



UOHSX007RL41

## PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R424/2014/VZ-40103/2015/323/Mod

Brno 20. listopadu 2015

V řízení o rozkladu ze dne 4. 12. 2014, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne centrálním zadavatelem –

- **Česká republika - Ministerstvo vnitra**, IČO 00007064, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 00 Praha - Holešovice,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j.ÚOHS-S706/2014/VZ-24460/2014/532/KSt ze dne 19. 11. 2014, v řízení zahájeném na návrh navrhovatele –

- **Dial Telecom, a.s.**, IČO 28175492, se sídlem Křížíkova 36a/237, 186 00 Praha 8 – Karlín, ve správním řízení zastoupeného na základě plné moci ze dne 7. 8. 2014 Mgr. Andreou Stachovou, advokátkou, ev. č. ČAK 10097, Advokátní kancelář SCHULMANN & STACHOVÁ, se sídlem Valentinská 92/3, 110 00 Praha 1,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných v otevřeném řízení o zavedení dynamického nákupního systému „**Poskytování služeb KIVS - 2013-2017**“, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 31. 7. 2012 a uveřejněno dne 1. 8. 2012 pod ev. č. 220101, ve znění oprav ze dne 22. 4. 2013 a dne 23. 9. 2013, a v Úředním věstníku Evropské unie bylo uveřejněno dne 4. 8. 2012 pod ev. č. 2012/S 149-249354, ve znění oprav ze dne 24. 4. 2013 a dne 26. 9. 2013, ve veřejné zakázce „DATA\_VPN\_001.03 PL\_1“, ev. č. 105259, zadávané prostřednictvím výše specifikovaného dynamického nákupního systému, jejíž zjednodušené oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 24. 9. 2013 a uveřejněno dne 25. 9. 2013 pod ev. č. 105259 a v Úředním věstníku Evropské unie bylo uveřejněno dne 27. 9. 2013 pod ev. č. 2013/S 188-324802, a výzva k podání nabídky do dynamického nákupního systému byla odeslána dne 21. 10. 2013,

jsem na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, rozhodl takto:

I.

Výrok I. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-S706/2014/VZ-24460/2014/532/KSt ze dne 19. 11. 2014, podle § 152 odst. 5 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. c) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů

**m ě n í m**

takto:

„Centrální zadavatel – Česká republika - Ministerstvo vnitra, IČO 00007064, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 00 Praha - Holešovice – nedodržel postup stanovený v ustanovení § 76 odst. 1 a v § 76 odst. 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že rozhodnutím ze dne 25. 7. 2014 vyloučil uchazeče Dial Telecom, a.s., IČO 28175492, se sídlem Křížíkova 36a/237, 186 00 Praha 8 – Karlín, z důvodu nesplnění zadávacích podmínek z další účasti v otevřeném řízení o zavedení dynamického nákupního systému „Poskytování služeb KIVS - 2013-2017“, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 31. 7. 2012 a uveřejněno dne 1. 8. 2012 pod ev. č. 220101, ve znění oprav ze dne 22. 4. 2013 a dne 23. 9. 2013, a v Úředním věstníku Evropské unie bylo uveřejněno dne 4. 8. 2012 pod ev. č. 2012/S 149-249354, ve znění oprav ze dne 24. 4. 2013 a dne 26. 9. 2013, ve veřejné zakázce „DATA\_VPN\_001.03 PL\_1“, ev. č. 105259, zadávané prostřednictvím výše specifikovaného dynamického nákupního systému, jejíž zjednodušené oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 24. 9. 2013 a uveřejněno dne 25. 9. 2013 pod ev. č. 105259 a v Úředním věstníku Evropské unie bylo uveřejněno dne 27. 9. 2013 pod ev. č. 2013/S 188-324802, a výzva k podání nabídky do dynamického nákupního systému byla odeslána dne 21. 10. 2013, kdy pro tento postup neměl zadavatel oporu v zákoně, neboť posouzení nabídek z hlediska splnění požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách provedl v rozporu s ustanovením § 97 odst. 1 citovaného zákona až po konání elektronické aukce, v důsledku čehož byl jmenovaný uchazeč vyloučen pro nesplnění zadávací podmínky ve fázi zadávacího řízení, ve které již zadavatel nebyl oprávněn posuzovat nabídku výše uvedeného uchazeče z hlediska splnění zadávacích podmínek, přičemž **pro uvedený důvod vyloučení neměl zadavatel podklad v nastavených zadávacích podmínkách. Uvedený postup zadavatele přitom mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.**“

II.

Výroky II. a III. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-S706/2014/VZ-24460/2014/532/KSt ze dne 19. 11. 2014, podle § 152 odst. 5 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů,

**p o t v r z u j i**

a podaný rozklad

**z a m í t á m.**

## ODŮVODNĚNÍ

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

1. Dne 25. 8. 2014 obdržel Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), jako příslušný správní orgán podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“)<sup>1</sup>, návrh společnosti Dial Telecom, a.s., IČO 28175492, se sídlem Křižíkova 36a/237, 186 00 Praha 8 – Karlín (dále jen „navrhovatel“) na přezkoumání úkonů centrálního zadavatele - Česká republika – Ministerstvo vnitra, IČO 00007064, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 00 Praha - Holešovice (dále jen „zadavatel“), učiněných v otevřeném řízení o zavedení dynamického nákupního systému „Poskytování služeb KIVS - 2013-2017“, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 31. 7. 2012 a uveřejněno dne 1. 8. 2012 pod ev. č. 220101, ve znění oprav ze dne 22. 4. 2013 a dne 23. 9. 2013, a v Úředním věstníku Evropské unie bylo uveřejněno dne 4. 8. 2012 pod ev. č. 2012/S 149-249354, ve znění oprav ze dne 24. 4. 2013 a dne 26. 9. 2013 (dále jen „DNS“), ve veřejné zakázce „DATA\_VPN\_001.03 PL\_1“, ev. č. 105259, zadávané prostřednictvím výše specifikovaného dynamického nákupního systému, jejíž zjednodušené oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 24. 9. 2013 a uveřejněno dne 25. 9. 2013 pod ev. č. 105259 a v Úředním věstníku Evropské unie bylo uveřejněno dne 27. 9. 2013 pod ev. č. 2013/S 188-324802, a výzva k podání nabídky do dynamického nákupního systému byla odeslána dne 21. 10. 2013 (dále jen „Výzva“ a „veřejná zakázka“).
2. Podle článku 4. Výzvy měli zájemci zpracovat nabídkovou cenu oceněním položek tzv. Poptávkového listu podle zadavatelem stanovených pravidel. Podle článku 6. Výzvy měl být nedílnou součástí nabídky podepsaný návrh smlouvy, který plně odpovídá závaznému vzoru smlouvy poskytnutému zadavatelem spolu s Výzvou, a jehož součástí měl být i Poptávkový list vyplněný právě podle článku 4 Výzvy.
3. V článku 7. Výzvy uvedl zadavatel tento požadavek: *„Zájemci, kteří se účastnili elektronické aukce, jsou povinni do 3 pracovních dnů ode dne ukončení elektronické aukce doručit Centrálnímu zadavateli prostřednictvím zaslané zprávy v elektronickém nástroji příslušný Poptávkový list, v němž budou cenové hodnoty vyplněny v souladu s pravidly uvedenými v článku 4 Výzvy (tedy mj. zvláště pro každou a všechny Služby v Poptávkovém listu) tak, aby nabídková cena odpovídala poslední aukční hodnotě („Nabídková cena CELKOVÁ pro hodnocení“) podané Zájemcem (dále jen „Upravený Poptávkový list“). V Upraveném Poptávkovém listě nesmí být hodnota žádné z dílčích cen Služeb v něm uvedených vyšší, než její hodnota uvedená v Poptávkovém listu, jenž byl součástí nabídky Zájemce. Upravený Poptávkový list bude vždy posouzen z hlediska včasnosti jeho doručení, z hlediska souladu s pravidly uvedenými v článku 4 Výzvy a z hlediska dodržení zákazu navýšení dílčích cen Služeb v něm uvedených oproti dílčím cenám Služeb uvedeným v Poptávkovém listu, jenž byl součástí nabídky Zájemce. Nedodržení jakéhokoli z uvedených požadavků pro Upravený poptávkový list bude považováno za nesplnění požadavků Centrálního zadavatele a bude důvodem pro vyloučení Zájemce ze zadávacího řízení na Veřejnou zakázku. Po posouzení*

<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.

*Upravených Poptávkových listů bude provedeno hodnocení v souladu s postupem hodnocení uvedeným v článku 7 této Výzvy.“*

4. Výzvou ze dne 19. 2. 2014 podle § 97 zákona vyzval zadavatel uchazeče k podání nových aukčních hodnot.
5. Žádostí ze dne 25. 3. 2014 vyzval zadavatel podle § 76 odst. 3 zákona navrhovatele k písemnému vysvětlení jím podané nabídky (dále jen „**Žádost**“) s odůvodněním, že po posouzení nabídky navrhovatele se zohledněním jím následně doručeného Upraveného Poptávkového listu shledal, že výše některých cen za poskytování služeb v něm uvedených je mnohonásobně nižší než jejich výše uvedená v Poptávkovém listu, který byl součástí jeho nabídky, a že s ohledem na uvedenou skutečnost vznikla zadavateli nejasnost ohledně věcného plnění (technologie), které má navrhovatel v úmyslu využít pro poskytování předmětných služeb.
6. Dne 31. 3. 2014 zaslal navrhovatel zadavateli písemné vysvětlení nabídky (dále jen „**Vysvětlení**“), ve kterém uvedl, jaké předpokládané přístupové technologie hodlá využít pro realizaci poskytovaných služeb.
7. Rozhodnutím ze dne 25. 7. 2014 rozhodl zadavatel o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení na realizaci veřejné zakázky (dále jen „**rozhodnutí o vyloučení**“) z důvodu, že z Vysvětlení vyplývá, že pro určité služby měl navrhovatel v úmyslu využít Wi-Fi technologii ve frekvenčním pásmu 5 GHz. Podle zadavatele Wi-Fi technologie v nelicencovaném pásmu 5 GHz nedokáže garantovat dostupnost služby.

## **II. Napadené rozhodnutí**

8. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S706/2014/VZ-24460/2014/532/KSt ze dne 19. 11. 2014 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), rozhodl Úřad ve výroku I. tak, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 76 odst. 1 a v § 76 odst. 6 zákona, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, a výrokem II. jako opatření k nápravě Úřad podle § 118 odst. 1 zákona zrušil rozhodnutí o vyloučení a všechny navazující úkony učiněné zadavatelem v DNS ve veřejné zakázce. Výrokem III. napadeného rozhodnutí Úřad uložil zadavateli povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.
9. Podle výroku I. napadeného rozhodnutí spočívalo nedodržení postupu stanoveného v § 76 odst. 1 a v § 76 odst. 6 zákona v tom, že zadavatel rozhodnutím o vyloučení vyloučil navrhovatele z důvodu nesplnění zadávacích podmínek z další účasti v DNS, konkrétně ve veřejné zakázce, kdy pro tento postup neměl zadavatel oporu v zákoně, neboť posouzení nabídek z hlediska splnění požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách provedl v rozporu s § 97 odst. 1 zákona až po konání elektronické aukce, v důsledku čehož byl navrhovatel vyloučen pro nesplnění zadávací podmínky ve fázi zadávacího řízení, ve které již zadavatel nebyl oprávněn posuzovat jeho nabídku z hlediska splnění zadávacích podmínek.
10. Z odůvodnění napadeného rozhodnutí je zřejmé, že Úřad v souvislosti s pochybením zadavatele deklarovaným ve výroku I. napadeného rozhodnutí vycházel z předpokladu, že na základě § 93 odst. 2 zákona měl zadavatel při posouzení nabídek v rámci DNS postupovat analogicky podle § 76 odst. 1 a odst. 6 zákona. V souvislosti s právní úpravou

elektronické aukce Úřad zdůraznil, že § 97 odst. 1 zákona ukládá zadavatelům povinnost provést ještě před zahájením samotné elektronické aukce tzv. předběžné hodnocení zahrnující „*jak posouzení nabídek ve smyslu § 76 zákona, tak i hodnocení nabídek podle hodnotících kritérií, ale pouze v těch hodnotících kritériích, která nejsou číselně vyjádřitelná, neboť vlastní hodnocení nabídek proběhne formou elektronické aukce.*“ Na základě uvedeného tedy dospěl Úřad k dílčímu závěru, že k posouzení nabídek z hlediska splnění zadávacích podmínek mělo dojít již poté, co zadavatel obdržel nabídky na základě Výzvy, nikoliv až po jejich hodnocení v rámci elektronické aukce.

11. V bodech 100. až 104. odůvodnění napadeného rozhodnutí se pak Úřad vyjádřil i k námitce navrhovatele uplatněné v jeho návrhu, která směřovala proti důvodu jeho vyloučení ze zadávacího řízení, a ve které navrhovatel vyjádřil své přesvědčení, že pokud zadávací dokumentace neobsahuje veškeré informace pro zpracování nabídek, jedná se o chybu zadavatele. Úřad konstatoval, že z žádné části zadávacích podmínek nevyplývá, že by uchazeči byli povinni do nabídek uvádět konkrétní druhy technologií, které hodlají využít pro poskytování služeb, a nebyli tedy povinni do nabídky uvádět údaje, jejichž sdělení po nich zadavatel požadoval v rámci písemného vyjasnění nejasností v nabídce na základě Žádosti. V souvislosti s těmito zjištěními Úřad zdůraznil, že je to vždy zadavatel, kdo zodpovídá za správnost a úplnost zadávací dokumentace, a že jestliže zadavatel chce znát konkrétní technologii, kterou uchazeči hodlají použít pro poskytování služeb, má to stanovit již v zadávací dokumentaci či Výzvě. Úřad tedy uzavřel, že nelze uchazeče vyloučit z účasti v zadávacím řízení z důvodu, že zadavatel nevhodným způsobem nastaví zadávací podmínky.
12. V rámci odůvodnění výroku II. napadeného rozhodnutí Úřad vycházel z ustanovení § 118 odst. 1 zákona a uvedl, že na základě zjištěných skutečností, mimo jiné i skutečnosti, že navrhovatel nabídl nižší nabídkovou cenu, než je nabídka vybraného uchazeče, a po uvážení pochybení zadavatele, jehož následkem bylo vyloučení navrhovatele za zadávacího řízení, není nutné rušit celé zadávací řízení, a proto zrušil pouze rozhodnutí o vyloučení a všechny navazující úkony v DNS ve veřejné zakázce.

### III. Námitky rozkladu

13. Dne 4. 12. 2014 obdržel Úřad v zákonné lhůtě rozklad zadavatele z téhož dne, jímž brojí proti napadenému rozhodnutí, které považuje za nezákonné.
14. Zadavatel předně namítá, že výklad zákona provedený Úřadem je příliš formální, restriktivní a v důsledku vylučující možnost řádného využití institutu elektronické aukce, jakož i jiných institutů a samotného účelu a smyslu zákona, kterým se zadavatel naopak důsledně řídil, když aplikoval § 76 odst. 3 zákona až po proběhlé aukci, byť zákon takovou situaci výslovně nepředvídá a neupravuje.
15. Zadavatel pak výslovně nesouhlasí s „*obecným paušalizováním problematiky ze strany Úřadu, který pouze na základě jazykového výkladu ustanovení § 96 odst. 2 ZVZ došel k závěru, že elektronická aukce je přímým a finálním ekvivalentem hodnocení nabídek a není možné upravené nabídky uchazečů dále posuzovat*“ a je toho názoru, že byl naopak povinen provést konečné posouzení nabídek uchazečů až ve fázi po ukončení elektronických aukcí a po následném doručení Upravených Poptávkových listů, neboť teprve tehdy byly nabídky

kompletní a mohly vzbudit pochybnosti o splnění zadávacích podmínek majících dopad na možnost volby použité technologie. Zadavatel zdůrazňuje, že toto nemohlo být zjištěno při posuzování nabídek před zahájením elektronické aukce vzhledem k adekvátní výši cen obsažených v Poptávkových listech, což odůvodnil již v Žádosti.

16. Zadavatel sice přiznává, že v zadávacích podmínkách nestanovil povinnost zájemců uvést v nabídce konkrétní zvolenou technologii, avšak namítá, že toto nebylo třeba stanovit, neboť ze zadávacích podmínek jednoznačně vyplývaly požadavky zadavatele na kvalitu a dostupnost poskytování služeb v rámci veřejné zakázky, z nichž zcela jednoznačně vyplývala nemožnost poskytování služeb technologií ve frekvenčním pásmu 5 GHz (dále jen „**sporná technologie**“), přičemž zadavatel zcela legitimně očekával, že uchazeči jsou odborníky a profesionály v daném oboru a nabídnou k plnění služeb pouze takovou technologii, která bude pro plnění veřejných zakázek vhodná a jejímž prostřednictvím dojde k zabezpečení splnění stanovených požadavků.
17. Nadto zadavatel zdůrazňuje, že jeho postup spočívající v posouzení nabídek po elektronické aukci byl jednoznačně uveden i v zadávacích podmínkách, a dodává, že ani navrhovatel nepodal v zákonné lhůtě námitky proti zadávacím podmínkám.

#### **Závěr rozkladu**

18. S ohledem na výše uvedené zadavatel žádá předsedu Úřadu, aby napadené rozhodnutí z důvodu jeho nezákonnosti zrušil.

#### **IV. Řízení o rozkladu**

19. 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 navrhovatele**

20. Dne 15. 12. 2014 obdržel Úřad podání navrhovatele z téhož dne, kterým se vyjádřil k rozkladu zadavatele. Navrhovatel nejdříve uvedl, že se ztotožňuje s napadeným rozhodnutím. V souvislosti s námitkou zadavatele, že některé podstatné skutečnosti nemohly být posouzeny dříve než po provedení elektronické aukce, vyslovil navrhovatel jednak pochybnost o řádné přípravě zadávací dokumentace zadavatelem ve smyslu § 44 zákona a jednak přesvědčení, že zadavatel nemůže přenášet na uchazeče odpovědnost za to, že díky chybné zadávací dokumentaci obdržel nabídky, které neodpovídaly jeho představě. Navrhovatel zároveň odkázal na znění § 96 odst. 1 zákona a uzavřel, že žádné ustanovení zákona neumožňuje, aby zadavatel znovu posuzoval nabídky po proběhnutí elektronické aukce.

#### **Stanovisko předsedy Úřadu**

21. 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 dále správnost

napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.

22. Úřad postupoval správně a v souladu se zákonem, když ve výroku I. napadeného rozhodnutí rozhodl tak, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 76 odst. 1 a v § 76 odst. 6 zákona, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.
23. Pokud jde o vymezení toho, v čem spočívalo nedodržení uvedeného postupu, Úřad do tohoto výroku nezahrnul ještě druhou skutečnost, tedy že pro uvedený důvod vyloučení navrhovatele neměl zadavatel podklad v nastavených zadávacích podmínkách, byť takový závěr odpovídá Úřadem provedenému vypořádání části navrhovatelova návrhu v odůvodnění napadeného rozhodnutí. Dospěl jsem však k závěru, že v posuzovaném případě je možno tento nedostatek napravit změnou výroku I. napadeného rozhodnutí, a proto jsem v souladu s § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu k této změně přistoupil.
24. Úřad postupoval správně a v souladu se zákonem, když výrokem II. napadeného rozhodnutí jako opatření k nápravě podle § 118 odst. 1 zákona zrušil rozhodnutí o vyloučení a všechny navazující úkony učiněné zadavatelem v DNS ve veřejné zakázce a výrokem III. napadeného rozhodnutí uložil zadavateli povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.
25. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí o rozkladu jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke změně výroku I. napadeného rozhodnutí a dále k potvrzení výroků II. a III. napadeného rozhodnutí a zamítnutí rozkladu zadavatele.

#### **V. K námitkám rozkladu**

26. Na úvod konstatuji, že jsem se ztotožnil s napadeným rozhodnutím i jeho odůvodněním, které je srozumitelné, zohledňuje konkrétní aspekty přezkoumávaného případu a je z něj patrné, jakými úvahami se správní orgán při svém rozhodování řídil.
27. Není tak možno přisvědčit zadavatelově tvrzení, že by se Úřad dopustil obecného paušalizování problematiky, když použil pouze jazykového výkladu ustanovení § 96 odst. 2 zákona, neboť z odůvodnění napadeného rozhodnutí je zřejmé, že Úřad zohlednil zákonnou úpravu posouzení nabídek s ohledem nejen na použití dynamického nákupního systému, ale i elektronické aukce (viz bod 10. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Skutečnost, že zadavatel zadával veřejnou zakázku jako centrální zadavatel podle § 3 zákona, nemá žádný vliv na jeho povinnost dodržet další zákonná ustanovení, resp. nemůže být relevantní pro posouzení správnosti jeho postupu při vyloučení navrhovatele.
28. Jistá míra zobecňujícího tónu je naopak patrná z tvrzení zadavatele, že zadávací podmínky předvídalý posouzení nabídek i ve fázi po provedení elektronické aukce. Zadavatel totiž nestanovil, že Upravené Poptávkové listy bude posuzovat i z hlediska souladu se zadávacími podmínkami jako celkem, jak Úřad správně dovodil již v bodě 96. odůvodnění napadeného rozhodnutí, a zadavatelem citovaný článek 7 Výzvy upozorňoval na posouzení Upravených Poptávkových listů pouze z hledisek tam specificky vymezených, a to z hlediska (i) včasnosti jejich doručení, (ii) souladu s pravidly uvedenými v článku 4 Výzvy a (iii) dodržení zákazu navýšení dílčích cen služeb v nich uvedených oproti dílčím cenám služeb uvedeným v Poptávkových listech.

29. Nelze pak souhlasit ani s obecným chápáním povinnosti posoudit nabídky podle § 76 zákona, kterou zadavatel vykládá shodně pro fázi před i po provedení elektronické aukce, a v tomto smyslu se ztotožňují s úvahami Úřadu patrnými z bodů 98. a 99. odůvodnění napadeného rozhodnutí z následujících důvodů.

*K posouzení nabídky navrhovatele po konání elektronické aukce*

30. V přezkoumávaném případě došlo díky způsobu zadávání k opakovanému zasílání části nabídky, která měla být předmětem posouzení, avšak nikoliv k opakovanému zasílání celé nabídky. Touto opakovaně zasílanou částí byl Poptávkový list, a to po úpravách na základě posledních aukčních hodnot označovaný jako Upravený Poptávkový list.
31. Z jazykového a logického výkladu § 97 odst. 1 a 2 zákona je pak zřejmé, že zadavatel je povinen v rámci předběžného posouzení prověřit všechny části nabídky, které obdržel před zahájením elektronické aukce, a k podání nových aukčních hodnot vyzvat pouze ty uchazeče, kteří nebyli po provedení takového posouzení vyloučeni.
32. Vzhledem k tomu, že zasláním nových aukčních hodnot dochází ke změně části údajů uvedených v nabídkách uchazečů, přičemž v přezkoumávaném případě se tak dělo skrze Upravený Poptávkový list, je zřejmé, že tato nová část nabídky by byla v případě doslovného výkladu zákona vyňata z procesu posouzení jejího souladu se zadávacími podmínkami, neboť zákon takovou situaci výslovně nepředvídá. S přihlédnutím k zásadě rovného zacházení podle § 6 odst. 1 zákona a ke zřejmému účelu existence pravidel pro posouzení nabídek podle § 76 a § 97 zákona lze však dospět k závěru, že zákon především stanoví zadavateli povinnost nejdříve posoudit to, co má být následně hodnoceno. Pakliže by tedy použitím zákonem dovoleného způsobu zadávání s využitím elektronické aukce došlo k situaci, kdy bude hodnocena část nabídky, která nebyla posouzena z hlediska jejího souladu se zadávacími podmínkami, hrozilo by porušení zásady rovného zacházení, neboť by nebyly hodnoceny srovnatelné nabídky.
33. V případě nových údajů je tak nové posouzení, byť po provedení elektronické aukce, ospravedlnitelné účelem zákona. Vzhledem k tomu, že výklad účelem zákona nepatří ke standardním výkladovým metodám, je nutno jej používat pouze v nezbytném rozsahu, tedy v tomto případě v rozsahu nezbytném pro zamezení takového výkladu § 76 a § 97 zákona, jenž by se přičil zásadě rovného zacházení. Takový nezbytný rozsah je však vyčerpán přípuštěním posouzení nových údajů opětovně zasílané části nabídky.
34. Na základě výše uvedeného je zřejmé, že po provedení elektronické aukce již nelze posoudit splnění zadávacích podmínek nad rámec údajů, k jejichž změně typicky dochází právě díky použití tohoto prostředku pro hodnocení nabídek. Posouzení nabídek z hlediska splnění zadávacích podmínek má tak v případě standardního průběhu elektronické aukce dvě samostatné úrovně, které nelze spojovat či volně zaměňovat. Primární úroveň je posouzení souladu nabízeného předmětu plnění, případně souvisejících formálních prvků stanovených zadavatelem, s požadavky zákona a zadávací dokumentace. Sekundární úroveň je pak posouzení pouze těch údajů, které byly změněny v průběhu elektronické aukce, tedy typicky posouzení souladu nových aukčních hodnot a opět i případných souvisejících formálních prvků s požadavky zadávací dokumentace.



35. V přezkoumávaném případě mohlo být v souladu s přípustným výkladem zákona provedeno pouze sekundární posouzení Upraveného Poptávkového listu, a to vzhledem k zadatelově specifikaci provedené článkem 7 Výzvy, pouze v rozsahu 3 specifikovaných hledisek. Zadavatel se tak dopustil přinejmenším pochybení procesní povahy, když po provedení elektronické aukce opět přistoupil k primárnímu posouzení Upraveného Poptávkového listu, tedy z hlediska věcného posouzení předmětu plnění veřejné zakázky, a nikoliv v rozsahu 3 hledisek specifikovaných v článku 7 Výzvy.

*K důvodům vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení*

36. K námitkám zadavatele týkajícím se důvodů vyloučení navrhovatele uvádím následující. Jak Úřad správně uvedl již v bodě 101. odůvodnění napadeného rozhodnutí, zákon v souvislosti s obsahem předmětu plnění soutěženého prostřednictvím některého ze zadávacích řízení stanovuje protikladná práva a povinnosti na základě protikladné povahy rolí zadavatele a uchazeče, kdy povinností zadavatele je co nejpřesněji vymezit zadávací podmínky včetně předmětu veřejné zakázky a povinností uchazeče naopak je podat nabídku, která tyto podmínky zcela splňuje.
37. Z těchto protikladných povinností lze pak zrcadlově dovodit i právo zadavatele očekávat splnění všech zadávacích podmínek již v rámci nabídky, právo ověřit si jejich splnění pakliže nabídka není formulována zcela jasně, či žádat z důvodů naprosté jistoty výslovné potvrzení splnění konkrétní zadávací podmínky, a případně i vyloučit uchazeče v případě, že údaj obsažený v jeho nabídce je v rozporu s konkrétním údajem uvedeným v zadávacích podmínkách.
38. Stejně tak lze ale zrcadlově dovodit právo uchazeče, jehož nabídka neobsahuje údaj, který by byl v rozporu s konkrétním údajem uvedeným v zadávacích podmínkách, tj. splňuje všechny náležitosti, aby jeho nabídka postoupila do fáze hodnocení.
39. Na základě protikladnosti vymezení těchto práv a povinností zákonem je tedy nutno klást rovné nároky na podrobnost zpracování předmětu plnění veřejné zakázky. Nároky kladené zadavatelem na podrobnost uchazečem předkládané nabídky by tak měly být přímo úměrné nárokům, které klade na podrobnost vymezení zadávacích podmínek. Na specifikaci předmětu plnění nabízeného navrhovatelem tedy není možno klást nároky, které by nebyly úměrné tomu, jaké nároky kladl zadavatel na specifikaci předmětu veřejné zakázky.
40. Ze zadávacích podmínek vyplývá, že zadavatel poměrně podrobně a systematicky vymezil vzorec propočtu jednotlivých dílčích nabídkových cen a specifikoval položky jednotlivých služeb, což je patné například z Výzvy či z Poptávkových listů. Z článku 7 Výzvy je navíc patné, že zadavatel dokázal provést poměrně precizní vymezení okruhu hledisek sekundárního posouzení nabídek, konkrétně části označené jako Upravený Poptávkový list, se kterým museli uchazeči počítat. Jak ovšem potvrdil i zadavatel ve svém rozkladu, požadavek na uvedení konkrétních technologií v nabídkách uchazečů, a tedy ani sporné technologie, zadávací podmínky neobsahovaly. Zadavatel v tomto ohledu pouze obecněji specifikoval požadavky na kvalitu a dostupnost poskytovaných služeb, přičemž takovou kvalitu navrhovatel deklaroval ve své nabídce, a ani ve Vysvětlení se od zadatelových požadavků neodchýlil, když se omezil toliko na vyplnění požadovaných údajů do zadavatelem navržené tabulky Poptávkového listu, v němž již byly vyplněny například právě požadavky na garantovanou dostupnost v hodnotách SLA.

41. Na základě požadavku vzájemnosti nároků na specifičnost lze tedy konstatovat, že navrhovatel byl ve své nabídce přinejmenším natolik specifický o kvalitě a dostupnosti nabízených služeb, jako byl zadavatel specifický ve svých požadavcích na ně.
42. Nadto uvádím, že i po přihlédnutí k povaze vymezení zadávacích podmínek, které již na první pohled budí dojem dostatečně podrobného vymezení předmětu plnění, a navíc specifikuje i rozsah sekundárního posouzení, je nutno konstatovat, že zadávací podmínky nezakládají nejmenší pochybnosti o tom, jak konkrétní jsou požadavky zadavatele na předmět plnění, a co naopak ponechává na rozhodnutí budoucímu dodavateli služeb, a nezakládá ani pochybnost o tom, že splnění těchto požadavků bude posuzováno pouze primárně, tedy před provedením elektronické aukce, která již připouští pouze změny v nabídkové ceně.
43. S argumentem legitimního očekávání zadavatele „že uchazeči jsou odborníky a profesionály v daném oboru a nabídnou k plnění služeb pouze takovou technologii, která bude pro plnění Veřejných zakázek vhodná a jejímž prostřednictvím dojde k zabezpečení splnění stanovených požadavků“ sice lze v obecné rovině souhlasit, ale v přezkoumávaném případě má takový argument své uplatnění až pro případ, kdy by v rámci podepsané smlouvy na veřejnou zakázku došlo k porušení příslušné kvality a dostupnosti služeb, ke kterým se navrhovatel zavázal. I v takovém případě by však takový argument směřoval spíše k závěru, že konkrétní použitá technologie nemůže dodavateli sloužit jako omluva pro to, že jejím prostřednictvím nebyla naplněna požadovaná kvalita a dostupnost, neboť je to právě dodavatel, který jakožto odborník a profesionál má zvolit takové prostředky, kterými dojde k dosažení požadovaného cíle.
44. Vzhledem ke skutečnosti, že uchazeči měli podle zadávacích podmínek nabízet především kvalitu a dostupnost služeb jakožto cíl, a nikoliv konkrétní technologie, jakožto prostředek k zajištění tohoto cíle, pak není rozhodující, či tvrzení o vlastnostech a použití sporné technologie je pravdivé, a není ani rozhodující, jaké hodnoty uvedl navrhovatel ve Vysvětlení na Žádost.
45. Bez ohledu na to, co bylo cílem plnění veřejné zakázky, je navíc zřejmé, že pokud zadavatel cítil potřebu, aby se uchazeči zavázali i k použití konkrétních prostředků při zajišťování zadavatelem požadovaného cíle, mohl v zadávacích podmínkách specifikovat požadavek na uvedení konkrétních technologií v nabídkách uchazečů. I tato námitka zadavatele je tedy nedůvodná.
46. Nemůže pak obstát takové odůvodnění vyloučení navrhovatele, které *de facto* vychází z nedostatečně konkrétních zadávacích podmínek, nedostatečně provedeného primárního posouzení, případně z kombinace obou. V přezkoumávaném případě je totiž zřejmé, že zadavatel v zadávacích podmínkách objektivně mohl blíže vymežit předmět plnění v těch částech a položkách, které považoval za nezbytné, tedy například právě u sporné technologie, a při primárním posouzení nabídek pak objektivně mohl zjistit soulad nabízeného předmětu plnění s požadavky takto konkrétních zadávacích podmínek.
47. Zároveň není možno přisvědčit ani námitkám zadavatele založeným na argumentu, že jeho pochybnosti mohla vzbudit až výše cen uvedených navrhovatelem v Upraveném Poptávkovém listu, neboť okamžik kdy vznikly zadavateli pochybnosti, není možno zaměňovat s okamžikem, kdy měl být podle zákona objektivně schopen posoudit, zda nabízený předmět plnění odpovídá zadavatelovým požadavkům na předmět plnění, díky

předem zpřesněným zadávacím podmínkám vyžadujícím po uchazečích i specifikaci technologií.

48. Na základě výše uvedeného je zřejmé, že posouzení nabídky navrhovatele po věcné stránce nemělo oporu ve způsobu, jakým byl předmět plnění veřejné zakázky specifikován zadávacími podmínkami, a ani samotný proces posouzení nebyl proveden při respektování zákonem stanoveného pořadí úkonů v zadávacím řízení, když byla opětovným provedením primárního posouzení nabídky navrhovatele fakticky překročena přípustná úroveň sekundárního posouzení, které jediné mohlo být po proběhlé elektronické aukci provedeno.
49. Vzhledem k tomu, že zadavatel při posouzení nabídky navrhovatele, kterým odůvodnil rozhodnutí o vyloučení, pochybil jak po procesní (tj. ve smyslu zákonem předepsané posloupnosti úkonů v zadávacím řízení), tak po věcné stránce, jak již bylo výše podrobně rozvedeno, je zřejmé, že zadavatel nedodržel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky. Navíc v situaci, kdy navrhovatel nabídl nižší nabídkovou cenu, než je nabídka vybraného uchazeče, a kdy nabídková cena byla zároveň jediným hodnotícím kritériem, je zřejmé, že takový postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Vzhledem k výše uvedenému a vzhledem k tomu, že dosud nedošlo k uzavření smlouvy je nutno souhlasit se závěrem Úřadu, že došlo k naplnění hypotézy § 118 odst. 1 zákona.
50. Za takové situace byl tedy Úřad povinen přistoupit ke zrušení buď celého zadávacího řízení, nebo alespoň zrušení jednotlivého úkonu zadavatele, kterým došlo k porušení postupu podle zákona. Vzhledem k tomu, že se navrhovatel domáhal zrušení rozhodnutí o vyloučení, a že nebyl shledán žádný důvod, pro který by bylo nutno rušit celé zadávací řízení, rozhodl Úřad správně, když zrušil pouze rozhodnutí o vyloučení a všechny navazující úkony v DNS ve veřejné zakázce.

#### **VI. K důvodům výroku I. tohoto rozhodnutí**

51. V rámci přezkumu zákonnosti výroku I. napadeného rozhodnutí jsem zjistil, že Úřad do tohoto výroku nezahrnul ještě druhou skutečnost zakládající nedodržení postupu podle § 76 odst. 1 a § 76 odst. 6 zákona, tedy že pro uvedený důvod vyloučení neměl zadavatel podklad v nastavených zadávacích podmínkách, byť takový závěr odpovídá Úřadem provedenému vypořádání části návrhu navrhovatele v bodech 100. až 104. odůvodnění napadeného rozhodnutí, v nichž se Úřad vyjádřil i k námitce navrhovatele, která směřovala proti důvodu jeho vyloučení ze zadávacího řízení.
52. Již z této části odůvodnění napadeného rozhodnutí, se kterou je nutno se ztotožnit z důvodů podrobněji rozvedených již výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí, je patrné, že tato druhá skutečnost je schopna samostatně založit nedodržení postupu podle § 76 odst. 1 a § 76 odst. 6 zákona. Zároveň, jak již bylo výše uvedeno, navrhovatel ve svém návrhu namítal i tuto druhou skutečnost.
53. Vzhledem k povaze správního řízení zahájeného před Úřadem, jako řízení o návrhu, které je ovládáno zásadou dispozice s předmětem řízení svědčící právě navrhovateli, vzhledem k tomu, že Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí přisvědčil oběma navrhovatelem namítaným skutečnostem zakládajícím porušení postupu podle zákona, a vzhledem k tomu, že každá z těchto skutečností samostatně ob stojí jako podklad pro výrok I. napadeného

rozhodnutí, je nutné v zájmu navrhovatele promítnout závěry Úřadu patrné z odůvodnění napadeného rozhodnutí i do výroku napadeného rozhodnutí.

54. Podle § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu, jestliže odvolací správní orgán dojde k závěru, že napadené rozhodnutí je v rozporu s právními předpisy nebo že je nesprávné, napadené rozhodnutí nebo jeho část změnit; změnu nelze provést, pokud by tím některému z účastníků, jemuž je ukládána povinnost, hrozila újma z důvodu ztráty možnosti odvolat se.
55. Změnu výroku I. napadeného rozhodnutí lze provést, jelikož zadavateli není ukládána žádná nová povinnost, toliko se v odvolacím řízení doplňuje výrok o porušení postupu podle zákona tak, aby náležitě odrážel důvody a úvahy, které Úřad zjevně dle odůvodnění napadeného rozhodnutí k takovému výroku vedly, a podle § 36 odst. 3 správního řádu se v tomto řízení o rozkladu nepostupuje, jelikož podklady rozhodnutí odvolacím správním orgánem nově pořizovány nebyly.
56. Dospěl jsem tedy k závěru, že v posuzovaném případě je možné tento nedostatek napravit změnou výroku I. napadeného rozhodnutí, a proto jsem v souladu s § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu k této změně přistoupil.

## **VII. Závěr**

57. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že ohledně naplnění podmínky pro postup podle § 118 odst. 1 zákona zrušením rozhodnutí o vyloučení a všech navazujících úkonů učiněných zadavatelem v DNS ve veřejné zakázce postupoval Úřad v souladu se zákonem a správním řádem, avšak Úřad do výroku I. napadeného rozhodnutí nezahrnul ještě skutečnost, že pro uvedený důvod vyloučení navrhovatele neměl zadavatel podklad v nastavených zadávacích podmínkách, avšak tento nedostatek je odstranitelný, a to i plně v souladu s § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu, jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro změnu výroku I. napadeného rozhodnutí, tedy pro doplnění této skutečnosti do textu tohoto výroku.
58. Vzhledem k výše uvedenému jsem rozhodl tak, jak je ve výrocih tohoto rozhodnutí uvedeno.

## **POUČENÍ**

Proti tomuto rozhodnutí se nelze 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. Mgr. Andrea Stachová, advokátka, Valentinská 92/3, 110 00 Praha 1

### **Vypraveno dne:**

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