



UOHSX008TEMP

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0180/2016/VZ-05451/2016/322/DJa

Brno 13. února 2017

V řízení o rozkladu ze dne 23. 6. 2016 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem –

- **Ústecký kraj**, IČO 70892156, se sídlem Velká Hradební 3118/48, 400 01 Ústí nad Labem, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0251/2016/VZ-24480/2016/542/EŠu ze dne 8. 6. 2016 vydanému ve správním řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Centrum sociální pomoci Litoměřice, p. o., Domov důchodců Libochovice – výměna oken a rekonstrukce obvodového pláště (včetně zateplení) všech pavilonů, PD+IČ+AD**“ ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy uveřejněné na profilu zadavatele dne 10. 2. 2016, jehož dalším účastníkem je navrhovatel –
- **Energy Benefit Centre a.s.**, IČO 29029210, se sídlem Křenova 438/3, 162 00 Praha,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0251/2016/VZ-24480/2016/542/EŠu ze dne 8. 6. 2016

r u š í m

a věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Dne 2. 3. 2016 zadavatel – Ústecký kraj, IČO 70892156, se sídlem Velká Hradební 3118/48, 400 01 Ústí nad Labem (dále jen „**zadavatel**“) provedl otevírání obálek, podaných v zadávacím řízení při zadávání veřejné zakázky s názvem „Centrum sociální pomoci Litoměřice, p. o., Domov důchodců Libochovice – výměna oken a rekonstrukce obvodového pláště (včetně zateplení) všech pavilonů, PD+IČ+AD“ ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy uveřejněné na profilu zadavatele dne 10. 2. 2016 (dále jen „**veřejná zakázka**“), na kterém byl přítomen zástupce navrhovatele – Energy Benefit Centre a.s., IČO 29029210, se sídlem Křenova 438/3, 162 00 Praha (dále jen „**navrhovatel**“) a zástupce dalšího uchazeče. Při otevírání obálek bylo zadavatelem zjištěno, že navrhovatel v návrhu smlouvy v článku III. uvedl celkovou nabídkovou cenu ve výši 492 501,00 Kč bez DPH a 591 726,21 Kč s DPH, avšak na krycím listu nabídky a v tabulce dílčích plnění uvedené v návrhu smlouvy uvedl celkovou nabídkovou cenu ve výši 482 501,00 Kč bez DPH a 579 626,21 Kč s DPH. Tyto skutečnosti byly zaznamenány v protokolu o otevírání obálek s nabídkami a přítomní zástupci uchazečů s nimi byli seznámeni.
2. Dne 7. 3. 2016 proběhlo posouzení a hodnocení nabídek, přičemž hodnotící komise při něm mimo jiné vyřadila nabídku navrhovatele a současně doporučila zadavateli uchazeče s nejuvhodnější nabídkou a s tímto také doporučila uzavřít smlouvu. Dne 16. 3. 2016 zadavatel na schůzi Rady Ústeckého kraje rozhodl podle ust. § 76 odst. 6 zákona o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení a současně rozhodl o výběru nejuvhodnější nabídky. Následně dne 24. 3. 2016 bylo navrhovateli doručeno oznámení o jeho vyloučení a oznámení o výběru nejuvhodnější nabídky. Dne 30. 3. 2016 navrhovatel doručil zadavateli námítky proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení z účasti v zadávacím řízení veřejné zakázky, přičemž zadavatel těmto námítkám nevyhověl.
3. Dne 15. 4. 2016 obdržel Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ návrh navrhovatele na zahájení řízení ve věci přezkoumání úkonů

¹*Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 26 zákona v návaznosti na ustanovení § 158 odst. 1 a 2 zákona, podle tohoto znění se posuzují úkony zadavatele a uchazečů v zadávacím řízení. Zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek se nepoužije s ohledem na ustanovení § 273 odst. 1 tohoto zákona.*

zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky (dále jen „návrh“). Tentýž den byl návrhovatelem doručen stejnopis návrhu zadavateli.

4. V návrhu navrhovatel uvedl, že v podaných námitkách poukazoval na přílišný formalismus zadavatele, když neumožnil navrhovateli nejasnost písemně vysvětlit, přičemž tento přílišný formalismus zadavatele může zakládat domněnku diskriminace navrhovatele a vést k pochybnostem ohledně transparentnosti zadávacího řízení, a tedy i k pochybnostem ohledně zákonnosti postupu zadavatele.
5. Návrhem se navrhovatel domáhal zrušení rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení a zrušení rozhodnutí zadavatele o výběru nejhodnější nabídky a dále se domáhal navrácení zadávacího řízení zpět do bodu posuzování a hodnocení nabídek, kdy zadavatel umožní navrhovateli zjevnou nejasnost v jeho nabídce objasnit.

II. Napadené rozhodnutí

6. Dne 8. 6. 2016 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0251/2016/VZ-24480/2016/542/EŠu (dále jen „napadené rozhodnutí“).
7. Výrokem I. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 76 odst. 1 zákona a § 76 odst. 6 zákona, když vyloučil navrhovatele z účasti v zadávacím řízení z důvodu, že jeho nabídka obsahuje rozpor v nabídkové ceně, aniž by při jejím posouzení požádal navrhovatele dle § 76 odst. 3 zákona o písemné vysvětlení nabídky, přestože se jednalo o nejasnost na první pohled zřejmou, lehce popsatelnou a zároveň vysoce pravděpodobně lehce vysvětlitelnou, přičemž tento postup podstatně ovlivnil výběr nejhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.
8. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele uvedeného ve výroku I. napadeného rozhodnutí podle § 118 odst. 1 zákona ruší úkony zadavatele spojené s posouzením nabídky navrhovatele, které jsou zaznamenány ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 7. 3. 2016 a všechny následné úkony zadavatele učiněné v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, včetně rozhodnutí o jeho vyloučení ze dne 16. 3. 2016 a rozhodnutí o výběru nejhodnější nabídky z téhož dne.
9. Výrokem III. napadeného rozhodnutí Úřad uložil zadavateli uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.

III. Rozklad zadavatele

10. Dne 23. 6. 2016 podal zadavatel rozklad proti napadenému rozhodnutí. Vzhledem k tomu, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 8. 6. 2016, byl rozklad podán v zákonné lhůtě.
11. V rozkladu zadavatel brojí proti závěru Úřadu, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 76 odst. 1 zákona a § 76 odst. 6 zákona, když vyloučil navrhovatele ze zadávacího řízení z důvodu, že jeho nabídka obsahuje rozpor v nabídkové ceně, aniž by při jejím posouzení požádal navrhovatele dle § 76 odst. 3 zákona o písemné vysvětlení nabídky. K tomu zadavatel blíže uvádí, že v § 76 odst. 1 zákona není žádné ustanovení, které by ukládalo zadavateli resp. jeho hodnotící komisi povinnost požádat uchazeče o písemné vysvětlení

nabídky podle § 76 odst. 3 zákona, proto je zadavatel toho názoru, že postup dle § 76 odst. 1 zákona nemohl nijak porušit. Zadavatel má za to, že v posuzovaném případě by vysvětlení rozporu mezi nabídkovými cenami mělo za následek změnu nabídky, protože jedna cena by byla prohlášena za neplatnou, a druhá za platnou nabídkovou cenu.

12. Zadavatel v rozkladu uvádí, že navrhovatel i Úřad opírají svou argumentaci o rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 50/2010- 104 ze dne 6. 10. 2011 (v rozkladu navrhovatel mylně uvedl rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 50/2011- 72 ze dne 15. 2. 2012) (dále jen „**rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 50/2010**“), kde se však dle zadavatele nejednalo o změnu některého dílčího hodnotícího kritéria (v nabídce i závazném textu smlouvy byla uváděná stejná čísla, která měla být hodnocena), pouze v článku smlouvy týkajícím se sankcí, tedy ne hodnotících kritérií, použil uchazeč číslo 5, které neodpovídalo ani nabídce uchazeče na 7 zřízených středisek nad rámec základního požadavku zadavatele, ani počtu 6 středisek, která měla být zřízena podle základních podmínek minimálně jako základní požadavek zadavatele. V tomto rozsudku Krajský soud v Brně dovodil, že k vyjasnění měla hodnotící komise podle § 76 odst. 3 zákona uchazeče vyzvat, a ne rovnou vylučovat ze zadávacího řízení, jelikož by v takovém případě upřesnění nebylo považováno za změnu nabídky, protože žádné nabídkové parametry, které byly předmětem hodnocení, by se neměnily.
13. Zadavatel namítá, že ve svém vyjádření k návrhu odůvodňoval svůj postup s odkazem na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 As 6/2015-38 ze dne 3. 6. 2015 (dále jen „**rozsudek NSS**“), podle kterého nelze pod nejasnost ve smyslu § 76 odst. 3 zákona vztáhnout situaci „*kdy může být vůle uchazeče interpretována více způsoby. Takový výklad by vedl k tomu, že by ze strany uchazečů mohlo docházet po uplynutí lhůty pro podání nabídek k uplatnění výkladu, který by pro ně byl v dané situaci výhodnější. Uchazeč by tak mohl reagovat na aktuální stav zadávacího řízení a zcela dle své libosti „objasnit“ neurčitě uvedené údaje v jeho nabídce, čímž by mu oproti jiným uchazečům vznikla neoprávněná ekonomická výhoda a došlo by k narušení soutěže.*“ Zadavatel uvádí, že odkaz na rozsudek NSS Úřad v napadeném rozhodnutí bagatelizoval tím, že se nedá aplikovat na posuzovaný případ, neboť se jednalo o situaci, kdy jedním z požadavků bylo poskytnutí záruční doby na předmět plnění v délce minimálně 36 měsíců, přičemž stěžovatelka v závazném návrhu smlouvy uvedla, že poskytne minimální záruční dobu v délce 52 měsíců, avšak zároveň k tomu připojila výhradu, že na některé díly se tato minimální záruční doba neuplatní. Zadavatel z výše uvedeného textu, který cituje z odůvodnění rozsudku NSS, usuzuje, že se nevztahuje jen k tomuto konkrétnímu hodnotícímu kritériu, ale obecně ke všem hodnotícím kritériím.
14. V této souvislosti zadavatel v rozkladu odkazuje na vývoj zákona, kdy nejprve nebylo povinné při otevírání obálek číst přítomným zástupcům uchazečů žádné nabídkové hodnoty, potom byla doplněna povinnost číst nabídkové ceny a rozhodné znění zákona ukládá povinnost číst při otevírání obálek všechna číselně vyjádřitelná hodnotící kritéria. Od této doby uchazeči, kteří se účastní otevírání obálek s nabídkami, znají všechny nabídkové hodnoty, a pokud ve veřejné zakázce nejsou stanovena slovní hodnotící kritéria, tak si dokáží spočítat výsledné pořadí. Podle názoru zadavatele to pak svádí k tomu, aby uchazeči v nabídkách uváděli i úmyslně různé nabídkové hodnoty, aby následně na základě písemné výzvy k vysvětlení nejasností v nabídce dle § 76 odst. 3 zákona, o které se domnívají, že je povinností zadavatele, za správnou hodnotu uvedli tu, která jim pro tento případ nejlépe vyhovuje.

15. V další části rozkladu zadavatel uvádí, že hodnotící komise při posuzování nabídek postupovala v souladu s § 6 zákona, a navrhovatele nijak nediskriminovala. Žádného uchazeče, který měl rozpory v nabídkových cenách, nevyzývala k vysvětlení dle § 76 odst. 3 zákona, ale jejich nabídky byly hodnotící komisí rovněž vyřazeny a uchazeči byli ze zadávacího řízení zadavatelem vyloučeni. Pokud by zadavatel svým postupem skutečně porušil zákon, měl by Úřad podle názoru zadavatele v souladu s principem transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace zaujmout stanovisko i k vyloučení ostatních uchazečů a případně i tato rozhodnutí zrušit. Na základě v rozkladu uvedených skutečností je zadavatel přesvědčen, že při vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení, a při rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky neporušil zákon.

Závěr rozkladu

16. Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil.

IV. Řízení o rozkladu

17. 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 k rozkladu zadavatele

18. Dne 1. 7. 2016 obdržel Úřad vyjádření navrhovatele k rozkladu zadavatele. Navrhovatel po pečlivém přezkoumání rozkladu zadavatele nadále trvá na všech skutečnostech, jež ve svém návrhu a ve svém vyjádření ze dne 30. 5. 2016 uvedl a na které tímto vyjádřením v plném rozsahu odkazuje. K tomu konstatuje, že se plně ztotožňuje s napadeným rozhodnutím, námítka zadavatele prezentované v rozkladu dle jeho názoru neuvádí žádné nové skutečnosti oproti skutečnostem již obsaženým v dosavadních vyjádřeních zadavatele.
19. Závěrem vyjádření navrhovatel žádá, aby bylo napadené rozhodnutí potvrzeno a rozklad jako nedůvodný zamítnut.

Stanovisko předsedy Úřadu

20. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
21. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je uvedeno ve výrocích napadeného rozhodnutí, nerozhodl správně a v souladu se zákonem.
22. V další části tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání.

V. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání

23. Podle § 90 odst. 1 písm. b) 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 zruší a věc vrátí k novému projednání správnímu orgánu, který rozhodnutí vydal; v odůvodnění tohoto rozhodnutí vysloví odvolací správní orgán právní názor, jímž je správní orgán, který napadené rozhodnutí vydal, při novém projednání věci vázán; proti novému rozhodnutí lze podat odvolání.
24. Toto správní řízení bylo zahájeno na návrh navrhovatele, jímž se domáhal uložení nápravného opatření v podobě zrušení jednotlivých úkonů zadavatele konkrétně zrušení rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení a zrušení rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky.
25. Podle § 118 odst. 1 zákona platí, že 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.
26. Nápravné opatření je tedy možné Úřadem uložit za kumulativního splnění tří podmínek:
 - 1) nedodržel-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky nebo pro soutěž o návrh,
 - 2) tento nezákonný postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky nebo návrhu a
 - 3) dosud nedošlo k uzavření smlouvy.
27. Úřad v napadeném rozhodnutí shledal, že došlo k naplnění všech tří uvedených podmínek, a proto jako opatření k nápravě výrokem II. napadeného rozhodnutí zrušil úkony zadavatele spojené s posouzením nabídky navrhovatele, které jsou zaznamenány ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 7. 3. 2016 a všechny následné úkony zadavatele učiněné v předmětném zadávacím řízení včetně rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze dne 16. 3. 2016 a rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky.
28. Podle § 76 odst. 1 zákona hodnotící komise posoudí 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) zákona. Nabídky, které tyto požadavky nespĺňují, musí být vyřazeny. Jestliže nedošlo k vyřazení všech variant nabídky, nepovažuje se nabídka za vyřazenou. Ke zjevným početním chybám v nabídce, zjištěným při posouzení nabídek, které nemají vliv na nabídkovou cenu, hodnotící komise nepřihlíží. V případě veřejné zakázky na stavební práce, jejíž zadávací dokumentace obsahuje příslušnou dokumentaci podle § 44 odst. 4 písm. a), posoudí hodnotící komise nabídky v podrobnostech soupisu stavebních prací, dodávek a služeb a výkazu výměr.
29. Podle § 76 odst. 3 zákona hodnotící komise může 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. Hodnotící

komise nabídku vyřadí, pokud uchazeč nedoručí vysvětlení či doklady ve lhůtě 3 pracovních dnů ode dne doručení žádosti, nestanoví-li hodnotící komise lhůtu delší. Hodnotící komise může na žádost uchazeče tuto lhůtu prodloužit nebo může zmeškání lhůty prominout.

30. Podle § 76 odst. 6 zákona uchazeče, jehož nabídka byla při posouzení nabídek hodnotící komisí vyřazena, vyloučí zadavatel bezodkladně z účasti v zadávacím řízení. To neplatí, pokud zadavatel postupuje podle § 79 odst. 5 zákona. Vyloučení uchazeče, včetně důvodů vyloučení, zadavatel uchazeči bezodkladně písemně oznámí. Pokud si to veřejný zadavatel v zadávacích podmínkách vyhradil, může ve zjednodušeném podlimitním řízení rozhodnutí o vyloučení uchazeče oznámit jeho uveřejněním na profilu zadavatele; v takovém případě se rozhodnutí o vyloučení uchazeče považuje za doručené okamžikem uveřejnění na profilu zadavatele.
31. Z četné rozhodovací praxe Úřadu je zřejmé, že za „vysvětlení“ nabídky nelze považovat její doplnění např. o chybějící doklady nebo obecně o skutečnosti, které měly být uvedeny již v podané nabídce, tj. ve lhůtě pro podání nabídek. Uchazeči podávají své nabídky v souladu s § 69 odst. 5 zákona ve lhůtě pro podání nabídek a nabídky doručené po jejím uplynutí nejsou považovány za řádně podané. Písemným vysvětlením nabídky nelze rozumět ani možnost změny předložených nabídek. Smyslem a účelem tohoto ustanovení je dát hodnotící komisi možnost, aby si v případě potřeby mohla před samotným hodnocením nabídek vyjasnit informace deklarované uchazeči v nabídkách, nikoliv umožnit doplňování a rozšiřování nabídky o nové listiny či informace (vyjma dokladů uvedených v § 68 odst. 3 zákona), které měly být její součástí ve lhůtě pro podání nabídek. Hodnotící komise má na základě tohoto institutu možnost žádat uchazeče o písemné vysvětlení nabídky za účelem zhojení zřejmých nejasností, nemůže však uchazeči umožnit, aby změnil svou nabídku. Hodnotící komise nejenže nemůže uchazeče vyzývat k doplňování jejich nabídek, ale navíc není ani oprávněna přihlížet k případným opravám a doplněním nabídek provedených uchazeči po uplynutí lhůty pro podání nabídek. V souladu s koncepcí ustanovení § 76 odst. 1 a odst. 3 zákona tedy musí být ty z nabídek, které nesplňují zákonné požadavky a požadavky zadavatele uvedené v zadávacích podmínkách, vyřazeny a uchazeči, jejichž nabídky byly vyřazeny, musí být z další účasti v zadávacím řízení bezodkladně vyloučeni podle § 76 odst. 6 zákona.
32. Dle rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 50/2010 – 104 je v této souvislosti určující to, že *„zadavatel musí mít po podání nabídek najisto postaveno, zda nabídky vyhovují zadávacím podmínkám a jaké hodnoty mají být v rámci hodnocení nabídek hodnoceny; zadavatel tedy musí mít spolehlivý podklad pro jednoznačný závěr, zda nabídka může být úspěšně posouzena či nikoli a jak má být hodnocena. Dále je nutno mít na paměti, že po podání nabídek je skutečně nelze měnit způsobem, který by byl „změnou návrhu smlouvy“, neboť v důsledku toho by zadavatel neuzavíral podle § 82 odst. 2 zákona smlouvu v souladu s návrhem smlouvy obsažené v nabídce vybraného uchazeče.*
33. Mám za to, že Úřad nesprávně zjistil a posoudil skutečnost, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 76 odst. 1 a § 76 odst. 6 zákona, když vyloučil navrhovatele z účasti v zadávacím řízení z důvodu, že jeho nabídka obsahuje rozpor v nabídkové ceně, aniž by při posouzení požádal o písemné vysvětlení nabídky ve smyslu § 76 odst. 3 zákona. Úřad svůj závěr učinil na o tom, že se v posuzovaném případě jednalo o nejasnost na první pohled zřejmou, lehce popsatelnou a zároveň vysoce pravděpodobně lehce vysvětlitelnou.

34. Rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 50/2010 – 104, na základě kterého Úřad dospěl k závěru, že zadavatel porušil postup dle § 76 odst. 1 a odst. 6 zákona, nelze aplikovat na posuzovaný případ z důvodu značných rozdílů ve skutkovém stavu. V případě posuzovaném v tomto rozsudku totiž Krajský soud v Brně neshledal, že by tamní navrhovatel (dále jen „žalobce“) *„svým návrhem smlouvy hodlal prolomit podmínky stanovené tamním zadavatelem, za nichž měly být nabídky hodnoceny. Žalobce dle Krajského soudu v Brně nepochybně nezamýšlel dosáhnout toho, aby smlouva, která by s ním pro případ úspěchu v zadávacím řízení byla uzavřena, nerespektovala požadavek zadavatele, aby vybraný uchazeč zřídil zadavatelem požadovaných 6 kontaktních míst. Z té části žalobcovy nabídky, kde jsou uváděny nabízené hodnoty pro hodnocení nabídek v jednotlivých dílčích hodnotících kritériích, jasně plyne, že žalobce ve čtvrtém dílčím hodnotícím kritériu (akceptace smluvní povinnosti uchazeče vytvořit střediska pro účastníky projektu ve smyslu zadávací dokumentace nad rámec základní povinnosti dle zadávací dokumentace) nabízel hodnotu „7“. Tomu odpovídá čl. 3.3 smlouvy (jejího návrhu), podle kterého žalobce vytvoří nad rámec požadavků zadávací dokumentace a v souladu se svou nabídkou 7 dalších středisek v Moravskoslezském kraji, která budou splňovat podmínky zadávací dokumentace.“* Z toho podle názoru Krajského soudu v Brně plyne, že žalobce skutečně zadavateli v tomto dílčím hodnotícím kritériu nabízel hodnotu „7“ nad požadavek stanovený zadavatelem, tedy nad požadavek na zřízení „6“ středisek. Dále Krajský soud v Brně uvedl, že: *„Jestliže v čl. 8.13 smlouvy (jejího návrhu) uvádí číslovku „5“, pak jedině logickým vysvětlením tu skutečně je, že pochybil, což oprávněně mohlo u zadavatele vyvolat nejasnost. Tuto nejasnost to zřejmě také skutečně vyvolalo, neboť zadavatel v rozhodnutí o vyloučení žalobce z textu čl. 8.13 dovodil, že údaj tam obsažený, tj. „5“, neodpovídá žalobcově nabídce, v níž uvádí „7“, a tedy že jde o rozpor v údajích, který měl být hodnocen, a tedy logicky že mu není jasné, jaký údaj má vlastně hodnotit.“*
35. Odkaz Úřadu na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 50/2010 – 104 není případný, neboť tam byla možnost (a *de facto* nutnost) postupu zadavatele podle § 76 odst. 3 zákona dovozena ze specifických okolností, jež byly dány skutečností, že návrh smlouvy tvořící součást nabídky obsahoval nejasnost spočívající v tom, že obsahoval číselnou hodnotu, která neodpovídala číselným hodnotám vyjadřujícím tentýž údaj v rámci zbylého obsahu nabídky, tedy šlo o nejasnost, která ve svém důsledku způsobovala, že ani zadavatel si nemohl být jistý, v jaké fázi zadávacího řízení se má tato nejasnost projevit (tj. nebylo postaveno najisto, zda nabídka má být hodnocena či nikoli), aniž by ovšem odstranění dílčího nesouladu nabídky vedlo ke „změně“ hodnoty, jež měla být předmětem hodnocení nabídek.
36. V rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 50/2010 – 104 je uvedeno, že *vyjasňování si použití číslovky „5“ po podání nabídky by nemohlo vyvolat jakoukoli „změnu“ nabídky, a tedy po provedené opravě, jak ostatně žalobce sám ještě před rozhodnutím o vyloučení požadoval, by nabídka nemohla být považována za „změněnou“ (oproti nabídce řádně podané). Stejně tak se nemůže jednat o žádné „doplnění“ nabídky údají, které by šly nad rámec údajů obsažených v původně podané nabídce. Ostatní části nabídky, tj. tam, kde jsou hodnoty v jednotlivých dílčích hodnotících kritériích uváděny primárně (část 12 nabídky), a v návaznosti na to i v čl. 3.3 smlouvy, obsahují ohledně téhož údaje hodnotu (čísllovku) „7“. Uvedený postup, s využitím § 76 odst. 3 ZVZ, by tedy nepředstavoval jakékoli jednání o podané nabídce, která by nebyla v souladu se zadávacími podmínkami (takový postup by byl nesprávný podle Soudního dvora – věc Komise proti Dánsku, C-243/89),*

ale především by ze strany zadavatele nepředstavoval umožnění doplňování nabídky o podstatných aspektech smlouvy (takový postup by byl podle Soudního dvora také nesprávný; např. ve věci Komise proti Belgii, C-87/94, je Soudním dvorem zmiňováno, že v otevřeném řízení jsou vyloučena jakákoli jednání s uchazeči o podstatných aspektech smlouvy, jejichž změna by narušila soutěž, a že jednání s uchazeči je možné vést za účelem vyjasnění či doplnění obsahu nabídek, a to za předpokladu, že tím nedojde k diskriminaci).“

37. Dále uvádím, že i rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 50/2010 – 104 respektuje základní premisu, „že návrh smlouvy nesmí být zásadně měněn, avšak v daném případě opravu chyby shora popsaného charakteru nelze pokládat za změnu návrhu smlouvy či za doplnění návrhu smlouvy. Závěr, že nebylo možno akceptovat opravu návrhu smlouvy z toho důvodu, že se konkrétní hodnota přímo vztahovala k jednomu z dílčích hodnotících kritérií, by tedy mohl být správný pouze za předpokladu, že by se o změnu návrhu jednalo. Ve věci projednávané rozsudkem Krajského soudu nejde o žádnou početní chybu (danou kombinací několika hodnot), neboť uvedená hodnota není výsledkem chybného počítání, nýbrž jde o překlep, a přestože mohl být ze zbylého obsahu nabídky žalobce zřejmý jeho úmysl nabídnout nad rámec požadovaný zadávacími podmínkami dalších „7“, hodnotící komisi, resp. zadavateli to také zřejmé být nemuselo (a také zřejmě nebylo, viz shora uváděné odlišné hodnocení důsledků zadavatelem v rozhodnutí o vyloučení žalobce a v rozhodnutí o jeho námitkách), a tedy stěží by za této situace bylo přiměřené zadavateli vytýkat, že opravu neprovedl automaticky, byť měl v době, kdy rozhodoval o vyloučení žalobce, k dispozici jasné žalobcovo stanovisko identifikující uvedenou chybu.“
38. Rozdílnost posuzovaného případu oproti rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 50/2010–104 tak shledávám v tom, že se v posuzovaném případě jednalo o „změnu nabídky“. V posuzovaném případě navrhovatel v návrhu smlouvy v článku III. uvedl celkovou cenu ve výši 492 501,00 Kč bez DPH a 591 726,21 s DPH a na jiných místech v nabídce (krycím listu nabídky a v tabulce dílčího plnění) pak uvedl navrhovatel celkovou nabídkovou cenu ve výši 482 501,00 Kč bez DPH a 579 626,21 Kč s DPH. Rozdílnost posuzovaného případu vzhledem k rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 50/2010–104 spočívá ve skutečnosti, že v posuzovaném případě se nejednalo o překlep či jiné administrativní pochybení, a ze zbylého obsahu nabídky nemohl být zřejmý úmysl navrhovatele ohledně výše nabídkové ceny. Navrhovatel uvedl celkovou nabídkovou cenu v návrhu smlouvy v článku III. v nižší částce než na dalších třech místech v nabídce a k této částce vykalkuloval i rozdílnou částku s DPH. Vzhledem k tomu, že se jednalo o nesrovnalost jak v ceně s DPH tak bez DPH, měl zadavatel postavené najisto, že se nejedná o administrativní chybu typu překlepu. Charakter vady nabídky v daném případě vylučovalo případné použití § 76 odst. 3 zákona zadavatelem ustanovenou hodnotící komisí, jehož nepoužití namítá navrhovatel, neboť by zadavatel umožnil navrhovateli po ukončení lhůty pro podání nabídek „změnu“ článku III. návrhu smlouvy tak, aby nabídka navrhovatele byla nabídkou vítěznou.
39. „Takový výklad by vedl k tomu, že by ze strany uchazečů mohlo docházet po uplynutí lhůty pro podání nabídek k uplatnění výkladu, který by pro ně byl v dané situaci výhodnější. Uchazeč by tak mohl reagovat na aktuální stav zadávacího řízení a zcela dle své libosti objasnit neurčitě uvedené údaje v jeho nabídce, čímž by mu oproti jiným uchazečům vznikla

neoprávněná ekonomická výhoda a došlo by k narušení soutěže.“ (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 As 6/2015 – 38 ze dne 3. 6. 2015).

40. Úřad měl v odůvodnění napadeného rozhodnutí zohlednit skutečnost, že změna nabídkové ceny představuje změnu nabídky, která by narušila soutěž, jinak řečeno, že opravy v nabídkové ceně by mohly vést k změně nabídkové ceny, která by byla nižší resp. výhodnější oproti nabídkovým cenám jiných uchazečů. V této souvislosti odkazují rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 44/2015 – 49 ze dne 8. 6. 2016: *„Za nepřípustnou změnu nabídky po dobu běhu zadávací lhůty je tedy třeba pokládat změnu údajů (hodnot), jež jsou předmětem kteréhokoli z hodnotících kritérií; tyto hodnoty musí být od okamžiku podání nabídky až do okamžiku uzavření smlouvy hodnotami neměnnými. Jakékoli umožnění pozdější změny těchto hodnot, ať už by změna byla odůvodněna čímkoli (dodatečným zjištěním možnosti učinit ze strany uchazeče nabídku výhodnější či dodatečným zjištěním chyby v početních operacích při sestavování nabídky) a ať už by byla výsledkem též aktivity na straně zadavatele (postupu směřujícího k vyjasnění nabídky podle § 76 odst. 3 ZVZ) či výlučně aktivity na straně uchazeče (dodatečné opravy či „vysvětlení“ ze strany uchazeče bez jakékoli výzvy ze strany zadavatele), by v principu mohlo otevírat nebezpečnou možnost následných manipulací s nabízenými hodnotami kupř. v závislosti na obsahu nabídek jiných uchazečů poté, co se s nimi lze při otevírání obálek seznámit, což by bylo možností v praxi mnohdy stěží odlišitelnou od možnosti dodatečných oprav skutečných chyb, jichž se uchazeč při sestavování nabídky dopustil.“*
41. S ohledem na uvedené, zejména pak na soudní praxi, musím konstatovat, že napadené rozhodnutí trpí vadami, které mají vliv na zákonnost a přezkoumatelnost napadeného rozhodnutí. Protože nebyly naplněny podmínky pro to, aby bylo tento rozpor s právními předpisy možno napravit přímo v řízení o rozkladu postupem podle ustanovení § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu, shledal jsem důvody pro zrušení napadeného rozhodnutí Úřadu, jak je uvedeno výše.
42. Jelikož jsem v rámci přezkumu zákonnosti zjistil, že nastaly podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání, není možné ve věci postupovat jiným způsobem, a tedy ani přezkoumávat správnost rozhodnutí v rozsahu námitek podaného rozkladu.
- Ke zrušení výroku II. a III. napadeného rozhodnutí*
43. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl tak, že jako opatření k nápravě ruší úkony zadavatele učiněné v předmětném zadávací řízení na veřejnou zakázku.
44. Jak již bylo řečeno výše, zákonné ustanovení § 118 odst. 1 zákona vymezuje podmínky, za kterých Úřad může uložit nápravné opatření, kterým buď zruší jednotlivý úkon zadavatele, nebo zruší celé zadávací řízení. Těmito podmínkami je, že a) zadavatel nedodrží postup stanovený pro zadání veřejné zakázky, b) takový postup je způsobilý ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a c) dosud nedošlo k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku. Aby bylo možné uložit nápravné opatření, musí být všechny zákonné podmínky splněny kumulativně, což znamená, že pokud není byt jediná z těchto podmínek naplněna, nelze uložit nápravné opatření.

45. Jak bylo uvedeno výše v tomto rozhodnutí, dospěl jsem po přezkoumání napadeného rozhodnutí k závěru, že toto je ve výroku I. nesprávné a nezákonné, přičemž z těchto důvodů je třeba jej zrušit. Za takového stavu, ovšem není splněna první z podmínek stanovená v ust. § 118 odst. 1 zákona, neboť bylo zjištěno, že závěry o tom, že zadavatel nedodržel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky, neobstojí, čímž tak výrok o uložení nápravného opatření nemůže stát samostatně. S ohledem na uvedené tak byly splněny podmínky i pro zrušení napadeného rozhodnutí v jeho výroku II., a proto jsem rozhodl o zrušení napadeného rozhodnutí i v tomto výroku.
46. Současně je třeba zrušit napadené rozhodnutí i ve výroku III., neboť výrok o uložení povinnosti zadavateli zaplatit náklady řízení paušální částkou vyplývá z ust. § 119 odst. 2 zákona, který stanoví, že povinnost uhradit náklady řízení je spojena s rozhodnutím podle ust. § 118 odst. 1 zákona. Za situace, kdy však neobstojí výrok o uložení nápravného opatření ve smyslu ust. § 118 odst. 1 zákona, pak nelze ve smyslu ust. § 119 odst. 2 zákona rozhodnout o povinnosti zaplatit náklady řízení.

Další postup Úřadu

47. V novém rozhodnutí ve věci je Úřad povinen ve smyslu § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu zohlednit závazné právní názory vyslovené v tomto rozhodnutí. Je tedy povinen nejprve s ohledem na závěry uvedené v tomto rozhodnutí vymezit, zda se v posuzovaném případě skutečně nejednalo o možnost nikoli povinnost hodnotící komise žádat uchazeče o písemné vysvětlení nabídky za účelem zhojení zřejmých nejasností. Pouze pokud Úřad dostatečným způsobem vyargumentuje své úvahy, které byly základem pro učinění závěrů o tom, že zadavatel nedodržel postup stanovený zákonem, bude možné takové úvahy přezkoumat z hlediska toho, zda byly či nebyly naplněny podmínky pro uložení nápravného opatření ve smyslu ust. § 118 odst. 1 zákona. Kromě výše uvedeného je Úřad v novém rozhodnutí povinen vypořádat námítky uvedené v podaném rozkladu, jimiž jsem se při rozhodování o rozkladu s ohledem na zjištěnou nezákonnost napadeného rozhodnutí nezabýval, a tyto zahrnout do svých úvah.

VI. Závěr

48. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že jsou dány důvody pro zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání, jsem rozhodl tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno. Úřad je při novém projednání věci vázán právním názorem vysloveným v tomto rozhodnutí.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Ústecký kraj, Velká Hradební 3118/48, 400 01 Ústí nad Labem,
2. Energy Benefit Centre a.s., Křenova 438/3, 162 00 Praha,

Vypraveno dne:

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