



UOHSX00AQQ2A

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0152/2017/VZ-35612/2017/321/HBa

Brno 7. prosince 2017

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 18. 9. 2017, doručeném téhož dne Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, podaném zadavatelem –

- **Krajskou správou a údržbou silnic Vysočiny, příspěvkovou organizací**, IČO 00090450, se sídlem Kosovská 1122/16, 586 01 Jihlava, ve správním řízení zastoupeným na základě plné moci ze dne 11. 7. 2017 společností Fiala, Tejkal a partneři, advokátní kancelář, s. r. o., IČO 28360125, se sídlem Helfertova 2040/13, 613 00 Brno,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0269/2017/VZ-25553/2017/542/EŠe ze dne 1. 9. 2017, vydaném ve věci přezkumu úkonů zadavatele učiněných v části 1 „Rámcová dohoda pro oblast okresu Havlíčkův Brod“, části 2 „Rámcová dohoda pro oblast okresu Jihlava“ a části 3 „Rámcová dohoda pro oblast okresu Pelhřimov“ veřejné zakázky „**Rámcová dohoda na realizaci oprav a investic na silnicích II. a III. tříd v Kraji Vysočina**“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 2. 3. 2017 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 6. 3. 2017 pod ev. č. Z2017-005802, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 7. 3. 2017 pod ev. č. 2017/S 046-083853, jehož dalším účastníkem je navrhovatel –

- společnost **ROBSTAV stavby k. s.**, IČO 27430774, se sídlem Na Stínadlech 495, Písek, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 4. 7. 2017 Mgr. Filipem Toulem, advokátem ev. č. ČAK 12749, se sídlem Lannova tř. 16/13, 370 01 České Budějovice,

jsem podle ustanovení § 152 odst. 6 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s ustanovením § 90 odst. 1 písm. b) téhož zákona, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle ustanovení § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0269/2017/VZ-25553/2017/542/EŠe ze dne 1. 9. 2017

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. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jako orgán příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek ve znění pozdějších předpisů¹ (dále jen „**zákon**“), obdržel dne 6. 7. 2017 návrh ve smyslu § 250 zákona (dále jen „**návrh**“) ze dne 4. 7. 2017 podaný navrhovatelem – ROBSTAV stavby k. s., IČO 27430774, se sídlem Na Stínadlech 495, Písek (dále jen „**navrhovatel**“), na přezkoumání úkonů zadavatele – Krajské správy a údržby silnic Vysočiny, příspěvkové organizace, IČO 00090450, se sídlem Kosovská 1122/16, 586 01 Jihlava (dále jen „**zadavatel**“), učiněných v části 1 „Rámcová dohoda pro oblast okresu Havlíčkův Brod“, části 2 „Rámcová dohoda pro oblast okresu Jihlava“ a části 3 „Rámcová dohoda pro oblast okresu Pelhřimov“ veřejné zakázky „Rámcová dohoda na realizaci oprav a investic na silnicích II. a II. tříd v Kraji Vysočina“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 2. 3. 2017 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 6. 3. 2017 pod ev. č. Z2017-005802, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 7. 3. 2017 pod ev. č. 2017/S 046-083853 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Navrhovatel podal v zadávacím řízení na veřejnou zakázku nabídku do části 1, 2 a 3. Od zadavatele obdržel navrhovatel v květnu 2017 písemnou výzvu k objasnění a doplnění nabídky, na jejím základě svou nabídku objasnil a doplnil. Následně dne 6. 6. 2017 kontaktoval zadavatel telefonicky pracovníka navrhovatele s výzvou, aby objasnil čestné prohlášení týkající se dispozice navrhovatele se silničním válcem nad 13 t. Ačkoliv zadavatel hovořil s pracovníkem navrhovatele několikrát, zadavatel zaslal navrhovateli pouze jeden

¹ Pozn.: Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu § 56 zákona v návaznosti na § 273 zákona.

záznam o ústní komunikaci. Následně pracovník navrhovatele zaslal zadavateli objasnění nabídky bez vědomí navrhovatele.

3. Dle obsahu návrhu tak zadavatel pochybil, neboť má povinnost činit vůči uchazečům pouze písemné výzvy. Jiná výzva není výzvou dle § 46 zákona, chybí v ní lhůta, a vzhledem k tomu, že ostatní uchazeči byli vyzýváni písemně k doplnění a objasnění nabídky, je postup zadavatele diskriminační a nerovný. Záznam o ústní komunikaci je nepřezkoumatelný.
4. Navrhovatel byl ze zadávacího řízení vyloučen nezákonně. Technickou kvalifikaci totiž prokázal čestným prohlášením mj. o tom, že má k dispozici silniční válec nad 13 t. Pole, do něhož měl být vepsán údaj o silničním válci je nepovinné.
5. Navrhovatel se návrhem domáhá, aby bylo rozhodnutí zadavatele ze dne 8. 6. 2017 o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení zrušeno pro rozpor se zákonem, dále aby bylo zadavateli uloženo napravit své opomenutí a aby vyzval navrhovatele k objasnění a doplnění nabídky stran specifikace silničního válce nad 13 t a aby byla konstatována neúčinnost doručení ústní výzvy k objasnění a doplnění nabídky zadavatelem navrhovateli dne 6. 6. 2017.

II. Napadené rozhodnutí

6. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal úřad dne 1. 9. 2017 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0269/2017/VZ-25553/2017/542/EŠe (dále jen „**napadené rozhodnutí**“). Napadeným rozhodnutím Úřad ve výroku I konstatoval, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky ustanovení § 46 odst. 1 v návaznosti na § 6 odst. 1 a 2 zákona tím, že žádost ze dne 6. 6. 2017, jejímž obsahem byl dotaz na označení a popis silničního válce nad 13 t na hutnění živičných směsí, kterým účastník podle přehledu nástrojů nebo pomůcek, provozních nebo technických zařízení, jež bude mít k dispozici pro plnění veřejných zakázek zadávaných na základě rámcové dohody prokazuje splnění příslušné části technické kvalifikace, ve vztahu k navrhovateli nebyla učiněna v souladu se zásadou transparentnosti, když z žádosti přezkoumatelným způsobem nevyplývá, jakou konkrétní lhůtu jmenovanému navrhovateli k objasnění předložených údajů, dokladů, vzorků nebo modelů stanovil a současně tato žádost nebyla učiněna v souladu se zásadou rovného zacházení, když zadavatel v průběhu předmětného zadávacího řízení výslovně v písemné žádosti poskytl všem dalším dožádaným účastníkům lhůtu 3 pracovní dny, bez ohledu na náročnost či složitost předložených požadavků, a následně jmenovaného navrhovatele na základě obdrženého objasnění rozhodnutí ze dne 8. 6. 2017 vyloučil z účasti v části 1, v části 2 a v části 3 ze zadávacího řízení na výše uvedenou veřejnou zakázku, přičemž postup zadavatele mohl ovlivnit výběr dodavatele a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.
7. Jako opatření k nápravě Úřad ve výroku II zrušil úkon zadavatele spočívající v žádosti ze dne 6. 6. 2017 a rovněž zrušil všechny následující úkony zadavatele v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, a to včetně rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení ze dne 8. 6. 2017, a rozhodnutí o výběru dodavatele v části 1, 2 a 3 veřejné zakázky.
8. Výrokem III uložil Úřad zadavateli zákaz uzavřít smlouvu na část 1, 2 a 3 veřejné zakázky a výrokem IV uložil zadavateli uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč podle ustanovení § 266 odst. 1 zákona.

9. Úřad napadené rozhodnutí odůvodnil tím, že zadavatel vyzval v zadávacím řízení uchazeče k písemnému objasnění předložených údajů, a to ve všech případech se lhůtou tří pracovních dnů ode dne doručení výzvy. Posléze vyzval ještě telefonicky navrhovatele, aby upřesnil označení a popis silničního válce nad 13 t na hutnění živičných směsí. O tomto zadavatel sice sepsal nedatovaný záznam, avšak z něj není patrné, že by navrhovateli poskytl k upřesnění lhůtu. Tím porušil zásadu rovného zacházení a zákazů diskriminace. Nedostatečný záznam telefonické komunikace je rovněž nepřezkoumatelný, a postup zadavatele tedy netransparentní. Z tohoto důvodu Úřad v napadeném rozhodnutí rozhodl, jak je výše uvedeno.
10. Napadené rozhodnutí bylo zadavateli i navrhovateli doručeno 1. 9. 2017.

III. Námitky rozkladu

11. Proti napadenému rozhodnutí podal zadavatel rozklad dne 18. 9. 2017, ten byl doručen Úřadu téhož dne. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě, neboť konec lhůty připadl na sobotu 16. 9. 2017. Ve smyslu ustanovení § 40 odst. 1 písm. c) zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu (dále též „**správní řád**“) je posledním dnem lhůty nejbližší příští pracovní den, v tomto případě pondělí 18. 9. 2017.
12. Zadavatel napadá rozhodnutí v celém rozsahu, neboť se porušení zákona uvedeného ve výroku I napadeného rozhodnutí nedopustil.
13. Zadavatel zpochybňuje správnost výše kauce, neboť se Úřad nevypořádal se všemi argumenty zadavatele a napadené rozhodnutí považuje zadavatel v této části za nepřezkoumatelné. Paušální odkaz na rozhodovací praxi krajského soudu nepovažuje zadavatel za dostatečné odůvodnění. Navíc nelze vždy, když je zakázka rozdělena na části, uplatnit pravidlo o kauci ve výši 100 000 Kč bez ohledu na to, na kolik částí byla veřejná zakázka rozdělena.
14. Zadavatel považuje za nezákonné závěry Úřadu k porušení zásady transparentnosti, neboť jsou založeny na nesprávném právním a skutkovém posouzení, vzájemně si odporují s ostatními argumenty Úřadu, a jsou proto nepřezkoumatelné. Zadavatel proběhnuvší ústní komunikaci zdokumentoval, pořídil o ní zápis obsahující souhrn hlavních prvků komunikace.
15. Dle zadavatele musí být pro vydání nápravného opatření podle § 263 odst. 2 zákona splněno několik podmínek. Nestačí jen samotné nedodržení zákona ze strany zadavatele, nýbrž je nutno, aby toto nedodržení podstatně ovlivnilo nebo mělo potenciál ovlivnit výběr dodavatele. Nestanovil-li zadavatel ve své výzvě dne 6. 6. 2017 lhůtu pro doplnění nabídky navrhovatele, nemělo a nemohlo mít takové pochybení vliv na výběr dodavatele.
16. Výzvu směřovanou telefonicky navrhovateli dne 6. 6. 2017 nelze rovnávat s výzvou dodavatelům ze dne 26. 5. 2017, v níž hodnotící komise stanovila uchazečům lhůtu. Jedná se totiž o dvě obsahově rozdílné výzvy. V případě písemných výzev dodavatelům se jednalo o výzvy k věcnému objasnění či doplnění dokladů prokazujících splnění kvalifikace, v případě ústní výzvy ze dne 6. 6. 2017 šlo toliko o výzvu k objasnění formální chyby v psaní v již předloženém dokladu, tj. nikoli o výzvu k předložení věcného objasnění již předložených dokladů. Postup zadavatele tedy nebyl diskriminační.

17. Stran tvrzení Úřadu, že byl na navrhovatele vyvíjen tlak, jemuž nebyl vystaven žádný jiný z ostatních účastníků, se jedná o spekulaci, která není ničím podložena. Navíc tlaku by byl navrhovatel spíše vystaven, pokud by mu byla uložena lhůta, která by však byla příliš krátká.
18. Navrhovatel nebyl ze zadávacího řízení vyloučen v souvislosti s výzvou ze dne 6. 6. 2017, nýbrž proto, že nesplnil požadavky na technické vybavení.
19. Chybu navrhovatele lze přičítat pouze a jedině navrhovateli. Navrhovateli bylo zřejmé, v čem je nejasnost jeho nabídky a jak na ni reagovat, avšak svou odpověď na ústní výzvu nijak nekorigoval, čímž chybu nabídky neodstranil.
20. Neplatí ani to tvrzení Úřadu, že by lhůta k objasnění přestala běžet až okamžikem svého uplynutí, a ne tím, že navrhovatel doložil požadovaný dokument.

Závěr rozkladu

21. Zadavatel navrhl, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil, neboť se zadavatel porušení zákona uvedeného ve výroku I napadeného rozhodnutí nedopustil.

IV. Řízení o rozkladu

22. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí dle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.

Stanovisko předsedy Úřadu

23. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle ustanovení § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo s právními předpisy, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
24. Úřad napadeným rozhodnutím nerozhodl správně a v souladu se zákonem.
25. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí.

V. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí

Nezákonnost rozhodnutí pro nepřezkoumatelnost a nesprávné právní posouzení

26. V posuzovaném případě Úřad přezkoumával úkon zadavatele spočívající v telefonické výzvě ze dne 6. 6. 2017 a dospěl k závěru, že zadavatel nedodržel ustanovení § 46 odst. zákona v návaznosti na § 6 odst. 1 a 2 zákona, neboť žádost nebyla učiněna v souladu se zásadou transparentnosti, neboť z ní nevyplývá, jakou lhůtu navrhovateli k objasnění části své nabídky poskytl, a současně žádost nebyla učiněna v souladu se zásadou rovného zacházení, neboť v zadávacím řízení byla jinak poskytnuta lhůta tří pracovních dnů.
27. Předmětem přezkumu v tomto řízení je tedy zákonnost postupu zadavatele, který se dne 6. 6. 2017 obrátil telefonicky na navrhovatele, aby jej požádal o ozřejnění nesrovnalosti v označení silničního válce nad 13 t na hutnění živičných směsí.

28. Z přílohy č. 3 kvalifikační dokumentace navrhovatele totiž zadavatel zjistil, že navrhovatel čestně prohlašuje, že má k provádění veřejné zakázky silniční válec nad 13 t označený navrhovatelem HAMM HD **12 VV**. Tento válec však nespĺňuje požadované parametry, neboť se jedná o válec o hmotnosti 3 410 kg. Zadavatel však z veřejně dostupných informací zjistil, že požadavek na hmotnost nad 13 t by splňoval silniční válec HAMM HD **120VV** s maximální hmotností 14 010 kg. Na základě toho se domníval, že na straně navrhovatele mohlo dojít při označení válce nad 13 t k chybě v psaní.
29. Zadavatel tedy dne 6. 6. 2017 kontaktoval telefonicky navrhovatele a požádal jej o vysvětlení nesrovnalosti v označení silničního válce nad 13 t. Obsah komunikace byl zadavatelem zachycen v nedatovaném písemném záznamu o úkonu zadavatele. Mezi účastníky řízení proběhly tři telefonáty.
30. Navrhovatel na základě uvedené výzvy zadavatele zaslal dne 6. 6. 2017 ve 14:25 hodin z emailu jahoda@robstavby.cz zprávu s předmětem *Stroje a přílohou SKMBT_C22017060614330.pdf* a textem *„Dobrý den, v příloze zasílám slíbené dle tel. domluvy. S pozdravem Vojtěch Jahoda.“* V příloze emailu byla předložena naskenovaná Příloha č. 3 kvalifikační dokumentace – Předloha přehledu nástrojů nebo pomůcek, provozních nebo technických zařízení; Přehled nástrojů nebo pomůcek, provozních nebo technických zařízení. Tato příloha je datována dnem 6. 4. 2017, obsahuje mj. popis silničního válce nad 13 t „Ammann AV 115-2“ a je podepsána Ing. Radkem Kozákem komanditistou společnosti a opatřena razítkem společnosti.
31. Rozhodnutím ze dne 8. 6. 2017 vyloučil zadavatel navrhovatele z účasti ze zadávacího řízení, a to ve všech jeho částech, tj. v části 1, 2 i 3. Důvodem vyloučení bylo nesplnění kvalifikace. Ani navrhovatelem nově doplněný válec AMMAN AV 115-2 nespĺňoval požadavek na hmotnost nad 13 t. Jeho maximální hmotnost totiž dle technických údajů výrobce činí 12 350 kg.
32. Takto zjištěný skutkový stav není sporný. S čím se však nelze ztotožnit, je to, jak Úřad skutkový stav právně kvalifikoval.
33. Podle ustanovení § 46 odst. 1 zákona platí, že zadavatel může pro účely zajištění řádného průběhu zadávacího řízení požadovat, aby účastník zadávacího řízení v přiměřené lhůtě objasnil předložené údaje, doklady, vzorky nebo modely nebo doplnil další nebo chybějící údaje, doklady, vzorky nebo modely. Zadavatel může tuto žádost učinit opakovaně a může rovněž stanovenou lhůtu prodloužit nebo prominout její zmeškání. Podle odst. 2 téhož ustanovení platí, že po uplynutí lhůty pro podání nabídek nemůže být nabídka měněna, nestanoví-li tento zákon jinak; nabídka však může být doplněna na základě žádosti podle odstavce 1 o údaje, doklady, vzorky nebo modely, které nebudou hodnoceny podle kritérií hodnocení. V takovém případě se doplnění údajů týkajících se prokázání splnění podmínek účasti za změnu nabídky nepovažují, přičemž skutečnosti rozhodné pro posouzení splnění podmínek účasti mohou nastat i po uplynutí lhůty pro podání nabídek.
34. Podle ustanovení § 48 odst. 1 zákona může zadavatel vyloučit účastníka zadávacího řízení pouze z důvodů stanovených tímto zákonem, a to kdykoliv v průběhu zadávacího řízení. Dle odst. 2 písm. a) téhož ustanovení platí, že zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení, pokud údaje, doklady, vzorky nebo modely předložené účastníkem zadávacího řízení nespĺňují zadávací podmínky nebo je účastník zadávacího řízení ve stanovené lhůtě

nedoložil, a podle písm. b) téhož ustanovení rovněž pokud nebyly účastníkem zadávacího řízení objasněny nebo doplněny na základě žádosti podle § 46 zákona.

35. Z ustanovení § 263 odst. 2 zákona však vyplývá, že podmínkou uložení nápravného opatření je 1. nedodržení pravidel stanovených pro zadání veřejné zakázky, 2. to, že nedodržení pravidla ovlivnilo nebo mohlo ovlivnit výběr dodavatele, a 3. to, že dosud nebyla uzavřena smlouva.
36. Zadavatel v posuzovaném případě vyzval navrhovatele k objasnění předloženého údaje o válci nad 13 tun. Učinil tak telefonickou výzvou, v níž s nejvyšší pravděpodobností absentovala lhůta, ačkoliv zákon v ustanovení § 46 odst. 1 zákona přímo počítá s tím, že zadavatel lhůtu k objasnění údaje stanoví. Zadavatel se tedy dopustil formálního pochybení a ustanovení § 46 odst. 1 zákona porušil. **První podmínka** uložení nápravného opatření je naplněna.
37. K otázce naplnění **druhé podmínky** především konstatuji, že napadené rozhodnutí v této části považuji za nepřezkoumatelné. Úřad ji totiž fakticky přehlíží. Odůvodnění napadeného rozhodnutí se zaměřuje na odůvodnění naplnění podmínky první. K druhé (a třetí) podmínce napadené rozhodnutí pouze v závěru bodu 81 uvádí, že „postup zadavatele mohl ovlivnit výběr dodavatele a dosud nedošlo k uzavření smlouvy“.
38. Pro naplnění druhé podmínky uložení nápravného opatření je nezbytné zkoumat, zda pochybení, kterého se zadavatel dopustil, mohlo či mělo vliv na výběr dodavatele, tedy pochybení zadavatele mělo přinejmenším potenciál „zamíchat pořadím“. Nestačí tedy ani obecné zjištění, že pochybení zadavatele zadávací řízení nějakým způsobem ovlivnilo/ovlivnit mohlo.
39. Napadené rozhodnutí se však vlivem pochybení zadavatele na výběr dodavatele nezabývá, a to ani rámcově. V návaznosti na to pak zcela absentují důkazy. V této souvislosti upozorňuji na tvrzení zadavatele v bodu 162 rozhodnutí o námitkách. Dle zadavatele by se totiž navrhovatel umístil v jednotlivých částech zakázky na pátých a na sedmém místě. Toto tvrzení zůstalo ve správním řízení bez adekvátních skutkových zjištění. Pokud by však odpovídalo skutečnosti, nacházel se navrhovatel v pozici, kdy by ani jeho vyloučení ze zadávacího řízení, natož formální pochybení v podobě nestanovení lhůty nemohlo mít na výběr dodavatele v konkrétních částech veřejné zakázky vliv.
40. Při posouzení toho, zda porušení pravidla zadávání veřejné zakázky mělo nebo mohlo mít vliv na výběr dodavatele, je nutno zabývat se otázkou, jak se neposkytnutí lhůty k objasnění údaje projevilo v dalším průběhu zadávacího řízení.
41. Z tohoto důvodu se zaměřím na další úkony a tvrzení obou účastníků řízení. Navrhovatel poslal zadavateli požadované objasnění ještě téhož dne, kdy ho o to zadavatel požádal. Navrhovatel netvrdí, nikterak nedokládá a ani z obsahu spisu nevyplývá, že by jakýkoliv úkon vůči zadavateli zmeškal, učinil nedostatečně či že by mu neposkytnutí lhůty způsobilo komplikace jakéhokoliv charakteru. Navrhovatel brojí proti formě výzvy (dle jeho názoru měla být učiněna písemně) a proti tomu, že byla učiněna vůči panu Jahodovi, který ovšem nebyl navrhovatelem označen jako osoba oprávněná za navrhovatele v zadávacím řízení vystupovat.

42. Rovněž na straně zadavatele není zřejmé, že by absence lhůty jakkoli ovlivnila jeho další kroky v zadávacím řízení. I pokud by totiž byla navrhovateli stanovena lhůta, je zřejmé, že navrhovatel údaje doplnil ještě téhož dne, kdy o to byl požádán. Z hlediska zadavatele tak výzvě vyhověl, byť svou kvalifikaci nadále neprokázal. Účel výzvy byl doplněním ze strany navrhovatele konzumován a nebylo tak nutno dále vyčkávat (např. do uplynutí hypotetické třídní lhůty). Takový požadavek nemá oporu v zákoně a nejví se smysluplný. Žádným dalším úkonem by totiž navrhovatel vadu svého doplnění nezhojil. Jeho podání bylo úplné, opraveno bylo v souladu s výzvou – byť opět nedostatečně – údaj o válci 13 t.
43. Navrhovatel v doplnění námitek ze dne 21. 6. 2017 rovněž uvádí, že zadavatel na navrhovatele vyvíjel nátlak (doslova „*Pan Jahoda po neoprávněném nátlaku a v obavě o vyloučení stěžovatele z účasti v zadávacím řízení zaslal ještě týž den v příloze emailu změněnou přílohu.*“). Tato dílčí námitka pak již není obsažena v návrhu na přezkum úkonů zadavatele, nicméně patrně na jejím základě napadené rozhodnutí v bodu 79 dovozuje, že „*byl na navrhovatele vytvořen tlak, kterému nebyl vystaven žádný jiný z ostatních účastníků, přičemž výsledný stav, kdy navrhovatel předložil nevyhovující podklady k prokázání splnění kvalifikace, tak mohl být právě důsledkem postupu zadavatele*“. S touto úvahou se však nemohu ztotožnit. Jednak jde o závěr spekulativní, jednak – a to především – jde o závěr, který odhlíží od posuzované situace a jeví se velmi nepravděpodobný. Zadavatel totiž zjistil, že navrhovatel nespĺňuje technické kvalifikační předpoklady (údaj o válci nad 13 t), nicméně by je splňoval, pokud by platilo, že se navrhovatel na svém čestném prohlášení v údaji o tomto válci dopustil chyby v psaní. Telefonickou výzvou tedy zadavatel žádal toliko o odstranění domnělé chyby v psaní – přidání nuly. Z reakce navrhovatele a zejména z jeho dalších kroků je však patrné, že se o chybu v psaní nejednalo, neboť navrhovatel neopravil údaj předpokládaným způsobem, nýbrž uvedl označení zcela jiného válce. Čestné prohlášení tak bylo nesprávné věcně, a to poprvé i podruhé. To však nic nemění na tom, že zadavatel požadoval toliko drobnou opravu chyby a lze si stěží představit situaci, kterou modeluje bod 79 napadeného rozhodnutí, tedy že by byl navrhovatel v důsledku požadavku na opravu chyby v psaní v takovém stresu, že by se omylem dopustil chyby ještě větší – označil válec zcela jinak. Navíc nelze přehlédnout, že navrhovateli doplnění požadovaného údaje trvalo sedm hodin, jak bude ještě rozebráno níže, a to přestože zadavatel žádal opravit údaj, který měl mít navrhovatel postaven na jisto v okamžiku podání nabídky.
44. Nestanovení lhůty k objasnění údaje tedy navrhovatele nezkrátilo na jeho právech a v zadávacím řízení se nikterak neprojevovalo. Nemohlo mít a nemělo žádný vliv na další průběh zadávacího řízení. Doplněné údaje o válci nad 13 t rovněž nenaplňovaly kvalifikační předpoklady. O tom ostatně není ani mezi účastníky řízení sporu. Navrhovatel se sám snažil své opakované pochybení dodatečně napravit – k doplnění námitek ze dne 21. 6. 2017 přiložil další čestné prohlášení týkající se mj. silničního válce nad 13 t, což svědčí o tom, že si byl vady svého úkonu dne 6. 6. 2017 vědom. Navrhovatel tedy kvalifikační podmínku řádně nesplnil a byl z příslušných částí zadávacího řízení vyloučen v souladu se zákonem.
45. Vše uváděné stran absence lhůty platí obdobně i o dílčích výhradách, které napadené rozhodnutí vznáší vůči záznamu telefonické komunikace zadavatele a navrhovatele. Ani dílčí formální nedostatky záznamu telefonické komunikace totiž nemohly mít a neměly faktický vliv na další průběh zadávacího řízení. Ani navrhovatel nerozporuje obsah tohoto záznamu, napadá toliko formu a jeho adresáta. Konkrétně vytýká, že výzva k objasnění nabídky měla

být učiněna písemně a měla být adresována kompetentní osobě, kterou dle tvrzení navrhovatele nebyl pan Jahoda, pracovník sekretariátu navrhovatele.

46. V tomto konkrétním případě lze akceptovat telefonickou výzvu, neboť zadavatel požadoval po uchazeči jen opravu domnělé chyby v psaní (chybějící číslo 0). Záznam o telefonické komunikaci nereflektuje sice počet telefonátů, které mezi účastníky řízení proběhly, avšak je z něj patrné, s kým zadavatel komunikoval, co požadoval a kdy tak učinil.
47. Pokud jde o to, že výzva byla dle navrhovatele adresována neoprávněné osobě, zde pracovníkovi sekretariátu, ani v tomto dílčím nedostatku nespátřuji vadu, která by mohla další průběh zadávacího řízení ovlivnit, a to z následujících důvodů. Za právní osobu jedná její mj. její zaměstnanci. Zastupují ji v rozsahu, který je obvyklý s ohledem na jejich pracovní zařazení nebo funkci. Pro třetí osobu je rozhodující, jak se jejich oprávnění k zastoupení právní osoby jeví zvnějšku. Uvádění kontaktních osob ať už do nabídek či do smluv je záležitostí technickou. Je-li určitá osoba uvedena jako kontaktní, nestává se z ní jediný možný komunikační kanál, účelem stanovení kontaktní osoby je toliko usnadnění komunikace. Jiný přístup by v praxi vedl k absurdním následkům.
48. V tomto řízení není sporu o tom, že pan Jahoda nebyl navrhovatelem určen jako „kontaktní osoba“ pro dané zadávací řízení. Sporů není však ani o tom, že se jednalo o zaměstnance navrhovatele, konkrétně pracovníka sekretariátu. Rovněž není sporné, že pan Jahoda již se zadavatelem dříve komunikoval – ze svého pracovního emailu dne 30. 5. 2017 zasílal písemnou žádost o prodloužení lhůty jako reakci na výzvu zadavatele ze dne 26. 5. 2017. Žádost ze dne 30. 5. 2017 se sestávala z emailové zprávy, jejíž přílohou byl naskenovaný dokument obsahující kromě vlastního textu rovněž razítko navrhovatele a podpis komanditisty společnosti oprávněného zastupovat komplementáře. Reakcí na telefonickou výzvu zadavatele ze dne 6. 6. 2017 byl email zaslaný z pracovní adresy pana Jahody, jehož přílohou byl naskenovaný dokument opatřený razítkem navrhovatele a podpisem komanditisty společnosti oprávněného zastupovat komplementáře.
49. Z výčtu okolností uvedených v předchozím odstavci pak plyne následující. Pan Jahoda ačkoliv nebyl v nabídce navrhovatelem určen jako kontaktní osoba, byl součástí sekretariátu navrhovatele, tedy obecně útvaru, jehož popisem práce je mimo jiné i příjem a redistribuce poštovních a jiných zpráv. Pan Jahoda se zadavatelem před 6. 6. 2017 komunikoval, nebylo a dosud není z ničeho patrné, že by nebyl oprávněn za navrhovatele činit drobné administrativní úkony. Bez výhrad stran nedostatku své kompetence pak komunikoval i telefonicky dne 6. 6. 2017. Z hlediska třetí osoby byl tedy pan Jahoda oprávněn přijmout výzvu adresovanou svému zaměstnavateli a umožnit její vyřízení.
50. K tomu v tomto případě došlo a odpovědí na telefonickou výzvu zadavatele byl dokument vizuálně shodný jako předchozí dokumenty navrhovatele, opatřený razítkem společnosti a podpisem zmocněného komanditisty. Dokument byl navíc zaslán z emailové schránky pana Jahody stejně jako předchozí žádost o prodloužení lhůty. Za těchto okolností nebyl žádný důvod, aby zadavatel neakceptoval navrhovatelem opravenou verzi Přílohy č. 3 kvalifikační dokumentace – Přehled nástrojů nebo pomůcek, provozních nebo technických zařízení.
51. V této souvislosti dodávám, že pokud i přijetí telefonátu a předání jeho obsahu dál bylo mimo kompetence pana Jahody, jak tvrdí navrhovatel, pak nebylo důvodu, aby pan Jahoda zadavatele s jeho žádostí neodkázal na příslušnou osobu. Z tvrzení navrhovatele vyplývá, že

první telefonát se dne 6. 6. 2017 uskutečnil již v 7:20 hodin. Navrhovatelova odpověď na výzvu byla odeslána téhož dne až ve 14:25, tedy se sedmihodinovým odstupem. Kdykoliv v mezidobí pan Jahoda mohl svá zaměstnanecká oprávnění konzultovat a jejich případný nedostatek zadavateli tlumočit, rovněž měl dostatek času žádost zadavatele postoupit jinému zaměstnanci.

52. Navrhovatel v návrhu rovněž naznačuje, že pan Jahoda opravil Přílohu č. 3 kvalifikační dokumentace a zaslal ji zadavateli o své vůli a bez vědomí navrhovatele. I pokud by toto tvrzení bylo pravdivé a listina zasláná zadavateli by neobsahovala pravý podpis zmocněného komanditisty, případně by byla bez vědomí navrhovatele pozměněna jinak, konstatuji, že i případné protiprávní činy zaměstnanců zaměstnavatele zavazují. Je toliko věcí navrhovatele, aby své zaměstnance řádně školil a kontroloval a tím se podobných situací vyvaroval. Tímto navrhovatele odkazuji na ustanovení § 167 zákona č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku a na ustanovení § 8 zákona č. 418/2011 Sb., o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim.
53. Na základě všeho uvedeného uzavírám, že dílčí pochybení zadavatele spočívající v tom, že nestanovil lhůtu ve smyslu ustanovení § 46 odst. 1 zákona, nemohlo mít a nemělo vliv na další průběh zadávacího řízení. Postup zadavatele by totiž byl stejný, i kdyby byla lhůta stanovena – zadavatel by totiž posoudil naplnění kvalifikačních předpokladů na základě listiny dodané navrhovatelem dne 6. 6. 2017, nedospěl by k jinému závěru, než že navrhovatel technické kvalifikační předpoklady nesplňuje a uchazeče by ze zadávacího řízení pro tento nedostatek vyloučil.
54. Při přezkumu napadeného rozhodnutí jsem se zabýval i kaucí, jejíž nesprávnou výši zadavatel v rozkladu namítá. V posouzení této otázky se shoduji s právním názorem Úřadu prezentovaným v bodech 62 – 63 napadeného rozhodnutí. Rovněž odůvodnění, které napadené rozhodnutí poskytuje, považuji za dostatečné. V daném případě se jednalo o rámcovou smlouvu, kde nebylo možné stanovit nabídkovou cenu. Rozdělení veřejné zakázky na části není z hlediska výše kauce relevantní, což je přístup potvrzený i judikatorně. Kauce ve výši 100 000 Kč je v tomto případě odpovídající zákonu.
55. Na základě všeho shora uvedené uzavírám, že napadené rozhodnutí považuji za nepřezkoumatelné a z tohoto důvodu jsem přistoupil k jeho zrušení. V dalším řízení je Úřad povinen zabývat se otázkou naplnění druhé podmínky ustanovení § 263 odst. 2 zákona, tedy tím, zda pochybení zadavatele mohlo mít nebo mělo vliv na výběr dodavatele v příslušných částech zadávacího řízení. Bude-li toho třeba, doplní Úřad dokazování a učiní patřičná skutková zjištění. V novém rozhodnutí je pak Úřad povinen ve smyslu § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu zohlednit závazné právní názory vyslovené v tomto rozhodnutí.

VI. Závěr

56. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad nepostupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí, a to z důvodů uvedených v tomto rozhodnutí.
57. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem shledal důvody, pro které bylo nutno napadené rozhodnutí zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 5 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Fiala, Tejkal a partneři, advokátní kancelář, s. r. o., Helfertova 2040/13, 613 00 Brno
2. Mgr. Filip Toul, advokát, Lannova tř. 16/13, 370 01 České Budějovice

Vypraveno dne:

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