS-R0123/2018/VZ-27678/2018/LKa, kterým bylo potvrzeno prvostupňové rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 28.6.2018, č.j. ÚOHS-S0173/2018/VZ-19313/2018/541/SLa, a zamítnut žalobcův rozklad. Žalovaný prvostupňovým rozhodnutím zamítl návrh žalobce na zrušení rozhodnutí osoby zúčastněné na řízení (zadavatele) o vyloučení žalobce a na zrušení rozhodnutí o námitkách proti tomuto vyloučení.

II. Shrnutí procesního postojů žalobce

2. Žalobce namítá, že osobě zúčastněné na řízení předložil nabídku s nabídkovou cenou, která nemohla vzbudit důvodné pochybnosti o tom, že by žalobce nebyl schopen při této ceně předmět veřejné zakázky realizovat. Žalobce předložil odůvodnění cen dílčích položek a prokázal, že je připraven za nabídkovou cenu veřejnou zakázku plnit. Podle žalobce rozhodla osoba zúčastněná na řízení o vyloučení žalobce v rozporu s § 46, § 48 odst. 2 písm. a) a b), § 48 odst. 4, § 113 odst. 1 a odst. 6 a § 6 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“). Osoba zúčastněná na řízení navíc nedodržela zákonem stanovený postup pro objasnění mimořádně nízké nabídkové ceny, neboť nevysvětlila, v čem konkrétně spatřuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, jaká rizika z ní mají vyplývat a jaké podklady má žalobce předložit. Osoba zúčastněná na řízení rozhodla o námitkách žalobce nepřezkoumatelným a netransparentním rozhodnutím. Ani žalovaný se podle žalobce nevypořádal s námitkami žalobce a skutkové závěry žalovaného nemají oporu v provedených důkazech. Žalovaný neuvedl, proč a jakou váhu přikládal analýzám nabídkových cen. Také napadené rozhodnutí je podle žalobce nepřezkoumatelné, neboť nebyly vypořádány žalobcem uplatněné rozkladové námitky. Žalovaný se nezabýval výší nabídkové ceny, neuvedl rizika plynoucí z výše nabídkové ceny, nezohlednil zajišťovací instituty (kupříkladu bankovní záruku) a nezkoumal, zda žalobce, který je velkou a renomovanou společností, byl schopen dostát svým závazkům. Žalovaný měl posoudit postup osoby zúčastněné na řízení v rozsahu dle § 248 ZZVZ. Žalovaný měl posoudit ekonomickou stránku věci, tedy zda nabídková cena byla dostatečná, neboť bez zodpovězení této otázky není možné přistoupit k hodnocení, zda šlo o mimořádně nízkou nabídkovou cenu. Žalovaný pochybil také tím, že nezkoumal, zda osoba zúčastněná na řízení správně určila, které položky mohly mít na celkovou nabídkovou cenu významný vliv. Žalovaný měl posuzovat nabídkovou cenu jako celek. Žalovaný aplikoval institut mimořádné nabídkové ceny zcela v rozporu s jeho smyslem a vlastní dosavadní rozhodovací praxí, neboť z napadeného ani jemu předcházejícího prvostupňového rozhodnutí neplyne, že by žalobce neměl být schopen realizovat veřejnou zakázku. Prvostupňové rozhodnutí je vnitřně rozporné, a přestože žalobce na rozpory upozornil a označil je, v napadeném rozhodnutí žalobcem uplatněná argumentace nebyla vypořádána.
3. V replice pak žalobce uvedl, že ani po vyjádření žalovaného k podané žalobě není patrný právní důvod, na základě kterého byl žalobce vyloučen; žalovaný směšuje § 48 odst. 2 písm. a) a b) a § 48 odst. 4 ZZVZ. Osoba zúčastněná na řízení byla povinna odůvodnit závěr o mimořádně nízké nabídkové ceně bez ohledu na případné nedostatky zdůvodnění nabídkové ceny na straně žalobce.
4. Žalobce tedy navrhuje napadené rozhodnutí zrušit. Na svém procesním postoji žalobce setrval po celou dobu řízení před zdejší soudem, a to i na jednání, které ve věci proběhlo.

III. Shrnutí procesního postoje žalovaného a osoby zúčastněné na řízení

5. Žalovaný setrvává na závěrech vyplývajících z napadeného rozhodnutí, které má za zákonné a správné. Žalobce podle žalovaného neposkytl osobě zúčastněné na řízení rozbor ceny a uvedl, že poddodavatel nesouhlasí se zveřejněním rozboru ceny, a žalobce tak u některých položek předložil neúplná nebo nerelevantní zdůvodnění s navzájem si odporujícími údaji. Osoba zúčastněná na řízení tedy podle žalovaného byla oprávněna žalobce vyloučit. Žalobcem uplatněné námitky žalovaný vypořádal srozumitelně a určitě; z napadeného rozhodnutí jsou podle žalovaného nosné důvody rozhodnutí zřejmé. Osoba zúčastněná na řízení dostatečně odůvodnila vyloučení žalobce. Žalobce nebyl vyloučen z důvodu mimořádně nízké nabídkové ceny, nýbrž pro absenci zdůvodnění cenotvorby u vybraných položek a z důvodu doložení navzájem si odporujících údajů. Žalovaný tedy navrhuje zamítnutí žaloby jako nedůvodné. I žalovaný setrval na svém procesním postoji po celou dobu řízení před zdejším soudem, i na jednání soudu.
6. Osoba zúčastněná na řízení považuje napadené rozhodnutí za zákonné, věcně i právně správné a řádně odůvodněné. Žalobce nekonkretizoval, jakými námitkami se žalovaný nezabýval. Žalobce osobě zúčastněné na řízení předložil pouze vágní a neurčité vysvětlení jednotlivých cenových položek; ekonomická analýza nabídkové ceny žalobce tak nemohla být osobou zúčastněnou na řízení provedena z důvodu nedostatečného vysvětlení. Rozhodovací praxe, na kterou odkazuje žalobce, na nyní posuzovanou věc nedopadá. O tom, že nabídková cena v nabídce žalobce byla mimořádně nízká, není podle osoby zúčastněné na řízení pochyb; přes dostatečný prostor k jejímu vysvětlení žalobce vysvětlení neposkytl. Osoba zúčastněná na řízení je pro zamítnutí žaloby; na svém procesním postoji setrvala po celou dobu řízení před zdejším soudem, i na jednání soudu.

IV. Posouzení věci

7. Žaloba byla podána osobou oprávněnou (§ 65 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, dále jen „s.ř.s.“) a včas (§ 72 odst. 1 s.ř.s.). Žaloba je přípustná (§ 65, § 68, § 70 s.ř.s.). Napadené rozhodnutí bylo přezkoumáváno v mezích uplatněných žalobních bodů (§ 75 odst. 2 s.ř.s.) podle skutkového a právního stavu ke dni rozhodování žalovaného (§ 75 odst. 1 s.ř.s.).
8. Žaloba není důvodná.
9. Žalobce předně namítá nepřezkoumatelnost napadeného i jemu předcházejícího prvostupňového rozhodnutí pro nedostatek důvodů. Obdobně je podle žalobce nepřezkoumatelné oznámení zadavatele o vyloučení žalobce a rozhodnutí zadavatele o námitkách proti vyloučení.
10. Nepřezkoumatelnost pro nedostatek důvodů je dána (také) tehdy, nevypořádá-li se správní orgán s námitkami či návrhy účastníka správního řízení; z odůvodnění správního rozhodnutí musí být mimo jiné zřejmé, z jakých důvodů správní orgán k námitkám či návrhům účastníka řízení nepřihlédl, případně proč považuje námitky za liché a jaké skutečnosti vzal za podklad svého rozhodnutí.
11. Z oznámení o vyloučení žalobce ze dne 28.3.2018, č.j. ST/6420/2018, je patrné, že podle zadavatele žalobce ani po třech výzvách u některých položek nezdůvodnil způsob stanovení mimořádně nízké nabídkové ceny. Konkrétně se jednalo o položky s kódem 767995108R00 (výroba a montáž kovových typických konstrukcí nad 500 kg), 767586504RT1 (montáž podhledů lamelových a kazetových, podhledy s otevřenými buňkami, s polozapuštěnou hranou), 162601102R00 (vodorovné přemístění výkopku z horniny 1 až 4, na vzdálenost přes 4 000 do 5 000 m), 113107630R00 (odstranění podkladů nebo krytů z kameniva hrubého drceného, v ploše jednotlivě nad 50 m², tloušťka vrstvy 300 mm), 113108415R00 (odstranění podkladů nebo krytů živičných, v ploše jednotlivě nad 50 m²), 979087212R00 (nakládání suti na dopravní prostředky), 979082111R00 (vnitrostaveništní doprava suti a vybouraných hmot do 10 m),

979083116R00 (vodorovné přemístění suti na skládku do 5 000 m), 162701105R00 (vodorovné přemístění výkopku z horniny 1 až 4, na vzdálenost přes 9 000 do 10 000 m), 597073102R00 (odvodňovací liniový systém – žlaby z polymerbetonu, s integrovanou litinovou hranou, světlá šířka 100 mm, žlab do betonové lože, délky 1000 mm, stavební výška 150 mm, zatížení C 250, bez spádu) a 894411121R00 (zřízení šachet kanalizačních z betonových dílců na potrubí s obložení dna betonem C 25/30 z cementu portlandského nebo struskoportlandského, na potrubí DN přes 200 do 300 mm). Zadavatel u každé položky uvedl důvody, pro které považoval dosud poskytnutá zdůvodnění žalobce za nedostatečná či rozporuplná, a uvedené nedostatky podřadil pod jednotlivá ustanovení ZZVZ. V části B) („shrnutí odůvodnění“) zadavatel shrnul důvody vyloučení žalobce a vypořádal žalobcem dosud uplatněnou argumentaci – kupříkladu žalobcem tvrzený marginální procentní podíl finančního objemu zdůvodňovaných položek na celkové nabídkové ceně. Zadavatel tak vyloučil žalobce z důvodu porušení ZZVZ, a to jednak podle § 113 odst. 6 písm. a) ZZVZ (důvod pro obligatorní vyloučení účastníka) a nadto podle § 48 odst. 4 ZZVZ (důvod pro fakultativní vyloučení účastníka). Dále zadavatel shledal existenci důvodů pro vyloučení žalobce podle § 48 odst. 2 písm. a) a písm. b) a § 46 odst. 2 ZZVZ. Oznámení o vyloučení žalobce ze dne 28.3.2018, č.j. ST/6420/2018, tedy podle zdejšího soudu obsahuje zcela zřetelné úvahy ohledně důvodů, které zadavatele k vyloučení žalobce vedly.

12. Proti vyloučení podal žalobce dne 12.4.2018 námitky. V nich poukazoval na smysl institutu mimořádně nízké nabídkové ceny a uvedl, že z jím stanovené nabídkové ceny ve výši 37 722 106,70 Kč nebylo možné dovodit, že by žalobce nebyl schopen zakázku splnit. Zadavatel v oznámení o vyloučení podle žalobce neuvedl konkrétní důvody, o které své závěry opíral. Žalobce v námitkách dále zadavateli vytýkal, že zadavatel neprovedl analýzu vztahu údajně nedostatečně odůvodněných položek ve vztahu k předmětu veřejné zakázky a k nabídkové ceně jako celku, přestože údajně neobjasněné položky nebyly pro plnění veřejné zakázky podstatné, a argumentoval k jednotlivým položkám nabídkové ceny. Žalobce namítal, že svoji nabídkovou cenu zdůvodnil a byl to naopak zadavatel, kdo svůj postup nezdůvodnil.
13. Podle § 245 odst. 1 ZZVZ zadavatel v rozhodnutí o námitkách uvede, zda námitkám vyhovuje nebo je odmítá; součástí rozhodnutí musí být odůvodnění, ve kterém se zadavatel podrobně a srozumitelně vyjádří ke všem skutečnostem uvedeným v námitkách.
14. Z rozhodnutí zadavatele ze dne 26.4.2018, č.j. ST/8599/2018, jasně vyplývá, že zadavatel námitky odmítl jako nedůvodné. Zadavatel v rozhodnutí o odmítnutí námitek uvedl, z jakých podkladů vycházela pověřená komise při posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny, a srovnal cenu vybraných položek nabízených žalobcem, cenu podle RTS a průměrnou cenu zjištěnou z nabídek všech účastníků zadávacího řízení. Zkoumané položky podle zadavatele odpovídaly více než 5 % celkové ceny díla a šlo tak podle zadavatele o podstatnou část nabídkové ceny; nadto podle zadavatele byl podíl na celkové nabídkové ceně nízký z důvodu podhodnocení zkoumaných položek. Z rozhodnutí o námitkách je podle zdejšího soudu zcela zřejmé, že zadavatel dospěl k závěru o nereálně nízkém „nacenění“ některých položek, a to jednak podle § 113 odst. 6 písm. a) ZZVZ (důvod pro obligatorní vyloučení) a kromě toho podle § 48 odst. 4 ZZVZ (důvod pro fakultativní vyloučení). Dále zadavatel dovodil existenci důvodů pro vyloučení žalobce uvedených v § 48 odst. 2 písm. a) a písm. b) a § 46 odst. 2 ZZVZ. Také rozhodnutí o námitkách žalobce ze dne 26.4.2018, č.j. ST/8599/2018, podle zdejšího soudu obsahuje zcela zřetelné úvahy ohledně důvodů, které zadavatele k vyloučení žalobce vedly, a tedy vyhovuje z pohledu § 245 odst. 1 ZZVZ.
15. Pokud jde o otázku přezkoumatelnosti prvostupňového rozhodnutí (o návrhu žalobce podle § 250 odst. 1 písm. c/ ZZVZ), pak v tomto rozhodnutí žalovaný zrekapituloval vývoj zadávacího řízení a jednotlivé námitky obsažené v návrhu žalobce; žalovaným zrekapitulovaná argumentace

žalobce, jak je obsažena v prvostupňovém rozhodnutí, přitom podle zdejšího soudu obsahu návrhu žalobce na přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 7.5.2018 odpovídá. Po vymezení relevantních ustanovení ZZVZ žalovaný sumarizoval zjištěné skutečnosti vyplývající z dokumentace; tu se žalovaný zaměřil na důvody, které vedly zadavatele k závěru o mimořádně nízké nabídkové ceně u konkrétně vymezených položek, jak byly zadavatelem uvedeny v žádosti o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny a v navazujících dvou výzvách zadavatele k doplnění zdůvodnění, dále se žalovaný zaměřil na zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny ze strany žalobce, a to opět v členění po jednotlivých položkách. Žalovaný tedy přehledně uvedl důvody, na jejichž základě dospěl zadavatel k závěru o mimořádně nízké nabídkové ceně, a na tyto důvody navázal posouzením zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny ze strany žalobce. Věc žalovaný srozumitelně posoudil tak, že zadavatel postupoval v souladu se ZZVZ. To, že zadavatel dovedl existenci mimořádně nízké nabídkové ceny, bylo podle žalovaného v pořádku, neboť byly identifikovány položky, „...*kteřé se svým naceněním výrazněji odchylovaly od ceny dle RTS, průměrné ceny vypočtené z nabídek všech účastníků či které zadavatel považoval za technologicky důležité... zadavatel u všech položek popsal a zdůvodnil, z jakého důvodu tyto položky považuje za podstatné, a jak jejich realizace ovlivňuje celkové plnění díla...*“. Z prvostupňového rozhodnutí je dále jasně patrné, že stačilo, identifikoval-li zadavatel byť jen jediný oprávněný důvod k vyloučení žalobce (bod 131. prvostupňového rozhodnutí). To, že zadavatel dovedl nezdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, bylo podle žalovaného rovněž v pořádku. Žalovaný vystavěl svůj závěr o správnosti postupu zadavatele na úvaze, že žalobce neumožnil rozklíčování v prvostupňovém rozhodnutí uvedených položek z toho důvodu, že „...*v případě této položky je počítáno se subdodavatelem, který nesouhlasí s uveřejněním rozboru KVZ této položky, neboť toto považuje za obchodní tajemství...*“. Podle žalovaného tak zadavatel nepochybil, jestliže využil zákonem mu dané fakultativní možnosti a žalobce dle § 48 odst. 4 ZZVZ ze zadávacího řízení vyloučil (bod 125. prvostupňového rozhodnutí). Vzhledem k tomu, že podle žalovaného byly splněny podmínky pro vyloučení žalobce podle § 48 odst. 4 ZZVZ, nepřistoupil žalovaný ke zkoumání zákonnosti vyloučení žalobce z dalších zákonných důvodů vymezených zadavatelem (podle § 113 odst. 6 písm. a/ a podle § 48 odst. 2 písm. a/ a písm. b/ a § 46 odst. 2 ZZVZ).

16. Také z napadeného rozhodnutí jsou nosné úvahy a důvody zřejmé. V odůvodnění napadeného rozhodnutí byly nejprve vymezeny rozkladové námitky žalobce, které byly následně vypořádány (od bodu 29.). Skutečnost, že bylo v odůvodnění napadeného rozhodnutí odkazováno na část odůvodnění prvostupňového rozhodnutí, neboť se předseda žalovaného se závěry prvostupňového rozhodnutí zcela ztotožnil, nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí způsobit nemohlo.
17. Z pohledu přezkoumatelnosti závěrů zadavatele i žalovaného tedy zdejší soud nemá nejmenších výhrad.
18. Žalobce namítá, že zadavatel nedodržel zákonem stanovený postup pro zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny; zadavatel nevysvětlil, v čem konkrétně spatřoval mimořádně nízkou nabídkovou cenu, jaká rizika z ní vyplývala a jaké podklady měl žalobce předložit. S tím zdejší soud nesouhlasí.
19. Podle prvostupňového (i napadeného) rozhodnutí stačilo postavit najisto, že byl splněn alespoň jeden zákonný důvod pro vyloučení žalobce v souvislosti s nezdůvodněním mimořádně nízké nabídkové ceny – tu podle § 48 odst. 4 ZZVZ. S takovým východiskem zdejší soud bez výhrad souhlasí. Důvod podle § 48 odst. 4 ZZVZ (coby jeden z důvodů uvedených zadavatelem) podle žalovaného obstál. Zdejší soud proto ve vztahu k vyloučení žalobce ze zadávacího řízení zkoumal pouze splnění zákonných podmínek pro vyloučení žalobce podle § 48 odst. 4 ZZVZ.

20. Pokud jde o právní otázku, zda závěr zadavatele ohledně mimořádně nízké nabídkové ceny může být opřen o údaje obsažené v dílčích položkách nabídky (v položkovém rozpočtu), pak zdejší soud je toho názoru, že právě údaje obsažené v položkovém rozpočtu mohou pro dovození mimořádně nízké nabídkové ceny jako celku dobře sloužit, jednak ve vztahu k nabídkové ceně pro samotné hodnocení nabídek a nadto ve vztahu ke korektnímu nacenění dílčích plnění pro případné budoucí víceplnění (vícepráce), a to zejména u plnění stavebního (u veřejných zakázek na stavební práce), u něhož z předpokladu víceplnění (vícepráci) musí rozumně uvažující zadavatel reálně vycházet. O nacenění plnění v dílčích položkách položkového rozpočtu u veřejných zakázek na stavební práce může zadavatel svůj závěr o existenci mimořádně nízké nabídkové ceny opírat tehdy, jde-li o položky nikoli výlučně marginální po stavebně technické stránce i po stránce cenové. Tomuto východisku postup zadavatele i žalovaného odpovídá. Jestliže zadavatel své přesvědčení, že plnění podle příslušných položek nebylo plněním marginálním, opřel o hledisko funkčnosti díla jako celku, jak plyne především z doplnění žádosti o zdůvodnění nabídkové ceny, a to v situaci, kdy zkoumané položky přesahovaly 5 % celkové hodnoty díla (nabídkové ceny), stěží mu lze cokoli vytkat. Pak nelze zadavateli vytkat ani to, že ohledně těchto položek žádal o korektní rozkrytí.
21. Žádostí ze dne 24.10.2017, č.j. ST/20188/2017, zadavatel vyzval žalobce ke zdůvodnění způsobu stanovení mimořádně nízké nabídkové ceny. Zadavatel v žádosti identifikoval, ke kterým položkám má žalobce poskytnout zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, a žalobce vyzval, aby potvrdil skutečnosti podle § 113 odst. 4 písm. a) a b) ZZVZ. Na tuto žádost reagoval žalobce písemným zdůvodněním ze dne 31.10.2017. Druhou žádostí ze dne 22.2.2018, č.j. ST/4044/2018, zadavatel vyzval žalobce k doplnění písemného zdůvodnění, na což reagoval žalobce sdělením ze dne 1.3.2018. Třetí žádostí ze dne 9.3.2018, č.j. ST/5134/2018, zadavatel vyzval žalobce k dalšímu doplnění písemného zdůvodnění. Ve třetí žádosti byl žalobce upozorněn, že jestliže žalobce věrohodně nevysvětlí zadavatelem vymezené nedostatky, předá komise zadavateli návrh na vyloučení žalobce podle § 48 odst. 2 ZZVZ. Zadavatel ve třetí žádosti mimo jiné uvedl: „...zadavatel opakovaně žádá doložení zdůvodnění výjimečně nízké nabídkové ceny každé dále uvedené položky nabídkového kalkulačním vzorcem (dále jen KV), ze kterého vyplývá hodnota jednotlivých částí ceny položky (cena materiálu, hodnota práce v sazbách za hodinu \times předpokládaný počet normohodin, dttto pro hodnoty pomocné práce, doprava, výrobní a správní režie, zisk, OPN, energie apod.). V případě, že uváděné výkony pracovníků v NH výrazně překračují hodnoty definované v ceníku v rozkladu položky, doložení věrohodným a ověřitelným způsobem, že těchto „nadprůměrných“ pracovních výkonů jsou pracovníci schopni (např. snímky pracovního dne, vnitřní úkolovou směrnici, požadavky na výkon zaměstnanců formou úkolových listů, kde je požadovaný výkon doložitelný apod.). U všech doložek je také nutno doložit kalkulovanou cenu materiálu (tzn. např. cenovou nabídku výrobce, velkodavatele určenou přímo pro tuto stavbu), o jaký nabízený materiál se jedná (uést konkrétní typ, doložit technický list daného materiálu či výrobku) a doložit, že tento materiál je v souladu s technickými podmínkami uvedenými v zadávací dokumentaci veřejné zakázky. Pověřená komise dále upozorňuje účastníka řízení, že zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny formou pouhé cenové nabídky subdávatele nebude zadavatelem uznáno za věrohodné potvrzení ve smyslu paragrafu 113 bod 4 zákona...“: Zadavatel u jednotlivých položek ve třetí žádosti uvedl, v čem spatřuje nedostatky žalobcem dosud předložených dokladů – kupříkladu u první položky uvedené ve třetí žádosti to byla skutečnost, že předložené podklady nesouvisely se zkoumaným předmětem zakázky a žalobce nedoložil kalkulační vzorec. U druhé položky poukázal na značný rozdíl mezi žalobcem stanovenou cenou podhledových kazet (131 Kč/m²) a cenou těchto kazet nabízenou distributorem (600 Kč/m²). Obdobným způsobem zadavatel u dalších položek vyzval, v čem spatřoval nesrovnalosti a jakým způsobem bylo možné tyto položky vysvětlit či rozkryt; kupříkladu ve vztahu ke mzdovým nákladům žalobce (třetí položka) zadavatel požadoval „...rozklíčování položky tak, aby byly jednoznačné mzdové náklady, hodnota práce v sazbách za hodinu všech řemesníků jednotlivě zvlášť (řidičů,

strojníků) a strojů x předpokládaný počet normohodiny, dtto pro hodnoty pomocné práce, doprava, výrobní a správní režie, zisk, OPN, energie apod....“.

22. Zadavatel tedy podle zdejšího soudu ve výzvách k (doplnění) zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny srozumitelně uvedl, v čem konkrétně spatřoval mimořádně nízkou nabídkovou cenu, z jakého důvodu i jakým způsobem bylo možno její zdůvodnění provést. Srozumitelněji to snad již učinit ani nemohl. Z jednotlivých výzev k (doplnění) zdůvodnění je podle zdejšího soudu patrné, že zadavatel se otázkou mimořádně nízké nabídkové ceny zabýval dostatečně podrobně a odkazoval na konkrétní nesrovnalosti. Kupříkladu vyjma již zmíněného rozdílu v ceně podhledových kazet (druhá položka) zadavatel upozornil žalobce na chybu v podkladech doplnění zdůvodnění mimořádné nabídkové ceny ze dne 1.3.2018, ve kterém žalobce doložil nesouvisející doklady k velkopřítokovému odlučovači z oceli. V případě dvanácté položky zadavatel uvedl, že rozebrat a snést atypickou konstrukci hmotnosti nad 50 do 100 kg by mělo třem pracovníkům žalobce trvat pouhé 2,88 sekundy. To, že problematice mimořádně nízké nabídkové ceny věnoval zadavatel dostatečnou míru pozornosti, plyne také z podkladů zpracovaných na základě pokynu zadavatelem pověřené komise. Dle protokolu o 3. jednání komise ze dne 3.10.2017 komise pověřila svého předsedu k bezodkladnému angažování odborníků přizvaných podle § 42 odst. 3 ZZVZ a k následné sumarizaci získaných poznatků pro posouzení mimořádně nízké ceny. Především z obsahu protokolů o 4. a 5. jednání komise plyne, že její závěry byly dobře podloženy – zejména analýzou nabídkových rozpočtů (příloha č. 4), kvalifikovaným rozbořem nabídkových rozpočtů (příloha č. 5) a posouzením nabídky uchazečů přizvaným odborníkem FLAGRO a.s. (příloha č. 6). Z kvalifikovaného rozboru nabídkových cen dle vybraných položek žalobce a uchazeče s druhou nejnižší nabídkovou cenou – SLÁDEK GROUP, a.s. – plyne, že žalobcem stanovené ceny u vybraných položek ve srovnání s ceníkem ÚRS 2017 a nabídkou dalšího uchazeče jsou vskutku podstatně nižší. Je pravdou, že odborné posouzení vyhotovené přizvaným odborníkem FLAGRO a.s. bylo do značné míry obecné, byť byly v tomto odborném posouzení identifikovány nedostatky zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny ze dne 31.10.2017 – neprokázání splnění podmínek dle § 113 odst. 4 písm. a) ZZVZ. V dalším stanovisku téhož autora ze dne 17.3.2018 označeném jako „stanovisko odborného posuzovatele k vysvětlení zhotovitele ze dne 16.3.2018“ již byly uvedeny konkrétní nedostatky či rozpory plynoucí ze žalobcem dosud poskytnutých zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny. To, že zadavatel průběžně aktualizoval své analýzy v závislosti na plynutí času, ostatně plyne také z dalších ve spisu žurnalizovaných protokolů jednání komise. Na – v pořadí poslední – žádost zadavatele ze dne 9.3.2018 reagoval žalobce doplněním zdůvodnění způsobu stanovení mimořádně nízké nabídkové ceny ze dne 16.3.2018 tak, že u položek č. 162601102R00, č. 113107630R00, č. 113108415R00, č. 979087212R00, č. 979082111R00, č. 979083116R00 a č. 162701105R00 uvedl, že je počítáno s poddodavatelem, „...který nesouhlasí s uveřejněním rozboru KVZ této položky, neboť toto považuje za obchodní tajemství...“. Zadavatel následně rozhodl o vyloučení žalobce, o čemž byl žalobce zpraven oznámením ze dne 28.3.2018, č.j. ST/6420/2018.
23. Již z uvedeného je patrné, že podklady procházející správním spisem – a to zejména oznámení o vyloučení žalobce ze dne 28.3.2018, č.j. ST/6420/2018, a rozhodnutí o námitkách ze dne 26.4.2018, č.j. ST/8599/2018, včetně dokumentů, na které je v těchto podkladech odkazováno – poskytují dostatečně konkrétní obraz o krocích zadavatele v průběhu zadávacího řízení a jejich důvodech. Důvody, na základě kterých bylo na nabídkovou cenu žalobce nahlíženo jako na mimořádně nízkou nabídkovou cenu ve smyslu § 28 odst. 1 písm. o) ZZVZ, oznámení o vyloučení žalobce i rozhodnutí o námitkách obsahovala. To, jak k těmto důvodům zadavatel dospěl, je zřejmé zejména z protokolů o jednání komise zadavatele a podkladů na pokyn této komise zpracovaných. Přitom identifikované rozpory v nabídkové ceně žalobce a indicie o mimořádně nízké nabídkové ceně a z toho vyvozené závěry, uvedené v těchto podkladech

(analýzách), nejsou nelogické či v rozporu s dalšími podklady (zejména s nabídkou žalobce) žurnalizovanými ve správním spisu.

24. Je pravdou, že žalovaný ani zdejší soud není oprávněn nahrazovat úvahu zadavatele (jím pověřené komise) při posuzování mimořádně nízké nabídkové ceny, žalovaný, a tedy následně i zdejší soud, je však oprávněn (povinen) posoudit, zda zadavatel k úvaze o mimořádně nízké nabídkové ceně dospěl transparentně a v mezích zákona. Podmínka transparentnosti je s ohledem na shora uvedenou stopu aktivit zadavatele zachycenou ve správním spisu splněna.
25. Pokud jde o dodržení zákonných mezí, i to je splněno. Podle § 48 odst. 4 ZZVZ může zadavatel vyloučit účastníka zadávacího řízení, pokud nabídka účastníka zadávacího řízení obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, která nebyla účastníkem zadávacího řízení zdůvodněna. Jestliže zadavatel u vytipovaných položek rozpočtu – pro veřejnou zakázku významných (tu kupříkladu z hlediska funkčnosti celého díla) – jak je v (doplnění) žádosti o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny uvedl, požádal o zdůvodnění a jestliže žalobce mimořádně nízkou nabídkovou cenu nezdůvodnil (mimo jiné) proto, že součástí kalkulačního vzorce byly údaje označené poddodavatelem žalobce jako obchodní tajemství, pak podle zdejšího soudu byly splněny podmínky pro fakultativní vyloučení žalobce podle § 48 odst. 4 ZZVZ – a bylo na zadavateli, zda žalobce vyloučí či nikoli. Při vyloučení žalobce z právě uvedeného důvodu (žalobce údaje nerozkryl, neboť rozkrytí mělo zůstat utajeno) rozhodně nebylo povinností zadavatele zkoumat ekonomické možnosti žalobce veřejnou zakázku realizovat; bez takového rozkrytí údajů toho zadavatel ani nemohl být reálně schopen. Pro aplikaci § 48 odst. 4 ZZVZ je rozhodná absence zdůvodnění (či nedostatečné zdůvodnění) mimořádně nízké nabídkové ceny a nikoli „hospodářská kondice“ uchazeče.
26. Obchodní tajemství je nepochybně významným institutem, který má v tuzemském právním systému zejména soukromého práva své místo, a je tedy pochopitelně institutem využitelným i při kontraktaci smluv na veřejné zakázky. Je věcí dodavatele (eventuálně jeho poddodavatelů), zda (a vůči komu) se určité citlivé údaje rozhodne tajit, pokud se je však rozhodne tajit před zadavatelem i při zdůvodňování mimořádně nízké nabídkové ceny, vystavuje se tím riziku nezdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny. To se stalo i v nyní posuzované věci, a to i přes – podle zdejšího soudu značnou – velkorysost zadavatele, který umožnil žalobci nedostatečné zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny napravit: „...zadavatel upozorňuje uchazeče, že svým doposud nedostatečným postupem zdůvodňování ceny a předkládáním nesouvisajících nebo nevyhovujících dokladů uchazeč nedoložil dle § 48 odst. 2 písm. a) zákona řádné vysvětlení způsobu stanovení MNNC. Zadavatel i přes zákonnou možnost vyloučit uchazeče projevuje maximální možnou vstřícnost a nadstandardní benevolenci a tímto dotazem dává uchazeči možnost vysvětlení i v dodatečné lhůtě doložit...“ (třetí žádost zadavatele ze dne 9.3.2018, č.j. ST/5134/2018).
27. Namítá-li žalobce, že žalovaný měl zohlednit zajišťovací instituty, nedává mu zdejší soud za pravdu ani k tomuto žalobnímu bodu. Identifikoval-li zadavatel mimořádně nízkou nabídkovou cenu správně a žalobce následně vybrané položky nerozkryl, pak na tom ničeho nemohly změnit ani žádné zajišťovací instituty. Je pravdou, že v bodu 14. zadávací dokumentace byla stanovena povinnost poskytnout jistotu dle § 41 ZZVZ; smysl jistoty se však se smyslem institutu mimořádně nízké nabídkové ceny míjí; poskytnutí jistoty obecně souvisí s motivací uchazeče k poskytnutí řádné součinnosti v průběhu kontraktačního procesu, tedy do uplynutí zadávací lhůty (§ 41 odst. 6 písm. a/ ZZVZ) nebo do okamžiku, kdy účastníku zadávacího řízení zanikne jeho účast v zadávacím řízení před koncem zadávací lhůty (§ 41 odst. 6 písm. b/ ZZVZ), zatímco smysl institutu mimořádně nízké nabídkové ceny je jiný – ochrana zadavatele před natolik nízkou cenou, při které již lze oprávněně pochybovat o tom, zda lze veřejnou zakázku vůbec či v dostatečné kvalitě realizovat, a to po uzavření smlouvy (po skončení běhu zadávací

lhůty). Institut smluvních sankcí pak slouží zejména k prevenci či následné nápravě dílčích pochybení při plnění veřejné zakázky. Existence žádných zajišťovacích institutů (či smluvních sankcí) tak při úvaze o vyloučení uchazeče dle § 48 odst. 4 ZZVZ, je-li opřeno (mimo jiné) o nerozkrytí vybraných položek nabídkové ceny, není významná.

28. Dovožoval-li žalobce rozpor postupu zadavatele (a závěru žalovaného) s právním názorem vyjádřeným v rozsudku Soudního dvora ve věci C-285/99 (*Impresa Lombardini SpA - Impresa Generale di Costruzioni proti ANAS - Ente nazionale per le strade a Società Italiana per Condotte d'Acqua SpA*, rozsudek ze dne 27.11.2001), pak nosnou myšlenkou uvedeného rozsudku je podle zdejšího soudu především přesvědčení Soudního dvora, že zadavatel nemůže „odmítnout“ nabídku, v níž jsou nabízeny „neobvykle vysoké slevy“, aniž by dal dodavateli příležitost vyjádřit svůj názor k těm prvkům navrhovaných cen, které u zadavatele podezření vyvolaly; dodavatel by přitom měl mít možnost podat vyjádření nejen ve vztahu k příslušným položkám izolovaně, nýbrž i ve vztahu k těmto položkám v kontextu nabídkové ceny jako celku. Teprve na základě odpovídajícího (konkrétního) zdůvodnění musí být ze strany zadavatele provedena komplexnější ekonomická analýza způsobilosti plnit veřejnou zakázku i za podmínek pro zadavatele podezřele výhodné nabídky. Takový prostor při nerozkrytí příslušných položek ze strany žalobce zadavatel v nyní posuzované věci nedostal, neboť žalobce příslušné položky nerozkryval ani izolovaně, ani se k nim relevantně nevyjadřoval v kontextu nabídkové ceny jako celku. Postup zadavatele, který vyloučil žalobce pro nezdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, a závěr žalovaného, že zadavatel postupoval správně, byl zákonný. Důvody pro fakultativní vyloučení žalobce podle § 48 odst. 4 ZZVZ dány byly a jestliže této možnosti zadavatel využil, v rozporu se ZZVZ nepostupoval. Ani žalobce přitom podle zdejšího soudu nemohl oprávněně očekávat, že se zadavatel v dalším průběhu zadávacího řízení spokojí s tím, že mu žalobce jednotlivé položky nerozkryje (především proto, že jejich korektní rozkrytí má být chráněno coby obchodní tajemství).
29. Už z právě uvedených důvodů napadené rozhodnutí ob stojí. Zdejší soud tedy ze shora uvedených důvodů na věc nahlíží v nosných ohledech shodně jako žalovaný v napadeném a jemu předcházejícím rozhodnutí. Napadené i jemu předcházející rozhodnutí jsou přezkoumatelná a zákonná; byly splněny zákonné podmínky pro vyloučení žalobce ze zadávacího řízení podle § 48 odst. 4 ZZVZ. Proto zdejší soud žalobu jako nedůvodnou podle § 78 odst. 7 s.ř.s. zamítl.

V. Náklady řízení

30. Výrok o nákladech řízení účastníků se opírá o § 60 odst. 1 s.ř.s. Žalobce nebyl ve věci úspěšný, a proto právo na náhradu nákladů řízení nemá. Úspěšný byl žalovaný, tomu však podle obsahu soudního spisu nevznikly žádné náklady nad rámec jeho běžné úřední činnosti a náhradu žádných nákladů řízení ani nepožadoval, a proto bylo rozhodnuto, že se mu náhrada nákladů řízení nepřiznává. Osobě zúčastněné na řízení nevznikly náklady související s povinností uloženou zdejším soudem podle § 60 odst. 5 s.ř.s. a k náhradě jiných nákladů řízení zdejší soud nenalezl žádný důvod, a proto osoba zúčastněná na řízení nemá právo na náhradu nákladů řízení.

Poučení:

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.

Brno 12. března 2020

David Raus v.r.
předseda senátu