



UOHSX006VQHA

## PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R368/2014/VZ-32591/2015/323/Mod

Brno 9. října 2015

V řízení o rozkladu ze dne 17. 10. 2014, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- **LT SEZAM s.r.o.**, IČO 27258122, se sídlem Karlovarská 378/30, 161 00 Praha 6, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S578/2014/VZ-20975/2014/511/JNp ze dne 3. 10. 2014, vydanému ve správním řízení vedeném ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –
- **Česká republika – Ministerstvo vnitra**, IČO 00007064, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 00 Praha - Holešovice,

učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Testy orientační na zjišťování OPL a přístroje pro vyhodnocení testů**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 26. 8. 2013 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 27. 8. 2013 pod ev. č. 354352 a v Úředním věstníku Evropské Unie bylo uveřejněno dne 28. 8. 2013 pod ev. č. 2013/S 166-288295, kde dalším účastníkem je vybraný uchazeč –

- **Dräger Safety s.r.o.**, IČO 26700778, se sídlem Pod Sychrovem I 1392/64, 101 00 Praha 10, ve správním řízení zastoupený na základě plné moci ze dne 30. 7. 2014 JUDr. Arturem Ostrým, advokátem, ev. č. ČAK 11317, advokátní kancelář Ostrý & Co., s.r.o., IČO 02073005, se sídlem Arbesovo náměstí 257/7, 150 00 Praha 5,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S578/2014/VZ-20975/2014/511/JNp ze dne 3. 10. 2014

**r u š í m**

a věc

**v r a c í m**

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

## **ODŮVODNĚNÍ**

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

1. Dne 16. 7. 2014 obdržel Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)<sup>1</sup> k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, návrh společnosti LT SEZAM s.r.o., IČO 27258122, se sídlem Karlovarská 378/30, 161 00 Praha 6 (dále jen „**navrhovatel**“) na přezkoumání úkonů zadavatele - Česká republika - Ministerstvo vnitra, IČO 00007064, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 00 Praha - Holešovice (dále jen „**zadavatel**“), učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Testy orientační na zjišťování OPL a přístroje pro vyhodnocení testů**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 26. 8. 2013 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 27. 8. 2013 pod ev. č. 354352 a v Úředním věstníku Evropské Unie bylo uveřejněno dne 28. 8. 2013 pod ev. č. 2013/S 166-288295 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Podle článku 1. 1. zadávací dokumentace je předmětem veřejné zakázky dodávka orientačních testů na zjišťování omamných a psychotropních látek a přístrojů pro vyhodnocení testů OPL ze slin.
3. Z bodu II. 2. 1) oznámení o veřejné zakázce vyplývá, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla stanovena ve výši 25 024 794 Kč bez DPH.
4. Z článku 6.3.3. zadávací dokumentace nazvaného „**Doklady o splnění technických kvalifikačních předpokladů (§ 56 zákona)**“ vyplývá, že zadavatel požadoval, aby uchazeči předložili 11 kusů vzorků nabízeného testu OPL a 1 soupravu přístroje (vyhodnocovací zařízení) včetně 1 ks podrobného návodu k používání v českém jazyce, přičemž přístroj měl být dodán kompletní a funkční (včetně požadovaného obalu), aby mohlo být provedeno jeho odzkoušení a také vytištění výsledků testu.
5. Z článku 1. 3. zadávací dokumentace ve spojení s přílohou č. 5 „**Technické podmínky**“ vyplývá, že zadavatel mimo jiné požadoval následující:

*„Místo pro doplnění údajů pomocí tlačítek nebo dotykového displeje:*

---

<sup>1</sup> 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, není-li uvedeno jinak.

- *Jméno testované osoby,*
- *jméno testující osoby nebo číselný kód,*
- *místo pro poznámku,*
- *kvalita čitelnosti záznamu z vytištěného kontrolního záznamu (tisk musí být kontrastní pro snadné čtení i za zhoršených světelných podmínek s použitím bateriové svítilny).*

*Pokud se osoba, provádějící test OPL, rozhodne doplňovací údaje napsat do „Záznamu o měření“ ručně, musí software přístroje umožnit i tuto možnost a vytisknout výsledek testu“.*

6. Zadavatel v čl. 8. zadávací dokumentace stanovil jako základní hodnotící kritérium ekonomickou výhodnost nabídky, přičemž jako dílčí hodnotící kritéria byla stanovena nabídková cena s váhou 60 % a uživatelské zkoušky s váhou 40 %.
7. Zadavatel v tomtéž článku zadávací dokumentace dále stanovil, že „*Za účelem provedení uživatelských zkoušek každý uchazeč poskytne bezúplatně 10 ks vzorků nabízeného testu OPL (...) a 1 soupravu přístroje (...).*“ V podkapitole „Provedení uživatelských zkoušek“ zadavatel stanovil, že „*Všichni hodnotitelé společně obdrží 1 soupravu přístroje pro vyhodnocení testu OPL.*“ Z tabulky k provedení uživatelských zkoušek, do které měli hodnotitelé zaznamenat udělený počet bodů, je uvedeno, že parametr „Vyhodnocení testu“ spočíval v jednoznačnosti výsledku, čitelnosti zobrazených hodnot na displeji přístroje a na vytištěném „Záznamu o testu“. Hodnocení parametru „Výsledek testu cca do 10 minut“ pak spočíval v času od ukončení odběru biologického vzorku do zobrazení výsledku testu OPL na displeji.
8. Z článku 5. zadávací dokumentace vyplývá, že lhůta pro podání nabídek byla stanovena do 17. 10. 2013.
9. Dne 5. 11. 2013 rozhodl zadavatel o výběru nejvhodnější nabídky předložené uchazečem – Dräger Safety s.r.o., IČO 26700778, se sídlem Pod Sychrovem I 1392/64, 101 00 Praha 10 (dále jen „**vybraný uchazeč**“).
10. Dne 21. 3. 2014 Úřad ve správním řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S765/2013/VZ vydal rozhodnutí č. j. ÚOHS-S765/2013/VZ-6141/2014/511/JPo, kterým zrušil posouzení kvalifikace vybraného uchazeče a všechny následné úkony zadavatele v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, a to z toho důvodu, že zadavatel posoudil kvalifikaci vybraného uchazeče jako splněnou, přestože vzorek předložený vybraným uchazečem nesplňoval vlastnosti požadované v příloze č. 5 zadávací dokumentace, a to konkrétně možnost „*doplnění údajů pomocí tlačítek nebo dotykového displeje*“. V návaznosti na zrušení posouzení kvalifikace výše uvedeným rozhodnutím Úřadu provedl zadavatel nové posouzení kvalifikace.
11. Na základě výzvy dle § 59 odst. 4 zákona k doplnění kvalifikace ze dne 29. 5. 2014 vybraný uchazeč předložil nový vzorek jím nabízeného přístroje s doplněním předmětné funkcionality. V protokolu o posouzení kvalifikace ze dne 9. 6. 2014 pak hodnotící komise konstatovala, že vybraný uchazeč prokázal splnění kvalifikace. Dne 16. 6. 2014 zadavatel rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky předložené vybraným uchazečem.
12. Dne 30. 6. 2014 podal navrhovatel proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky námitky, kterým však zadavatel nevyhověl. Vzhledem k tomu, že se navrhovatel

s tímto rozhodnutím neztotožnil, podal návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu. Dnem doručení návrhu, tedy 16. 7. 2014, bylo správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele zahájeno.

## II. Napadené rozhodnutí

13. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností a po zhodnocení všech podkladů vydal Úřad dne 3. 10. 2014 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S578/2014/VZ-20975/2014/511/JNp (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), v jehož výroku I. podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona rozhodl, že se návrh navrhovatele v části směřující proti postupu zadavatele při posouzení kvalifikace vybraného uchazeče spočívajícím v umožnění doplnění kvalifikace vybraného uchazeče prostřednictvím předložení nového vzorku na základě výzvy zadavatele ze dne 29. 5. 2014 učiněné podle § 59 odst. 4 zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 zákona.
14. Ve výroku II. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky postup stanovený v § 79 odst. 1 v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona tím, že při novém hodnocení nabídky vybraného uchazeče neprovedl uživatelské zkoušky, které v zadávací dokumentaci vymezil jako nedílnou součást hodnocení nabídek, a použil výsledky uživatelských zkoušek provedených v rámci dřívějšího hodnocení nabídek, přestože toto bylo Úřadem již dříve zrušeno. V návaznosti na výše uvedené Úřad výrokiem III. napadeného rozhodnutí zrušil podle § 118 odst. 1 zákona úkony zadavatele spojené s hodnocením nabídky vybraného uchazeče zaznamenané ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 9. 6. 2014, a současně zrušil všechny následující úkony zadavatele v předmětném zadávacím řízení, včetně rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 16. 6. 2014. Výrokem IV. napadeného rozhodnutí pak Úřad zadavateli uložil podle § 119 odst. 2 zákona uhradit náklady řízení.
15. V odůvodnění výroku I. napadeného rozhodnutí Úřad nejdříve označil ustanovení zákona, ze kterých především vycházel, tedy ustanovení § 6 odst. 1, § 56 odst. 1 písm. e), § 59 odst. 1 a § 59 odst. 4 zákona. V rámci jejich výkladu pak dospěl k dílčím závěrům, že *„Pro prokázání kvalifikace může zadavatel požadovat předložení vzorků, a pokud tyto vzorky vykazují znaky nejasnosti či neúplnosti, lze uchazeče, který předložil takový vzorek, rovněž vyzvat k objasnění či doplnění“* a *„Pokud se zadavatel rozhodne institutu podle § 59 odst. 4 zákona použít, musí jej v takovém případě aplikovat na všechny případy neprokázání splnění kvalifikace ze strany všech uchazečů.“*
16. Ve světle těchto úvah a s ohledem na zjištění, že v průběhu posouzení kvalifikace již byl podle § 59 odst. 4 zákona zadavatelem vyzván jiný uchazeč, konkrétně k doplnění dokladu podle § 53 odst. 1 písm. h) zákona, pak v bodě 44. odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad shrnul, že zadavatel musel pro zachování zásady rovného zacházení vyzvat k doplnění kvalifikace i vybraného uchazeče, a konstatoval, že *„zadavatel postupoval zcela v souladu s § 59 odst. 4 v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona, a tedy že tímto jeho postupem nedošlo k porušení zákona“*.

## III. Námitky rozkladu

17. Dne 17. 10. 2014 obdržel Úřad v zákonné lhůtě rozklad navrhovatele ze stejného dne, jímž brojí proti výroku I. napadeného rozhodnutí, který považuje za nesprávný a nezákonný.

Samotné doplnění kvalifikace podle § 59 odst. 4 zákona, ve znění účinném do 31. 12. 2013, dle navrhovatele nebylo možné provést, jak mylně uzavřel Úřad, neboť vybraný uchazeč vyrobil vzorek až dodatečně, a požadovaný přístroj jakožto kvalifikační předpoklad tedy v jeho případě ke dni podání nabídky dle § 52 zákona ještě neexistoval. Úřad dle navrhovatele navíc nesprávně posoudil doplnění vzorku vybraným uchazečem výlučně jako doplnění dokladů prokazujících splnění kvalifikačních předpokladů, neboť je zřejmé, že tím došlo i k doplnění části nabídky, což je v rozporu se zákonem.

18. Dne 22. 10. 2014 obdržel Úřad doplnění odůvodnění rozkladu, ve kterém navrhovatel blíže rozvedl argumenty pro svá tvrzení o faktickém doplnění části nabídky vybraného uchazeče po lhůtě pro podání nabídek a o nesplnění kvalifikace vybraným uchazečem k poslednímu dni této lhůty v rozporu s § 59 odst. 4 zákona, ve znění účinném do 31. 12. 2013. Navrhovatel je přesvědčen, že dle § 59 odst. 4 zákona nelze dodatečně naplnit kvalifikaci, ale pouze dodatečně doložit doklady, které však prokazují naplnění kvalifikace již ve lhůtě dle § 52 zákona. K doplnění svého tvrzení o neexistenci požadovaného přístroje ke dni uplynutí této lhůty pak navrhovatel citoval z části dokumentace o veřejné zakázce, především z dopisů vybraného uchazeče ze dne 25. 11. 2013 č. j. PPR-10133-41/ČJ-2013-990640 a ze dne 3. 12. 2013, č. j. PPR-10133-46/ČJ-2013-990640, v obou případech adresovaných zadavateli.

#### **Závěr rozkladu**

19. S ohledem na výše uvedené skutečnosti a argumenty navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu výrok I. napadeného rozhodnutí změnil v souladu s jeho návrhem tak, že bude konstatovat nedodržení postupu dle zákona zadavatelem a zruší úkony zadavatele související s posouzením kvalifikace a posouzením a hodnocením nabídky vybraného uchazeče, včetně rozhodnutí o výběru jeho nabídky jako nejvhodnější.

#### **IV. Řízení o rozkladu**

20. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, 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.

#### **Vyjádření zadavatele**

21. Dne 31. 10. 2014 obdržel Úřad vyjádření zadavatele k rozkladu navrhovatele, v němž tento odkázal na svá předchozí vyjádření a plně se ztotožnil s výrokem I. napadeného rozhodnutí i jeho odůvodněním. K argumentu navrhovatele, že nebylo možné doplnit kvalifikaci přístrojem, který byl dán do výroby až po lhůtě pro podání nabídek, zadavatel uvádí, že tato skutečnost nemůže být navrhovateli známa, a dále namítá její irelevanci. Nesouhlasí s tvrzením navrhovatele, že vybraný uchazeč nesplnil kvalifikaci ve lhůtě pro podání nabídek, protože v té době nedisponoval přístrojem splňujícím zadávací podmínky. Za skutečnost rozhodnou pro posouzení splnění kvalifikace považuje zadavatel pouze schopnost vybraného uchazeče poskytnout požadované plnění, přičemž tato skutečnost dle jeho názoru „*nastala ve lhůtě pro podání nabídek, protože nabídnuté plnění splnilo požadavky ZD a předloženým vzorkem tuto svoji schopnost pouze dokládá, což lze i dodatečně.*“

### **Vyjádření vybraného uchazeče**

22. Dne 3. 11. 2014 obdržel Úřad vyjádření vybraného uchazeče k rozkladu navrhovatele. Dle názoru vybraného uchazeče postupoval zadavatel v souladu se zákonem a i výrok I. napadeného rozhodnutí je v souladu se zákonem, pročez navrhuje rozklad zamítnout. Vybraný uchazeč je přesvědčen, že pochybení při prokázání technického kvalifikačního předpokladu vzorkem je možné odstranit postupem podle § 59 odst. 4 zákona a odkazuje na bod 35. odůvodnění rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S434/2012/VZ-20216/2012/513/PPo ze dne 26. 10. 2012.

### **Stanovisko předsedy Úřadu**

23. 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 s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
24. Úřad tím, že ve výroku I. napadeného rozhodnutí rozhodl tak, že se podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona návrh navrhovatele v části směřující proti postupu zadavatele při posouzení kvalifikace vybraného uchazeče spočívajícím v umožnění doplnění kvalifikace vybraného uchazeče prostřednictvím předložení nového vzorku na základě výzvy zadavatele ze dne 29. 5. 2014 učiněné podle § 59 odst. 4 zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 zákona, nerozhodl správně a v souladu s právními předpisy.
25. Vzhledem k tomu, že výrok I. napadeného rozhodnutí tvoří díky provázanosti skutkových okolností nedílný celek s ostatními výroky napadeného rozhodnutí, přistoupil jsem ke zrušení napadeného rozhodnutí v celém rozsahu tak, aby bylo o otázkách, které jsou předmětem ostatních výroků napadeného rozhodnutí, rozhodnuto v kontextu nového rozhodnutí o otázce, která je předmětem výroku I. napadeného rozhodnutí.
26. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání.

### **V. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí**

*Nepřezkoumatelnost výroku I. napadeného rozhodnutí z pohledu aplikace § 59 odst. 4 zákona*

27. V souvislosti se závěrem Úřadu o možnosti doplnění vzorku jako dokladu prokazujícího splnění kvalifikace postupem podle § 59 odst. 4 zákona za dané skutkové situace je nutno vyložit příslušná zákonná ustanovení o prokazování kvalifikace, a to navíc při zohlednění specifík spojených s prokazováním kvalifikace předložením vzorku tak, jak vyplývají ze zákona ve znění účinném ke dni zahájení zadávacího řízení na veřejnou zakázku odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění podle § 26 odst. 1 písm. a) zákona, tedy ke dni 26. 8. 2013, neboť takové znění je podle § 158 odst. 1 a 2 zákona, ve znění pozdějších předpisů, pro přezkoumávaný případ závazné.

28. Podle § 50 odst. 1 zákona je „kvalifikovaným“ dodavatel, který „splní“ základní, profesní a technické kvalifikační „předpoklady“ a předloží čestné prohlášení o své ekonomické a finanční způsobilosti splnit veřejnou zakázku. Podle § 50 odst. 2 zákona stanoví zadavatel požadavky na „prokázání splnění“ kvalifikace. Již z těchto počátečních ustanovení hlavy V. zákona je možno dovodit odlišnost materiálního a formálního pojetí kvalifikace. Kvalifikace v materiálním pojetí je faktická existence skutečností, které odpovídají nárokům zadavatele kladeným na dodavatele, mezi něž patří zejména bezúhonnost, zkušenosti a schopnosti. Kvalifikací ve formálním pojetí se pak rozumí okruh zákonem připuštěných důkazů, kterými je existence takových skutečností prokazována. Odlišnost těchto dvou pojetí kvalifikace je možno nejzřetelněji demonstrovat na příkladu základních kvalifikačních předpokladů. Podle § 53 odst. 1 zákona „splňuje“ základní kvalifikační předpoklady dodavatel, v jehož případě existují skutečnosti výslovně definované pod písmeny a) až k) tohoto odstavce. Třetí odstavce téhož paragrafu pak podává výčet konkrétních důkazů, kterými dodavatel „prokazuje splnění“ základních kvalifikačních předpokladů, tedy prokazuje existenci skutečností definovaných pod písmeny a) až k) prvního odstavce.
29. Z formulace použité ustanovením § 56 odst. 1 zákona, tedy že „K prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů (...) může veřejný zadavatel požadovat (...)“ však vyplývá, že v případě technických kvalifikačních předpokladů zákon neposkytuje výslovnou definici skutečností, jejichž existence vypovídá o požadovaných schopnostech dodavatele. Výslovně je zde definována kvalifikace pouze ve formálním pojetí, a to uvedením způsobů, jak mají dodavatelé splnění jednotlivých technických kvalifikačních předpokladů prokazovat, neboli výčtem důkazů o existenci těchto skutečností. Materiální pojetí technické kvalifikace, tedy sumu skutečností, které musí dodavatel splňovat, aby jej bylo možno považovat za kvalifikovaného, je však možno dovodit právě z různých druhů informací, které lze objektivně získat ze zákonem taxativně vymezených důkazů, jež mohou mít různou povahu. Tímto postupem lze například ze zadavateli nejčastěji vyžadovaného „seznamu významných dodávek“, který je výslovně uvedený jako důkaz k prokázání splnění kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 1 písm. a) zákona, objektivně zjistit, jaké má dodavatel konkrétní zkušenosti s dodávkou obdobného předmětu plnění, které požaduje zadavatel. Kvalifikačním předpokladem podle § 56 odst. 1 písm. a) zákona tedy není samotný seznam či k němu přiložená osvědčení o zakázce, nýbrž faktická zkušenost s dodáváním obdobného předmětu plnění.
30. V tomto smyslu je tedy nutno vykládat i technický kvalifikační předpoklad podle § 56 odst. 1 písm. e) zákona, jehož nesplnění vybraným uchazečem navrhovatel namítá. Předložení důkazu, kterým mohou podle tohoto ustanovení být „vzorky, popisy nebo fotografie zboží určeného k dodání“, slouží k potvrzení, zda jsou v případě dodavatele splněny všechny dílčí skutečnosti, které ve svém souhrnu utvářejí konkrétní kvalifikaci v materiálním pojetí vyplývající z tohoto ustanovení. Tu lze určit obdobně, jako v případě kvalifikace podle § 56 odst. 1 písm. a) zákona. Vzorky, popisy i fotografie zboží určeného k dodání objektivně poskytují určité informace o konkrétní podobě a případně dalších vlastnostech zboží tak, aby tyto informace mohly být posouzeny podle § 59 zákona.
31. Je sice zřejmé, že fotografie či popis zboží nejsou důkazem výrobních schopností či přímé fyzické dispozice dodavatele s daným zbožím, a i vzorek zboží je možno pouze dočasně zapůjčit. Pakliže však dodavatel předloží některý z těchto důkazů, prokáže tím přinejmenším

skutečnost, že se dané zboží v této konkrétní fyzické podobě již nachází alespoň v jeho dodavatelské, tedy obchodní či přímo výrobní dispozici. Prokáže tím, že zboží určené k dodání (i) je již „vyráběno“ a (ii) dodavatel je objektivně schopen jej v téže technické podobě opatřit, a to alespoň stejnou dodavatelskou (lhostejno zda pouze obchodní či přímo výrobní) cestou, kterou byl schopen opatřit samotný vzorek, popis nebo fotografii. V případě důkazu vzorkem je možné konstatovat, že zboží určené k dodání je „vyráběno“, pokud již bylo toto zboží vyrobeno alespoň jednou, přičemž alespoň tento jediný výrobek musí stále fyzicky existovat, aby se mohl zadavatel bezprostředně přesvědčit o podobě a vlastnostech zboží určeného k dodání, byť se stále jedná o fázi posouzení kvalifikace.

32. Za splnění kvalifikace podle § 56 odst. 1 písm. e) zákona v materiálním pojetí je tedy nutné považovat skutečnost, že konkrétní zboží reprezentované vzorkem (i) je již vyráběno a (ii) dodavatel je toto zboží schopen obstarat konkrétní dodavatelskou cestou, byť se toto zboží ještě nenachází v jeho dispozici faktické, tedy že se zboží určené k dodání v rámci předmětu veřejné zakázky již nachází alespoň v jeho dispozici dodavatelské (dále jen „**dodavatelská dispozice**“).
33. Po shrnutí výše uvedeného lze tedy konstatovat, že pokud zadavatel v zadávací dokumentaci žádal předložení vzorku zboží určeného k dodání, žádal jej pro účely posouzení, zda se zboží, které je určeno k dodání v rámci veřejné zakázky, a které splňuje zadavatelem vymezené technické parametry, nachází alespoň v dodavatelské dispozici jednotlivých dodavatelů. V tomto kontextu je pak nutno nahlížet na správnost postupu zadavatele podle § 59 odst. 4 zákona, a následně i na správnost závěrů Úřadu o otázce související s výrokem I. napadeného rozhodnutí.
34. Podle ustanovení § 59 odst. 4 zákona může zadavatel požadovat, aby dodavatel (i) písemně „*objasnil předložené*“ informace či doklady nebo (ii) „*předložil další*“ informace či doklady prokazující splnění kvalifikace. Pod pojmem „*doklad*“ lze pak na základě systematického výkladu tohoto ustanovení obecně rozumět jakýkoliv zákonem připuštěný důkaz o splnění kvalifikace v materiálním pojetí, a lze pod něj tedy zahrnout i „*vzorek*“ podle § 56 odst. 1 písm. e) zákona. K omezení dodatečného prokazování kvalifikace pak zákon ve znění účinném ke dni 26. 8. 2013 stanovoval, že „*skutečnosti rozhodné pro splnění kvalifikace*“ musejí nastat ve lhůtě podle § 52 zákona, kterou je v přezkoumávaném případě podle § 52 odst. 1 zákona lhůta pro podání nabídek. Z výše uvedeného tedy vyplývá, že i když § 59 odst. 4 zákona, ve znění účinném ke dni zahájení zadávacího řízení na veřejnou zakázku, připouštěl možnost splnit kvalifikaci ve formálním pojetí ještě i po lhůtě pro podání nabídek, kvalifikace v materiálním pojetí musela být splněna, tedy rozhodné skutečnosti musely nastat, nejpozději k poslednímu dni, ke kterému bylo možné podat nabídku. Možnost splnění kvalifikace v materiálním pojetí i po této lhůtě byla zavedena až zákonným opatřením senátu č. 341/2013 Sb., s účinností od 1. 1. 2014. Zboží určené k dodání v rámci veřejné zakázky se tedy muselo nejpozději ke dni uplynutí lhůty pro podání nabídek nacházet alespoň v dodavatelské dispozici vybraného uchazeče, a to s parametry vymezenými zadavatelem v zadávacích podmínkách. Prokázání, že tato skutečnost nastala ve lhůtě podle § 52 zákona, pak bylo na vybraném uchazeči.
35. I přesto, že Úřad v bodě 34. odůvodnění napadeného rozhodnutí citoval ustanovení § 59 odst. 4 zákona, ve znění účinném v době zahájení zadávacího řízení na veřejnou zakázku, zabýval se v rámci přezkumu postupu zadavatele podle tohoto ustanovení zákona otázkou



dodatečného doplnění vzorku vybraným uchazečem, tj. nových soutěžních vzorků (11 ks vzorků nabízeného testu OPL Dräger Drug Test 5000 Kit) a jedné soupravy přístroje Dräger DrugTest 5000 Analyzer, pouze z hlediska dodržení zásady rovného zacházení podle § 6 odst. 1 zákona, aniž by se vypořádal s otázkou včasnosti splnění kvalifikace v materiálním pojetí, tedy tím, zda skutečnosti rozhodné pro splnění kvalifikace vybraného uchazeče nastaly ve lhůtě podle § 52 zákona.

36. Úřad tedy v napadeném rozhodnutí vůbec nezkoumal, respektive nezjistil, zda vzorky, tj. zejména přístrojem předloženým vybraným uchazečem na základě výzvy zadavatele podle § 59 odst. 4 zákona došlo k prokázání splnění kvalifikace podle § 56 odst. 1 písm. e) zákona v materiálním pojetí. Tedy zda byl vybraný uchazeč schopen vzorek, jenž splňoval všechny technické parametry požadované zadavatelem, předložit již ve lhůtě pro podání nabídek, jak předepisoval § 59 odst. 4 zákona, ve znění účinném ke dni zahájení zadávacího řízení. S ohledem na právě uvedené je nutné konstatovat, že takovým postupem Úřad nezjistil skutkový stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, jak mu ukládá § 3 správního řádu. Úřad pak nemohl učinit závěr, že *„zadavatel postupoval zcela v souladu s § 59 odst. 4 v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona, a tedy že tímto jeho postupem nedošlo k porušení zákona“*, neboť Úřad nezjistil a následně neposoudil, zda skutečnosti rozhodné pro splnění kvalifikace vybraného uchazeče podle § 56 odst. 1 písm. e) zákona nastaly ve lhůtě pro podání nabídek, jak v rozhodné době stanovil § 59 odst. 4 věta poslední zákona.
37. Při novém projednání věci Úřad zjistí, zda na základě vzorků, zejména soupravy přístroje předložené vybraným uchazečem na základě výzvy zadavatele došlo k prokázání splnění technického kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 1 písm. e) zákona způsobem, jaký předepisoval § 59 odst. 4 zákona, ve znění účinném ke dni zahájení zadávacího řízení, tj. zda skutečnosti rozhodné pro splnění kvalifikace nastaly ve lhůtě pro podání nabídek, byť vzorky a souprava přístroje byly předloženy až po uplynutí této lhůty. Své závěry Úřad přezkoumatelným způsobem odůvodní.

*Nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí z pohledu aplikace § 76 odst. 3 zákona*

38. Bez ohledu na shora uvedené jsem shledal napadené rozhodnutí nepřezkoumatelným i z toho důvodu, že se v něm Úřad vůbec nezabýval tím, že se v případě vzorků, tj. testů OPL a soupravy přístroje (vyhodnocovacího zařízení), nejednalo pouze o kvalifikaci, nýbrž o součást nabídky. K tomuto závěru mě vedou následující úvahy.
39. Zákon s ohledem na striktní oddělení fáze posuzování kvalifikace a fáze posuzování a hodnocení nabídek v rámci zadávacího řízení odlišuje postup zadavatele v případě nejasnosti či neúplnosti dokladů prokazujících splnění kvalifikace (výše citovaný § 59 odst. 4 zákona) a postup zadavatele v případě nejasnosti či neúplnosti nabídky. V takovém případě může hodnotící komise postupem podle § 76 odst. 3 věty první a druhé zákona požádat uchazeče o písemné vysvětlení nabídky. Hodnotící komise může rovněž požádat o doplnění dokladů podle § 68 odst. 3 zákona.
40. K rozdílnosti postupu podle § 59 odst. 4 a § 76 odst. 3 zákona se vyjádřil Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 36/2013-65 ze dne 9. 7. 2014, kde uvedl, že *„(...) v případě posuzování prokázání splnění kvalifikace (původně ve lhůtě pro podání nabídky) může (veřejný) zadavatel podle § 59 odst. 4 ZVZ požadovat po dodavateli, aby písemně objasnil předložené informace či doklady nebo předložil další dodatečné informace či doklady (...), zatímco v případě*

*„zbylého“ posuzování nabídek může hodnotící komise podle § 76 odst. 3 v případě nejasností požádat uchazeče o písemné vysvětlení nabídky. Původně řádně neprokázané splnění kvalifikace tedy lze podle § 59 odst. 4 ZVZ prokazovat i dodatečně (...), avšak nesplnění dalších požadavků zadavatele, posuzovaných podle § 76 ZVZ, již dodatečným doplněním zhojit nelze (...).“* Dle právního názoru Krajského soudu v Brně, vysloveného v rozsudku č. j. 30 Af 10/2013-57 ze dne 10. 12. 2014, *„lze tímto institutem vysvětlení nejasností (§ 76 odst. 3 věty první ZVZ) však zhojit pouze zřejmý omyl v nabídkách uchazečů, nikoliv to, co v nabídce obsaženo není.“*

41. Pro učinění závěru, že se v případě vzorků a soupravy přístroje pro vyhodnocení testu OPL nejednalo v posuzovaném případě pouze o způsob prokazování splnění kvalifikace, nýbrž o součást nabídky, je rozhodná skutečnost, že na předložených testech OPL a soupravě přístroje (vyhodnocovacího zařízení) měly být podle čl. 8 zadávací dokumentace provedeny uživatelské zkoušky za účelem hodnocení nabídek v dílčím hodnotícím kritériu „Uživatelské zkoušky“ (viz body 6. a 7. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Připuštěním možnosti předkládat nové vzorky způsobem, jak tomu bylo v posuzovaném případě, by vedlo k tomu, že by uchazeči byli oprávněni své nabídky po uplynutí lhůty pro podání nabídek měnit, a to dokonce v částech, jež měly být předmětem hodnocení.
42. Takový postup je nepřipustný, jak judikoval Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 2 As 6/2015-38 ze dne 3. 6. 2015. V odkazovaném případě brojila stěžovatelka proti svému vyloučení ze zadávacího řízení, které zadavatel odůvodnil tím, že z její nabídky nebylo zřejmé, že poskytne na celý předmět veřejné zakázky minimální záruční dobu v délce 36 měsíců. Dle stěžovatelky ji měl zadavatel před vyloučením vyzvat k objasnění nabídky. Nejvyšší správní soud k tomu uvedl, že *„V případě nevyloučení stěžovatelky ze zadávacího řízení by jí tak hypoteticky nic nebránilo v tom, aby předložením záručních listů s délkou poskytované záruční doby určeno zcela dle své libovůle (...) měnila po uplynutí lhůty pro podání nabídek nejen svůj návrh smlouvy, ale rovněž i údaj, který byl hodnotícím kritériem pro výběr nabídky. Právě takový postup (...) by porušil zásady transparentnosti a rovného zacházení, tedy základní zásady pro zadávání veřejných zakázek.“*
43. Z uvedeného je zřejmé, že Úřad nezjistil stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, neboť v napadeném rozhodnutí vůbec nezkoumal, zda se v případě předmětných vzorků nejednalo – kromě způsobu, jímž bylo prokazováno splnění kvalifikace – o součást nabídky ve smyslu § 68 zákona, a to zejména s ohledem na skutečnost, že na předložených vzorcích mělo dojít k hodnocení nabídek uchazečů v rámci dílčího hodnotícího kritéria „Uživatelské zkoušky“. V důsledku tohoto pochybení se pak Úřad v napadeném rozhodnutí ani nemohl zabývat tím, zda doplněním vzorků vybraným uchazečem fakticky nedošlo k nepřipustné změně nabídky ve smyslu posledně citovaného rozsudku Nejvyššího správního soudu.
44. Při novém projednání věci tedy Úřad nejprve postaví najisto, zda vybraný uchazeč vzorky předloženými na základě výzvy zadavatele ze dne 29. 5. 2014 prokázal, že vzorky splňující vlastnosti požadované v příloze č. 5 zadávací dokumentace existovaly již ve lhůtě pro podání nabídek, a vybraný uchazeč by je byl býval schopen v této lhůtě předložit (viz bod 37. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Pokud Úřad zjistí, že vybraný uchazeč doplnil kvalifikaci v souladu se zákonem, bude se zabývat otázkou, zda se v případě předmětných vzorků nejednalo o součást samotné nabídky, a zda předložením nových vzorků fakticky nedošlo

k nepřipustné změně nabídky. Skutkový stav, o němž nejsou důvodné pochybnosti, Úřad zjistí na základě vhodných důkazů.

*K důvodům zrušení výroků II., III. a IV. napadeného rozhodnutí a závěr*

45. Co se týká výroků II., III. a IV. napadeného rozhodnutí, tyto nebyly rozkladem navrhovatele napadeny. V tomto ohledu je tedy nutno poukázat na ustanovení § 82 odst. 3 správního řádu, podle kterého v případě, že odvolání, resp. rozklad, směřuje jen proti některému výroku rozhodnutí nebo proti vedlejšímu ustanovení výroku, které netvoří nedílný celek s ostatními, pokud tím nemůže být způsobena újma některému z účastníků, nabývá zbytek výrokové části právní moci, umožňuje-li to povaha věci. V šetřeném případě, co se týká výroku II. napadeného rozhodnutí, ve kterém Úřad konstatoval, že zadavatel nedodržel zákonem stanovený postup při novém hodnocení nabídky vybraného uchazeče, a dále výroků III. a IV. napadeného rozhodnutí, kterými byly úkony zadavatele související či navazující na hodnocení zrušeny a v návaznosti na to bylo rozhodnuto i o nákladech řízení, nelze v kontextu výše uvedených kritérií ustanovení § 82 odst. 3 správního řádu učinit závěr, že by ostatní výroky napadeného rozhodnutí nebyly rozkladem nikterak zasaženy a byly tedy způsobilé samostatně nabýt právní moci. Naopak je zjevné, že ostatní výroky, především výrok II. a skrze tento pak i na něj navazující výroky III. a IV. napadeného rozhodnutí, úzce souvisí a v podstatě navazují na výrok I. napadeného rozhodnutí, vůči kterému navrhovatel brojí ve svém rozkladu. Z ustanovení § 51 odst. 2 ve spojení s § 60 odst. 1 zákona totiž vyplývá, že výsledek procesu posouzení kvalifikace dodavatelů, kteří podali nabídku v rámci zadávacího řízení, určuje okruh dodavatelů, jejichž nabídky mohou být následně posouzeny a případně i hodnoceny. Závěry Úřadu týkající se správnosti posouzení kvalifikace vybraného uchazeče mohou tedy být určující i pro jeho závěry o správnosti postupu zadavatele při výběru nabídky vybraného uchazeče jako nejvhodnější. Z těchto důvodů jsem dospěl k závěru, že všechny výroky napadeného rozhodnutí tvoří nedílný celek.
46. V návaznosti na závazný právní názor vyslovený v bodě 37., resp. 44. odůvodnění tohoto rozhodnutí pak Úřad zavazují, aby své nově učiněné závěry týkající se výroku I. napadeného rozhodnutí zohlednil i při posouzení ostatních výroků napadeného rozhodnutí, především výroků II. a III., které se týkají postupu zadavatele při hodnocení nabídky vybraného uchazeče zadavatelem.
47. K tomu dodávám, že vady napadeného rozhodnutí nelze v řízení o rozkladu zhojit jiným způsobem než zrušením napadeného rozhodnutí, neboť rozhodnutí prvostupňového správního orgánu musí stát na pevných právních závěrech podložených správními skutkovými zjištěními. Nebyly tak splněny podmínky pro změnu napadeného rozhodnutí, resp. změnu odůvodnění napadeného rozhodnutí dle § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu ani dle konstantní soudní judikatury, např. dle rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 29 Af 22/2012-106 ze dne 31. 3. 2014, dle kterého „*Dle ustálené judikatury správní řízení tvoří v zásadě jeden celek (od zahájení řízení až do právní moci konečného rozhodnutí) a není vyloučeno, aby správní orgán druhého stupně napravil vady řízení před správním orgánem prvního stupně, resp. vady jeho rozhodnutí (včetně doplnění a zpřesnění odůvodnění). Došlo-li k takovéto změně za naprosto stejného důkazního a právního stavu věci (...) k porušení zásady dvojinstančnosti správního řízení dojít nemohlo*“. V dané věci by případná „*doplnění a zpřesnění odůvodnění*“ provedená mnou, jako orgánem rozhodujícím o rozkladu, byla

založena na jiném stavu věci, neboť bych prováděl nové dokazování a nové právní posouzení věci.

48. Přezkoumání správnosti napadeného rozhodnutí v rozsahu dalších námitek rozkladu je za daného procesního stavu právně nadbytečné, neboť při novém projednání věci může Úřad vycházet ze zcela jiných skutkových zjištění, řídit se zcela jinými úvahami a dospět ke zcela jiným právním závěrům založeným na novém posouzení stavu věci.
49. Podle § 50 odst. 1 správního řádu mohou být podklady pro vydání rozhodnutí zejména návrhy účastníků, důkazy, skutečnosti známé správnímu orgánu z úřední činnosti, podklady od jiných správních orgánů nebo orgánů veřejné moci, jakož i skutečnosti obecně známé.
50. Při novém projednání věci vezme Úřad v úvahu námitky podaného rozkladu, jakož i vyjádření zadavatele a vybraného uchazeče k rozkladu navrhovatele, a bude-li to potřeba, v odůvodnění nově vydaného rozhodnutí ve věci uvede způsobem podle § 68 odst. 3 správního řádu úvahy, kterými se bude řídit při jejich hodnocení.

#### **VI. Závěr**

51. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že nastaly důvody pro zrušení napadeného rozhodnutí, jsem rozhodl tak, jak je ve výroku uvedeno. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže je při svém rozhodování vázán věcným a právním názorem vysloveným v tomto rozhodnutí.

### **POUČENÍ**

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

#### **Obdrží:**

1. Česká republika – Ministerstvo vnitra, Nad Štolou 936/3, 170 00 Praha - Holešovice
2. LT SEZAM s.r.o., Karlovarská 378/30, 161 00 Praha 6
3. JUDr. Artur Ostrý, advokát, advokátní kancelář Ostrý & Co., s.r.o., Arbesovo náměstí 257/7, 150 00 Praha 5

#### **Vypraveno dne:**

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