



UOHSX006EFEZ

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R206/2014/VZ-26671/2015/322/DRu

Brno 8. září 2015

V řízení o rozkladu ze dne 18. 6. 2014 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské tétož dne zadavatelem –

- **CEJIZA, s.r.o.**, IČO 28353242, se sídlem Žerotínovo nám. 3/5, 602 00 Brno ve správním řízení zastoupeným na základě plné moci ze dne 16. 4. 2014 společnostmi Fiala, Tejkal a partneři, advokátní kancelář, s.r.o., se sídlem Helfertova 2040/13, 613 00 Brno,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S362/2014/VZ-11631/2014/523/MSc ze dne 2. 6. 2014 ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Dodávka lancet, bezpečnostních lancet, testovacích proužků pro glukometry a glukometrů 2014 - 2015**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 15. 11. 2013 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 18. 11. 2013 pod ev. č. 363885, jehož dalšími účastníky jsou navrhovatel –

- **ELEKTA, s.r.o.**, IČO 63073081, se sídlem Karlštejnská 9, 252 25 Jinočany, a vybraný uchazeč –
- **MEDISTA spol. s r.o.**, IČO 60199865, se sídlem Dělnická 213/12, 170 00 Praha 7,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 tétož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S362/2014/VZ 11631/2014/523/MSc ze dne 2. 6. 2014

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Dne 15. 11. 2013 zahájil zadavatel – CEJIZA, s.r.o., IČO 28353242, se sídlem Žerotínovo náměstí 3/5, 602 00 Brno, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 16. 4. 2014 společností Fiala, Tejkal a partneři, advokátní kancelář, s.r.o., IČO 28360125, se sídlem Helfertova 2040/13, 613 00 Brno (dále jen „**zadavatel**“) podle § 26 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹, odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění zadávacího řízení na veřejnou zakázku s názvem „Dodávka lancet, bezpečnostních lancet, testovacích proužků pro glukometry a glukometrů 2014 - 2015“ zadávanou v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 18. 11. 2013 pod ev. č. 363885 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Vybraný uchazeč – MEDISTA spol.s.r.o., IČO 60199865, se sídlem Dělnická 213/12, 170 00 Praha 7 (dále jen „**vybraný uchazeč**“) ve své nabídce v tabulce pro zpracování ceny plnění a v krycím listu nabídky uvedl celkovou nabídkovou cenu 1 670 110,37 Kč bez DPH. Součet dílčích cen v tabulce pro zpracování ceny plnění však činil částku 1 670 341,37 Kč bez DPH. Zadavatel vyzval vybraného uchazeče k objasnění této nesrovnalosti. Ten uvedl, že správná výše celkové nabídkové ceny činí 1 670 341,37 Kč bez DPH, přičemž původně uvedená cena byla nesprávná z důvodu početní chyby. Zadavatel vysvětlení vybraného uchazeče akceptoval a dne 6. 3. 2014 rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky, přičemž jako nejvhodnější vybral nabídku vybraného uchazeče.
3. Proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky podal uchazeč – ELEKTA, s.r.o., IČO 63073081, se sídlem Karlštejnská 9, 252 25 Jinočany (dále jen „**navrhovatel**“) v zákonné lhůtě námitky. Zadavatel námitkám navrhovatele svým rozhodnutím ze dne 31. 3. 2014 nevyhověl a z toho důvodu podal navrhovatel k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 9. 4. 2014 (dále jen „**návrh**“), jež byl zadavateli doručen téhož dne. Dnem doručení návrhu Úřadu bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu § 26 zákona v návaznosti na § 158 odst. 1 a 2 zákona.

4. Dne 2. 5. 2014 nařídil Úřad rozhodnutím č. j. ÚOHS-S362/2014/VZ-9263/2014/523/MSc zadavateli podle § 117 odst. 1 písm. a) předběžné opatření spočívající v uložení zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení veřejné zakázky.

II. Napadené rozhodnutí

5. Dne 2. 6. 2014 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S362/2014/VZ-11631/2014/523/MSc (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
6. Výrokem I. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 76 odst. 1 zákona a nedodržel zásadu transparentnosti zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona tím, že ve fázi posouzení nabídek nevyřadil nabídku vybraného uchazeče, ačkoliv uvedená nabídka obsahovala rozpor v nabídkové ceně, když součet jednotlivých položek neodpovídal celkové nabídkové ceně uvedené též na krycím listu nabídky, čímž nesplnil požadavek zadavatele na zpracování nabídkové ceny uvedený v zadávacích podmínkách, přičemž tento postup podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.
7. Výrokem II. napadeného rozhodnutí zrušil Úřad, jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele uvedeného ve výroku I. napadeného rozhodnutí, úkony spojené s posouzením nabídky vybraného uchazeče, které byly zaznamenány ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek č. 2 ze dne 4. 3. 2014 a všechny následné úkony zadavatele učiněné v zadávacím řízení veřejné zakázky, včetně úkonů spojených s hodnocením nabídek a rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 6. 3. 2014.
8. Výrokem III. napadeného rozhodnutí Úřad uložil zadavateli uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.
9. V odůvodnění napadeného rozhodnutí dospěl Úřad k závěru, že ze struktury nabídkové ceny vybraného uchazeče je patrné, že celková nabídková cena neobsahuje všechny náklady související s plněním veřejné zakázky a neodpovídá tak požadavkům zadavatele dle zadávací dokumentace. Nesprávný je i údaj o celkové nabídkové ceně uvedený na krycím listu nabídky, jež byl čten při otevírání obálek s nabídkami. Úřad uvedl, že smysl a účel otevírání obálek spočívá v zajištění transparentnosti zadávacího řízení, neboť součástí otevírání obálek je dle § 71 odst. 10 zákona čtení nabídkových cen a případných dalších kvantifikovatelných hodnotících kritérií, přičemž otevírání obálek se mohou účastnit uchazeči o veřejnou zakázku.
10. Dle názoru Úřadu sama skutečnost, že předmětem hodnocení by měla být jiná cena, než byla při otevírání obálek oznámena, vzbuzuje pochybnosti, jež jsou dostatečné pro vyslovení závěru, že zadávací řízení veřejné zakázky neproběhlo v souladu se zásadou transparentnosti. Skutečnost, zda změna nabídkové ceny byla zásadní či měla vliv na pořadí nabídek, není z tohoto pohledu relevantní. Rozhodující je, že došlo ke změně s vlivem na nabídkovou cenu. Úřad pro úplnost uvedl, že uvedené pochybení v nabídce vybraného uchazeče není možné zhojit ani postupem podle § 76 odst. 3 zákona právě s ohledem na pochybnosti o transparentním průběhu zadávacího řízení.
11. Úřad dospěl k závěru, že postupem zadavatele byl zpochybněn smysl a účel otevírání nabídek, a nelze najisto vyloučit pochybnost, že po otevření obálek s nabídkami došlo k manipulaci s nabídkou vybraného uchazeče. Sama tato pochybnost přitom z povahy věci

postačuje k vyslovení závěru o porušení zásady transparentnosti. Nedodržení zákonem stanoveného postupu zadavatele přitom mělo vliv na výsledek zadávacího řízení, neboť pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem a vyřadil nabídku vybraného uchazeče, byla by vybrána jako nejvhodnější nabídka uchazeče jiného.

12. Úřad k dosažení nápravy protiprávního stavu rozhodl o zrušení úkonů zadavatele spojených s posouzením nabídky vybraného uchazeče a všech následných úkonů zadavatele učiněných v zadávacím řízení veřejné zakázky včetně úkonů spojených s hodnocením nabídek a rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 6. 3. 2014.

III. Námitky rozkladu

13. Dne 18. 6. 2014 byl Úřadu doručen rozklad zadavatele z téhož dne (dále jen „rozklad“). Zadavatel v rozkladu namítá, že postup komise při otevírání obálek a postup hodnotící komise ve fázi posouzení a hodnocení nabídek byl v souladu s § 76 odst. 1 a § 76 odst. 3 zákona a zadávací řízení bylo vedeno transparentně. Zadavatel považuje závěry Úřadu týkající se porušení zásady transparentnosti za nepřezkoumatelné a nezákonné. Zásada transparentnosti je neurčitý pojem a Úřad je dle zadavatele povinen význam a obsah tohoto pojmu v odůvodnění objasnit. V této souvislosti zadavatel namítá, že veškeré jeho kroky a kroky ustanovených komisí byly náležitě zaznamenány v protokolech a jsou plně kontrolovatelné, a to i zpětně.
14. Zadavatel odkazuje na rozhodnutí Nejvyššího správního soudu (dále jen „NSS“) č. j. 7 Afs 31/2012 – 55 ze dne 20. 6. 2012 a namítá, že sama domněnka o možné manipulaci s nabídkou není jediným určujícím kritériem k posouzení dodržení zásady transparentnosti, ale je třeba zabývat se konkrétními skutkovými okolnostmi případu. V opačném případě by dle názoru zadavatele nebylo možno nikdy vyloučit, že nedošlo k manipulaci s nabídkami, když tyto mohou být měněny v dílčích součtech při zachování celkové ceny, která byla čtena při otevírání obálek s nabídkami.
15. Zadavatel nerozporuje, že vybraný uchazeč uvedl jako nabídkovou cenu částku odlišnou od částky vzniklé součtem jednotlivých dílčích plnění, avšak již od počátku bylo na první pohled zřejmé, že se mohlo jednat o lehce popsateľnou a zároveň lehce vysvětlitelnou chybu v kalkulaci nabídkové ceny. Celková nabídková cena, jež byla hodnocena, je dle zadavatele od počátku obsažena v nabídce vybraného uchazeče.
16. Zadavatel odmítá, že by možnost akceptace vysvětlení nabídky měla být závislá na dodržení zásady transparentnosti. Zadavatel nesouhlasí s tvrzením Úřadu, že pochybení v nabídce vybraného uchazeče není možné zhojit ani postupem podle § 76 odst. 3 zákona s ohledem na pochybnosti o transparentním průběhu zadávacího řízení. Vznesením dotazu podle § 76 odst. 3 zákona a akceptací odpovědi na položený dotaz se zadavatel ani uchazeč nemohou dostat do rozporu se zásadou transparentnosti, jestliže je vše řádně zachyceno v dokumentaci o veřejné zakázce.
17. Zadavatel současně namítá, že se Úřad nevypořádal se závěry svého dřívějšího rozhodnutí č. j. ÚOHS-S356/2013/VZ-13648/2013/514/JNv ze dne 19. 7. 2013, na které zadavatel odkazoval již ve svém vyjádření k návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 16. 4. 2014. Zadavatel v souvislosti s tímto rozhodnutím shledal v postupu Úřadu známky přepjatého formalismu a v daném případě měl být dle jeho názoru upřednostněn

smysl a účel zákona. Postupem podle § 76 odst. 3 zákona nedošlo ke změně nabídky a vysvětlení vybraného uchazeče nemělo žádný vliv na text návrhu smlouvy obsaženého v nabídce, ani na realizaci veřejné zakázky. Zadavatel trvá na tom, že nebyl dán důvod pro vyloučení vybraného uchazeče ze zadávacího řízení, neboť jeho postup žádným způsobem nenarušil hospodářskou soutěž ani nebyl v rozporu se zákonem, neboť věcně nedošlo ke změně nabídky vybraného uchazeče.

18. Dle názoru zadavatele by měl být smysl a účel zákona upřednostněn před přehnanou formálností a striktně jazykovým výkladem zákona. V této souvislosti zadavatel odkázal na rozsudek NSS sp. zn. 29 Cdo 300/2010 ze dne 29. 11. 2012, v němž NSS konstatoval, že: *„V případě konfliktu mezi doslovným zněním zákona a jeho smyslem a účelem je důležité stanovit podmínky priority výkladu e ratione legis před výkladem jazykovým, podmínky, jež by měly představovat bariéru možné libovůle při aplikaci práva“*. Zadavatel vytýká Úřadu, že se posouzením proporcionality formálnosti zadávacího řízení a smyslu a účelu zákona vůbec nezabýval.
19. Dle zadavatele platí, že pokud se dodavatel dopustí při kalkulaci nabídkové ceny chyby, která je zřejmá, lehce popsitelná, lehce vysvětlitelná, nemá vliv na pořadí nabídek, nemá vliv na text návrhu smlouvy na realizaci veřejné zakázky, nemá vliv na realizaci veřejné zakázky, dodavatel tuto chybu řádně vysvětlí a zadavatel nebo jím jmenovaná komise vysvětlení chyby zachytí v dokumentaci o veřejné zakázce, nelze než dovodit, že není dán důvod pro to, aby byl takový dodavatel vyloučen ze zadávacího řízení, neboť tento postup žádným způsobem nenarušuje hospodářskou soutěž nebo konkurenční prostředí ani neodporuje, za použití teleologického výkladu, zákonu, neboť materiálně (věcně) nedochází ke změně nabídky takového dodavatele.

Závěr rozkladu

20. S ohledem na výše uvedené zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí v plném rozsahu zrušil.

IV. Řízení o rozkladu

21. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

22. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
23. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je uvedeno výše, rozhodl správně a v souladu s právními předpisy. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou

v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

24. V přezkoumávaném případě Úřad rozhodl, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 76 odst. 1 zákona a zásadu transparentnosti zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona, když ve fázi posouzení nabídek nevyřadil nabídku vybraného uchazeče, ačkoli jeho nabídka obsahovala rozpor v nabídkové ceně, když součet jednotlivých položek neodpovídal celkové nabídkové ceně, uvedené též na krycím listu nabídky, čímž nesplnil požadavek zadavatele na zpracování nabídkové ceny.
25. Zadavatel v zadávací dokumentaci požadoval rozdělení nabídkové ceny na dílčí položky – cena za předpokládaný počet kusů lancet, bezpečnostních lancet a testovacích proužků pro glukometry a za požadovaný počet glukometrů – přičemž jako hodnotící kritérium zadavatel stanovil celkovou nabídkovou cenu odpovídající součtu těchto dílčích cen. Vybraný uchazeč uvedl ve své nabídce celkovou nabídkovou cenu ve výši 1 670 110,37 Kč. Součet dílčích cen v nabídce vybraného uchazeče za předpokládaný počet kusů lancet, bezpečnostních lancet a testovacích proužků pro glukometry a za požadovaný počet glukometrů však odpovídal částce 1 670 341,37 Kč, tzn. že celková nabídková cena vypočtena v předmětné nabídce byla o 231,- Kč nižší (což odpovídá ceně za předpokládaný počet glukometrů a vybraný uchazeč nezapočítal do celkové nabídkové ceny všechny položky dílčích cen).
26. V řešeném případě není sporu o tom, že z důvodu rozporu v nabídkové ceně obsažené v nabídce vybraného uchazeče byla předmětem hodnocení jiná cena, než byla oznámena při otevírání obálek s nabídkami. Spor je však o tom, jak měl zadavatel po zjištění, že nabídka vybraného uchazeče obsahuje rozpor v nabídkové ceně, když součet jednotlivých položek neodpovídá celkové nabídkové ceně, uvedené též na krycím listu nabídky, postupovat, zda postupem zadavatele byla či nebyla porušena zásada transparentnosti zakotvená v § 6 zákona a zda zadavatel dodržel postup stanovený v § 76 odst. 1 zákona a byl či nebyl povinen ve fázi posouzení nabídek vyřadit nabídku vybraného uchazeče.
27. Podle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
28. Napadené rozhodnutí obsahuje popis konkrétního jednání zadavatele, které vedlo k porušení zásady transparentnosti. Úřad uvedl popis jednání ve výroku I. napadeného rozhodnutí a v samotném odůvodnění napadeného rozhodnutí. V citovaném výroku je postup zadavatele popsán tak, že nedodržel „zásadu transparentnosti zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona tím, že ve fázi posouzení nabídek nevyřadil nabídku vybraného uchazeče (...), ačkoliv uvedená nabídka obsahuje rozpor v nabídkové ceně, když součet jednotlivých položek neodpovídá celkové nabídkové ceně, uvedené též na krycím listu nabídky, čímž nesplňuje požadavek zadavatele na zpracování nabídkové ceny uvedený v zadávacích podmínkách, přičemž tento postup podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy“.
29. Vzhledem k tomu, že součástí popisu jednání zadavatele je i tzv. neurčitý právní pojem, zde zásada transparentnosti, je Úřad povinen obsah a význam tohoto pojmu objasnit,

což Úřad učinil v odstavci 42 odůvodnění napadeného rozhodnutí a interpretoval jej v souladu se zákonem i konstantní soudní judikaturou (např. rozsudek NSS č. j. 1 Afs 45/2010 – 159 ze dne 15. 9. 2010). Odůvodnění citovaného rozsudku NSS k povinnosti správního orgánu objasnit tzv. neurčitý právní pojem konkrétně uvádí, že *„při interpretaci neurčitého právního pojmu se správní orgán musí zabývat konkrétní skutkovou podstatou, jakož i ostatními okolnostmi případu, přičemž sám musí alespoň rámcově obsah a význam užitého neurčitého pojmu objasnit, a to z toho hlediska, zda posuzovanou věc lze do rámce vytvořeného rozsahem neurčitého pojmu zařadit“*.

30. Úřad konkrétně v odůvodnění napadeného rozhodnutí k zásadě transparentnosti s odkazem na relevantní judikaturu (rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 50/2011-72 ze dne 15. 2. 2012, rozsudek NSS č. j. 7 Afs 31/2012-55 ze dne 20. 6. 2012) konstatuje, že *„úkolem zásady transparentnosti je zajištění toho, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem za předem jasně a srozumitelně stanovených podmínek.“*
31. Zásada transparentnosti je jednou ze zásad postupu zadavatele uvedených v § 6 odst. 1 zákona, jež představují obecné zásady, které v zadávacím řízení mají zajistit, aby nedocházelo k nepřipustnému omezování hospodářské soutěže za současného zachování všech požadavků na efektivní vynakládání veřejných prostředků. Účelem zásady transparentnosti je zajistit kontrolovatelnost, čitelnost a přehlednost zadávacího řízení jako celku, jakož i vyloučení jakýchkoli pochybností o jednotlivých krocích a úkonech zadavatele učiněných v průběhu zadávacího řízení. Jak Úřad v napadeném rozhodnutí uvedl, z rozsudku NSS č. j. 1 Afs 45/2010 ze dne 15. 9. 2010 vyplývá, že zásada transparentnosti má přispívat k zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli, což vede k hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky, tedy k samotnému účelu právní regulace veřejných zakázek.
32. NSS v rozsudku č. j. 1 Afs 45/2010 rovněž vyslovil názor, že *„podmínkou dodržení zásady transparentnosti je tedy průběh zadávacího řízení takovým způsobem, který se navenek jeví jako férový a řádný.“* (...) *„Porušení zásady transparentnosti nastává nezávisle na tom, zda se podaří prokázat konkrétní porušení některé konkrétní zákonné povinnosti.“*
33. Zadavatel k porušení zásady transparentnosti namítá, že žádná část zadávacího řízení neproběhla nečitelně, tím méně otevírání obálek s nabídkami, a že veškeré kroky zadavatele a jím stanovených komisí byly zaznamenány do příslušných protokolů a jsou tedy plně kontrolovatelné. Na podporu tvrzení, že nabídková cena, která byla hodnocena, a kterou zadavatel i vybraný uchazeč považují za skutečnou celkovou nabídkovou cenu, je od počátku obsažena v nabídce vybraného uchazeče, zadavatel odkázal na protokol o otevírání obálek, na další navazující postup zadavatele resp. hodnotící komise v průběhu posouzení a hodnocení nabídek a na samotnou nabídku vybraného uchazeče, které mají pochybnosti o netransparentnosti průběhu zadávacího řízení vyvrátit.
34. V této souvislosti uvádím, že jednotkové ceny za předpokládané počty kusů lancet, bezpečnostních lancet a testovacích proužků pro glukometry a za požadovaný počet glukometrů, tj. jednotlivé položky, na které měli dodavatelé cenu plnění ve své nabídce rozčlenit, nebyly v protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 3. 12. 2013

ani ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek č. 1 ze dne 29. 1. 2014 uvedeny. Tyto jednotkové ceny zadavatel poprvé zmiňuje až ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek č. 2 ze dne 4. 3. 2014, což vyvrací zadavatelem tvrzené dodržení plné kontrolovatelnosti jeho kroků učiněných v zadávacím řízení veřejné zakázky.

35. Je sice pravdou, že žádné ustanovení zákona neukládá zadavateli resp. hodnotící komisi, aby při hodnocení nabídek podle celkové výše nabídkové ceny, povinně uveřejňoval i dílčí (jednotkové) ceny uchazečů v protokolu o otevírání obálek. Jak ovšem bylo citováno výše, nastává porušení zásady transparentnosti nezávisle na tom, zda bude prokázáno porušení některé konkrétní zákonné povinnosti. Pokud tedy zadavatel zjistil nesrovnalost u nabídkové ceny vybraného uchazeče, zcela jistě mohl posílit transparentnost svého postupu tím, že by své zjištění uvedl již v protokolu o otevírání obálek, stejně tak, jak tomu učinil ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek č. 2. Podstatným však především zůstává, že byla zadavatelem hodnocena jiná nabídková cena vybraného uchazeče, než byla oznámena ostatním uchazečům při otevírání obálek.
36. Skutečnost, že o nejasnosti v nabídkové ceně vybraného uchazeče se mohli ostatní uchazeči dozvědět ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek fakticky až tři měsíce po termínu otevírání obálek, způsobila, že není možné vyloučit, že v mezidobí ode dne otevírání obálek do vypracování zprávy o posouzení a hodnocení nabídek č. 2 mohlo eventuálně dojít k manipulaci s nabídkou vybraného uchazeče. Sama tato okolnost vzbuzuje pochybnosti o férovosti průběhu zadávacího řízení.
37. Povinnost sdělit přítomným uchazečům informace týkající se nabídkové ceny a údajů z nabídek odpovídajících číselně vyjádřitelných dílčím hodnotícím kritériím při otevírání obálek s nabídkami stanovená v § 71 odst. 10 zákona představuje úkon posilující transparentní průběh celého zadávacího řízení.
38. Dle důvodové zprávy k zákonu č. 55/2012 Sb., kterým byl novelizován zákon, bylo účelem změny § 71 odst. 10 zákona posílit transparentnost zadávacího řízení a předejít jakékoliv manipulaci s údaji v nabídkách jak ze strany zadavatele, tak ze strany uchazečů. Je tedy potřeba vzít v úvahu, že v posuzovaném případě s celkovými nabídkovými cenami, jež byly předmětem hodnocení nabídek, byli seznámeni ostatní uchazeči přítomní otevírání obálek, kteří si na jejich základě udělali představu o pořadí nabídek. Pokud by bez vědomí ostatních uchazečů následně došlo ke změně celkové nabídkové ceny oproti ceně sdělené při otevírání obálek, mohli by se ostatní uchazeči domnívat, že došlo k neoprávněné manipulaci s nabídkami.
39. Zástupci uchazečů přítomní na otevírání obálek s nabídkami byli seznámeni se skutečností, že hodnota hodnotícího kritéria „*Celková nabídková cena za předpokládaný počet kusů lancet, bezpečnostních lancet a testovacích proužků pro glukometry a za požadovaný počet glukometrů*“ bude u vybraného uchazeče dosahovat výše 1 670 110,37 Kč. Pokud by tedy zadavatel přijal vysvětlení vybraného uchazeče ohledně nejasnosti v jeho nabídce a hodnotil by celkovou nabídkovou cenu ve výši 1 670 341,37 Kč, vznikl by rozpor mezi údajem, o kterém zadavatel v souladu s § 71 odst. 10 zákona informoval uchazeče při otevírání obálek a mezi údajem, který by hodnotil v rámci hodnotícího kritéria. Uvedený postup by však nesvědčil o transparentním průběhu zadávacího řízení. Není totiž možné připustit, aby v rámci zadávacího řízení mohla nastat situace, kdy by mohly být hodnoceny jiné

hodnoty než ty, které byly čteny při otevírání obálek s nabídkami. Postupem, kdy by zadavatel neznemožnil změnu těchto hodnot, byl by zpochybněn smysl institutu otevírání obálek a právě tento postup by nebyl v souladu se zásadou transparentnosti, neboť může vyvolat pochybnosti o manipulaci s nabídkou.

40. Po posouzení případu uvádím, že jsem se ztotožnil s tvrzením Úřadu, že samotná skutečnost, že by předmětem hodnocení měla být jiná cena, než byla oznámena při otevírání obálek, vzbuzuje pochybnosti, jež jsou dostatečné pro vyslovení závěru, že zadávací řízení veřejné zakázky neproběhlo v souladu se zásadou transparentnosti.
41. K opakovanému tvrzení zadavatele, že zadávací řízení probíhalo transparentním způsobem, a že v průběhu otevírání obálek nedošlo k žádnému nestandardnímu postupu, který by mohl být namítán ze strany přítomných uchazečů či spatřován jako netransparentní uvádím, že postup zadavatele spojený s otevíráním obálek a následným hodnocením jiné hodnoty, než při otevírání obálek sdělené, naopak navrhovatelem, tj. jedním z uchazečů o veřejnou zakázku namítán byl a to námitkami doručenými zadavateli dne 21. 3. 2014, z čehož vyplývá, že přinejmenším navrhovatel, nebyl o standardním postupu zadavatele přesvědčen a využil svého práva podat proti postupu zadavatele v zadávacím řízení veřejné zakázky námitky.
42. Zadavatel dále v rozkladu namítá, že pokud by mohlo být konstatováno porušení zásady transparentnosti pouze na základě možnosti naplnění domněnky porušení, nebylo by možné za transparentní označit žádné zadávací řízení, v němž uchazeči podávají nabídky s nabídkovou cenou skládající se z více dílčích cen. Nikdy pak nebude dle názoru zadavatele možné vyloučit, že nedošlo k manipulaci s nabídkami, když tyto mohly být měněny v dílčích součtech při zachování celkové ceny, která byla čtena při otevírání obálek. K této námitce zadavatele uvádím, že celková cena uvedená v nabídce vybraného uchazeče zachována nebyla a neodpovídá celkové ceně hodnocené, což odlišuje skutkový stav zjištěný v tomto správním řízení od situace nastíněné zadavatelem.
43. V bodě 45. napadeného rozhodnutí Úřad posoudil, jaký dopad na zadávací řízení by mohla mít situace, kdy by byla předmětem hodnocení jiná cena než ta, která byla přečtena v rámci otevírání obálek před zástupci všech uchazečů, kteří podali nabídky. Úřad v této části napadeného rozhodnutí konstatoval, že tato okolnost by mohla vést k domněnce, že po otevření nabídky vybraného uchazeče mohlo dojít k manipulaci s jeho nabídkou u dílčího hodnotícího kritéria. I když se jedná o hypotetickou situaci, která by v průběhu zadávacího řízení nemusela nastat, účelem zavedení povinnosti přečíst údaje, které budou předmětem hodnocení, bylo právě zmíněným situacím předcházet.
44. K námitce rozkladu, v níž zadavatel odkazuje na část rozsudku NSS č. j. 7 Afs 31/2012 – 55 ze dne 20. 6. 2012: *„Je však nutno zdůraznit, že nikoliv sama možnost naplnění takové domněnky představuje porušení zásady transparentnosti, nýbrž v první řadě popsání skutkové okolnosti.“* uvádím následující. NSS ve stejném rozsudku oproti této námitce rozkladu konstatoval, že *„k porušení zásady transparentnosti může dojít i v případě, že k žádné manipulaci s nabídkou nedošlo“*. S ohledem na závěry tohoto rozsudku NSS, se ztotožňuji s názorem Úřadu vyslovenému v odstavci 43 napadeného rozhodnutí, že je to zadavatel, kdo má povinnost zajistit, aby veškeré kroky prováděné v zadávacím řízení nepůsobily netransparentně, a nese za transparentní průběh zadávacího řízení odpovědnost. Oporu v tomto rozsudku NSS mají i závěry Úřadu, že porušení zásady transparentnosti může

nastat nezávisle na tom, zda se podaří prokázat konkrétní porušení některé konkrétní zákonné povinnosti. Nadto se v posuzovaném případě nejedná o nepodloženou pochybnost, ale o pochybnost vycházející ze zjištěného skutkového stavu. Samotné skutkové okolnosti zjištěné Úřadem v průběhu správního řízení (odstavec 4 až 6 napadeného rozhodnutí) svědčily o nedodržení zásady transparentnosti.

45. Úřad v napadeném rozhodnutí správně uvedl, že zásada transparentnosti musí být zadavatelem bezvýhradně dodržována v celém průběhu zadávacího řízení. Závěr Úřadu, že zásada transparentnosti byla zadavatelem v rámci zadávacího řízení veřejné zakázky porušena, považují s ohledem na výše uvedené za správný a v souladu se zákonem.
46. Zadavatel považuje závěr Úřadu, *„že tím, že zadavatel nevyřadil dle § 76 odst. 1 zákona nabídku vybraného uchazeče, která obsahovala rozpor v nabídkové ceně, čímž nesplňovala zadávací podmínky, nebylo ze strany zadavatele zajištěno dodržení zásady transparentnosti zadávacího řízení obsažené v § 6 odst. 1 zákona“* za vadný. Svůj názor postavil na tvrzení, že z pohledu § 76 zákona je třeba posuzovat, zda nabídka vyhovuje zadávacím podmínkám či nikoli, resp. zda je nejasnosti přítomné v nabídce možné odstranit cestou vysvětlení nabídky, aniž by došlo k její zakázané změně. Dále svou námitku podložil argumentem, že vznesením dotazu podle § 76 odst. 3 zákona a akceptací odpovědi na položený dotaz se zadavatel ani uchazeč nemohou dostat do rozporu se zásadou transparentnosti, jestliže je vše řádně zachyceno v dokumentaci o veřejné zakázce.
47. V tomto správním řízení není věcí právního posouzení, zda zadavatel měl či neměl požádat vybraného uchazeče o písemné vysvětlení nabídky podle § 76 odst. 3 zákona, nýbrž zda může dojít k opravě početní chyby v případě, že bude změněna celková nabídková cena, jež byla čtena při otevírání obálek a jež je předmětem hodnocení, nebo zda by takovýto postup byl v rozporu se zásadou transparentnosti resp. zda zadavatel měl či neměl vyřadit nabídku vybraného uchazeče, ačkoli tato nesplňovala požadavek zadavatele na zpracování nabídkové ceny uvedený v zadávacích podmínkách a zda tento postup mohl či nemohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky.
48. V posuzovaném případě si zadavatel od vybraného uchazeče písemné vysvětlení nabídky vyžádal. V této souvislosti však zdůrazňuji, že zadavatel nebyl povinen po vysvětlení nabídky vybraným uchazečem připustit opravu chybného údaje, nýbrž po zhodnocení konkrétních skutkových okolností, byl povinen navrhovatele ze zadávacího řízení vyloučit s ohledem na dodržení zásady transparentnosti zadávacího řízení.
49. V této souvislosti odkazuji na rozsudek NSS č. j. 8 Afs 50/2011-138 ze dne 16. 8. 2012, který se týká domnělé manipulace zadavatele s nabídkami po zveřejnění nabídkové ceny. Konkrétně NSS dospěl k závěru, že *„žádný z uchazečů nebyl oprávněn dodatečně nabídku upravovat nebo měnit. Pokud by hodnotící komise umožnila takto jednat některému z uchazečů a ten by po zveřejnění nabídkové ceny po otevření obálek změnil svou nabídku s ohledem na zveřejněnou nabídkovou cenu, mohlo by se jednat o zásadní vadu výběrového řízení.“* Lze konstatovat, že Úřad postupoval v souladu s právními závěry obsaženými v uvedeném rozhodnutí, když konstatoval, že za daných okolností nebylo možné celkovou nabídkovou cenu po jejím zveřejnění při otevírání obálek dále upravovat.
50. Dospěl jsem k závěru, že pochybnosti zadavatele o bezvadnosti právního názoru Úřadu jsou nedůvodné a tento právní názor Úřadu považují za správný, jelikož je, jak bylo výše

odůvodněno, jednoznačné, že nabídka nevyhověla zadávacím podmínkám, nejasnosti v nabídce nebylo možno odstranit cestou vysvětlení nabídky a vznesením dotazu a akceptací odpovědi na položený dotaz se zadavatel resp. uchazeč dostali do rozporu se zásadou transparentnosti.

51. Se závěrem Úřadu, že zadavatel měl ve fázi posouzení nabídek vyřadit nabídku vybraného uchazeče, aby zachoval transparentnost zadávacího řízení, se ztotožňuji. Zadavatel nemohl posílit prvek transparentnosti tím, že by v příslušných dokumentech přístupných uchazečům, natož pak ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek, tj. až tři měsíce po termínu otevírání obálek, uvedl podrobnosti svého postupu a řádně odůvodnil své závěry, a to z toho důvodu, že při otevírání obálek byl v přítomnosti ostatních uchazečů přečten v rámci dílčího hodnotícího kritéria určitý údaj a již by nebylo možné s vyloučením jakýchkoliv pochybností o řádném průběhu zadávacího řízení prokázat, zda byla změna údaje oprávněná či nikoliv.
52. Zadavatel v rozkladu odkazuje na rozhodnutí Úřadu č. j.: ÚOHS-S324/2009/VZ-131/2010/510-HOd ze dne 2. 2. 2010, ve kterém Úřad uvedl, že *„skutečnost, že vybraný uchazeč v místě pro vyplnění položky „Cenová nabídka za pronájem správní budovy – cena za m2/rok v Kč“ uvedl celkovou a nikoliv jednotkovou cenu nemůže být důvodem pro vyřazení nabídky, když výše nabízených cen lze jednoznačně vyvodit z nájemní smlouvy.“* Uvedený případ se však odlišuje od případu řešeného v tomto správním řízení tím, že v něm došlo k jinému vyplnění příslušných oken krycího listu a k uvedení jedné položky bez a jiné včetně DPH, přičemž výše nabízených cen byla nesporně zjištělná z nájemní smlouvy. Nedošlo však k chybnému uvedení celkové nabídkové ceny, jak tomu bylo v zadávacím řízení veřejné zakázky, a k přečtení jiné celkové nabídkové ceny při otevírání obálek, než byla následně hodnocena. Dalším rozdílem byla skutečnost, že v odkazovaném případě byla zjištěna nejasnost u nabídkové ceny již při čtení číselných hodnot při otevírání obálek a zjištěné nejasnosti byly uvedeny v protokolu o otevírání obálek s nabídkami, což právě přispělo k zachování transparentnosti zadávacího řízení.
53. Co se týče tvrzení zadavatele, že napadené rozhodnutí je z hlediska odůvodnění nepřezkoumatelné, neboť Úřad se v napadeném rozhodnutí nevypořádal se závěry obsaženými ve vlastním rozhodnutí č. j. ÚOHS-S356/2013/VZ-13648/2013/514/JNv ze dne 19. 7. 2013, uvádím, že rozhodnutí správních orgánů I. a II. stupně tvoří z hlediska soudního přezkumu jeden celek, přičemž je přípustné, aby nedostatky jednoho stupně mohly být zhojeny argumenty stupně druhého v situaci, kdy nedochází ke změně výroku napadeného rozhodnutí. Zadavatelem namítanou vadu prvostupňového řízení tedy postupem souladným se zásadou procesní hospodárnosti ve smyslu § 6 odst. 2 správního řádu odstraňuji vypořádáním této námitky zadavatele následovně.
54. Správní řízení sp. zn. S356/2013/VZ, na které zadavatel dále odkazuje, se týká odlišného skutkového stavu s jinými okolnostmi případu a závěry rozhodnutí č. j. ÚOHS-S356/2013/VZ-13648/2013/514/JNv se na daný případ nemohou aplikovat, neboť v odkazovaném správním řízení se jednalo o nejasnost ve struktuře nabídkové ceny způsobenou „zaokrouhlováním“ tabulkového editoru. Celková nabídková cena zůstala nezměněna a nedošlo ani ke změnám cen položek výkazu výměr. Úřad v odkazovaném rozhodnutí č. j. ÚOHS-S356/2013/VZ-13648/2013/514/JNv dospěl k závěru, že zadavatel nemohl mít postaveno na jisto, zda uvedená nejasnost má vliv na celkovou nabídkovou cenu a měl využít postupu podle § 76 odst. 3 zákona, nikoliv uchazeče bez dalšího vyloučit. Naproti tomu v zadávacím

řízení veřejné zakázky zadavatel téhož ustanovení zákona využil, přičemž vliv nejasnosti na celkovou nabídkovou cenu byl v případě veřejné zakázky nepochybný.

55. Zadavatel namítá, že dle dřívějšího rozhodnutí Úřadu, by postup vyloučení nabídky a vyřazení vybraného uchazeče jevil známky přepjatého formalismu, jež by byl na úkor cíle zákona, tj. efektivního a účelného nakládání s veřejnými prostředky. V obecné rovině lze souhlasit s právním názorem zadavatele, že zákon musí být vykládán ve svém smyslu a účelu, nicméně s ohledem k ustálené rozhodovací praxi Úřadu a okolnostem případu se v tomto případě přikláním k formálnímu výkladu zákona, a sice k nemožnosti připuštění změny nabídkové ceny v zadávacím řízení veřejné zakázky.
56. Jak dovodil i Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 50/2010-104, je zadávací řízení „*vysoce formalizovanou procedurou, kde i formální pochybení může způsobit negativní (a pro uchazeče až fatální) následky*“.
57. V otázce míry formálnosti zadávacího řízení jsem dospěl k závěru, že se v odkazovaném rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S356/2013/VZ-13648/2013/514/JNv nejednalo o případ obdobný zadávacímu řízení veřejné zakázky. Hlavním rozdílem je, že v případě veřejné zakázky fakticky došlo ke změně nabídky resp. nabídkové ceny. Změnu nabídky nelze totiž posuzovat pouze z hlediska vlivu na text návrhu smlouvy. Ke změně celkové nabídkové ceny v návrhu smlouvy nedošlo z důvodu, že nebyla v této struktuře v návrhu smlouvy vůbec uvedena. Ke konstatování změny nabídky postačí, že došlo ke změně celkové nabídkové ceny sdělené při otevírání obálek oproti celkové nabídkové ceně hodnocené při hodnocení nabídek. Není přitom rozhodné, jaké výše dosahoval rozdíl mezi cenou oznámenou při otevírání obálek a cenou hodnocenou resp. zda rozdíl 231,- Kč byl ve vztahu k celkové nabídkové ceně marginální či nikoli.
58. Celkové nabídkové ceny, které jsou předmětem hodnocení nabídek, jsou klíčovými údaji nabídek, neboť na základě jejich posouzení je vybrána nejhodnější nabídka. Z jejich důležitosti vyplývá požadavek na jejich transparentní kontrolu, který zároveň klade zvýšené požadavky na uchazeče týkající se jejich pečlivosti při zpracování nabídek. Z uvedených důvodů tedy považuji omezenou možnost opravy údajů, které jsou předmětem ohodnocení, oproti ostatním údajům v nabídce za přiměřenou zajištění požadavku transparentnosti zadávacího řízení.
59. S ohledem na výše uvedené mám za to, že hospodárným způsobem došlo k odstranění dílčí procesní vady řízení vedeného Úřadem spočívající v nevypořádání se závěrů obsažených v rozhodnutí č. j. ÚOHS-S356/2013/VZ-13648/2013/514/JNv ze dne 19. 7. 2013.
60. Zadavatel v rozkladu shrnul, že není dán důvod pro to, aby byl vybraný uchazeč vyloučen ze zadávacího řízení, pokud se uchazeč dopustí při kalkulaci nabídkové ceny chyby, která je zřejmá, lehce popsatelná, lehce vysvětlitelná, nemá vliv na pořadí nabídek, na text návrhu smlouvy, na realizaci veřejné zakázky, dodavatel tuto chybu řádně vysvětlí (potvrdí její zřejmost a lehkou vysvětlitelnost) a zadavatel nebo jím jmenovaná komise vysvětlení chyby zachytí v dokumentaci o veřejné zakázce. Zadavatel však v tomto výčtu opomněl uvést podmínku, že chyba nemá vliv na celkovou nabídkovou cenu oznámenou uchazečům o veřejnou zakázku v rámci otevírání obálek, kdy s takovouto podmínkou počítá § 76 odst. 1 zákona. V neposlední řadě pak musí být dodržena i podmínka, že chyba při kalkulaci nabídkové ceny nemá vliv na dodržení zásady transparentnosti. V šetřeném případě je vliv

na nabídkovou cenu nepochybný a v konečném důsledku má chyba i vliv na výběr nejvhodnější nabídky, jelikož vybraný uchazeč měl být ze zadávacího řízení vyloučen a jeho nabídka vyřazena, což Úřad správně uvedl, již v napadeném rozhodnutí.

61. Nabídka vybraného uchazeče nespĺňovala požadavek zadavatele uvedený v zadávacích podmínkách na stanovení celkové nabídkové ceny jako součtu jednotlivých cen za předpokládaný počet kusů lancet, bezpečnostních lancet a testovacích proužků pro glukometry a za požadovaný počet glukometrů a zadavatel tak byl v souladu s § 76 odst. 1 zákona povinen nabídku vybraného uchazeče vyřadit. Zadavatel neměl ani možnost využít postupu podle věty čtvrté § 76 odst. 1 zákona a nepřihlížet ke zjevným početním chybám v nabídce, zjištěným při posouzení nabídek, jelikož chyby v nabídce vybraného uchazeče, ať již zjevné byly či nikoli, měly vliv na nabídkovou cenu. Pokud by zadavatel postupoval podle zákona a nabídku vybraného uchazeče vyřadil, stala by se vítěznou nabídka uchazeče dalšího v pořadí. Chyba vzniklá v nabídce vybraného uchazeče tak v konečném důsledku měla vliv na výběr nejvhodnější nabídky, jelikož při dodržení zákonného postupu zadavatelem by se nabídka vybraného uchazeče nabídkou vítěznou nestala, neboť by byla v rámci posouzení nabídek vyřazena.
62. S ohledem na výše uvedené konstatuji, že jsem se ztotožnil se závěry Úřadu uvedenými v napadeném rozhodnutí. Úřad provedl věcně správné posouzení případu, které podložil relevantními právními předpisy a judikaturou. Zadavatelem namítanou vadu napadeného rozhodnutí jsem v souladu se zásadou procesní hospodárnosti ve smyslu § 6 odst. 2 správního řádu sám v tomto rozhodnutí o rozkladu zhojil. Napadené rozhodnutí považuji za správné a v souladu se zákonem.

VI. Závěr

63. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
64. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody pro zrušení či změnu napadeného rozhodnutí, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona dále nelze odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Fiala, Tejkal a partneři, advokátní kancelář, s.r.o., Helfertova 2040/13, 613 00 Brno
2. ELEKTA, s.r.o., Karlštejnská 9, 252 25 Jinočany
3. MEDISTA spol. s r.o., Dělnická 213/12, 170 00 Praha 7

Vypraveno dne:

viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy