



UOHSX008QELX

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0184/2016/VZ-46565/2016/322/LKa

Brno 24. listopadu 2016

V řízení o rozkladu ze dne 7. 7. 2016 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- **TALGO Consulting s. r. o.**, IČO 28995317, se sídlem Pod Višňovkou 1661/33, 140 00 Praha 4, ve správním řízení zastoupeným na základě plné moci ze dne 18. 5. 2016 Mgr. Ondřejem Kneblem, advokátem, ev. č. ČAK 10063, advokátní kancelář HVH LEGAL s. r. o., IČO 25702599, se sídlem Korunní 1302/88, 101 00 Praha 10,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j.ÚOHS-S0273/2016/VZ-26263/2016/522/DMa ze dne 22. 6. 2016 vydanému ve správním řízení o přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Státní pokladna Centrum sdílených služeb, s. p.**, IČO 03630919, se sídlem Na Vápence 915/14, 130 00 Praha 3,

učiněných v otevřeném zadávacím řízení veřejné zakázky s názvem „**Nákup serverových technologií na platformě x86**“, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 7. 9. 2015 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 11. 9. 2015 pod ev. č. 510365, ve znění opravy uveřejněné dne 30. 10. 2015 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 16. 9. 2015 pod ev. č. 2015/S 179-324767, ve znění opravy uveřejněné dne 4. 11. 2015 pod ev. č. 2015/S213-388017,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0273/2016/VZ-26263/2016/522/DMa ze dne 22. 6. 2016

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – Státní pokladna Centrum sdílených služeb, s. p., IČO 03630919, se sídlem Na Vápence 915/14, 130 00 Praha 3 (dále jen „zadavatel“) – zahájil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“)¹ otevřené řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Nákup serverových technologií na platformě x86“, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 7. 9. 2015 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 11. 9. 2015 pod ev. č. 510365, ve znění opravy uveřejněné dne 30. 10. 2015 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 16. 9. 2015 pod ev. č. 2015/S 179-324767, ve znění opravy uveřejněné dne 4. 11. 2015 pod ev. č. 2015/S213-388017 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Předmětem plnění veřejné zakázky jsou podle bodu II.1.5) oznámení o zakázce dodávky serverových technologií na platformě x86, přičemž cílem této veřejné zakázky „*je rozvoj vysoce dostupné platformy pro provozování významných, nebo kritických informačních systémů.*“
3. Z nabídky uchazeče TALGO Consulting s. r. o., IČO 28995317, se sídlem Pod Višňovkou 1661/33, 140 00 Praha 4, ve správním řízení zastoupeného na základě plné moci ze dne 18. 5. 2016 Mgr. Ondřejem Kneblem, advokátem, ev. č. ČAK 10063, advokátní kancelář HVH LEGAL s. r. o., IČO 25702599, se sídlem Korunní 1302/88, 101 00 Praha 10 (dále jen „navrhovatel“) vyplývá, že v části „Nabídková cena – položkové členění“ ve vztahu k dodávce každého Blade chassis, Management Blade řešení, serveru (Blade server č. 1 až 4 a Rack server č. 1 až 5) a HDD neprovedl podrobný seznam všech obsažených položek (komponent, licencí, prací a činností) v rozpadu do ceníkových položek s uvedením jednotkové ceny každé jednotlivé položky dle požadavku zadavatele v souladu se zadávací dokumentací. Navrhovatel ve své nabídce sice uvedl podrobný seznam všech obsažených položek (komponent, licencí, prací a činností), avšak k těmto jednotlivým položkám neuvedl požadovanou jednotkovou cenu a uvedl pouze cenu v souhrnu za všechny jednotlivé položky.

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.

4. S ohledem na výše uvedené hodnotící komise přistoupila k tomu, že v souladu s § 76 odst. 3 zákona vyzvala navrhovatele dopisem ze dne 12. 2. 2016 k písemnému vysvětlení nabídky. Navrhovatel dne 18. 2. 2016 zaslal zadavateli písemné vysvětlení nabídky, ve kterém prezentuje důvody, pro které není možné rozpad do ceníkových položek s uvedením jednotkové ceny každé jednotlivé položky provést, přičemž argumentace navrhovatele obsažená v písemném vysvětlení nabídky je obdobná jako argumentace uvedená následně v námitkách proti vyloučení ze zadávacího řízení ze dne 5. 4. 2016 a v návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 25. 4. 2016. Navrhovatel závěrem písemného vysvětlení nabídky poukazuje na to, že postupoval v souladu s požadavky zadavatele, přičemž zadavatele v této souvislosti upozorňuje, že případné požadavky na podrobnější rozpad nabídkové ceny by byly v rozporu se zadávacími podmínkami veřejné zakázky. Zadavatel rozhodnutím ze dne 21. 3. 2016 rozhodl o vyloučení navrhovatele, a to z důvodu, že navrhovatel ve své nabídce neuvedl rozpad do podrobného seznamu všech obsažených položek s uvedením jednotkové ceny každé jednotlivé položky, tak jak zadavatel požadoval v článku 7.2 „Podrobný popis předmětu plnění“ a shodně v článku 8 „Požadavky na způsob zpracování nabídkové ceny“ zadávací dokumentace.
5. Navrhovatel podal proti rozhodnutí o vyloučení dne 5. 4. 2016 námitky. Podaným námitkám zadavatel nevyhověl, přičemž rozhodnutí o námitkách ze dne 15. 4. 2016 navrhovatel obdržel téhož dne. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, doručil Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) příslušnému podle § 112 zákona dne 25. 4. 2016 návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.

II. Napadené rozhodnutí

6. Dne 22. 6. 2016 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0273/2016/VZ-26263/2016/522/DMA (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým návrh dle § 118 odst. 5 písm. c) zákona zamítl, neboť nebyl podán oprávněnou osobou.
7. Úřad dospěl k závěru, že z obsahu nabídky navrhovatele, potažmo z dalších informací uvedených jak v návrhu, tak v námitkách a v odpovědi navrhovatele na žádost o vysvětlení nabídky je zřejmé, že navrhovatel nesplnil zadávací podmínku v čl. 8 ve spojení s čl. 7.2 zadávací dokumentace tak, jak ji vykládá zadavatel.
8. Tento závěr Úřad odůvodnil tím, že zákon v § 110 odst. 1 umožňuje ochranu proti nesprávnému postupu zadavatele v podobě možnosti podat námitky proti postupu zadavatele, které může podat kterýkoliv dodavatel, který má nebo měl zájem na získání určité veřejné zakázky a kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech. Samotné námitky proti úkonu zadavatele spočívajícímu v rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky nebo proti rozhodnutí o vyloučení z další účasti v zadávacím řízení musí stěžovatel v souladu s § 110 odst. 4 zákona doručit zadavateli do 15 dnů a v případě zjednodušeného podlimitního řízení do 10 dnů ode dne doručení oznámení o výběru nejvhodnější nabídky veřejné zakázky podle § 81 nebo rozhodnutí o vyloučení z účasti v zadávacím řízení. Dále podle § 110 odst. 3 zákona platí, že námitky proti zadávacím podmínkám musí stěžovatel doručit zadavateli nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek.

9. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí přistoupil k posouzení obsahu námitek navrhovatele ze dne 5. 4. 2016 označených jako „Námítky proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení z účasti v zadávacím řízení“. Úřad uvedl, že porušení zákona ze strany zadavatele navrhovatel blíže rozporuje pod bodem 4 svých námitek. Navrhovatel v této souvislosti dovozuje, že s ohledem na postup zadavatele při posuzování nabídky navrhovatele, resp. při samotném vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení je zřejmé, že zadavatel porušil § 44 odst. 1 zákona, neboť nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, přičemž obdržené nabídky mohou být v důsledku této skutečnosti navzájem neporovnatelné.
10. K výše uvedenému Úřad konstatoval, že předmět veřejné zakázky je vymezen již samotnými zadávacími podmínkami, a nikoliv až rozhodnutím o vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení. Námitka navrhovatele se tedy týká zadávacích podmínek. Byť je návrh (resp. i samotné námítka) označen jako návrh proti vyloučení uchazeče z další účasti v zadávacím řízení, ze samotného obsahu návrhu, resp. věcné argumentace navrhovatele vyplývá, že návrh směřuje proti údajně nezákonnému vymezení zadávacích podmínek. Navrhovatel se svou argumentací v rámci správního řízení pak snaží pouze odůvodnit samotnou přípustnost tohoto návrhu poukazem na to, že nejasnost zadávacích podmínek se projevila až ve fázi vyloučení navrhovatele. Úřad však v napadeném rozhodnutí nedospěl k závěru, že by nejasnost zadávacích podmínek mohla vyvstat až v průběhu zadávacího řízení.
11. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepodal námítka proti zadávacím podmínkám řádně a včas, nebyl oprávněn podat návrh na přezkoumání úkonů zadavatele. Úřad tak podle § 118 odst. 5 písm. c) zákona návrh zamítl, jak je uvedeno ve výroku napadeného rozhodnutí, neboť návrh nebyl podán oprávněnou osobou.

III. Námítka rozkladu

12. Dne 7. 7. 2016 obdržel Úřad rozklad navrhovatele z téhož dne proti napadenému rozhodnutí. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 22. 6. 2016. Navrhovatel podal rozklad v zákonné lhůtě.
13. Navrhovatel v rozkladu namítá, že odůvodnění napadeného rozhodnutí spočívá výhradně na tvrzení Úřadu, že návrh nebyl podán oprávněnou osobou. Dle Úřadu směřovaly námítka a návrh proti zadávacím podmínkám a nikoliv proti rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení.
14. Dle názoru navrhovatele je napadené rozhodnutí založeno na nesprávném právním a skutkovém posouzení věci, a jako takové je v rozporu s právními předpisy (zejména zákonem a správním řádem). Nesprávné posouzení spočívá dle navrhovatele zejména v následujícím.
15. Navrhovatel ve svých podáních opakovaně uvádí, že v zadávací dokumentaci není nikde uvedena požadovaná míra detailu rozpadu nabídkové ceny a specifikace položky ve smyslu čl. 7.2, resp. 8 zadávací dokumentace. Vymezení položek zadavatel ponechal na uchazečích, což nutně muselo vést mimo jiné k tomu, že se jednotlivé nabídky ve specifikaci položek lišily.
16. Navrhovatel dále uvádí, že Úřad v napadeném rozhodnutí nesprávně tvrdí, že navrhovatel požadavek na rozpad nabídkové ceny „ignoroval“. Navrhovatel ovšem ve své nabídce v části

„položkové členění“ u všech nabízených řešení uvádí rozpad na jednotlivé položky, a to vždy minimálně na několik položek (položka daného výrobku – konkrétního modelu hardware, položka instalace a zaškolení a položky týkající se HW a SW maintenance). Při vymezení jednotlivých položek tak navrhovatel postupoval s ohledem na jazykové znění zadávací dokumentace a na nabídku a cenotvorbu výrobce hardware.

17. Dle navrhovatele se zadavatel zcela netransparentně a bez jakýchkoliv podkladů v zadávací dokumentaci rozhodl, která nabídka obsahuje „dostatečnou“ míru detailu rozpadu nabídkové ceny a která nikoliv.
18. Vzhledem k tomu, že dle navrhovatele zadávací dokumentace neuvádí konkrétní a jednoznačný postup pro vymezení položky a rozpadu nabídkové ceny, měl v pochybnostech zadavatel akceptovat rozdělení nabídkové ceny provedené navrhovatelem. Zadavatel nicméně navrhovatele na základě vlastního netransparentního výkladu, který nemá oporu v zadávací dokumentaci, ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku vyloučil, čímž porušil zákon.
19. Navrhovatel uvádí, že primárně nenapadá zadávací podmínky veřejné zakázky, ale rozhodnutí o vyloučení ze zadávacího řízení. Navrhovatel především požaduje, aby byla jeho nabídka považovaná za souladnou se zadávacími podmínkami veřejné zakázky. Podstatou sporu je tedy posouzení, zda nabídka navrhovatele v části rozpadu nabídkové ceny vyhovuje znění zadávací dokumentace, nikoliv posouzení zákonnosti zadávacích podmínek, jak uvádí Úřad.
20. Úřad má posoudit, zda jediný možný a transparentní výklad předmětné zadávací podmínky (o rozpadu nabídkové ceny) je ten, který použil zadavatel při vyloučení navrhovatele, nebo lze akceptovat i jiný výklad. Při tomto posouzení však Úřad musí zhodnotit a zohlednit, že výklad zadavatele ve svém důsledku vede k tomu, že zadávací podmínky jsou v rozporu se zákonem.
21. Navrhovatel namítá, že Úřad nejenže nesprávně posoudil materiální obsah námitek a návrhu (které směřují proti rozhodnutí o vyloučení), ale pochybil rovněž i při posouzení otázky, kdy se nesoulad zadávacích podmínek se zákonem projevil. Zadávací podmínky nejsou *per se* v rozporu se zákonem. Tento rozpor nastává v daném případě až v důsledku nepřípustného výkladu zadavatele (který nebylo možné předem jednoznačně dovodit ze znění zadávací dokumentace) provedeného při posuzování nabídek. Je-li rozpor zadávacích podmínek se zákonem navázán na výklad prováděný při posouzení nabídek, pak nutně musí k projevům nezákonnosti dojít až v průběhu samotného zadávacího řízení.
22. Dle navrhovatele Úřad přenáší odpovědnost za zpracování zadávacích podmínek ze zadavatele na uchazeče (navrhovatele), když po navrhovateli požaduje, aby preventivně napadal zadávací podmínky, a to i v případě, kdy jím zpracovaná nabídka vyhovuje jazykovému znění zadávací dokumentace. Stejně právně neopodstatněný je dle navrhovatele i požadavek Úřadu, aby se navrhovatel jakoukoliv případnou (byť potenciální) nejasnost pokoušel vysvětlit prostřednictvím dodatečných informací.
23. Navrhovatel v námitkách uvádí, že odkazy Úřadu na soudní judikaturu jsou nepřipadné a jím citované závěry se týkají skutkově odlišných případů.

24. Dále navrhovatel namítá, že se Úřad odmítl zabývat postupem zadavatele po věcné stránce a zvolil formalistický a nesprávný postup, kterým bylo navrhovateli upřeno jeho zákonné právo na věcné přezkoumání úkonů.
25. S ohledem na výše uvedené má navrhovatel za to, že i v případě zamítnutí návrhu pro nedostatek aktivní legitimace navrhovatele, je Úřad povinen se zadavatelem zahájit příslušné správní řízení z moci úřední.

Závěr rozkladu

26. Navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

IV. Řízení o rozkladu

27. 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.

Stanovisko předsedy Úřadu

28. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
29. Úřad postupoval správně a v souladu se zákonem, když napadeným rozhodnutím návrh zamítl dle § 118 odst. 5 písm. c) zákona, neboť nebyl podán oprávněnou osobou.
30. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k zamítnutí rozkladu a potvrzení napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

31. Podstatou námitek navrhovatele je rozporování toho, zda Úřad rozhodl správně, že navrhovatel není oprávněnou osobou pro podání návrhu na zahájení tohoto správního řízení, neboť včas nepodal námitky proti zadávacím podmínkám veřejné zakázky.
32. Obecně k právní úpravě řízení o námitkách proti postupu zadavatele, které může podat kterýkoliv dodavatel, který má nebo měl zájem na získání určité veřejné zakázky a kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech, uvádím, že podle § 110 odst. 3 zákona platí, že námitky proti zadávacím podmínkám musí stěžovatel (navrhovatel) doručit zadavateli nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek. Námitky proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky nebo proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení z účasti v zadávacím řízení musí stěžovatel (navrhovatel) doručit zadavateli do 15 dnů ode dne doručení oznámení o výběru nejvhodnější nabídky veřejné zakázky podle § 81 nebo rozhodnutí o vyloučení z účasti v zadávacím řízení (§ 110 odst. 4 zákona). Podání námitek řádně a včas je podmínkou

pro podání návrhu na přezkoumání postupu zadavatele ve stejné věci. Toto pravidlo je dále potvrzeno obecným ustanovením § 110 odst. 9 zákona, podle něhož platí, že stěžovatel (navrhovatel), který nevyužil možnosti podat námitky, není oprávněn podat návrh k Úřadu v téže věci.

33. Ustanovení § 110 odst. 3 zákona je tedy ustanovením speciálním k ustanovení § 110 odst. 2 zákona. Tento závěr lze dovodit rovněž ze znění § 110 odst. 7 zákona, ve kterém jsou upraveny náležitosti námitek. Ustanovení § 110 odst. 7 zákona jasně stanoví, jaké náležitosti pro podání námitek jsou vyžadovány pro ty které „typy“ námitek, tj. podle kterých odstavců § 110 zákona. Skutečnosti rozhodné pro stanovení okamžiku, kdy se o domnělém porušení zákona zadavatelem dozvěděl, musí stěžovatel uvést pouze v případě námitek podle § 110 odst. 2 zákona, nikoliv tedy v případě námitek podle § 110 odst. 3 zákona. Způsob, jakým jsou vymezeny náležitosti podání námitek proti zadávacím podmínkám v § 110 odst. 7 zákona, potvrzuje, že § 110 odst. 3 zákona stanoví speciální právní úpravu konce běhu lhůty pro podání námitek proti zadávacím podmínkám, neboť podle tohoto ustanovení není potřeba dokládat, kdy se stěžovatel o domnělém porušení zákona dozvěděl. To je oproti tomu potřeba pouze v případě podání námitek podle § 110 odst. 2 zákona. Pokud by zákonodárce v případě lhůty pro podání námitek podle § 110 odst. 3 zákona chtěl konec běhu lhůty spojit se skutečností, kdy se stěžovatel o porušení zákona zadavatelem dozvěděl, musel by podle § 110 odst. 7 zákona rovněž doložení této subjektivní skutečnosti vyžadovat. Zákon však explicitně jmenuje pouze odstavec 2 § 110 zákona slovy: *„Jde-li o námitky podle odstavce 2 musí stěžovatel v námitkách uvést též skutečnosti rozhodné pro stanovení okamžiku, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozvěděl.“* Stejně tak zákonodárce explicitně vymezil dotčené odstavce ve vztahu k tvrzené újmě, slovy: *„V námitkách podle odstavců 2, 3 a 5 musí být uvedeno, jaká újma stěžovateli v důsledku domnělého porušení zákona hrozí nebo vznikla a čeho se stěžovatel domáhá.“* Ze znění zákona tak jednoznačně vyplývá, že lhůta pro podání námitek podle § 110 odst. 3 zákona uplyne vždy 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek bez ohledu na to, kdy se měl stěžovatel o domnělém porušení zákona dozvědět.
34. Ve vztahu k délce lhůt pro podání námitek proti jednotlivým úkonům zadavatele odkazují na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 29 Af 25/2013 ze dne 23. 6. 2015, v němž soud konstatoval, že *„[z]ákon o veřejných zakázkách v § 110 stanoví určitou posloupnost pro uplatnění jednotlivých tvrzení proti průběhu zadávacího řízení odpovídající jednotlivým fázím zadávacího řízení. Ze spojení chronologické hierarchie jednotlivých námitek a lhůt pro jejich podání pak plyne jistá koncentrace námitkových řízení. V tomto ohledu by v daném případě neobstálo ani případné tvrzení, že předmětná zadávací podmínka se projevila jako nesprávná až poté, kdy byla aplikována.“* Obdobně se vyjádřil Nejvyšší správní soud (dále jen „NSS“) v rozsudku č. j. 1 Afs 103/2012 – 44 ze dne 14. 4. 2013, a zdůraznil, že lhůta stanovená v § 110 odst. 3 zákona *„je speciální lhůtou pro podání námitek, do jejího uplynutí musí stěžovatel námitky koncentrovat, uplatnit a odůvodnit.“*
35. K výše uvedené námitce dále odkazují stejně jako Úřad v bodě 81. odůvodnění napadeného rozhodnutí na rozsudek NSS č. j. 2 Afs 67/2010 – 105 ze dne 25. 11. 2011, v němž v obdobné věci uvedl, že *„koncepce citovaných ustanovení zákona o zadávání veřejných zakázek je totiž založena na souslednosti jednotlivých kroků a na různých prostředcích ochrany proti případným nezákonnostem v oblasti veřejných zakázek, které je třeba využít bezprostředně“*

poté, co žadatel některá pochybení zadavatele zjistí. Jde o to, že celý tento proces musí být nejen maximálně transparentní a férový, nýbrž také efektivní a zamezující zbytečným obstrukcím a opakovanému přezkumu stejných námitek, které mohly být daleko smysluplněji uplatněny dříve. Pokud tedy měl stěžovatel za to, že v zadávací dokumentaci nebyl způsob hodnocení nabídek v rámci jednotlivých kritérií vymezen dostatečně, měl proti tomu brojit již v této fázi řízení.“

36. Podpůrně odkazují rovněž na rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 12. 2. 2004, Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & Co. KG vs. Republik Österreich (C-230/02), který poukazuje na povinnost dodavatele podat proti postupu zadavatele, který dodavatel shledává od samého počátku diskriminační, opravný prostředek v první možné fázi zadávacího řízení a s jeho podáním tedy neotálet, jinak nemusí být takovému stěžovateli přiznán právní zájem k podání opravného prostředku (či k získání veřejné zakázky). Pasivní subjekt, který nedbá o svá práva v době, kdy se mu tyto možnosti nejdříve nabízejí, může jen obtížně tvrdit, že má nebo měl zájem na získání dotčené veřejné zakázky.
37. K závěru učiněnému Úřadem v napadeném rozhodnutí, že bez ohledu na to, že navrhovatel označil námitky jako „Námitky proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení z účasti v zadávacím řízení“, se jedná o námitky proti zadávacím podmínkám, uvádím následující.
38. Úřad z obsahu podání navrhovatele vyvodil, že přestože navrhovatel označil své podání formálně jako směřující vůči rozhodnutí proti vyloučení uchazeče z účasti v zadávacím řízení, námitky ze své povahy směřují do zadávacích podmínek. Sporným momentem šetřeného případu je proto posouzení otázky, zda obsah námitek navrhovatele směřoval výhradně proti zadávacím podmínkám, anebo zda napadal rovněž rozhodnutí o vyloučení uchazeče (navrhovatele) z další účasti v zadávacím řízení. Zde je totiž třeba říci, že přestože § 110 odst. 3 zákona jednoznačně stanovuje lhůtu, do kdy je stěžovatel (navrhovatel) oprávněn podat námitky proti zadávacím podmínkám (tj. nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek) tak, aby bylo zamezeno potenciálně možným obstrukcím spočívajícím v přezkumu námitek, jež mohly být stěžovatelem uplatněny dříve, a dále aby bylo zefektivněno zadávací řízení, současně soudní judikatura dovodila, že uvedené omezení se neuplatňuje absolutně. Jinými slovy, z judikatury Nejvyššího správního soudu, příkladmo z rozsudku č. j. 5 Afs 75/2009 - 100 ze dne 6. 11. 2009, vyplývá, že může nastat situace, kdy navrhovatel oprávněně brojí proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky na základě argumentace směřující proti nezákonně stanoveným zadávacím podmínkám. Dle závěrů již citovaného rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 67/2010 ze dne 25. 1. 2011 je však třeba rozlišovat situace, kdy *„podle okolností konkrétního případu lze po uchazeči spravedlivě požadovat, aby napadl zákonnost zadávacích podmínek, neboť si této nezákonnosti mohl a měl být vědom, od případů, kdy se tato nezákonnost skutečně vyjeví až při hodnocení jednotlivých nabídek. Jde tak o odlišení případů protizákonných zadávacích podmínek per se od podmínek, které samy o sobě protizákonné být nemusí, nicméně tato protizákonnost se projeví až jejich aplikací.“* Námitky proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení z účasti v zadávacím řízení, jež ve svém důsledku směřují proti vymezení zadávacích podmínek (tedy námitky podané po uplynutí 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek), tak lze podat toliko tehdy, pokud se nejasnost či nezákonnost zadávacích podmínek projevila až v průběhu zadávacího řízení.

39. Navrhovatel v námitkách, potažmo v návrhu na zahájení správního řízení (označeném jako návrh proti vyloučení uchazeče z další účasti v zadávacím řízení), namítá údajné nezákonné vymezení zadávacích podmínek. Navrhovatel jednak napadá nejednoznačné vymezení termínu „položka“ či „díl“. Dále navrhovatel zpochybňuje oprávněnost požadavku zadavatele v článku 7.2 „Podrobný popis předmětu plnění“ a shodně v článku 8 „Požadavky na způsob zpracování nabídkové ceny“ zadávací dokumentace. Navrhovatel namítá, že požadavek na bližší rozpad ceny položek na ceny jednotlivých „dílů“ lze považovat za formu skryté diskriminace některých dodavatelů. Navrhovatel má v této souvislosti za to, že komplexní produkt výrobce poptávaný zadavatelem, nabízený za nabídkovou cenu např. navrhovatelem, totiž nelze koupit jednotlivě, po dílech za samostatnou cenu. Dle navrhovatele požadavek zadavatele na ocenění komplexního řešení, a navíc ocenění samostatně dodávaných dílů, ze kterých se produkt skládá, povede k naprosto rozdílným celkovým cenám.
40. Požadavek na způsob zpracování nabídkové ceny je dle § 44 odst. 3 písm. f) zákona jednou z obsahových náležitostí zadávací dokumentace. Jestliže navrhovatel namítá nezákonnost způsobu, jakým zadavatel vymežil požadavek na zpracování nabídkové ceny (rozpad nabídkové ceny), namítá tím tedy nezákonnost zadávacích podmínek (resp. zadávací dokumentace).
41. S ohledem na výše uvedený obsah námitek navrhovatele nelze učinit jiný závěr než, že argumentace navrhovatele obsažená v návrhu (resp. v samotných námitkách) se bezvýhradně vztahuje k zadávacím podmínkám, resp. nenamítá jejich rozpor se zákonem.
42. Podle § 110 odst. 3 zákona musí stěžovatel námitky proti zadávacím podmínkám doručit zadavateli nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek. Podle odst. 7 citovaného ustanovení je podání námitek řádně a včas podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání postupu zadavatele ve stejné věci. Podle odst. 9 citovaného ustanovení stěžovatel (navrhovatel), který nevyužil možnosti podat námitky, není oprávněn podat návrh k Úřadu v téže věci. Jak vyplývá z bodu IV. 3. 4) Oznámení o zakázce, lhůta pro podání nabídek byla stanovena do 9. 12. 2015, přičemž posledním dnem lhůty pro podání námitek proti zadávacím podmínkám podle § 110 odst. 3 zákona bylo 14. 12. 2015. S ohledem na výše uvedené uzavírám, že námitky proti zadávacím podmínkám nebyly podány řádně a včas, neboť navrhovatel podal námitky až dne 5. 4. 2016. Úřad tedy postupoval v souladu se zákonem, když se dále nezabýval posouzením zákonnosti zadávacích podmínek, kterou rozporoval navrhovatel, jelikož navrhovatel nesplnil zákonný předpoklad ve smyslu § 110 odst. 7 zákona, tedy aby návrhu předcházelo podání námitek řádně a včas, a není tedy oprávněnou osobou k podání návrhu na zahájení správního řízení ve smyslu § 110 odst. 9 zákona.
43. Dále uvádím, že se ztotožňuji se závěrem Úřadu uvedeným v bodech 103. až 105. odůvodnění napadeného rozhodnutí, že s ohledem na skutkové okolnosti šetřeného případu z ničeho nevyplývá, že by případná nejasnost zadávacích podmínek mohla vyvstat jedině až v průběhu zadávacího řízení. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí vyvrátil, že by vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení mohlo být důsledkem nejednoznačného výkladu zadávací podmínky, resp. nejasností, kterou navrhovatel nebyl reálně schopen identifikovat, a tedy rozporovat dříve, a to ve lhůtě určené k podání námitek proti zadávacím podmínkám podle § 110 odst. 3 zákona.

44. K výše uvedenému opět odkazuji na rozsudek NSS č.j. 2 Afs 67/2010 – 105 ze dne 25. 1. 2011, podle nějž *„je logické, že se negativní důsledky nastavených parametrů u stěžovatele přímo projeví až na základě výsledného hodnocení nabídek. Toto hodnocení však pouze odráží pravidla daná již zadávacími podmínkami, které stěžovatel mohl napadnout samostatně.“* Navrhovatel tedy i ve světle tohoto výkladu mohl a měl až následně napadený požadavek na rozpad nabídkové ceny napadnout již dříve, tedy nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek.
45. K námitce navrhovatele, že odkazy Úřadu na soudní judikaturu jsou nepřipadné, uvádím, že Úřad v tomto případě správně posoudil skutkové okolnosti případu a jím odkazovanou soudní judikaturu lze vztáhnout na řešenou situaci, tudíž její použití nemůže mít vliv na správnost napadeného rozhodnutí. Příležitost (aplikovatelnost) závěrů soudních rozhodnutí na projednávaný případ se totiž posuzuje pouze ve vztahu k obdobnosti jednotlivých dílčích okolností, k nimž se Úřad vyjadřoval a podle těch skutkových okolností, jež jsou rozhodující pro jeho závěry.
46. K námitce navrhovatele, jež se vztahuje k postupu Úřadu, kdy Úřad je ze zákona oprávněn zahájit řízení o přezkumu úkonů zadavatele i z moci úřední, NSS v rozsudku, č. j. 31 Af 51/2013 – 180 ze dne 1. 4. 2015 uvádí, že Úřad *„[v] takovém případě může přezkoumat zadávací dokumentaci bez ohledu na lhůtu, kterou má k podání námitek proti zadávací dokumentaci účastník zadávacího řízení (dodavatel). Je však záležitostí správní úvahy a vyhodnocení všech rozhodných skutkových okolností, zda žalovaný v konkrétním případě shledá důvodné podezření, že zadávací řízení trpí nezákonností, či nikoliv.“* V této souvislosti uvádím, že je čistě věcí správního uvážení Úřadu, zda ve vztahu k šetřené veřejné zakázce zahájí řízení o přezkoumání úkonů zadavatele z moci úřední, či nikoliv. V šetřené věci Úřad neshledal důvody pro zahájení správního řízení z moci úřední, přičemž konstatuji, že tento postup Úřadu nemůže mít vliv na zákonnost tohoto rozhodnutí.

VI. Závěr

47. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
48. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí o rozkladu.

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 soutěž

Obdrží

1. Státní pokladna Centrum sdílených služeb, s. p., Na Vápence 915/14, 130 00 Praha 3
2. Mgr. Ondřej Knebl, advokát, advokátní kancelář HVH LEGAL s. r. o., Korunní 1302/88, 101 00 Praha 10

Vypraveno dne

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