



UOHSX007X4WA

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0578/2014/VZ-44024/2015/511/BMa

Brno: 11. prosince 2015

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 16. 7. 2014 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou:

- zadavatel – Česká republika – Ministerstvo vnitra, IČO 00007064, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7,
- navrhovatel – LT SEZAM s.r.o., IČO 27258122, se sídlem Karlovarská 378/30, 161 00 Praha 6,
- vybraný uchazeč – Dräger Safety s.r.o., IČO 26700778, se sídlem Pod Sychrovem I-64/1392, 101 00 Praha 10, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 30. 7. 2014 JUDr. Arturem Ostrým, advokátem, advokátní kancelář Ostrý & Co., s.r.o., IČO 02073005, se sídlem Arbesovo náměstí 257/7, 150 00 Praha 5 – Smíchov,

ve věci veřejné zakázky „Testy orientační na zjišťování OPL a přístroje pro vyhodnocení testů“ zadávané 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,

rozhodl takto:

I.

Návrh navrhovatele – LT SEZAM s.r.o., IČO 27258122, se sídlem Karlovarská 378/30, 161 Praha 6 – **se** v části směřující proti postupu zadavatele – Česká republika – Ministerstvo vnitra, IČO 00007064, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7 – při posouzení kvalifikace vybraného uchazeče – Dräger Safety s.r.o., IČO 26700778, se sídlem Pod Sychrovem I-64/1392, 101 00 Praha

10 – kdy zadavatel na základě výzvy ze dne 29. 5. 2014 učiněné podle § 59 odst. 4 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, umožnil jmenovanému vybranému uchazeči doplnit kvalifikaci prostřednictvím předložení nového vzorku, a následně na základě tohoto nového vzorku posoudil kvalifikaci vybraného uchazeče jako splněnou, podle § 118 odst. 5 písm. a) citovaného zákona **zamítá**, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 citovaného zákona.

II.

Zadavatel – Česká republika – Ministerstvo vnitra, IČO 00007064, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7 – nedodržel při zadávání veřejné zakázky „Testy orientační na zjišťování OPL a přístroje pro vyhodnocení testů“ zadávané 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, postup stanovený v ustanovení § 76 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 6 odst. 1 citovaného zákona, když v rámci posouzení nabídky vybraného uchazeče – Dräger Safety s.r.o., IČO 26700778, se sídlem Pod Sychrovem I - 64/1392, 101 00 Praha 10 – zadavatel posuzoval z hlediska splnění požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách vzorek, který vybraný uchazeč dodatečně doložil na základě výzvy zadavatele podle § 59 odst. 4 zákona pro účely prokázání splnění kvalifikace, a nikoliv vzorek, který vybraný uchazeč předložil jako součást nabídky podané dne 17. 10. 2013, čímž současně nedodržel zásadu transparentnosti, přičemž tento postup mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

III.

Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele uvedeného ve výroku II. tohoto rozhodnutí Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 118 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **ruší** úkony zadavatele - Česká republika – Ministerstvo vnitra, IČO 00007064, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7 - spojené s posouzením nabídky vybraného uchazeče – Dräger Safety s.r.o., IČO 26700778, se sídlem Pod Sychrovem I-64/1392, 101 00 Praha 10 – zaznamenané v protokolu o jednání hodnotící komise - 2. pokračování ze dne 9. 6. 2014, a současně ruší všechny následující úkony zadavatele v předmětném zadávacím řízení, včetně rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 16. 6. 2014.

IV.

Podle § 119 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, se zadavateli – Česká republika – Ministerstvo vnitra, IČO 00007064, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7 – **ukládá uhradit náklady řízení ve výši 30 000,-Kč** (třicet tisíc korun českých). Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Česká republika - Ministerstvo vnitra, IČO 00007064, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7 (dále jen „zadavatel“) – odeslal dne 26. 8. 2013 oznámení otevřeného řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Testy orientační na zjišťování OPL a přístroje pro vyhodnocení testů“, které bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 27. 8. 2013 pod ev. č. 354352 a v Úředním věstníku Evropské Unie dne 28. 8. 2013 pod ev. č. 2013/S 166-288295 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Dle oznámení o veřejné zakázce je předpokládaná hodnota veřejné zakázky 25.024.794,- Kč bez DPH.
3. 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.
4. Z předložené dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že v termínu pro podání nabídek podali nabídku 3 uchazeči, včetně navrhovatele, přičemž všechny nabídky vyhověly kontrole ve smyslu § 71 odst. 9 zákona.
5. Z protokolu o posouzení kvalifikace ze dne 18. 10. 2013 vyplývá, že nabídka navrhovatele a vybraného uchazeče – Dräger Safety s.r.o., IČO 26700778, se sídlem Pod Sychrovem I-64/1392, 101 00 Praha 10, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 20. 12. 2013 JUDr. Arturem Ostrým, advokátem advokátní kanceláře Ostrý & Co., s.r.o., IČO 02073005, se sídlem Arbesovo náměstí 257/7, 150 00 Praha 5 (dále jen „vybraný uchazeč“) - splnila kvalifikaci; v případě uchazeče ELAS Brno, v.o.s. IČO 25302582, se sídlem Hudcova 78 c, 612 00 Brno (dále jen „uchazeč ELAS Brno“), byl tento vyzván komisí k doplnění kvalifikace.
6. Z protokolu o jednání hodnotící komise ze dne 1. 11. 2013 vyplývá, že hodnotící komise po doplnění nabídky uchazeče ELAS Brno o doklad prokazující splnění kvalifikačních předpokladů konstatovala, že všichni uchazeči splnili kvalifikační předpoklady. Dále komise provedla hodnocení nabídek a dospěla k závěru, že nejvhodnější nabídkou je nabídka vybraného uchazeče, o čemž svědčí i zápis ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 1. 11. 2013. Na základě toho zadavatel rozhodl dne 5. 11. 2013 o výběru nejvhodnější nabídky vybraného uchazeče.
7. Dne 21. 3. 2014 Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) 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, tj. zejména úkony spojené s posouzením a hodnocením nabídek uchazečů a rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 5. 11. 2013, 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“ (dále jen „rozhodnutí č. j. ÚOHS-S765/2013“).

8. V návaznosti na zrušení posouzení kvalifikace výše uvedeným rozhodnutím Úřadu provedl zadavatel nové posouzení kvalifikace. V protokolu o posouzení kvalifikace ze dne 29. 5. 2014 je v souladu s uvedeným rozhodnutím Úřadu konstatováno, že vybraný uchazeč nesplňuje kvalifikaci, neboť jím předložený vzorek „*neumožňuje doplnit údaje o testované osobě, tak jak bylo uvedeno v zadávací dokumentaci, a to prostřednictvím tlačítek, které jsou umístěny přímo na přístroji*“ a bude tak v souladu s § 59 odst. 4 zákona vyzván k předložení „*nového vzorku, který bude splňovat podmínky zadávací dokumentace*“. Spolu s výzvou byl vybraný uchazeč dotázán, zda přidání funkce, která na přístroji umožní doplnit údaje o testované osobě pomocí tlačítek umístěných přímo na přístroji, může jakýmkoliv způsobem ovlivnit některé další funkce přístroje, např. čas vyhodnocení testu.
9. Na základě výzvy k doplnění nového vzorku ze dne 29. 5. 2014 vybraný uchazeč dne 4. 6. 2014 předložil nový vzorek jím nabízeného přístroje, který byl softwarově nastaven tak, aby umožňoval doplnit údaje o testované osobě pomocí tlačítek umístěných přímo na přístroji, spolu s prohlášením, že zadávání údajů probíhá nezávisle na zpracování a analýze testu, tj. zadávání údajů práci přístroje nepřerušuje ani nijak neomezuje.
10. Dle Protokolu o posouzení kvalifikace 3. pokračování ze dne 9. 6. 2014 (dále jen „protokol o novém posouzení kvalifikace“) hodnotící komise konstatovala, že po doplnění nového vzorku a ověření předmětné funkcionality vybraný uchazeč prokázal splnění kvalifikace.
11. Dne 9. 6. 2014 hodnotící komise rovněž provedla posouzení a hodnocení nabídek. V souvisejícím Protokolu o jednání hodnotící komise 2. pokračování z téhož dne (dále jen „protokol o novém posouzení a hodnocení nabídek“) je uvedeno, že hodnotící komise nabídku uchazeče ELAS Brno „*znovu neposuzovala, jelikož její posouzení již proběhlo a od té doby nenastaly žádné změny*“, přičemž totéž bylo uvedeno i ve vztahu k nabídce navrhovatele - LT SEZAM s.r.o., IČO 27258122, se sídlem Karlovarská 378/30, 161 Praha 6 (dále jen „navrhovatel“). K nabídce vybraného uchazeče hodnotící komise uvedla, že splnila veškeré zadávací podmínky, včetně posuzovaných parametrů. Dále je v protokolu o jednání hodnotící komise ve vztahu k nabídce vybraného uchazeče uvedeno, že „*komise se shodla, že doplnění funkce «doplnění údajů o testované osobě prostřednictvím tlačítek umístěných přímo na přístroji» nijak neovlivnilo či nezměnilo ostatní funkce přístroje, což dokládá i prohlášení uchazeče Dräger Safety s.r.o., jehož kopie je přiložena k tomuto protokolu. Jelikož nedošlo na přístroji předloženým uchazečem Dräger Safety s.r.o., k žádné změně funkcionality, které byly zkoušeny a hodnoceny v rámci uživatelských zkoušek, komise k hodnocení použila výsledky uživatelských zkoušek, které již proběhly. Protokoly z těchto uživatelských zkoušek jsou přiloženy u protokolu o jednání hodnotící komise č. j. PPR-10133-33/ČJ-12013-990640.*“. Hodnotící komise dále konstatovala, že výsledkem jejího jednání je zpráva o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 1. 11. 2013, kde jsou hodnoceny všechny nabídky podle základního hodnotícího kritéria ekonomické výhodnosti. V závěru protokolu o novém jednání hodnotící komise je uvedeno: „*Komise doporučuje zadavateli uzavřít kupní smlouvu na dodávku testů orientačních na zjišťování OPL a přístrojů pro vyhodnocování testů s uchazečem Dräger Safety s.r.o. v celkové nabídkové ceně 24.616.400,- Kč včetně DPH.*“. Na základě doporučení hodnotící komise zadavatel rozhodl dne 16. 6. 2014 o výběru nejvhodnější nabídky vybraného uchazeče.
12. Dne 30. 6. 2014 podal navrhovatel námitky proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky. Z předložené dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že námitky byly

zadavateli doručeny téhož dne. Po přezkoumání oprávněnosti námitek navrhovatele zadavatel těmto námitkám nevyhověl. Rozhodnutí o námitkách obdržel navrhovatel dne 10. 7. 2014. Vzhledem k tomu, že se navrhovatel s tímto rozhodnutím neztotožnil, podal dopisem ze dne 16. 7. 2014 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „návrh“) k Úřadu.

Obsah návrhu

13. V návrhu navrhovatel předně namítá, že zadavatel dle jeho názoru postupoval v rozporu se zákonem, když ze zadávacího řízení nevyločil vybraného uchazeče, přestože přístroj nabízený vybraným uchazečem nevyhovoval požadavkům zadavatele na vlastnosti přístroje pro vyhodnocení výsledků testů OPL, které byly zadavatelem stanoveny v zadávací dokumentaci.
14. Návrh navrhovatele dále směřuje proti postupu zadavatele při posouzení kvalifikace vybraného uchazeče, kdy jej zadavatel po zjištění, že předložený vzorek nesplňuje požadavky kvalifikace, podle § 59 odst. 4 zákona vyzval k doplnění kvalifikace prostřednictvím předložení nového vzorku, který by již odpovídal požadavkům stanoveným v zadávací dokumentaci. Navrhovatel se domnívá, že doložení nového vzorku pro účely posouzení kvalifikace vybraným uchazečem je nepřípustné, neboť dle jeho názoru měl vzorek splňovat všechny technické parametry už v době podání nabídek, přičemž se domnívá, že v důsledku změny technického kvalifikačního předpokladu (vzorku) se mohlo jednat o změnu nabídky, jež je dle zákona nepřípustná.
15. Návrh rovněž směřuje proti postupu zadavatele při hodnocení nabídek, kdy hodnotící komise přesto, že rozhodnutím Úřadu č. j. ÚOHS-S765/2013 bylo zrušeno původní hodnocení nabídek, neprovedla znovu uživatelské zkoušky a využila ty původní, které byly dle názoru navrhovatele výše uvedeným rozhodnutím Úřadu zrušeny.
16. Nadto se navrhovatel domnívá, že při hodnocení nabídek „*by se měly brát na zřetel všechny platné zákony, a to zejména jedná-li se o zdraví uživatelů (policistů), např. zákoník práce § 101 odst. 1 Předcházení ohrožení života a zdraví při práci*“. Dle názoru navrhovatele test na přístroji nabízeném vybraným uchazečem trvajícím několik minut bezpečnost práce policistů nezajišťuje.
17. Závěrem navrhovatel požaduje, aby Úřad svým rozhodnutím zrušil rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky.

II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

18. Úřad obdržel návrh navrhovatele dne 16. 7. 2014, přičemž tímto dnem tak bylo zahájeno správní řízení.
19. Účastníky správního řízení podle ustanovení § 116 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - navrhovatel,
 - vybraný uchazeč.
20. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-S578/2014/VZ-15303/2014/511/JNp ze dne 21. 7. 2014. Usnesením č. j. ÚOHS-S578/2014/VZ-

15742/2014/511/JNp ze dne 28. 7. 2014 Úřad účastníkům řízení stanovil lhůtu, ve které byli oprávněni navrhnout důkazy a činit jiné návrhy, resp. vyjádřit své stanovisko v řízení.

21. K zajištění účelu správního řízení vydal Úřad dne 6. 8. 2014 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S578/2014/VZ-16501/2014/511/JNp, kterým zadavateli nařídil na návrh navrhovatele předběžné opatření spočívající v uložení zákazu uzavřít smlouvu v šetřeném zadávacím řízení.
22. Usnesením č. j. ÚOHS-S578/2014/VZ-17057/2014/511/JNp ze dne 20. 8. 2014 Úřad účastníkům řízení stanovil lhůtu, ve které byli oprávněni vyjádřit se k podkladům pro rozhodnutí. Žádný z účastníků se ve stanovené lhůtě ani později k podkladům pro rozhodnutí nevyjádřil.
23. Dne 3. 10. 2014 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S578/2014/VZ-20975/2014/511/JNp (dále jen „rozhodnutí č. j. ÚOHS-S578/2014“), v jehož výroku I. Úřad zamítl návrh navrhovatele v části směřující proti postupu zadavatele při posouzení kvalifikace vybraného uchazeče, výrokem č. II. Úřad rozhodl o tom, že zadavatel nedodržel při zadávání předmětné veřejné zakázky postup stanovený § 79 odst. 1 zákona, v návaznosti na § 6 odst. 1 citovaného zákona tím, že při hodnocení nabídky vybraného uchazeče neprovedl uživatelské zkoušky, které v zadávací dokumentaci vymezil jako nedílnou součást hodnocení nabídek, a pro hodnocení nabídky vybraného uchazeče použil výsledky uživatelských zkoušek provedených v rámci hodnocení nabídek ze dne 1. 11. 2013, přestože toto hodnocení nabídek bylo zrušeno rozhodnutím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S765/2013, čímž současně porušil zásadu transparentnosti, přičemž tento postup mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy; výrokem č. III. Úřad zrušil 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.
24. Proti rozhodnutí č. j. ÚOHS-S578/2014 podal navrhovatel dne 17. 10. 2014 rozklad, jehož obsah je blíže uveden pod bodem 31. a násl. tohoto rozhodnutí.
25. Rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. R368/2014/VZ-32591/2015/323/MO d ze dne 9. 10. 2015 (dále jen „rozhodnutí předsedy Úřadu“) bylo zrušeno rozhodnutí č. j. ÚOHS-S578/2014 a věc vrácena Úřadu k novému projednání.
26. Níže Úřad stručně shrnuje obsah a závěry rozhodnutí č. j. ÚOHS-S578/2014, rozhodnutí předsedy Úřadu a dále obsah podaného rozkladu.

Prvostupňové rozhodnutí č. j. ÚOHS-S578/2014

27. Úřad vydal dne 3. 10. 2014 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S578/2014, 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.
28. 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 rozhodnutím zrušeno. V návaznosti na výše uvedené Úřad výrokem III. napadeného rozhodnutí zrušil podle § 118 odst. 1 zákona úkony zadavatele spojené s hodnocením nabídky vybraného uchazeče, a současně zrušil všechny následující úkony zadavatele v předmětném zadávacím řízení. Výrokem IV. napadeného rozhodnutí pak Úřad zadavateli uložil podle § 119 odst. 2 zákona uhradit náklady řízení.

29. 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.*“
30. 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 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*“.

Rozklad

31. 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.
32. 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.

33. S ohledem na výše uvedené skutečnosti a argumenty navrhovatel v rozkladu navrhol, 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.

Rozhodnutí předsedy Úřadu

34. Předseda Úřadu vydal dne 9. 10. 2015 rozhodnutí č. j. R368/2014/VZ-32591/2015/323/MO_d (dále jen „rozhodnutí předsedy Úřadu“), kterým zrušil rozhodnutí č. j. ÚOHS-S578/2014 a věc vrátil Úřadu k novému projednání.
35. Předseda Úřadu se ve svém rozhodnutí vyjadřuje k problematice řešené v rozhodnutí č. j. ÚOHS-S578/2014, tedy zda byl zadavatel oprávněn umožnit doplnit kvalifikaci vybraného uchazeče prostřednictvím nového vzorku, který byl současně i předmětem hodnocení, či nikoliv.
36. Před vlastním posouzením případu nejprve předseda Úřadu v rozhodnutí vyložil zákonná ustanovení týkající se kvalifikačních požadavků zadavatele a prokazování jejich splnění uchazeči. V bodu 28. - 32. rozhodnutí předsedy Úřadu je uvedeno, že je zapotřebí odlišovat materiální a formální 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.*

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.

V tomto smyslu je tedy nutno vykládat i technický kvalifikační předpoklad podle § 56 odst. 1 písm. e) zákona. 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. 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. 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 je již „vyráběno“ a dodavatel je objektivně schopen jej v téže technické podobě opatřit, a to alespoň stejnou dodavatelskou (lhostejno zda pouze obchodní či přímo výrobní) cestou,

kerou 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.“.

37. Předseda Úřadu v druhostupňovém rozhodnutí uvedl, že měl Úřad v napadeném rozhodnutí postavit najisto, 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 (kvalifikace 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. Při novém projednání věci je tak dle druhostupňového rozhodnutí předsedy Úřad povinen zjistit, zda skutečnosti rozhodné pro splnění kvalifikace nastaly ve lhůtě pro podání nabídek, byť vzorky a souprava přístroje byly předloženy až po uplynutí této lhůty.
38. Pokud dle předsedy Úřadu bude v rámci prováděného správního řízení zjištěno, že vybraný uchazeč doplnil kvalifikaci v souladu se zákonem, pak je Úřad povinen přezkoumat, zda se v případě předmětných vzorků nejednalo o součást samotné nabídky, a zda předložením nových vzorků fakticky nedošlo k nepřípustné změně nabídky. Skutečnost, 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 dle předsedy Úřadu zřejmá již z toho, 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“. Připuštění možnosti předkládat nové vzorky způsobem, jak tomu bylo v posuzovaném případě, by dle předsedy Úřadu 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. Takový postup je nepřípustný, jak judikoval Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 2 As 6/2015-38 ze dne 3. 6. 2015.
39. Na základě rozhodnutí předsedy Úřadu je Úřad povinen opětovně přezkoumat postup zadavatele při posuzování prokazování splnění kvalifikačních předpokladů uchazeči a na základě vhodných důkazů zjistit skutkový stav, o němž nejsou důvodné pochybnosti.
40. S ohledem na skutečnost, že ostatní výroky rozhodnutí č. j. ÚOHS-S578/2014, především výrok II. a skrze tento pak i na něj navazující výroky III. a IV., které nebyly napadeny rozkladem, úzce souvisí a v podstatě navazují na výrok I. napadeného rozhodnutí, vůči kterému navrhovatel ve svém rozkladu brojí, a jelikož závěry Úřadu týkající se správnosti posouzení kvalifikace vybraného uchazeče mohou být určující i pro jeho závěry o správnosti postupu zadavatele při výběru nabídky vybraného uchazeče jako nejvhodnější, pak z těchto důvodů dospěl předseda Úřadu k závěru, že všechny výroky napadeného rozhodnutí tvoří nedílný celek, a tak je Úřad povinen zohlednit své nově učiněné závěry týkající se výroku I. napadeného rozhodnutí i při posouzení ostatních výroků napadeného rozhodnutí, především výroků II. a III., které se týkají postupu zadavatele při hodnocení nabídky vybraného uchazeče zadavatelem.

III. POKRAČOVÁNÍ SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

41. Oznámení o pokračování správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení přípisem č. j. ÚOHS-S578/2014/VZ-34069/2015/511/BMa ze dne 16. 10. 2015. Současně Úřad účastníkům řízení usnesením č. j. ÚOHS-S578/2014/VZ-34073/2014/511/BMa ze dne 16. 10. 2015 určil lhůtu, v níž mohli navrhopvat důkazy, či činit jiné návrhy a vyjadřovat v řízení své stanovisko. Současně byla zadavateli určena lhůta k podání informace o dalších úkonech, které zadavatel v šetřeném zadávacím řízení provede v průběhu správního řízení.

Vyjádření zadavatele ze dne 22. 10. 2015

42. K otázce, zda byl uchazeč schopen vzorek, jenž splňoval všechny technické parametry požadované zadavatelem, předložit již ve lhůtě pro podání nabídek, zadavatel ve svém vyjádření uvádí, že s možností dodávat přístroj, který by měl předmětnou funkci „Místo pro doplnění údajů pomocí tlačítek nebo dotykového displeje“, se seznámili odborní pracovníci zadavatele již v rámci doprovodného programu na konferenci TISPOLu v Edinburgu v roce 2012, tedy před vyhlášením předmětného zadávacího řízení, z čehož vyplývá, že přístroj, jenž splňoval všechny technické parametry požadované zadavatelem, měl vybraný uchazeč ve lhůtě pro podání nabídek minimálně ve své dodavatelské dispozici. Tato skutečnost je potvrzena i dopisy vybraného uchazeče ze dne 25. 11. 2013 a 3. 12. 2013 zaslány mi zadavateli.

43. Zadavatel nezpochybňuje, že přístroj předložený vybraným uchazečem jako vzorek pro posouzení splnění kvalifikačních předpokladů předmětnou funkcionalitu neměl, podstatné ovšem bylo, že tato funkcionalita nebyla na soutěžním vzorku požadovaná, protože nebyla předmětem uživatelských zkoušek. Z nabídky vybraného uchazeče je dle zadavatele zřejmé, že jako plnění bude dodán přístroj, který předmětnou funkcionalitou vybaven bude.

44. K otázce, zda předmětné vzorky nebyly součástí samotné nabídky a zda předložením nových vzorků fakticky nedošlo k nepřipustné změně nabídky, zadavatel uvádí, že pokud by se předložením nových vzorků mělo jednat o neoprávněnou změnu nabídky, pak by tyto vzorky musely být zadavatelem požadovány jako další doklady či náležitosti nabídky. Vzorky však v daném případě byly požadovány výhradně jako technický kvalifikační předpoklad dle § 56 odst. 1 písm. e) zákona. Zadavatel tvrdí, že nabídka vybraného uchazeče měněna nebyla, protože již ve lhůtě pro podání nabídek v ní bylo uvedeno, že nabízený přístroj má předmětnou požadovanou funkci, přičemž zásadní je dle zadavatele skutečnost, že předmětná funkce nebyla předmětem hodnocení, tj. že přístroj předložený v rámci kvalifikace tuto funkci obsahovat nemusel. Zadavatel proto dává Úřadu k posouzení, zda skutečně byl zadavatel povinen vyžádat si od vybraného uchazeče nový vzorek z důvodu, že vzorek, který předložil vybraný uchazeč v nabídce, neměl předmětnou funkcionalitu a kvalifikace tak byla opakována.

45. Podle zadavatele se Úřad dopustil chybné argumentace v bodu 59. rozhodnutí č. j. ÚOHS-S765/2013, kde uvádí, že není-li v samotných zadávacích podmínkách stanoveno jinak, musí předložené vzorky splňovat veškeré požadavky, vlastnosti a parametry, které zadavatel vymezil v zadávacích podmínkách, a protože přístroj předložený v rámci kvalifikace v nabídce vybraným uchazečem všechny požadované funkce nesplňoval, rozhodl Úřad, že vybraný

uchazeč kvalifikaci nesplnil. V zadávacích podmínkách bylo dle názoru zadavatele uvedeno, že v rámci kvalifikace uchazeči předloží v nabídce přístroj, který bude mít všechny funkce, aby s ním bylo možné provést v rámci hodnocení nabídek uživatelské zkoušky, z čehož vyplývá, že zadavatel tedy v zadávacích podmínkách stanovil jinak. Zadavatel se proto domnívá, že v případě pochybností, jak vykládat zadávací podmínku, že přístroj předložený v rámci kvalifikace v nabídce má mít všechny funkce ze zadávacích podmínek, nebo jen takové, aby s ním mohly být provedeny uživatelské zkoušky, měl Úřad rozhodnout ve prospěch vybraného uchazeče, protože tak se dle názoru zadavatele postupuje vždy, když je možný dvojitý výklad. I když dle zadavatele je ze znění zadávací dokumentace jasné, že soutěžní vzorek má mít pouze vlastnosti, které jsou předmětem uživatelských zkoušek, pak hodnotící komise kontrolovala splnění všech požadovaných vlastností nabízeného předmětu plnění pouze v nabídce, nikoliv na soutěžním vzorku, na kterém bylo pouze zkontrolováno, že má všechny funkce potřebné pro provedení uživatelských zkoušek.

46. Vzhledem k tomu, že opakování kvalifikace již nelze zhojit, žádá zadavatel závěrem Úřad, aby se nezabýval otázkou, zda byla kvalifikace doložena v souladu se zákonem či nikoliv, a to z důvodu, že vybraný uchazeč kvalifikaci splnil již při předložení soutěžního vzorku ve lhůtě pro podání nabídek, protože předmětná funkce nebyla v zadávacích podmínkách na soutěžním vzorku požadovaná, a z tohoto pohledu je pak otázka, zda byl v opakování kvalifikace technický kvalifikační předpoklad předložení vzorku vybraným uchazečem doložen v souladu s tehdy platnou zákonnou úpravou či nikoliv, irelevantní. Podle názoru zadavatele by Úřad měl vždy posuzovat zadávací řízení na základě skutečného stavu věcí nezávisle na tom, že v předchozím období rozhodl odlišně, a provést zhojení svého postupu tak, jak je to v daném případě možné. Zadavatel zároveň neuvádí k odůvodnění svého stanoviska žádné nové argumenty, které by nyní Úřad nesměl připustit.

Vyjádření vybraného uchazeče ze dne 23. 10. 2015

47. K materiální stránce prokázání splnění kvalifikačních předpokladů spočívající v prokázání skutečnosti, že konkrétní zboží reprezentované vzorkem je již vyráběno a dodavatel je toto zboží schopen obstarat konkrétní dodavatelskou cestou, přičemž tyto rozhodné skutečnosti musely nastat nejpozději k poslednímu dni, ke kterému bylo možné podat nabídku, uvádí vybraný uchazeč následující.
48. Výrobce, tedy obchodní společnost Dräger Safety AG & Co. KGaA, IČ HRB 4097 HL, spol. založená a existující podle německého práva, se sídlem na adrese Revalstrasse 1, 23560 Lübeck, Spolková republika Německo (dále jen jako „výrobce“), systém pro odběr vzorků v softwarovém nastavení umožňujícím doplnit údaje prostřednictvím tlačítek, která jsou umístěna přímo na přístroji, vyráběl již před lhůtou pro podání nabídek, tj. před 17. 10. 2013. Vzorky tedy existovaly a byly k dostání již ve lhůtě pro podání nabídek, o čemž svědčí přiložené čestné prohlášení výrobce ze dne 22. 10. 2015 a návod k použití k nabízenému přístroji předložený jak v rámci podané nabídky tak posléze i s dodatečně předloženým přístrojem. V čl. 4.5.1 tohoto návodu je existence požadované funkcionality přístroje výslovně zmíněna. Návod k použití byl dle vyjádření vybraného uchazeče výrobcem vytvořen v prosinci 2012, tj. více než půl roku před koncem lhůty pro podání nabídek, což dokazuje popiska v závěru tohoto návodu, kde je uvedeno „Edice 02 – December 2012, 90 33 320-GA 4755.306_MUL233“. Tento návod byl navíc zadavateli předkládán společně s nabídkou

vybraného uchazeče a je proto již od počátku součástí spisového materiálu vztahujícího se k veřejné zakázce.

49. Vybraný uchazeč dále dodává, že jeho schopnost dodat vzorek přístroje před uplynutím lhůty pro podání nabídky vyplývá mj. i ze skutečnosti, že vzorek přístroje zaslaný současně s nabídkou a vzorek přístroje dodatečně předložený v rámci posuzování splnění kvalifikačních kritérií byl stále jeden a tentýž typ přístroje Dräger DrugTest 5000 se stejným objednacím číslem. K danému typu přístroje s tímto objednacím číslem se vztahuje a již od začátku vztahoval výše uvedený návod k použití z roku 2012, z čehož vyplývá, že přístroj s daným výrobním číslem skutečně objektivně požadavek na danou funkcionalitu splňuje.
50. K otázce, zda se v případě předmětných vzorků nejednalo o součást samotné nabídky, a zda předložením nových vzorků fakticky nedošlo k nepřipustné změně nabídky, vybraný uchazeč uvádí, že předložením přístroje Dräger DrugTest 5000 v softwarovém nastavení umožňujícím doplnit údaje prostřednictvím tlačítek k nepřipustné změně nabídky nedošlo a že jeho postup vyhovuje obsahu rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne č. j. 2 As 6/2015 – 38, na který je poukazováno ze strany předsedy Úřadu. Vybraný uchazeč se domnívá, že předkládané vzorky mohou být jak dokladem o splnění technických kvalifikačních předpokladů tak zároveň součástí nabídky, přičemž je nezbytné rozlišovat, které vlastnosti předkládaného vzorku byly předmětem posuzování splnění kvalifikace a které jeho vlastnosti byly předmětem hodnocení nabídek. Dle názoru vybraného uchazeče nemůže uchazeč měnit údaje (vlastnosti vzorku), které jsou předmětem hodnocení nabídek, neboť takový postup by zakládal porušení zásady transparentnosti a rovného zacházení. Jako nelogické však vybraný uchazeč shledává to, že by uchazeč nebyl oprávněn měnit údaje (vlastnosti vzorku), které nejsou předmětem hodnocení nabídek a které jsou výlučně předmětem posuzování splnění kvalifikace, neboť se domnívá, že v důsledku doplnění požadavku, který je výlučně předmětem posuzování splnění kvalifikace, nemůže dojít k porušení zásady transparentnosti a rovného zacházení, když navíc zákon takový postup výslovně v ustanovení § 59 odst. 4 předvídá.
51. Vybraný uchazeč se domnívá, že daná funkcionalita - možnost doplnění údajů prostřednictvím tlačítek, jež jsou umístěna přímo na přístroji - byla jakožto vlastnost předkládaného vzorku výlučně předmětem posuzování splnění kvalifikace. Z tabulky k provedení uživatelských zkoušek dle vybraného uchazeče vyplývá, že parametr „Vyhodnocení testu“ spočíval pouze v jednoznačnosti výsledku (pozitivní, negativní nebo neplatný) a čitelnosti zobrazených hodnot na displeji přístroje a na vytištěném „Záznamu“. Předmětem hodnocení tedy nebylo to, zda je možné do přístroje doplnit údaje prostřednictvím tlačítek, která jsou umístěna přímo na přístroji, či např. to, jak komfortní je pro uživatele takové zadávání. Vzhledem k tomu, že doplňovaná funkcionalita nebyla předmětem žádného z hodnotících kritérií, domnívá se vybraný uchazeč, že tato vlastnost byla výlučně předmětem posuzování splnění kvalifikace, a proto v důsledku jejího doplnění nemohlo dojít k ovlivnění jakéhokoliv hodnotícího kritéria a k porušení zásady transparentnosti a rovného zacházení.
52. Vybraný uchazeč závěrem shrnuje, že k prokázání splnění technického kvalifikačního předpokladu podle ustanovení § 56 odst. 1 písm. e) zákona dle jeho názoru došlo způsobem, jaký předepisoval § 59 odst. 4 zákona a dále že doplněním vzorku o chybějící funkcionalitu nedošlo k nepřipustné změně nabídky, když tímto doplněním došlo výlučně k doplnění

kvalifikace vybraného uchazeče. Vybraný uchazeč proto navrhuje, aby Úřad návrh navrhovatele v části směřující proti postupu zadavatele při posouzení kvalifikace vybraného uchazeče podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona zamítnul, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 zákona.

53. K ostatním výrokům rozhodnutí č. j. ÚOHS-S578/2014, tedy k výroku II., III. a IV., vybraný uchazeč uvádí, že jakkoliv se domnívá, že předložení nového vzorku bylo pouze doplněním kvalifikace, nikoliv změnou nabídky, a proto v jeho důsledku nemohlo dojít ke změně výsledků uživatelských zkoušek při hodnocení a z materiálního hlediska proto není nezbytné provádět uživatelské zkoušky nové, tato skutečnost nic nemění na závěru Úřadu v uvedeném rozhodnutí č. j. ÚOHS-S578/2014, že z formálního hlediska postup zadavatele spočívající v tom, že neprovedl nové uživatelské zkoušky a použil výsledky uživatelských zkoušek provedených v rámci hodnocení nabídek ze dne 1. 11. 2013, přestože toto hodnocení bylo předchozím rozhodnutím Úřadu zrušeno, byl procesně nesprávný. S ohledem na to a na skutečnost, že rozhodnutí týkající se výroku I. ve znění navrhovaném vybraným uchazečem se ostatních výroků uvedeného rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S578/2014 nijak nedotýká, vybraný uchazeč navrhuje, aby Úřad ve věci výroků II., III. a IV. rozhodl opětovně tak, jak rozhodl ve svém rozhodnutí č. j. ÚOHS-S578/2014.
54. Usnesením č. j. ÚOHS-S578/2014/VZ-37750/2014/511/BMa ze dne 4. 11. 2015 určil Úřad zadavateli lhůtu k podání informace o všech úkonech, které zadavatel provedl v šetřeném zadávacím řízení v období od 3. 10. 2014 do současnosti. Zadavatel dne 6. 11. 2015 sdělil, že v inkriminovaném období neprovedl v souvislosti se zadávacím řízením žádné další úkony.
55. Usnesením č. j. ÚOHS-S578/2014/VZ-38406/2014/511/BMa ze dne 9. 11. 2015 určil Úřad účastníkům řízení lhůtu, ve které byli oprávněni vyjádřit se k podkladům pro rozhodnutí. Zadavatel a navrhovatel se ve stanovené lhůtě ani později k podkladům pro rozhodnutí nevyjádřili.
56. Dne 10. 11. 2015 požádal vybraný uchazeč prostřednictvím svého právního zástupce o nahlédnutí do spisu, které se uskutečnilo dne 12. 11. 2015.

Vyjádření vybraného uchazeče ze dne 16. 11. 2015

57. Dne 16. 11. 2015 zaslal Úřadu vybraný uchazeč své vyjádření k podkladům rozhodnutí, ve kterém reaguje na vyjádření zadavatele ze dne 22. 10. 2015. Vybraný uchazeč se s tvrzením zadavatele, že vzorek předložený vybraným uchazečem již ve lhůtě pro podání nabídek splňoval požadovanou kvalifikaci, plně ztotožňuje a uvádí, že dle jeho názoru zadávací dokumentace k veřejné zakázce objektivně požadavek na to, aby předkládaný vzorek splňoval všechny vlastnosti uvedené v příloze č. 5 (Technických podmínkách), potažmo danou funkcionalitu - možnost doplnění údajů prostřednictvím tlačítek, která jsou umístěna přímo na přístroji, sama o sobě neklade. Shodně s názorem zadavatele se vybraný uchazeč domnívá, že předkládaný vzorek musel mít pouze takové vlastnosti, aby s ním bylo možné provést uživatelské zkoušky.
58. Argument, podle kterého měl vybraný uchazeč v dodavatelské dispozici přístroj s požadovanou funkcionalitou již ve lhůtě pro podání nabídek, podporují dle názoru vybraného uchazeče i sdělení obsažená v dopisech ze dne 25. 11. a 3. 12. 2013 adresovaných zadavateli (viz bod 76. odůvodnění tohoto rozhodnutí), z nichž vyplývá fakt, že přístroj s

danou funkcionalitou vybraný uchazeč pouze nechal připravit a nemusel tedy například činit kroky nezbytné k tomu, aby daný software byl vyvinut či přístroj s takovou funkcí teprve nechat vyrobit. Přístroj tedy nemusel být zadáván do výroby (jak nepřesně uvedl zadavatel ve svém vyjádření), neboť se jednalo o stejný typ přístroje, pouze s jiným volitelným a dostupným softwarovým nastavením.

59. K argumentu zadavatele, že předložení nového vzorku ze strany vybraného uchazeče nebylo neoprávněnou změnou nabídky, neboť v nabídce vybraného uchazeče byla předmětná funkcionalita výslovně uvedena a v případě veřejné zakázky byly vzorky požadovány výhradně jako technický kvalifikační předpoklad dle § 56 odst. 1 písm. e) zákona, vybraný uchazeč uvádí, že vzhledem k tomu, že řešená funkcionalita bezesporu nebyla předmětem žádného z hodnotících kritérií, nemohlo v důsledku jejího doplnění dojít bez ohledu na vše další k nepřípustné změně nabídky či k ovlivnění jakéhokoliv hodnotícího kritéria. V důsledku toho nemohlo dojít ani k porušení zásady transparentnosti a rovného zacházení.
60. Závěrem vybraný uchazeč navrhuje, aby Úřad v souladu s ustanovením § 118 odst. 5 zákona návrh navrhovatele ze dne 16. 7. 2014 v plném rozsahu zamítl. Dojde-li po provedeném řízení Úřad pro ochranu hospodářské soutěže opětovně k závěru, že vybraný uchazeč nesplnil kvalifikaci již ve lhůtě pro podání nabídek, navrhuje vybraný uchazeč v návaznosti na vše výše uvedené a současně i na obsah svého vyjádření ze dne 23. 10. 2015, aby Úřad ohledně výroků I. - IV. opětovně rozhodl tak, jak rozhodl ve svém rozhodnutí č. j. ÚOHS-S578/2014.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

61. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o šetřené veřejné zakázce, vyjádření předložených účastníky řízení, závěrů vyplývajících z druhostupňového rozhodnutí a na základě vlastního zjištění rozhodl o zamítnutí návrhu navrhovatele v části týkající se postupu zadavatele při posouzení splnění kvalifikačních předpokladů vybraným uchazečem, a současně rozhodl o tom, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v ustanovení § 76 odst. 1 zákona, v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona, když v rámci posouzení nabídky vybraného uchazeče zadavatel posuzoval z hlediska splnění požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách vzorek, který vybraný uchazeč dodatečně doložil na základě výzvy zadavatele podle § 59 odst. 4 zákona pro účely prokázání splnění kvalifikace, a nikoliv vzorek, který vybraný uchazeč předložil jako součást nabídky podané dne 17. 10. 2013, čímž současně nedodržel zásadu transparentnosti, přičemž tento postup mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

V. RELEVANTNÍ USTANOVENÍ ZÁKONA

62. Zadavatel je podle ustanovení § 6 odst. 1 zákona povinen v zadávacím řízení dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
63. Dle § 43 odst. 1 zákona je zadávací lhůtou lhůta, po kterou jsou uchazeči svými nabídkami vázáni, přičemž dle § 43 odst. 3 zákona začíná zadávací lhůta běžet okamžikem skončení lhůty pro podání nabídek a končí dnem doručení oznámení zadavatele o výběru nejvhodnější

nabídky. Zadávací lhůta se prodlužuje uchazečům, s nimiž může zadavatel v souladu s tímto zákonem uzavřít smlouvu, až do doby uzavření smlouvy podle § 82 odst. 4 nebo do zrušení zadávacího řízení.

64. Dle § 52 odst. 1 zákona je dodavatel povinen v otevřeném řízení a ve zjednodušeném podlimitním řízení prokázat splnění kvalifikace ve lhůtě pro podání nabídek.
65. Dle ustanovení § 56 odst. 1 písm. e) zákona může veřejný zadavatel k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na dodávky požadovat vzorky, popisy nebo fotografie zboží určeného k dodání.
66. Na základě ustanovení § 59 odst. 1 zákona veřejný zadavatel posoudí prokázání splnění kvalifikace dodavatele z hlediska požadavků stanovených v souladu s tímto zákonem.
67. Ustanovení § 59 odst. 4 zákona uvádí, že veřejný zadavatel může požadovat po dodavateli, aby písemně objasnil předložené informace či doklady nebo předložil další dodatečné informace či doklady prokazující splnění kvalifikace. Dodavatel je povinen splnit tuto povinnost v přiměřené lhůtě stanovené veřejným zadavatelem. Skutečnosti rozhodné pro splnění kvalifikace musejí nastat ve lhůtě podle § 52.
68. Dle § 76 odst. 1 zákona posoudí hodnotící komise nabídky uchazečů z hlediska splnění zákonných požadavků a požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách a z hlediska toho, zda uchazeč nepodal nepřijatelnou nabídku podle § 22 odst. 1 písm. d). Nabídky, které tyto požadavky nespĺňují, musí být vyřazeny.
69. Dle § 76 odst. 3 zákona může hodnotící komise v případě nejasností požádat uchazeče o písemné vysvětlení nabídky. Hodnotící komise může rovněž požádat o doplnění dokladů podle § 68 odst. 3 zákona. V žádosti hodnotící komise uvede, v čem spatřuje nejasnosti nabídky, které má uchazeč vysvětlit, nebo které doklady má uchazeč doplnit.
70. Dle § 76 odst. 4 zákona může hodnotící komise po písemném zdůvodnění nejasností nabídky prizvat uchazeče na jednání hodnotící komise za účelem vysvětlení jeho nabídky.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o veřejné zakázce a z podkladů správního řízení

71. 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.
72. Technické požadavky zadavatele na testy OPL a přístroje pro vyhodnocení výsledků testů OPL zadavatel stanovil v příloze č. 5 k zadávací dokumentaci, podle které zadavatel mimo jiné požadoval následující:

„Místo pro doplnění údajů pomocí tlačítek nebo dotykového displeje:

- *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“.

73. V čl. 8 zadávací dokumentace je stanoven způsob posouzení a hodnocení nabídek následovně: *„V rámci posouzení nabídek provedou členové hodnotící komise u každé předložené nabídky praktické posouzení, zda předložené vzorky splňují požadavky zadavatele v rozsahu dle zadávací dokumentace v rozsahu dle níže uvedené tabulky...Do hodnocení nabídek postoupí pouze ti uchazeči, u kterých v rámci praktického posouzení vzorků nebude zjištěno nesplnění požadavků a parametrů dle níže uvedené tabulky.“* V tabulce jsou pak uvedeny parametry posouzení vzorku z hlediska hygienické bezpečnosti (vyloučení fyzického kontaktu s odebraným biologickým vzorkem) a z hlediska trvanlivosti potisku na obalu (čitelnost základních údajů a expirační doby).
74. 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.“* V tabulce k provedení uživatelských zkoušek, do které měli hodnotitelé zaznamenat udělený počet bodů, jsou uvedeny parametry uživatelských zkoušek následovně: *„Příprava testu před odběrem“, „Odběr biologického vzorku“, „Manipulace s biologickým vzorkem“, „Příprava testu na vyhodnocení po odběru“, „Vyhodnocení testu“* – v rámci kterého byla hodnocena jednoznačnost výsledku, čitelnost zobrazených hodnot na displeji přístroje a na vytištěném *„Záznamu o testu“, „Výsledek testu cca do 10 minut“* – v rámci kterého byl hodnocen čas od ukončení odběru biologického vzorku do zobrazení výsledku testu OPL na displeji.
75. Úřad dále zjistil, že vybraný uchazeč předložil v rámci své nabídky přístroj včetně testovacích kazet označený *„Dräger DrugTest 5000 Test Kit a Dräger DrugTest 5000 Analyzer“*, včetně návodu k použití, v jehož bodu 4.5.1 je uvedeno následující: *„Volitelné: 4.5.1. Zadávání dat – prostřednictvím odpovídajících tlačítek na ovládacím panelu zadejte údaje o zkoušené osobě a o uživateli, spusťte tisk výsledků zkoušky a datový blok uložte do paměti. Za tím účelem sledujte pokyny na displeji“.* V zadní části přebalu návodu je uvedeno, že se jedná o *„Edition 02 – December 2012 (Edition 01 – December 2011)“.*
76. K otázce prokázání splnění požadované kvalifikace vybraným uchazečem se vztahují dva dopisy zasláné v průběhu zadávacího řízení vybraným uchazečem zadavateli. V dopisu ze dne 25. 11. 2013, z jehož textu vyplývá, že je reakcí na e-mail zadavatele ze dne 21. 11. 2013 týkající se nejasností ohledně nabízeného vzorku přístroje, je vybraným uchazečem uvedeno, že na základě několikaletých praktických zkušeností Policie ČR s používáním nabízeného přístroje: *„jsme pro soutěžní vzorek použili aktuálně používanou verzi software, která je velice dobře akceptovatelná a která technické podmínky formálně splňuje. Zadávání doplňujících údajů bylo uživatelům z řad Policie ČR v minulosti nabízeno, bylo ale odmítnuto jako v praxi neupotřebitelné a nadbytečné. Toto řešení je nicméně možné.“* V dopisu ze dne

3. 12. 2013, jehož obsahem je sdělení vybraného uchazeče týkající se poskytnutí součinnosti k uzavření kupní smlouvy, je uvedeno, že pro praktické ověření parametrů a vlastností přístroje nechal vybraný uchazeč „připravit přístroj Dräger DrugTest 5000 v softwarové konfiguraci, která je v souladu s požadavky z předchozích jednání tak, aby umožňoval doplnit údaje o testované osobě prostřednictvím tlačítek umístěných na přístroji.“, přičemž vybraný uchazeč dále uvádí „*Jelikož k přípravě přístroje potřebujeme součinnost s výrobním závodem a navíc určitý čas na transport, předpokládám, že přístroj i testy předložíme během následujícího týdne.*“.
77. Z protokolu o posouzení kvalifikace ze dne 18. 10. 2013 vyplývá, že zadavatel vyzval uchazeče ELAS Brno k doplnění dokladu podle § 53 odst. 1 písm. h) zákona, neboť ve své nabídce doložil potvrzení správy sociálního zabezpečení o tom, že nemá nedoplatek na pojistném pouze ve vztahu ke statutárním orgánům a nikoliv ve vztahu k samotné společnosti.
78. Z důvodu, že Úřad rozhodnutím č. j. ÚOHS-S765/2013/VZ-6141/2014/511/JPo ze dne 21. 3. 2014 zrušil posouzení kvalifikace vybraného uchazeče, muselo posouzení kvalifikace ve vztahu k vybranému uchazeči proběhnout znovu. V protokolu o posouzení kvalifikace ze dne 29. 5. 2014 je v souladu s uvedeným rozhodnutím Úřadu konstatováno, že vybraný uchazeč nesplňuje kvalifikaci, neboť jím předložený vzorek „*neumožňuje doplnit údaje o testované osobě, tak jak bylo uvedeno v zadávací dokumentaci, a to prostřednictvím tlačítek, které jsou umístěny přímo na přístroji*“ a bude tak v souladu s § 59 odst. 4 zákona vyzván k předložení „*nového vzorku, který bude splňovat podmínky zadávací dokumentace*“. Na základě výzvy k doplnění nového vzorku ze dne 29. 5. 2014 vybraný uchazeč dne 4. 6. 2014 předložil nový vzorek. Dle následného protokolu o posouzení kvalifikace hodnotící komise konstatovala, že po doplnění nového vzorku a ověřením předmětné funkcionality vybraný uchazeč prokázal splnění kvalifikace.
79. V čestném prohlášení ze dne 22. 10. 2015, které Úřadu v rámci správního řízení předložil vybraný uchazeč, výrobce zmiňovaného systému pro odběr vzorků OPL, označeného jako Dräger DrugTest 5000, prohlašuje, že ze dne 22. 10. 2015, které Úřadu v rámci správního řízení předložil vybraný uchazeč, tyto výrobky byly v softwarovém nastavení umožňujícím doplnit údaje o testované osobě prostřednictvím tlačítek na displeji vyráběny již před lhůtou k podání nabídek, tj. před 17. 10. 2013, přičemž vybraný uchazeč jakožto dceřiná společnost výrobce a autorizovaný dodavatel byl objektivně schopen uvedený výrobek před lhůtou pro podání nabídky od výrobce opatřit a předložit jej v rámci své nabídky.
80. V protokolu o novém posouzení a hodnocení nabídek je uvedeno, že hodnotící komise nabídku navrhovatele a uchazeče ELAS Brno „*znovu neposuzovala, jelikož její posouzení již proběhlo a od té doby nenastaly žádné změny*“. K nabídce vybraného uchazeče pak hodnotící komise uvedla, že splnila veškeré zadávací podmínky, včetně posuzovaných parametrů, a dále uvedla, že „*doplnění funkce «doplnění údajů o testované osobě prostřednictvím tlačítek umístěných přímo na přístroji» nijak neovlivnilo či nezměnilo ostatní funkce přístroje, což dokládá i prohlášení uchazeče Dräger Safety s.r.o., jehož kopie je přiložena k tomuto protokolu. Jelikož nedošlo na přístroji předloženým uchazečem Dräger Safety s.r.o., k žádné změně funkcionalit, které byly zkoušeny a hodnoceny v rámci uživatelských zkoušek, komise k hodnocení použila výsledky uživatelských zkoušek, které již proběhly. Protokoly z těchto*

uživatelských zkoušek jsou přiloženy u protokolu o jednání hodnotící komise č. j. PPR-10133-33/ČJ-12013-990640.“

K postupu zadavatele při posouzení splnění kvalifikačních předpokladů vybraným uchazečem

81. Vázán právními závěry rozhodnutí předsedy Úřadu, dle kterých je Úřad povinen přezkoumat, zda vybraný uchazeč předložením nového vzorku prokázal splnění kvalifikačních předpokladů k datu podání nabídky, tj. k 17. 10. 2013, Úřad uvádí následující.
82. V rámci prokazování splnění technického kvalifikačního kritéria požadoval zadavatel po uchazečích předložit vzorky testů OPL a vzorek soupravy přístroje, jejichž technickou specifikaci dále vymezil v příloze č. 5 k zadávací dokumentaci. Předložením přístroje s konkrétními technickými parametry (tj. splněním formální stránky kvalifikace tak, jak je definována v bodu 36. odůvodnění tohoto rozhodnutí) tak měli uchazeči doložit skutečnost, že splňují kvalifikaci v materiálním pojetí (která je definována v bodě 36. odůvodnění rozhodnutí jako faktická existence skutečností, které odpovídají nárokům zadavatele kladeným na dodavatele), tedy že disponují předmětem případného budoucího plnění, jenž odpovídá nárokům vymezeným v zadávacích podmínkách. Vybraný uchazeč ve své nabídce předložil vzorek, který však nesplňoval jeden z požadovaných technických parametrů, tj. neumožňoval doplnit údaje o testované osobě, tak jak bylo uvedeno v zadávací dokumentaci, tj. prostřednictvím tlačítek, které jsou umístěny přímo na přístroji.
83. Dle § 59 odst. 4 zákona může veřejný zadavatel v případě, že dodavatel předložil informace či doklady, jimiž prokazuje splnění stanovených kvalifikačních předpokladů a které nejsou jednoznačné, srozumitelné či úplné, vyzvat tohoto dodavatele k jejich objasnění nebo doplnění. Pokud dodavatel neprokázal splnění příslušné části kvalifikace vůbec, tj. v jeho nabídce zcela chybí požadovaná informace či doklad o kvalifikaci, pak může zadavatel požadovat předložit i další doklady k doplnění kvalifikace, přičemž pod pojmem „*doklad*“ lze obecně rozumět jakýkoliv zákonem připuštěný důkaz o splnění kvalifikace v materiálním pojetí. Tímto důkazem tak mohou být i „*vzorky, popisy nebo fotografie zboží určeného k dodání*“, jež jsou uvedeny v § 56 odst. 1 písm. e) zákona a které objektivně poskytují určité informace o konkrétní podobě a případně dalších vlastnostech zboží tak, aby tyto informace mohly být posouzeny podle § 59 zákona.
84. V této souvislosti Úřad upozorňuje na skutečnost, že zadavatel v rámci posouzení kvalifikace ze dne 18. 10. 2013 nejprve zjistil, že uchazeč ELAS Brno nedoložil v nabídce doklad o splnění kvalifikačních předpokladů podle § 53 odst. 1 písm. h) zákona, a proto se zadavatel rozhodl vyzvat jej k doplnění příslušného dokladu (viz. protokol o posouzení kvalifikace ze dne 18. 10. 2013). Jelikož z protokolu o posouzení kvalifikace ze dne 29. 5. 2014, které bylo provedeno v návaznosti na zrušení předchozího posouzení kvalifikace rozhodnutím Úřadu č. j. ÚOHS-S765/2013 vyplývá, že i vybraný uchazeč neprokázal splnění kvalifikačních požadavků, čímž se vybraný uchazeč a uchazeč ELAS Brno ocitli v obdobném postavení, byl zadavatel povinen pro zachování zásady rovného zacházení vyzvat ve smyslu § 59 odst. 4 zákona k doplnění kvalifikace i vybraného uchazeče.
85. Po výzvě zadavatele k doplnění kvalifikace ze dne 29. 5. 2014 předložil vybraný uchazeč jako vzorek stejný typ přístroje, jaký předložil i původně v nabídce, ovšem v softwarovém nastavení umožňujícím doplnit údaje o testované osobě pomocí tlačítek umístěných přímo na přístroji, přičemž dle závěru hodnotící komise splňoval tento dodatečně předložený

vzorek veškeré technické parametry požadované zadavatelem. Kvalifikace vybraného uchazeče z hlediska formálního pojetí, jak je vymezeno v bodu 36. odůvodnění tohoto rozhodnutí, tak byla prokázána.

86. K otázce, zda vybraný uchazeč splňoval materiální stránku kvalifikace vymezenou v bodu 36. odůvodnění tohoto rozhodnutí, Úřad uvádí následující.
87. Dle § 52 odst. 1 zákona, ve znění účinném k datu zahájení zadávacího řízení, byl vybraný uchazeč povinen prokázat splnění kvalifikačních předpokladů ve lhůtě pro podání nabídek, tedy v konkrétním případě do 17. 10. 2013. I když zákon v ustanovení § 59 odst. 4, ve znění účinném ke dni zahájení zadávacího řízení na veřejnou zakázku, připouští možnost splnit kvalifikaci doložením dalších dokladů a informací 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. Úřad v souladu se závěrem rozhodnutí předsedy Úřadu konstatuje, 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 k poslednímu dni lhůty pro podání nabídek buď ve faktické nebo alespoň v dodavatelské dispozici vybraného uchazeče.
88. Z návodu k použití, který byl přiložen ke vzorku přístroje dodaného společně s nabídkou, vyplývá, že daný přístroj lze, resp. k datu vyhotovení návodu k použití bylo možno dodat s požadovanou funkcionalitou spočívající v možnosti doplnit údaje o testované osobě prostřednictvím tlačítek, která jsou umístěna přímo na přístroji. Tato skutečnost vyplývá z textu obsaženého v návodu k použití „*Volitelné: 4.5.1. Zadávání dat. Prostřednictvím odpovídajících tlačítek na ovládacím panelu...*“. Zadávání dat se tedy dle návodu k použití má provádět prostřednictvím tlačítek na ovládacím panelu (tj. přímo na přístroji, jak požadoval zadavatel). Úřad zjistil, že tato tlačítka jsou nedílnou součástí obou zaslaných vzorků přístroje (což vyplývá i z fotodokumentace k návodu k použití), přístroj je tedy pro případné zadávání dat pomocí tlačítek na ovládacím panelu technicky připraven již z výroby. Z pojmu „*volitelné*“ a „*zadávání dat ...prostřednictvím odpovídajících tlačítek*“ pak vyplývá, že přístroj je dodáván (resp. bylo možno jej dodat) jak v nastavení, které zadávání dat do přístroje prostřednictvím tlačítek obsažených na ovládacím panelu neumožňuje, tak i v nastavení zajišťujícím, že touto funkcionalitou disponuje. Úřad je toho názoru, že fakt, že je daná funkcionalita výslovně zmíněna v návodu k použití, který byl vydán v prosinci 2012, je dokladem toho, že přístroj s daným nastavením byl před koncem lhůty pro podání nabídek (tj. před 17. 10. 2013) již vyráběn.
89. Skutečnost, že přístroj s požadovanou funkcionalitou byl vyráběn již před lhůtou pro podání nabídek do předmětného zadávacího řízení, a že vzorek s touto funkcionalitou byl vybraný uchazeč schopen v této lhůtě zadavateli předložit, je pak jednoznačně potvrzena samotným výrobcem daného přístroje v jeho čestném prohlášení ze dne 22. 10. 2015. Rovněž ze sdělení vybraného uchazeče obsaženého v dopisu ze dne 25. 11. 2013 zaslanému zadavateli vyplývá, že vybraný uchazeč předmětnou funkcionalitu zadavateli již v minulosti nabízel, nicméně z jeho strany nebyl o danou funkci přístroje zájem.
90. Dle právního rozboru materiální stránky kvalifikace uvedeného v rozhodnutí předsedy Úřadu platí, že „*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.“. Úřad konstatuje, že ze shora popsanych skutečností, tj. z návodu k použití, čestného prohlášení výrobce, z dopisu vybraného uchazeče ze dne 25. 11. 2013, lze jednoznačně dojít k závěru, že přístroj obsahující požadovanou funkcionalitu byl již v době před uplynutím lhůty pro podání nabídek vyráběn, a že jeho vzorek byl tedy vybraný uchazeč schopen zadavateli v této lhůtě dodat.

91. Ke sdělení vybraného uchazeče obsaženému v dopisu ze dne 3. 12. 2013, podle kterého měl výrobce požadovaný přístroj „připravit“ v softwarové konfiguraci dle požadavků zadavatele, Úřad uvádí, že z předmětného sdělení vybraného uchazeče nelze (i s ohledem na další skutečnosti uvedené výše) dojít k závěru, že by přístroj měl být teprve vyroben, tj. že by ještě nikdy neexistoval. Z uvedeného sdělení dle Úřadu vyplývá, že vybraný uchazeč, který neměl přístroj o dané softwarové konfiguraci ve faktické dispozici, se obrátil na výrobce s požadavkem na poskytnutí takového přístroje pro účely jeho dodání zadavateli.
92. Dodatečným předložením vzorku přístroje stejného typu s požadovanou funkcionalitou tak vybraný uchazeč dle zjištění Úřadu prokázal, že splňuje technické kvalifikační předpoklady stanovené zadavatelem z hlediska materiálního pojetí, tedy že je schopen zadavateli dodat přístroj s požadovanými technickými parametry, přičemž touto schopností byl nadán i ve lhůtě pro podání nabídky do zadávacího řízení.
93. Dle výše uvedeného Úřad konstatuje, že zadavatel postupoval v souladu s ustanovením § 59 odst. 4 zákona, když vyzval vybraného uchazeče k dodatečnému předložení vzorku přístroje, kterým by prokázal splnění technických kvalifikačních předpokladů. Na základě dodatečně předloženého vzorku přístroje pak zadavatel správně posoudil splnění technických kvalifikačních předpokladů vybraným uchazečem v souladu s § 59 odst. 1 zákona jako prokázané. Část návrhu, ve které navrhovatel napadá nezákonný postup zadavatele při posuzování kvalifikace vybraného uchazeče, proto Úřad zamítá, jelikož nezjistil důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 zákona.

K postupu zadavatele při posouzení nabídky vybraného uchazeče

94. Navrhovatel ve svém návrhu upozorňuje na skutečnost, že zadavatel dle jeho názoru postupoval v rozporu se zákonem, když ze zadávacího řízení nevyločil vybraného uchazeče, přestože přístroj nabízený vybraným uchazečem nevyhovoval požadavkům zadavatele na vlastnosti přístroje pro vyhodnocení výsledků testů OPL, které byly zadavatelem stanoveny v zadávací dokumentaci. Na základě této části návrhu Úřad přistoupil k přezkoumání postupu zadavatele při posouzení nabídky vybraného uchazeče.
95. Úřad dodává, že dle závěrů rozhodnutí předsedy Úřadu má Úřad v případě zjištění splnění kvalifikačních předpokladů vybraným uchazečem přezkoumat, zda se v případě předmětných vzorků nejednalo o součást samotné nabídky, a zda předložením nového vzorku fakticky nedošlo k nepřípustné změně nabídky.
96. V § 43 odst. 1 a 3 zákona je stanoveno, že uchazeči jsou svými nabídkami vázáni po celou dobu zadávací lhůty, která začíná běžet okamžikem skončení lhůty pro podání nabídek a končí dnem doručení oznámení zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky, resp. se

prodlužuje uchazečům, s nimiž může zadavatel v souladu s tímto zákonem uzavřít smlouvu, až do doby uzavření smlouvy nebo do zrušení zadávacího řízení. Uchazeč, jenž je vázán svou nabídkou, nesmí svou nabídku po uvedené dobu zrušit či změnit, je povinen poskytnout zadavateli potřebnou součinnost a uzavřít se zadavatelem ve smyslu obsahu své nabídky smlouvu na realizaci veřejné zakázky, pokud bude jeho nabídka vybrána jako nejvhodnější.

97. Podle § 76 odst. 1 posoudí hodnotící komise nabídky uchazečů z hlediska splnění zákonných požadavků a požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách. Posouzení podaných nabídek je předpokladem pro následné hodnocení nabídek dle zvolených hodnotících kritérií. V rámci procesu posouzení nabídek je úkolem hodnotící komise přezkoumat jak formální, tak zejména obsahový soulad nabídky se zadávacími podmínkami (zejména se zadávací dokumentací, a to zejména se zaměřením na obchodní podmínky zadavatele a požadavky na plnění veřejné zakázky) a zákonnými požadavky (např. požadavky na nabídky dle § 68 a násl. zákona). Hodnotící komise v této fázi přezkoumává nejen pouhou fyzickou přítomnost zadavatelem stanovených dokladů v nabídce, ale rovněž obsahovou stránku jednotlivých dokladů.
98. Ze zadávací dokumentace Úřad zjistil, že vzorek přístroje předložený uchazeči v nabídkách měl být použit nejen k prokázání splnění kvalifikačních předpokladů uchazeče, ale určité jeho parametry měly být zkoumány i v rámci posouzení nabídek, jakož i následně ve fázi jejich hodnocení, kdy měly být vzorky podrobeny uživatelským testům, jejichž výsledky se poté promítly do bodového hodnocení nabídek v dílčím hodnotícím kritériu „Uživatelské zkoušky“. V rámci posouzení nabídek hodnotící komise zjišťovala, zda předložené vzorky splňují požadavky zadavatele v rozsahu dle zadávací dokumentace (z hlediska hygienické bezpečnosti - vyloučení fyzického kontaktu s odebraným biologickým vzorkem, a z hlediska trvanlivosti potisku na obalu - čitelnost základních údajů a expirační doby – viz bod 8 zadávací dokumentace). Do hodnocení nabídek pak měli postoupit pouze ti uchazeči, u kterých v rámci posouzení vzorků ve fázi posouzení nabídek hodnotící komise nezjistila nesplnění požadavků a vymezených parametrů.
99. Dle Úřadu je tedy zapotřebí rozlišovat charakter vzorku přístroje předloženého v nabídce dle konkrétní fáze zadávacího řízení - ve fázi posuzování kvalifikace figuruje vzorek přístroje jako doklad o prokázání splnění kvalifikačních předpokladů uchazečem; ve fázi posouzení nabídky představuje součást nabídky, která má být dle zákona v těchto fázích zadávacího řízení posouzena s ohledem na splnění zákonných požadavků a požadavků zadavatele stanovených v zadávacích podmínkách. Teprve pokud je při posouzení zjištěno, že nabídka všechny stanovené podmínky splňuje, může být následně hodnocena.
100. Úřad uvádí, že zatímco ve fázi posuzování kvalifikace uchazeče může být vzorek předložený současně s nabídkou v průběhu posuzování splnění kvalifikace nahrazen jiným dodatečně předloženým vzorkem, na základě kterého bude poté posouzeno splnění kvalifikačních předpokladů uchazečem (s ohledem na oprávnění zadavatele dle § 59 odst. 4 zákona vyzvat uchazeče k dodatečnému předložení dokladu, jímž prokáže splnění kvalifikačních kritérií), ve fázi posouzení a hodnocení nabídky tvoří vzorek předložený současně s nabídkou její nedílnou část, jež je spolu s dalším obsahem nabídky pro uchazeče závazná a neměnná, což znamená, že pro účely posouzení nabídky nemůže dojít k záměně či nahrazení původního vzorku nově dodaným vzorkem (s ohledem na oprávnění zadavatele dle § 76 odst. 3 zákona vyzvat uchazeče pouze k písemnému vysvětlení nabídky či doplnění dokladů vymezených

v § 68 odst. 3 zákona). Umožnění takového postupu, tedy dodatečného doplnění či změny jakékoliv části nabídky, by znamenalo porušení zásady transparentnosti uvedené v § 6 odst. 1 zákona.

101. Úřad zjistil, že po opětovném posouzení splnění kvalifikačních předpokladů vybraným uchazečem v důsledku dodatečně předloženého vzorku přístroje hodnotící komise, kterým vybraný uchazeč prokázal splnění technického kvalifikačního kritéria, přistoupila hodnotící komise k posouzení nabídky vybraného uchazeče. V protokolu o novém posouzení a hodnocení nabídek je výslovně uvedeno, že nabídky navrhovatele a uchazeče ELAS Brno nebyly opětovně posuzovány s odůvodněním, že jejich posouzení již proběhlo a od té doby nenastaly žádné změny. K nabídce vybraného uchazeče poté hodnotící komise uvedla, že splnila veškeré zadávací podmínky, včetně posuzovaných parametrů hygienické bezpečnosti - vyloučení fyzického kontaktu s odebraným biologickým vzorkem, trvanlivosti potisku na obalu - čitelnost základních údajů a expirační doby, a že doplnění přístroje o požadovanou funkcionalitu nijak neovlivnilo či nezměnilo ostatní funkce přístroje.
102. Z uvedeného vyplývá, že hodnotící komise znovu neposuzovala nabídky těch uchazečů, u nichž nedošlo od posledního posouzení hodnotící komisí k žádným změnám. Ze skutečnosti, že hodnotící komise nově posoudila nabídku vybraného uchazeče, je pak zřejmé, že u této nabídky ke změně došlo (jinak by hodnotící komise neměla důvod nabídku vybraného uchazeče znovu posuzovat), a jelikož jedinou změnu od posledního provedeného posouzení nabídek (které proběhlo ze dne 1. 11. 2013 a které bylo rozhodnutím č. j. ÚOHS-S765/2013 zrušeno) představuje v nabídce vybraného uchazeče dodatečně předložený nový vzorek přístroje, dospěl Úřad k závěru, že hodnotící komise posuzovala v nabídce vybraného uchazeče s ohledem na splnění požadavků zadavatele právě tento dodatečně předložený vzorek přístroje. To, že předmětem posouzení nabídky vybraného uchazeče byl vzorek nový, lze dále dovodit z dalšího textu uvedeného v protokolu o jednání hodnotící komise, kde hodnotící komise uvedla, že doplnění požadované funkcionality (u dodatečně předloženého vzorku přístroje, pozn. Úřadu) nijak neovlivnilo či nezměnilo ostatní funkce přístroje. Byť se tento text vzhledem ke zmínce o uživatelských zkouškách týká patrně již fáze hodnocení nabídek, lze z něj jednoznačně dovodit, že zjištění hodnotící komise zdokumentovaná v předmětném protokolu (který se týkal jak fáze posouzení tak i hodnocení nabídek a z něhož je zřejmé, že obě tyto fáze proběhly v téže době) se vztahují právě k nově předloženému vzorku.
103. S ohledem na skutečnost, že zadavatel byl povinen dle § 76 odst. 1 zákona posoudit nabídku vybraného uchazeče z hlediska splnění zákonných požadavků a požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách v rozsahu, v jakém byla podána do zadávacího řízení, (protože jediné nabídka podaná ve lhůtě pro podání nabídky je pro uchazeče závazná a po zadávací lhůtu neměnná), pak fakt, že zadavatel místo původního vzorku posoudil s ohledem na splnění zákonných požadavků a požadavků zadavatele v zadávacích podmínkách dodatečně předložený vzorek přístroje, vede k závěru, že zadavatel ve fázi posouzení nabídek nedodržel postup stanovený v § 76 odst. 1 zákona a současně i zásadu transparentnosti uvedenou v § 6 odst. 1 zákona, jelikož posuzoval vzorek, který nebyl součástí nabídky, čímž de facto připustil změnu nabídky vybraného uchazeče.
104. Úřad v této souvislosti dodává, že obecně jsou přípustné po uplynutí lhůty pro podání nabídek pouze takové změny nabídky, které mají výhradně formální a okrajový charakter,

jako např. doplnění kontaktních údajů, kontaktní osoby, opravy zjevných chyb v psaní atd. K problematice změny nabídky se vyjádřil i Krajský soud ve svém rozhodnutí sp. zn. 62 Af 50/2010 ze dne 6. 10. 2011 (dále jen „rozsudek Krajského soudu“), podle kterého je potřeba s ohledem na smysl zadávacích podmínek stanovených zadavatelem, smysl stanovení hodnotících kritérií a smysl hodnocení nabídek za nepřípustnou považovat jakoukoli změnu ujednání, jež byla zadavatelem vymíněna v zadávacích podmínkách (a byla tak součástí pravidel, za nichž podávali jednotliví uchazeči své nabídky) nebo jež byla předmětem hodnocení.

105. K zásadě transparentnosti pak Úřad uvádí, že tato zásada má zajistit, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, přehledným a předvídatelným způsobem. K jejímu porušení pak dochází tehdy, pokud jsou v zadavatelově postupu sledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků. Jakkoliv tedy je pojem „transparentnost“ značně flexibilní co do svého obsahu, je z výše uvedeného zřejmé, že je vybočením z jeho mezí, pokud zadavatel učiní takové kroky, které učiní zadávací řízení mj. hůře kontrolovatelným.
106. V daném případě v důsledku postupu zadavatele, kdy tento posuzoval vzorek, jež nebyl součástí nabídky, přičemž na základě výsledků tohoto posouzení nabídka vybraného uchazeče postoupila do fáze hodnocení a nakonec byla vybrána jako nejvhodnější, došlo k výběru nabídky, ve vztahu k níž, resp. k jejíž části představované vzorkem, fakticky neproběhlo posouzení, neboť splnění zákonných a zadavatelem stanovených požadavků bylo posuzováno ve vztahu ke vzorku, který součástí nabídky vybraného uchazeče nebyl. Postup zadavatele, který vedl k výběru nejvhodnější nabídky vybraného uchazeče, tedy nelze považovat za souladný se zásadou transparentnosti, neboť v průběhu zadávacího řízení nebylo posouzeno, zda nabídka vybraného uchazeče tak, jak byla podána do zadávacího řízení, stanovené požadavky splňuje.
107. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky postup stanovený v ustanovení § 76 odst. 1 zákona, když v rámci posouzení nabídky vybraného uchazeče posuzoval z hlediska splnění požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách vzorek, který vybraný uchazeč dodatečně doložil na základě výzvy zadavatele podle § 59 odst. 4 zákona pro účely prokázání splnění kvalifikace, a nikoliv vzorek, který vybraný uchazeč předložil jako součást nabídky podané dne 17. 10. 2013, čímž současně nedodržel zásadu transparentnosti stanovenou v § 6 odst. 1 zákona, přičemž tento postup mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Současně Úřad uvádí, že shora uvedený nezákonný postup zadavatele při posouzení nabídky vybraného uchazeče mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, jelikož není zřejmé, zda nabídka vybraného uchazeče splnila zadávací podmínky a mohla tak být vybrána za nejvhodnější, když zadavatel místo vzorku přístroje předloženého vybraným uchazečem současně s nabídkou posuzoval dodatečně předložený vzorek, který součástí nabídky vybraného uchazeče nebyl.

K uložení nápravného opatření

108. Podle § 118 odst. 1 zákona nedodrží-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky nebo pro soutěž o návrh, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit

výběr nejvhodnější nabídky nebo návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.

109. Jelikož k nezákonnému postupu zadavatele došlo při posouzení nabídky vybraného uchazeče, pak jako opatření k nápravě uvedeného nezákonného postupu Úřad ve výroku III. ruší úkony spojené s posouzením nabídky vybraného uchazeče zaznamenané v protokolu o novém posouzení a hodnocení nabídek ze dne 9. 6. 2014, a současně ruší všechny následující úkony zadavatele v předmětném zadávacím řízení, včetně rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 16. 6. 2014. Zadávací řízení se tak vrací do fáze posouzení nabídek, kde zadavatel provede nové posouzení nabídky vybraného uchazeče a na základě výsledku posouzení rozhodne, zda bude nabídka vybraného uchazeče hodnocena či nikoliv. Nad rámec uvedeného Úřad dodává, že v rámci posouzení nabídky má být vzorek posouzen z pohledu splnění požadavků uvedených zadavatelem v bodu 8. zadávací dokumentace v části označené „Posouzení nabídek“, tj. z hlediska toho, zda vzorek splňuje požadavky zadavatele v rozsahu dle tabulky obsažené v této části zadávací dokumentace.

K ostatním námitkám navrhovatele

110. S ohledem na skutečnost, že již výše popsání pochybení zadavatele při posuzování nabídky vybraného uchazeče mohlo mít za následek ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, za nějž je ve výroku III. rozhodnutí uloženo nápravné opatření, bylo by s ohledem na zásadu procesní ekonomie stanovenou v § 6 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, zcela nadbytečné, aby Úřad v tomto správním řízení zkoumal i další navrhovatelem namítané skutečnosti, zejména postup zadavatele při hodnocení nabídek na základě výsledků původní užitelské zkoušky, neboť je zcela zřejmé, že jakýkoliv výsledek takového dalšího šetření by žádným způsobem nemohl ovlivnit výrok tohoto rozhodnutí.
111. Vázán závěry druhostupňového rozhodnutí Úřad na základě všech shora uvedených skutečností shrnuje, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v ustanovení § 76 odst. 1 zákona, v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona, když v rámci posouzení nabídky vybraného zadavatel posuzoval z hlediska splnění požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách vzorek, který vybraný uchazeč dodatečně doložil na základě výzvy zadavatele podle § 59 odst. 4 zákona pro účely prokázání splnění kvalifikace, a nikoliv vzorek, který vybraný uchazeč předložil jako součást nabídky podané dne 17. 10. 2013, čímž současně nedodržel zásadu transparentnosti, přičemž tento postup mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

K uložení úhrady nákladů řízení

112. Podle § 119 odst. 2 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu podle § 118 odst. 1 zákona též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení (dále jen „náklady řízení“). Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí předpis. Prováděcí právní předpis vyhláška č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách (dále jen „vyhláška“), stanoví v § 1 odst. 1, že paušální částku nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele je zadavatel povinen uhradit v případě, že Úřad rozhodl podle § 118 zákona o zrušení zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele, a to ve výši 30.000,- Kč.

113. Vzhledem k tomu, že byly tímto rozhodnutím zrušeny úkony zadavatele vymezené ve výroku III. tohoto rozhodnutí, rozhodl Úřad o uložení povinnosti zadavateli uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2014000578.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.

místopředseda

Obdrží:

1. Česká republika, Ministerstvo vnitra, Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7
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 – Smíchov

Vypraveno dne

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