

Nepřípustnost nulové ceny v zadávacím řízení

PRÁVO
A VEŘEJNÁ SPRÁVA

Skutečnost, že nulová cena je v zadávacím řízení nepřipustná, lze v současné době již označit za obecně známou. Méně známým faktem je to, že z tohoto pravidla existuje několik výjimek.

Zákonné důvody nepřipustnosti

Nepřípustnost nulové ceny vychází ze dvou stěžejních ustanovení zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále též jen „zákon“).

Prvním z nich je § 7 odst. 1 obsahující zákonnou definici veřejných zakázek. V jeho smyslu za veřejnou zakázku se považují pouze takové dodávky, služby či stavební práce, které se realizují na základě smlouvy mezi zadavatelem a dodavatelem, a to vždy úplatně.

Odborná veřejnost, např. doc. Jurčík¹ v návaznosti na toto ustanovení uvádí, že „*bezúplatné provedení prací, dodávka zboží či poskytnutí služeb tedy veřejnou zakázkou není. A to i v takovém případě, že by byly splněny ostatní podmínky pro postup podle zákona*“.

Dalším ustanovením, ze kterého nepřipustnost nulové ceny je dovoditelná, je § 79 zákona upravující hodnocení nabídek. Hodnocení spočívá ve vzájemném poměrování úspěšnosti podaných nabídek, ať již z hlediska výše nabídkové ceny, nebo celkové ekonomické výhodnosti.

Uvedení nulové ceny v nabídce výslovně, nedoplněním či proškrtnutím konkrétní položky však provedení hodnocení značně ztěžuje. Nabídka s nulovou cenou totiž přinejmenším zčásti nebude poskytovat tytéž informace o nákladovosti plnění jako nabídky ostatních uchazečů.

Právě neporovnatelnost nabídek označuje rozhodovací praxe, z níž lze zmínit např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ČR (NSS) ze dne 21. prosince 2010 sp. zn. 9 Afs 69/2010, za úhelny kámen nulové ceny.

Podstatou přezkoumávaného případu bylo uvedení nulové ceny za realizaci dílčí části veřejné zakázky hodnocené samostatně váhou 1 %. Dle názoru NSS vyloučení uchazeče bylo provedeno v souladu se zákonem, a to zejména s ohledem na podstatné zdeformování hodnocení v dílčím hodnotícím kritériu. Při dosazení 0,- Kč do zadavatelem stanoveného vzorce by totiž vyloučené nabídce bylo přiděleno 100 bodů, zatímco všem dalším nabídkám 0 bodů.

NSS v této souvislosti uvedl, že „*nabízení služeb bezúplatně, tedy*

pod hranici ekonomicky nutných nákladů, nelze hodnotit jako snahu objektivně poskytnout zadavateli takovéto plnění, neboť žádný technologický postup nemůže umožnit výkon těchto činností s vynaložením nulových nákladů.“ NSS dále s odkazem na § 7 odst. 1 zákona uvedl, že „bonusy“ a „grátisy“ v prostředí vždy úplatných veřejných zakázek nejsou přípustné.

Hodnocení nabídek může být nicméně ovlivněno nejen uvedením nulové hodnoty položky, která je předmětem samostatného hodnocení, ale též nulovým oceněním položky, která se samostatně nehodnotí. I tato totiž promítne svoji hodnotu do hodnocené nabídkové ceny.

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále též jen „úřad“) v této souvislosti odmítl např. nulovou cenu úklidu jednoho z několika objektů České pošty, s.p., když ve svém rozhodnutí² uvedl, že „poskytnutí služeb zdarma u objektu P67 Aviatická mělo vliv na hodnotící kritérium ‚Nabídková cena bez DPH‘, neboť nezahrnovalo veškeré náklady se službou spojené a bylo v rozporu s podmínkami zadání“.

Vyloučit možnost uvedení dílčí nulové nabídkové ceny v některých případech možné přesto není.

Výjimky výslovně potvrzené

Možné výjimky z jinak obecně platného zákazu potvrzuje vývoj právních názorů úřadu patrný v jeho rozhodnutích.³ Odkazované rozhodnutí konstatuje, že „pokud uchazeč předloží nabídku, ve které budou některé položky cenového modelu proškrtnuty, tedy neoceněny, nebo oceněny hodnotou 0 Kč, nelze bez dalšího automaticky považovat takový postup uchazeče za postup v rozporu se zadávacími podmínkami.“

Uvedení dílčí nulové nabídkové ceny dle názoru úřadu může být odůvodněno např. obchodními praktikami, resp. zvyklostmi daného segmentu trhu a zejména tím, že se jedná o dílčí plnění, které je neodělitelné od plnění jiného.

Byť argumentace zohledňující obchodní praktiky není zcela v souladu se závěry NSS o zákazu „bonusů“ a „grátisů“, v úřadem posuzovaném případě se jednalo o specifické informační a komunikační technologie. Mezi těmito službami na straně jedné a např. stavebními pracemi na

straně druhé je z hlediska ocenění značný rozdíl.

Dva druhy údržby informačního systému lze za splnění jistých personálních a technických podmínek ve vzájemném poměru ocenit téměř libovolně. Tyto činnosti totiž mohou být mnohdy vykonávány současně, toutéž osobou a za použití týchž technických prostředků. Naproti tomu přesun vytěžené zeminy ze staveniště na skládku a přeprava stavebních materiálů na staveniště nejsou činnosti, které by se natolik překrývaly, aby to jejich samostatné ocenění dobře neumožňovalo.

Obchodní praktiky tedy odůvodnit nulovou cenu konkrétních položek mohou, avšak pouze v takových zvláštních případech, kdy nedochází k potenciálnímu ovlivnění celkové nabídkové ceny a kdy se jedná o vzájemně obtížně oddělitelná plnění.

Tato neodělitelnost nemusí mít nutně technický charakter, jak je to časté v oblasti ICT služeb, ale může mít i základ ryze ekonomický. Představitelné je to např. u věcí, které se před dodáním montují z více částí. Tyto dílčí části, např. dveře a kliky, mohou být relevantně oceněny jejich výrobcí, nikoliv však již distributory, kteří je kupují a distribuují jako celek.

Pokud by distributor uvedl cenu každé jednotlivé, zadávací dokumentací požadované části dveří, patrně by ne deklaroval skutečné náklady, ale pouze ceny fiktivní, kterými by pokynům na cenotvorbu vyhověl jenom formálně. Vyloučení pro uvedení dílčí nulové položky by proto nebylo v souladu se zákonem a s rozhodovací praxí.

Hospodárnost veřejných zakázek

Výčet možných výjimek z obecného zákazu nulových cen není shora uvedenými uzavřen. Nulová hodnota dílčích položek může být odůvodněna též hospodárností veřejných zakázek, konkrétně tím, že zadavatelem definované náklady uchazečům vůbec nevzniknou.

Obsahuje-li např. výkaz výměr stavebních prací položku, jejímž jediným předmětem je nájemné za kontejner umístěný na staveništi, pro uchazeče, který kontejner vlastní a jemuž z titulu nájemného žádné náklady nevzniknou, není důvod příslušnou položku vyplnit. Byť

jisté náklady jsou spjaté i s uchazečem vlastněným kontejnerem (např. s jeho dopravou či umístěním), ty se ze své povahy uvedou v jiných položkách, např. ve vedlejších rozpočtových nákladech nebo v kompletaci staveniště.

Ačkoliv výkaz výměr musí být v zásadě oceněn tak, jak byl zadavatelem poskytnut, požadavek na vyčíslení neexistujících nákladů na nájemné by byl ve shora uvedeném případě zcela absurdní. Tento požadavek by vedl buď k uvedení ceny spekulativní (za současného snížení hodnoty jiné položky), nebo k umělému navýšení nákladů realizace veřejné zakázky. Umělé navýšení ceny a požadavek na úhradu neexistujících nákladů by přitom v krajním případě mohly naplňovat znaky trestného činu, zejména trestného činu podvodu.⁴

V této souvislosti je vhodné poznamenat, že aplikovatelnost shora popsané výjimky prozatím nebyla úřadem výslovně schválena, ale ani odmítnuta. Např. ve správním řízení o přezkoumání úkonů statutárního města Ostravy učiněných v rámci zadávacího řízení na zadání veřejné zakázky „Rekonstrukce zpevněných ploch na ulicích Alšově, Budovatelské, Čs. exilu, Kopeckého, Urxově, Ostrava-Poruba vč. vybudování parkoviště“ navrhovatel argumentoval obdobným způsobem. Úřad navrhovatelovi ve svém rozhodnutí⁵ sice nedal za pravdu, ale z důvodu nekonzistentnosti s jeho předchozími tvrzeními, když nulové hodnoty původně obhajoval jejich rozpuštěním v jiných položkách.

Jak postupovat v případě nulové nabídkové ceny

Zjistí-li zájemce o veřejnou zakázku, že zadavatelem připravený položkový rozpočet nemůže ocenit v úplnosti, měl by na tuto skutečnost zadavatele upozornit. Nelze totiž vyloučit, že se nejedná o individuální nemožnost ocenění ze strany zájemce, ale o chybu zadavatele. K tomu může využít institut žádosti o dodatečné informace dle § 49 odst. 3 zákona.

Zadavatel v návaznosti na žádost o dodatečné informace, neshledá-li chybu v položkovém rozpočtu, objasní správný postup jeho vyplnění. V případě, že rozpočet posoudí jako vadný, provede úpravu s přiměřeným prodloužením lhůty pro podání



Nulová hodnota dílčích položek může být odůvodněna též hospodárností veřejných zakázek.

nabídek. Podle § 111 odst. 6 zákona tak může učinit i za předpokladu, že námitky neobdržel.

Proti chybám v položkovém rozpočtu lze samozřejmě podat i námitky proti zadávacím podmínkám dle § 110 odst. 3 zákona.

Nedošlo-li k úpravě zadávacích podmínek před uplynutím lhůty pro podání nabídek a zadavatel obdržel nabídky obsahující nulové položky, hodnotící komise by k nim měla přistoupit jako k nejasnostem, které mají být vysvětleny postupem dle § 76 odst. 6 zákona.

Rozhodovací praxe⁶ tento postup ukládá jako de facto závazný, neboť v převážné většině případů bez dodatečného vysvětlení od uchazečů nebude možné posoudit, zda uve-



Správné vypořádání se s nulovou cenou je pro úspěch řízení stěžejní, když chybný postup může pro uchazeče představovat vyloučení z další účasti v řízení a pro zadavatele jeho zrušení.

dení dílčí nulové ceny lze skutečně považovat za porušení zadávacích podmínek. Teprve z vysvětlení bude tedy zjistitelné, zda nabídku lze ponechat v dalším hodnocení.

Ačkoliv tedy nulová cena je v zadávacích řízeních nežádoucím jevem, hovořit o její nulové toleranci možné není. Správné vypořádání se s nulovou cenou je pro úspěch zadávacího řízení stěžejní, když chybný postup může pro uchazeče představovat vyloučení z další účasti v řízení a pro zadavatele jeho zrušení, resp. uložení pokuty ze strany úřadu. Dle § 120 odst. 2 písm. a) zákona tato pokuta může být uložena až do „10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit“. ♦

Z ROZSUDKU NSS 9 Afs 69/2010 – 175

Krajský soud v odůvodnění rozhodnutí vyjádřil názor, že úplatně mělo být podle žalobcem učiněné nabídky realizováno plnění představující více než 99,5 % celkového plnění. Pokud tedy provedení marginálního dílu zadavatelem poptávaného plnění nabídl žalobce bezúplatně, lze takový postup vnímat jako obvyklý v „běžném“ obchodním vztahu, kdy dodavatel nabízí k hlavnímu plnění (např. k výrobku) určitou v poměru k hlavnímu plnění drobnou službu zdarma (např. servis). Takový postup ani v případě „běžného“ obchodního vztahu nečiní z takového vztahu nebo z jeho části vztah bezúplatný a není důvodu jej nehodnotit dle obecných obchodních zvyklostí. Nejvyšší správní soud k takto vyslovenému právnímu názoru uvádí, že s tímto stanoviskem krajského soudu lze s výhradou souhlasit v „běžných“ obchodních vztazích, kdy kupující vyhodnocuje nabídku dle svých osobních kritérií a cenu hradí z vlastních prostředků. Tato metoda je hojně využívána zejména v marketingu, avšak ani v takovém případě není možno konstatovat, že by uvedená služba

(zde krajským soudem zmiňovaný servis) byla poskytována zdarma, nýbrž na úkor celkového zisku z usku- tečně obchodní operace. Svou nákladovou hodnotu si i v takovémto případě předmětná služba nepochybně ponechává. Veřejné zakázky se však svou povahou odlišují od běžně uzavíraných obchodních vztahů, což lze mj. dovodit již ze způsobu jejich vyhodnocování. Veřejné zakázky představují specifický způsob uzavírání smluv a jejich hlavním smyslem je vytvoření transparentního prostředí, jež by mělo zabezpečit účelnost vynakládaných veřejných prostředků a efektivní alokaci veřejných zdrojů. Z tohoto důvodu je nutno klást velký důraz na to, aby v rámci řízení byl vybrán takový uchazeč, který je reálně schopen poskytnout službu za co nejnižší cenu. Na rozdíl od prostředí běžného obchodního vztahu je zadavatel veřejné zakázky vázán předem stanovenými hodnotícími kritérii, jejichž prostřednictvím mají být jednoznačně zjištěny podmínky nabízené jednotlivými uchazeči. Při nastavení a následném vyhodnocování jednotlivých kritérií je proto nutno dbát na

maximální transparentnost a nelze tolerovat jakékoliv jednání ze strany zadavatele (resp. hodnotící komise) či jednotlivých uchazečů, které by tuto transparentnost narušilo. V tomto ohledu tak ve vztahu k souzené věci není namístě ani zlehčování či odkazy na marginální rozsah hodnotícího kritéria D vzhledem k celému objemu veřejné zakázky...

... nabízení služeb bezúplatně, tedy pod hranicí ekonomicky nutných nákladů, nelze hodnotit jako snahu objektivně poskytnout zadavateli takového plnění, neboť žádný technologický postup nemůže umožnit výkon těchto činností s vynaložením nulových nákladů. Pokud se žalobce pokoušel vnést do zadávacího řízení prvky „běžných“ obchodních praktik, pak to s ohledem na obsah zadávací dokumentace v daném případě muselo znamenat zkrácení pravdivých údajů a nákladů (resp. případného zisku) ohledně správy majetku podřazeného pod dílčí kritérium D a promítnutí těchto částek do jiných dílčích částí veřejné zakázky s cílem získat pro sebe výhodnější hodnocení.

1 - Jurčík, R.: Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. 4. vydání. Praha: C. H. Beck, 2015, 108 s.

2 - Rozhodnutí ze dne 9. února 2012 č.j. ÚOHS-S564/2011/VZ-2616/2012/540/IMA

3 - Rozhodnutí ze dne 4. července 2012, č.j. ÚOHS-S96,97,168/2012/VZ-12415/2012/520/DŘI.

4 - Dle § 209 odst. 1 zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

5 - Rozhodnutí ze dne 6. dubna 2007 č.j.: R040/2007/02-07002/2007/310-Šp

6 - Například již citované rozhodnutí úřadu ze dne 4. července 2012, ÚOHS-S96,97,168/2012/VZ-12415/2012/520/DŘI