

Jedním z fundamentálních atributů právního státu je předvídatelnost práva. Pokusme se tedy pod tímto zorným úhlem nahlédnout na rozhodovací činnost Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže.

Zejména, zda jsou jednotlivá rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) konsensuální a předvídatelná, nebo jestli lze s trochou nadsázky říct, že v rámci rozhodovací činnosti tohoto Úřadu přerůstá diskreční oprávnění až v určitou živelnost, projevující se v antagonistických rozhodnutích u takřka podobných případů.

Neměl by být s novou vládou, která se zavazovala ke zkvalitnění a ztransparenťování zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, zřízen institut či komora, dohlížející jak na bezpečnost, tak na kvalitu tohoto zákona i v případě zákona č. 273/1966 Sb. o působnosti Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže? Nebylo by ku prospěchu věci v případě zřízení institutu či komory veřejných zadavatelů přesunout některé správní pravomoci Úřadu na profesní samosprávný orgán?

Tento článek si rozhodně neklade za cíl provádět obsáhlou analýzu porovnávající jednotlivá rozhodnutí Úřadu jako celku, nicméně na několika jednoduchých příkladech je možné posoudit, zda je přístup Úřadu a jeho následná rozhodnutí u obdobných správních řízeních konzistentní či nikoliv.

Rozhodovací praxe Úřadu

Úřad dle ust.par. 112 odst. 1 zákona č. 137/2006, o veřejných zakázkách (dále jen „zákon“), vykonává dohled nad dodržováním zákona. Jednotlivá rozhodnutí Úřadu by měla mít primárně za úkol přezkoumání úkonu zadavatele, tj. zda jeho postup byl v souladu se zákonem. Zároveň je také nutno zmínit, že Úřad při odůvodnění svých rozhodnutí používá mnohdy nejasná ustanovení zákona, což z tohoto pohledu znamená, že je tedy zcela nezbytné, aby rozhodovací praxe byla ze strany Úřadu ustálená a předvídatelná.

Existuje tedy skutečně kontinuita v rozhodnutích Úřadu, nebo dochází k situaci, že rozhodnutí Úřadu jsou ve vzájemném rozporu a následně jak zadavatelé, tak samotní uchazeči nejsou s to rozlišit, zda konkrétní postup je v souladu se zákonem či nikoliv?

Zadavatel má v případě pochybností, zda jeho postup je v souladu se zákonem či nikoliv, více variant jak postupovat.

Může např. použít různé komentáře k zákonu (na tomto místě bych ovšem rád zmínil klasické „kde začíná problém, obvykle končí komentář“), které jsou však často velice obecné a nemusí tak být snadné nalézt odpověď, zda postup zadavatele je v souladu se zákonem.

Lze se také obrátit na Úřad s dotazem (daný postup však z osobní zkušenosti naprosto nedoporučuji, a to hlavně z časového hlediska, kdy Úřad může své stanovisko zaslat až po několika měsících). Úřad navíc již v úvodu svého stanoviska k dotazu uvádí, že jeho „...kompetence jsou vymezeny v par. 112 zákona, ze kterého vyplývá, že v pravomoci Úřadu je dohlížet nad již učiněnými úkony zadavatelů v zadávacích řízeních a nikoliv stanovovat postupy zadavatelům při zadávání veřejných zakázek předem. Úřad nemůže nahrazovat funkci zadavatele při řešení jednotlivých problémů v procesu zadávání veřejných zakázek a předem schvalovat či dokonce určovat postupy zadavatelů, neboť by se v pozdější době dostal do situace, kdy by sám přezkoumával své vlastní rozhodnutí.“

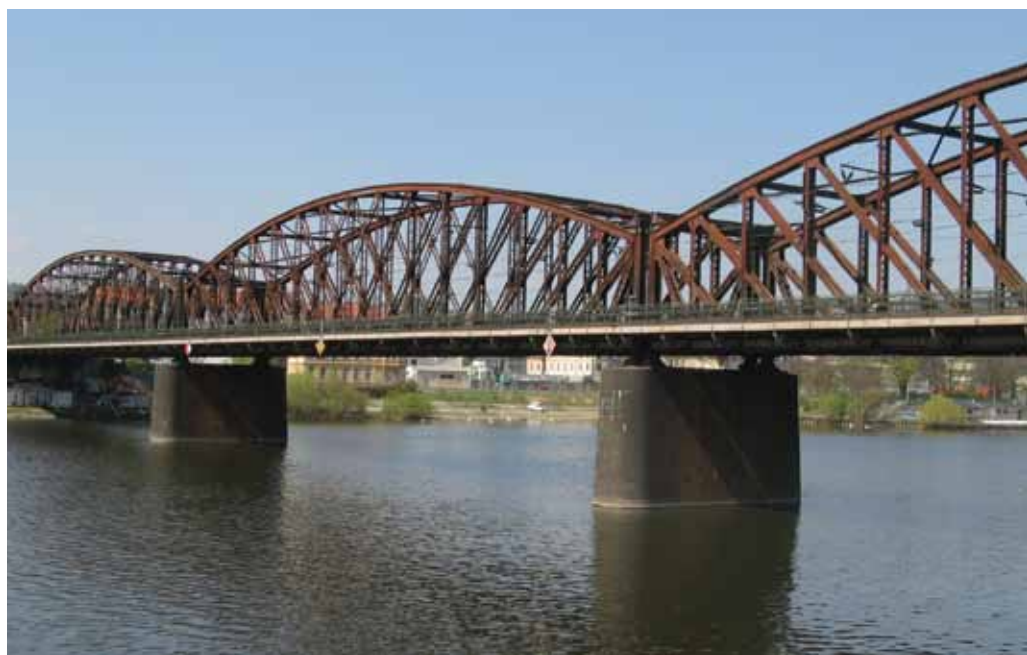
Další možnosti, jak si zadavatel může ověřit, zda jeho postup je či není v souladu se zákonem, je vyvodit závěry z pravomocných rozhodnutí Úřadu (dostupné na www.compet.cz). Avšak i tento postup může být v některých případech velmi problematický.

Příklady

Jako vhodný příklad může posloužit na první pohled zcela jednoduché vymezení nabídkové ceny jako základního hodnotícího kritéria dle par. 78 odst. 1 písm. b) zákona. V případě vymezení např. nabídkové ceny služeb může pro zadavatele vyvstat problém, jak by měl dodavatel služby nacenit (anebo předem není jasný jejich rozsah), tj. zda má zadavatel požadovat a hodnotit jednotkovou cenu služby, nebo cenu celkového rozsahu služeb na základě odhadu apod.

Podívejme se nyní na konkrétní případ vymezení nabídkové ceny z pohledu rozhodovací praxe Nejvyššího správního soudu a Úřadu.

Nejvyšší správní soud ve svém rozhodnutí č.j. 2 A 6/2002 – OL – 108 stanovil, že „...jedním z důležitých faktorů při zadávání veřejných zakázek je nabídková cena, tedy celková nabídková cena veřejné zakázky. Zadavatel je proto povinen v zadání veřejné zakázky specifikovat předmět plnění takovým způsobem, např. na základě zkušeností s obdobným předmětem plnění z minulých let, aby uchazeči mohli provést kalkulaci a ve svých nabídkách uvést výši celkové nabídkové ceny zakázky. Nabídkovou cenou však není nabídková cena jednotková. Povinností žalobce tedy bylo stanovit prav-



děpodobný rozsah předmětu plnění (např. stanovení předpokládaného množství úkonů v návaznosti na jednotlivé části předmětu plnění), na který uchazeči vypracovali své nabídky, a to včetně celkové nabídkové ceny, stanovené v návaznosti na výše uvedené jako součín ceny za jednotkový úkon a předpokládaného počtu těchto úkonů.“

■ Úřad ve svém rozhodnutí č.j. S 538–R/03-406/140/OŠ stanovil, že „...zadavatel je povinen hodnotit celkovou nabídkovou cenu podle absolutní výše. Nelze hodnotit pouze jednotkové ceny uvedené v nabídkách uchazečů.“

■ Úřad ve svém rozhodnutí č.j. 2R 102/05-Šp stanovil, že „...dle ustanovení § 20 odst. 1 zákona se předpokládanou cenou předmětu veřejné zakázky rozumí celková cena za poskytnuté služby. Od předpokládané ceny veřejné zakázky se nabídková cena může lišit pouze vlivem ocenění jednotlivých položek, nikoli z důvodu, že uchazeč ocení jiný rozsah předmětu zakázky, než jaký stanovil zadavatel. Nabídková cena uchazeče je tedy cena, za kterou je schopen ucha- zeč splnit celý obsah veřejné zakázky.“

Dle výše uvedených rozhodnutí Nejvyššího správního soudu nebo Úřadu je zcela zřejmé, že nabídková cena je cenou za celý předmět plnění (a nikoliv cena jednotková), za kterou je uchazeč schopen splnit celý předmět veřejné zakázky. Dle výkladu uvedeného v rozhodnutích by se tedy mělo jednat o jedinou nabídkovou cenu bez dělení na dílčí subkritéria (dle § 78 odst. 4 zákona stanoví dílčí hodnotící kritéria zadavatel pouze v případě, že se jedná o základní hodnotící kritérium ekonomické výhodnosti nabídky, a i v tomto případě by se vždy mělo jednat o jedinou nabídkovou cenu odpovídající vymezenému předmětu plnění pokrývajícím celý předmět plnění).

V rozporu s výše uvedeným však Úřad ve svém rozhodnutí č.j. S 063/2007-00087/2007/550-VŠ konstatoval, že zadavatel postupoval v souladu se zákonem, když nabídkovou cenu hodnotil v rámci dvou subkritérií: „Jestliže zadavatel v rámci základního hodnotícího kritéria ekonomické výhodnosti nabídky a jedním z dílčích hodnotících kritérií stanovil nabídkovou cenu a v jejím

rámci dvě subkritéria, každé s váhou 50 %, postupoval v souladu s ustanovením § 78 odst. 4 zákona. Námitky navrhovatele, že stanovením dvou subkritérií s váhou 50 % bylo znemožněno hodnocení jedné celkové nabídkové ceny, neobstojí, neboť obě stanovená subkritéria s váhou 50 % spolu v souladu se zadávacími podmínkami pokrývají celkovou nabídkovou cenu.“

Úřad v tomto rozhodnutí prostě a bez bližšího odůvodnění konstatuje, že součet podílů subkritérií nabídkové ceny je dohromady 100 %, a proto pokrývá celkovou nabídkovou cenu, je však otázkou, zda tento poměr odpovídá také předmětu plnění (prvním subkritériem zde byla cena realizace plnění, druhým subkritériem celková cena servisních služeb).

Úřad se zde tedy měl držet svých předchozích rozhodnutí a stanovit, že nabídková cena musí odpovídat předmětu plnění jako celku (ceny plnění a ceny servisních služeb), když před samotným zahájením plnění Úřad není schopen posoudit, zda poměr vah subkritérií odpovídá rozsahu předmětu plnění, na základě kterého jsou jednotlivé části (subkritéria) ceny naceněny.

Dalším sporným rozhodnutím Úřadu, které zde mohu uvést, je např. rozhodnutí č.j. S16/2/09-1976/2009/530/LBa, jež bylo potvrzeno ve II. stupni rozhodnutím č.j. R44/2009/VZ—16496/2009/310/JHr. Zadavatel v předmětném zadávacím řízení stanovil jako základní hodnotící kritérium pro zadání veřejné zakázky ekonomickou výhodnost nabídky s následujícími dílčími hodnotícími kritérii:

1. nabídková cena celkem 50 %
2. cena za vícepráce prováděné nad rámec nabídkové ceny 36 % (jednotkové ceny)
3. výše smluvní pokuty za neprovedené práce a nekvalitní úklid 14%.

Úřad se v daném rozhodnutí vůbec nezabýval otázkou, zda konstrukce nabídkové ceny je v souladu se zákonem a předchozí rozhodovací praxí, když pouze konstatoval: „V této souvislosti pak Úřad zdůrazňuje, že předmětné práce měly být naceněny (jednotkové ceny) nad rámec nabídkové ceny.“

Úřad se zde z mého pohledu dopustil hned několika pochybení:

■ Připustil hodnocení jednotkových cen částí

plnění (i když zadavatel 2. dílčí kritérium nenazval nabídkovou cenou, bezpochyby by se mělo jednat o součást nabídkové ceny; v opačném případě byla hodnocena cena plnění, která není obsažena v předmětu veřejné zakázky).

■ Připustil rozdělení nabídkové ceny na více dílčích kritérií.

■ Jak nabídková cena, tak cena za vícepráce není cenou „za kterou je schopen uchazeč splnit celý obsah veřejné zakázky“, tj. odpovídající celému rozsahu předmětu plnění veřejné zakázky.

Závěr

Bohužel se obávám, že obdobně odporující si rozhodnutí ze strany Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže je mnohem více. Z tohoto důvodu se domnívám, že je potřeba, abychom se zamysleli nad tím, zdali výše popsaná „problémová“ rozhodnutí orgánu dohledu nejsou z velké části zapříčiněná personální politikou Úřadu, kdy je dána rozhodovací pravomoc osobám, které nejsou plně seznámeny s předchozí rozhodovací praxí vlastního Úřadu, či dokonce, zda je přístup ve všech správních řízeních objektivní.

Musím zde ještě zdůraznit, že v případech, kdy se navrhovatel nebo zadavatel ve svých vyjádřeních v jednotlivých správních řízeních odvolávají na obdobná rozhodnutí Úřadu, často následuje spolu s výše uvedeným konstatováním Úřadu o jeho kompetencích také konstatování, že předmětem odkazovaných rozhodnutí byly jiné skutečnosti než ty, které jsou řešeny v tom či onom konkrétním správním řízení. Toto konstatování se mi však jeví jako více než alibistické. Vydaná rozhodnutí jsou sice bezprostředně závazná pouze pro rozhodnutí v konkrétní věci, avšak dle mého názoru by mělo být důležitým cílem sjednocování rozhodovací praxe v obdobných případech (směřující k jednoznačnějšímu výkladu zákona např. v případě nejasných ustanovení), aby se zvýšila právní jistota subjektů účastnících se procesu zadávání veřejných zakázek. Na základě všech těchto skutečností se mi zde opět nabízí myšlenka směřující ke zřízení institutu či komory veřejných zadavatelů, garantující kvalitu, bezpečnost a rychlost při řešení problémů v oblasti veřejných zakázek.

Ing. Filip Bušina, MBA