



UOHSX00BHIK4

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: R0097/2018/VZ-25296/2018/321/OMa

Brno: 30. srpna 2018

V řízení o rozkladu ze dne 29. 5. 2018 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 30. 5. 2018 navrhovatelem –

- **Alfedus servis s.r.o.**, IČO 26142791, se sídlem Sokolovská 1278/156, 186 00 Praha 8 Libeň, na základě plné moci ze dne 20. 12. 2017 zastoupena Mgr. Petrem Práškem, advokát, IČO 03826503, se sídlem Novodvorská 1010/14, 142 00 Praha 4 – Lhotka,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0109/2018/VZ-14286/2018/512/TDv ze dne 15. 5. 2018, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Nemocnice Na Bulovce**, IČO 00064211, se sídlem Budínova 67/2, 180 81 Praha 8 Libeň, učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Zajištění úklidových služeb**“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 23. 10. 2017 a uveřejněno dne 26. 10. 2017 pod ev. č. Z2017-029369 ve znění opravy ze dne 30. 10. 2017 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 26. 10. 2017 pod ev. č. 2017/S 206-425386 ve znění opravy ze dne 31. 10. 2017 pod ev. č. 2017/S 209-434372,

jsem podle § 152 odst. 6 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-S0109/2018/VZ-14286/2018/512/TDv ze dne 15. 5. 2018

r u š í m

a věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

I. 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, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“¹) k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel dne 19. 3. 2018 návrh ve smyslu § 250 zákona (dále jen „**návrh**“) z téhož dne podaný navrhovatelem – Alfredus servis s.r.o., IČO 26142791, se sídlem Sokolovská 1278/156, 186 00 Praha 8 Libeň, na základě plné moci ze dne 20. 12. 2017 zastoupena Mgr. Petrem Práškem, advokát, IČO 03826503, se sídlem Novodvorská 1010/14, 142 00 Praha 4 – Lhotka (dále jen „**navrhovatel**“) – na zahájení správního řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Nemocnice Na Bulovce, IČO 00064211, se sídlem Budínova 67/2, Libeň, 180 81 Praha 8 (dále jen „**zadavatel**“), učiněných při zadávání veřejné zakázky „Zajištění úklidových služeb“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 23. 10. 2017 a uveřejněno dne 26. 10. 2017 pod ev. č. Z2017-029369 ve znění opravy ze dne 30. 10. 2017 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 26. 10. 2017 pod ev. č. 2017/S 206-425386 ve znění opravy ze dne 31. 10. 2017 pod ev. č. 2017/S 209-434372 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. V návrhu navrhovatel brojil proti rozhodnutí o vyloučení nabídky navrhovatele ze zadávacího řízení ze dne 15. 2. 2018 (dále jen „**rozhodnutí o vyloučení**“). Zadavatel totiž v rozhodnutí o vyloučení uvedl, že nemohl navrhovatele vyzvat k objasnění nebo doplnění údajů, dokladů či vzorků dle ustanovení § 46 odst. 1 zákona, neboť pokud by tak učinil, jednal by v rozporu s ustanovením § 46 odst. 2 zákona. V souvislosti s tím spatřoval navrhovatel rozpor postupu zadavatele se zásadou rovného zacházení a zásadou přiměřenosti, jež jsou uvedeny v § 6 zákona, jelikož zadavatel vyzval k doplnění údajů dle ustanovení § 46 odst. 1 zákona jiného účastníka zadávacího řízení na veřejnou zakázku. Dle názoru navrhovatele měl zadavatel postupovat tak, že by přistupoval k doplněným údajům navrhovatele zvláště v souvislosti s prokázáním kvalifikace a zvláště v souvislosti s hodnocením nabídky.

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

II. Napadené rozhodnutí

3. Dne 15. 5. 2018 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0109/2018/VZ-14286/2018/512/TDv (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým výrokem I. rozhodl o tom, že zadavatel nedodržel pravidla pro zadání veřejné zakázky stanovená § 46 odst. 1 zákona ve spojení se zásadou rovného zacházení stanovenou v ustanovení § 6 odst. 2 zákona, když vyloučil navrhovatele ze zadávacího řízení pro nesplnění podmínky účasti v zadávacím řízení stanovenou jako technická kvalifikace, aniž by jej vyzval k objasnění nebo doplnění údajů k prokázání splnění podmínky dle § 46 odst. 1 zákona, ačkoliv zadavatel vyzval účastníka OLMAN SERVIS s.r.o., IČO 26293102, se sídlem Jakuba Obrovského 1389/1B, 635 00 Brno (dále jen „**OLMAN SERVIS**“), dne 15. 2. 2018 k doplnění údajů sloužících k prokázání splnění podmínky účasti v zadávacím řízení stanovené jako technická kvalifikace, a uvedený postup mohl ovlivnit výběr dodavatele. Výrokem II. uložil Úřad zadavateli nápravné opatření spočívající ve zrušení rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení a všechny následující úkony zadavatele učiněné v zadávacím řízení na veřejnou zakázku. Výrokem III. Úřad uložil zadavateli dle § 263 odst. 8 zákona zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku a výrokem IV. Úřad uložil zadavateli uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.
4. Výrok I. napadeného rozhodnutí Úřad odůvodnil tak, že v § 46 odst. 2 zákona je sice uvedeno, že nabídka může být doplněna na základě žádosti podle § 46 odst. 1 zákona o údaje, doklady, vzorky nebo modely, které nebudou hodnoceny podle kritérií, ale v případě, kdy zadavatel využívá doklady obsahující údaje jednak pro prokázání kvalifikace a jednak k hodnocení nabídek, tak tím, že by zadavatel postupoval, jak je výše uvedeno, by nemohlo dojít k porušení ustanovení § 46 odst. 2 zákona, neboť účelem tohoto ustanovení je zamezit situaci, aby po uplynutí lhůty pro podání nabídek, došlo ke změně nabídky, jež by v konečném důsledku měla vliv na proces hodnocení. Z toho plyne, že by zadavatel navrhovatele vyzýval jen k doplnění údajů a dokladů prokazujících splnění podmínky účasti stanovené jako technická kvalifikace, aby tak navrhovatel mohl pokračovat v zadávacím řízení, stejně jako pokračoval dodavatel OLMAN SERVIS, který byl zadavatelem vyzván k doplnění údajů, dokladů, vzorků nebo modelů dle § 46 odst. 1 zákona. Úřad dále dodal, že pokud by navrhovatel doplnil i údaje, které byly předmětem hodnocení, jednalo by se o nepřípustnou změnu nabídky a zadavatel by k takovýmto dokladům nemohl při hodnocení nabídky navrhovatele nijak přihlédnout. Vliv na výběr dodavatele pak Úřad prokazoval tím, že i přestože by mohl navrhovatel dostat v jednom z hodnotících kritérií nula bodů, mohl by v jiných dostat nejvíce bodů a vzhledem k metodě, kterou byly nabídky hodnoceny, by taková nabídka navrhovatele měla vliv na výběr dodavatele.
5. Výrok II. napadeného rozhodnutí Úřad odůvodnil tak, že vzhledem k tomu, že v šetřeném případě zadavatel pochybil až při vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení, považoval za nejvhodnější nápravné opatření právě zrušení těch úkonů zadavatele, při kterých se dopustil porušení zákona a všech úkonů následujících.
6. Výrok III. napadeného rozhodnutí Úřad odůvodnil tak, že vzhledem k tomu, že Úřad napadeným rozhodnutím ve výroku II. uložil zadavateli nápravné opatření spočívající ve zrušení rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení a současně i všech následujících úkonů zadavatele učiněných v zadávacím řízení, musel dle § 263 odst. 8 zákona uložit zadavateli zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku.

7. Výrok IV. napadeného rozhodnutí Úřad odůvodnil tím, že vzhledem k tomu, že Úřad tímto napadeným rozhodnutím ve výroku II. uložil zadavateli nápravné opatření spočívající ve zrušení rozhodnutí o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení a současně i všech následujících úkonů zadavatele učiněných v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení.

III. Rozklad zadavatele

8. Dne 30. 5. 2018 doručil zadavatel Úřadu rozklad ze dne 29. 5. 2018 proti napadenému rozhodnutí. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 15. 5. 2018. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě.

Námítky rozkladu

9. Zadavatel v rozkladu namítá, že je nutné vykládat rozhodnutí Úřadu i v kontextu § 46 odst. 2 zákona, ve kterém je uvedeno, 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, což je dle zadavatele v kontrastu s tím, že v daném případě měl na základě zásady rovného zacházení vyzvat navrhovatele k doplnění nabídky i o doklady, které mají být předmětem hodnocení, avšak tyto zohlednit pouze pro účely splnění kvalifikace a ne při hodnocení nabídek. Zadavatel tedy uvádí, že dle jeho interpretace zákona není možné vyzvat účastníka k doplnění nabídky, pokud by doplňovaný doklad měl být předmětem hodnocení, neboť je to přímo zakázáno zákonem a nepovažuje za rozhodné, zda je prokazováno i splnění jiného požadavku zadávacích podmínek. Toto dokládá následujícími druhy výkladu:
10. Jazykový: Zadavatel odkazuje na důvodovou zprávu zákona a komentáře, ve kterých se opakuje, že nabídka může být doplněna o údaje, které nejsou předmětem hodnocení v rámci kritérií hodnocení.

Logický:

- a. *A contrario* ve spojení s *per eliminationem*: Pokud může být nabídka doplněna jen o doklady, které nebudou hodnoceny podle kritérií hodnocení, tak dle zmíněných argumentů nemůže být doplněna o doklady, které předmětem hodnocení podle kritérií hodnocení jsou.
- b. *Per analogiím*: Vztah §§ 46 odst. 2 a 46 odst. 3 zákona, kdy dle § 46 odst. 3 je možné jen takové doplnění položkového rozpočtu, které nebude mít vliv na hodnotící kritérium. Je tedy možné vyžádat doplnění položkového rozpočtu, avšak pouze za situace, pokud by tímto doplněním nebyla ovlivněna kritéria hodnocení, což je dle zadavatele analogické k § 46 odst. 2 zákona – je možné nechat doplnit nabídku, avšak pouze za situace, pokud by tímto doplněním nebyla ovlivněna kritéria hodnocení.
- c. *Reductio ad absurdum*: Dle § 28 odst. 1 písm. a) bod 4 zákona jsou zadávacími podmínkami veškerá zadavatelem stanovená pravidla pro hodnocení nabídek. Dle § 48 odst. 2 písm. a) zákona zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení, pokud doklady předložené účastníkem nesplňují zadávací podmínky.

Z uvedeného zadavatel usuzuje, že musí předložené dokumenty posuzovat nadvrát, a to rozdílně, pro kvalifikaci a poté pro hodnocení. To považuje za absurdní, neboť dle něj dochází k závěru, že navrhovatel zadávací podmínky zároveň splnil i nesplnil, a tedy vzniká nemožnost učinit rozhodnutí, zda může nebo nemůže navrhovatele vyloučit podle § 48 odst. 2 písm. a) zákona. V souvislosti s tímto rovněž zadavatel uvádí příklad, dle kterého by byl předmětem sporu nedodaný harmonogram prací, a to jednou z pohledu, že není kritériem hodnocení, a podruhé, že je. Nastal by i v takové situaci Úřadem předpokládaný postup, kdy by se pro účely kvalifikace k harmonogramu přihlíženo a pro účely hodnocení nikoliv?

Teleologický: Na tomto místě zadavatel de facto opakuje výklad jazykový z pohledu důvodové zprávy a autorského komentáře k zákonu, dle kterých nesmí být měněna část nabídky, která bude předmětem hodnocení.

11. Závěrem pak zadavatel rekapituluje předešlou argumentaci, uvádí, že výzva účastníka OLMAN SERVIS k doplnění nabídky je v daném případě irelevantní, neboť se jedná o různé situace, a pokud by vyzval navrhovatele k doplnění nabídky, jednal by v rozporu se zásadou transparentnosti. Připomíná také, že v nabídce navrhovatele chyběla značná část dokladů a jeho nabídka si dle zadavatele ani nedělala ambice na to splnit zadavatelem stanovené kvalifikační předpoklady.

Závěr rozkladu

12. Zadavatel v rozkladu navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil.

IV. Řízení o rozkladu

13. 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 ze dne 5. 6. 2018

14. Dne 31. 5. 2018 byl navrhovateli doručen rozklad zadavatele proti napadenému rozhodnutí, a v této souvislosti byl navrhovatel vyzván, aby se k danému rozkladu vyjádřil. Navrhovatel ve vyjádření uvádí, že nesouhlasí s výkladem zákona, který provedl ve svém rozkladu zadavatel. Dle navrhovatele doplňování informací nezbytných k prokázání kvalifikace dodavatelů nemá být dle § 46 odst. 2 zákona nijak omezováno, a toto ustanovení slouží pouze pro zamezení manipulace s pořadím nabídek v rámci jednotlivých zadávacích řízení. Nadto navrhovatel namítá, že posouzení kvalifikace probíhá de facto nezávisle na hodnocení nabídek, a na obě tato jednání lze nahlížet jako na relativně samostatné procesy se zvláštní právní úpravou a rozdílnými účely a výsledky.

Stanovisko předsedy Úřadu

15. 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.

16. Úřad tím, že svým napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je uvedeno v napadeném rozhodnutí, nerozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání. Současně je v tomto rozhodnutí vysloven závazný právní názor, kterým je Úřad při dalším projednání věci vázán.

V. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí

Některá relevantní ustanovení zákona

17. Podle § 6 odst. 2 zákona musí zadavatel ve vztahu k dodavatelům dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.
18. Podle § 46 odst. 1 zákona může zadavatel 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.
19. Podle § 46 odst. 2 zákona 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.

Relevantní skutkové okolnosti

20. Na tomto místě je nutné blíže specifikovat situace, které se týkají výzvy podle § 46 odst. 1 zákona vůči účastníkovi OLMAN SERVIS a výzvy podle stejného ustanovení vůči navrhovateli.
21. Účastníci měli v rámci zadávacího řízení mimo jiné doložit následující podklady. V rámci technické kvalifikace měl být doložen seznam osob podílejících se na veřejné zakázce ve formě čestného prohlášení. Tento seznam pak měl obsahovat přílohy, například životopisy jednotlivých osob, certifikace a potvrzení o absolvovaných školeních. Jmenované doklady nebyly pouze podklady pro posouzení technické kvalifikace účastníků, ale jednalo se rovněž o podklady pro hodnocení nabídek v rámci hodnotících kritérií. Tato skutečnost vyplývá z části Hodnocení nabídek v bodu 15 zadávací dokumentace veřejné zakázky. Podrobněji Úřad rozvedl tyto skutečnosti v bodech 49 – 50 odůvodnění napadeného rozhodnutí.
22. Zadavatel v rámci výzvy dle § 46 odst. 1 zákona vyzval účastníka OLMAN SERVIS k doplnění chybějících dokladů a prokázání technické kvalifikace, kdy podle § 46 odst. 1 zákona měl výše uvedený dodavatel dle čl. 5.2 zadávací dokumentace doložit seznam osob podílejících se na veřejné zakázce ve formě čestného prohlášení. Dále měl předložit potvrzení subdodavatele z finančního úřadu a okresní správy sociálního zabezpečení. Účastník zadávacího řízení na veřejnou zakázku OLMAN SERVIS již v původní nabídce dodal životopisy a informace, které

byly relevantní pro hodnocení v rámci kritérií hodnocení předmětné veřejné zakázky, a jediná listina týkající se technické kvalifikace, kterou musel doplnit, byl právě uvedený seznam ve správné formě. Tento seznam jakož ani potvrzení subdodavatele však nebyly předmětem hodnocení v rámci hodnotících kritérií.

23. Zadavatel nevyzval dle § 46 odst. 1 zákona navrhovatele k doplnění chybějících dokladů, neboť navrhovatel nedoložil nejen podklady pro účely prokázání technické kvalifikace (například seznam osob podílejících se na veřejné zakázce ve formě čestného prohlášení), ale nedoložil ani přílohy, které měl k danému dokumentu připojit, tedy například již uvedené životopisy. Jak již bylo řečeno, životopisy pak byly součástí podkladů, jež sloužily jednak pro prokázání technické kvalifikace, a jednak pro hodnocení v rámci hodnotících kritérií. Zadavatel tedy postupoval dle výkladu ustanovení § 46 odst. 2 zákona, dle kterého ani nemůže vyzvat účastníka řízení k doplnění potřebných podkladů, pokud jsou tyto podklady potřeba rovněž pro účely hodnocení dle hodnotících kritérií.

Právní hodnocení situace Úřadem v rámci napadeného rozhodnutí

24. Úřad v rámci posouzení daného případu dospěl k závěru, že zadavatel měl vyzvat navrhovatele k doplnění chybějících dokladů dle § 46 odst. 1 zákona, neboť k obdobnému úkonu vyzval i účastníka OLMAN SERVIS, a jednalo se o analogické situace. Nevyzváním navrhovatele k doplnění chybějících dokladů dle § 46 odst. 1 zákona tak dle Úřadu došlo ze strany zadavatele k porušení zásady rovného zacházení dle § 6 odst. 2 zákona.
25. Úřad dospěl k tomuto názoru na základě interpretace § 46 odst. 1 a 2 zákona. Na základě ní dospěl Úřad k tomu, že je nutné posoudit, jak budou doplněné relevantní údaje využity. Dle výkladu Úřadu tedy bude možné doplnit údaje (i ty, co by případně byly předmětem hodnocení v rámci hodnocení nabídek), a využít je pro jinou skutečnost, než je právě hodnocení nabídek, které § 46 odst. 2 zákona dle Úřadu výslovně zapovídá. Takovou optikou by tedy bylo možné provést například posouzení splnění kvalifikačních předpokladů účastníka zadávacího řízení i na základě doplněných údajů, které by zároveň měly potenciál být předmětem hodnocení nabídek (doplněné údaje by byly zároveň součástí některého kvalifikačního kritéria), a to za předpokladu, že by zadavatel takto doplněné údaje při hodnocení nabídek v rámci hodnotících kritérií nepoužil/nerefletoval. Zjednodušeně řečeno, dle Úřadu je nutné rozlišovat i třeba u jedněch údajů, které byly doplněny, k čemu mají být využity. Následně Úřad zapovídá pouze takové využití těchto údajů, které povede ke změnám v rámci hodnocení nabídek jednotlivých účastníků. Jiné využití daných údajů pak dle Úřadu zákon výslovně nezapovídá a je dle něj v pořádku.
26. Na základě těchto úvah tedy Úřad dospěl k závěru, že měl zadavatel vyzvat k doplnění údajů dle § 46 odst. 1 zákona i navrhovatele, a doplněné údaje použít pouze v rámci prokázání technické kvalifikace. Zadavatel tak měl zabránit pouze tomu, aby navrhovatelem doplněné údaje byly předmětem hodnocení v rámci kritérií hodnocení.
27. Jelikož tak zadavatel neučinil, nepostupoval dle Úřadu v souladu se zásadou rovného zacházení dle § 6 odst. 2 zákona, a z tohoto důvodu Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno v napadeném rozhodnutí.

Právní posouzení § 46 odst. 1 a 2 zákona předsedy Úřadu

28. Úřad v napadeném rozhodnutí provedl nesprávné právní posouzení věci spočívající v nesprávném výkladu § 46 odst. 2 zákona, čímž zatížil napadené rozhodnutí vadou nezákonnosti, a to z dále uvedených důvodů.
29. Výklad ustanovení § 46 odst. 1 zákona je pro účely daného případu poměrně jednoznačný. Zadavatel může požadovat po účastnících zadávacího řízení, aby mu objasnili nebo doplnili relevantní údaje, které potřebuje znát za účelem zajištění řádného průběhu zadávacího řízení. Na tomto místě je nutné zdůraznit pasáž ustanovení, ve které je uvedeno „zadavatel může požadovat“, která je v daném případě relevantní pro následnou aplikaci zásady rovného zacházení dle § 6 odst. 2 zákona. Je to tedy zadavatelova volba, zda k aplikaci daného ustanovení přistoupí či nikoliv.
30. V kontextu prvního odstavce § 46 zákona je nyní vhodné rozebrat i druhý odstavec tohoto ustanovení. Z něj totiž mimo jiné vyplývá, že nabídka může být doplněna na základě žádosti podle odstavce 1 pouze o údaje, doklady, vzorky nebo modely, které nebudou hodnoceny podle kritérií hodnocení. Z toho, jak je zmíněno i v rozkladu zadavatele, vyplývá, že nemohou být na základě ustanovení § 46 odst. 1 zákona doplněny údaje, jež mají být předmětem kritérií hodnocení.
31. Pokud tedy nastane situace, ve které by měl účastník zadávacího řízení doplnit údaje, které budou relevantní například pro kvalifikační předpoklady, ale zároveň také budou předmětem hodnocení, dojde k situaci, kterou § 46 odst. 2 zákona zapovídá. Toto reflektuje i komentářová literatura, ve které je uvedeno, že *„[z]adavatel tak je oprávněn požadovat doplnění údajů, dokladů, vzorků nebo modelů do nabídky účastníka zadávacího řízení, musí se však jednat pouze o doplnění takových údajů, dokladů, vzorků nebo modelů, které následně nebude na základě kritérií hodnocení hodnotit.“* (PODEŠVA, V; a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Zákon o registru smluv. Komentář. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, str. 187). Obdobně je tomu i v další komentářové literatuře, kde je uvedeno, že *„[j]ediným zákonným limitem je, aby doplnění nezasahovalo do hodnocení nabídek; to znamená, že nabídku lze na základě žádosti zadavatele dle komentovaného ustanovení doplnit o údaje, doklady, vzorky či modely, které nebudou a nemají být předmětem hodnocení dle kritérií hodnocení.“* (§ 46 [Objasnění nebo doplnění údajů, dokladů, vzorků nebo modelů]. In: DVOŘÁK, David, MACHUREK, Tomáš, NOVOTNÝ, Petr; a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, s. 283). Rovněž z důvodové zprávy k zákonu, konkrétně pak k ustanovení § 46 zákona, vyplývá, že *„[p]o uplynutí lhůty pro podání nabídek nesmí být nabídka účastníkem zadávacího řízení jakkoliv měněna. Může být však doplněna o údaje, doklady, vzorky nebo modely, jestliže tyto nejsou předmětem hodnocení v rámci kritérií hodnocení. Za takové doplnění zákon považuje doplnění údajů souvisejících s prokázáním splnění podmínek účasti.“* Z citované komentářové literatury vyplývá, že zadavatel dokonce ani nemůže vyzvat účastníka k doplnění údajů, které jsou předmětem hodnocení. Tyto závěry považují za správné a ztotožňují se s nimi.
32. Zadavatel si musí před tím, než účastníka zadávacího řízení k čemukoliv vyzve, položit otázku, zda účastníka v zákonem či judikaturou definovaných případech vyzvat musí, či zda účastníka na základě zákonného oprávnění vyzvat může, načež musí odpovědět na otázku, zda účastníka zadávacího řízení k něčemu vyzvat chce (pokud má tu možnost). Z předchozích

bodů odůvodnění tohoto rozhodnutí je pak zřejmé, že pokud by se případně doplňované údaje měly týkat skutečností, jež budou hodnoceny podle kritérií hodnocení, pak zadavatel vyzvat k doplnění takových údajů nemůže, neboť navrhovatel nemůže v rámci nabídky měnit a doplňovat údaje, doklady, vzorky nebo modely, které jsou předmětem kritérií hodnocení. Byť zákon výslovně neuvádí v předmětném zákonném ustanovení slovo „předmětem“, komentáře a také důvodová zpráva jej uvádějí, či je to zřejmé z jejich kontextu. Pokud by zadavatel vyzýval účastníky zadávacího řízení k tomu, aby doplňovali údaje, doklady, vzorky nebo modely, které jsou předmětem kritérií hodnocení, docházelo by ke vzniku netransparentních situací, jelikož by vznikaly pochybnosti, co vlastně zadavatel může, případně nemůže hodnotit (pokud dodavatel dodá i doklady, které mají být předmětem hodnocení). Toto potvrzuje i rozsudek Krajského soudu v Brně, sp zn. 29 Af 74/2012 ze dne 28. 8. 2014, v němž je uvedeno, že *„[I]ze souhlasit s tím, že prostřednictvím dodatečně podaného vysvětlení nesmí být nabídka doplňována nebo měněna. Vždy musí být dodrženy zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace ve smyslu § 6 zákona o veřejných zakázkách.“*

33. Nad výše uvedené je rovněž důležité uvést, že uchazeč v zadávacím řízení je povinen dbát svých práv i povinností a předložit nabídku správnou a úplnou. Uchazeč totiž vystupuje jako odborník a profesionál dle § 5 odst. 1 zákona č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku. Podle tohoto ustanovení platí, že kdo se veřejně nebo ve styku s jinou osobou přihlásí k odbornému výkonu jako příslušník určitého povolání nebo stavu, dává tím najevo, že je schopen jednat se znalostí a pečlivostí, která je s jeho povoláním nebo stavem spojena. Jedná-li bez této odborné péče, jde to k jeho tíži.
34. Jak bylo již judikováno, uchazeč je se zadávací dokumentací seznámen a je na něm, aby svou nabídku zadávací dokumentací přizpůsobil. Za její podobu a obsah nese odpovědnost. Nelze požadovat po zadavateli, aby v důsledku neúplné nabídky zasílal uchazeči žádosti o dokumenty a údaje, které jsou z jeho pohledu již v rozporu s ustanovením § 46 odst. 2 zákona.
35. K tomu se vyjádřil i Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 17. 8. 2017, č. j. 9 As 189/2016-32, *„[j]e také třeba připomenout, že zadávací řízení představuje formalizovaný postup, jehož nedodržení může vést k negativním důsledkům pro konkrétního uchazeče projevujícím se například i ve ztrátě příležitosti se o zakázku ucházet a následně ji plnit. Stejně jako zadavatel odpovídá za správnost a úplnost zadávacích podmínek, stejně tak uchazeč plně odpovídá za svou nabídku (viz obdobně např. bod [30] rozsudku LIFTMONT CZ [rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 1. 2015, č. j. 10 As 202/2014 – 42], nebo bod [15] rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 3. 6. 2015, č. j. 2 As 6/2015 – 38)“*. Obdobně pak rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 31 Af 34/2016 ze dne 9. 1. 2018, ve kterém je uvedeno, že *„[ž]alobce však byl se zněním zadávací dokumentace prokazatelně seznámen, bylo tedy na něm, aby znění nabídky přizpůsobil znění zadávací dokumentace. Jakýkoli nesoulad pak jde k jeho tíži. Žalobce je jím podanou nabídkou vázán a plně za její správnost a úplnost odpovídá.“*
36. Je tedy nutné zdůraznit, že pochybení nastalo na straně navrhovatele. Ten měl k dispozici jasně formulované zadávací podmínky, které měla jeho nabídka reflektovat. Pokud v nabídce některé podklady absentovaly, zákon zadavateli umožňuje vyzvat dodavatele k doplnění takových dokladů, které nepovedou ke změně nabídky, resp. neovlivní hodnocení nabídky.

Zadavatel by v daném případě de facto doplácel na to, že se rozhodl vyzvat jiného účastníka (OLMAN SERVIS) k doplnění údajů podle tohoto ustanovení, což učinil za účelem zachování dostatečně široké soutěže v předmětné veřejné zakázce, a tedy postupoval v souladu s jednou ze základních myšlenek, ze kterých zákon vychází. Toto by samozřejmě neospravedlňovalo zadavatele za předpokladu, že by nedodržel zásadu rovného zacházení dle § 6 odst. 2 zákona, ovšem jak již bylo uvedeno, zadavatel v daném případě posuzoval dvě odlišné situace, a porušení této zásady se tedy nedopustil.

37. Na podporu dosud uvedeného je vhodné provést rovněž teleologický výklad daného ustanovení. Lze souhlasit s bodem 59 odůvodnění napadeného rozhodnutí, že účelem § 46 odst. 2 zákona je „zamezit situaci, aby po uplynutí lhůty pro podání nabídek, došlo ke změně nabídky, jež by v konečném důsledku měla vliv na proces hodnocení.“ K tomu je však nutno dodat, že není možné nahlížet na procesy hodnocení nabídek a posouzení kvalifikace na jako zcela oddělené. Pokud bychom si představili situaci, ve které kritéria hodnocení budou spočívat v posouzení jiných kvalit nabídky, než těch, která nabídka vyjadřuje čísly, lze si těžko představit, že by se hodnotící komise dokázala zcela abstrahovat od informací, které získá v rámci posuzování kvalifikace. Mohlo by tedy docházet k ovlivnění hodnocení nabídek na základě podkladů, které by je ovlivňovat neměly (měly by být například pouze použity pro posouzení kvalifikace účastníků zadávacího řízení).
38. Úřad však v napadeném rozhodnutí dospívá k opačnému závěru, tedy k tomu, že lze doplnit údaje, které by mohly být předmětem hodnocení, pokud jsou současně předmětem posouzení kvalifikace a hodnoceny nebudou. Z takových závěrů však mohou snadno vyvstat problematické situace. Právě proto aby bylo zamezeno vzniku nepřehledných situací, je nutné ustanovení § 46 odst. 2 zákona vykládat tak, že nabídka může být doplněna na základě žádosti podle odstavce 1 o údaje, doklady, vzorky nebo modely, které nebudou a ani nemají být předmětem hodnocení dle hodnotících kritérií, a to zcela (nikoliv částečně, jak k tomu dospěl Úřad v napadeném rozhodnutí), neboť v rámci veřejného zadávání by mohla vzniknout jakási šedá zóna, v níž by se překrývaly doklady prokazující splnění zadávacích podmínek a doklady obsahující údaje, které jsou předmětem hodnocení. V této zóně by mohlo docházet ke změnám nabídek, což by mělo vliv na proces hodnocení, a nastala by tedy situace, které má dané ustanovení zabránit. Analogicky obdobou věc posoudil i Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku sp. zn. 9 As 189/2016 ze dne 17. 8. 2018, ve kterém uvedl, že „[p]řipuštění možnosti provádět početní opravy v položkových rozpočtech s vlivem na celkovou nabídkovou cenu by znamenalo připustit možnost i záměrně dělat chyby v položkových rozpočtech, kdy podle vývoje zadávacího řízení by uchazeč zvolil to vysvětlení, které by mu v danou chvíli bylo ku prospěchu. Takových chyb by navíc mohl udělat více a každou vysvětlovat jinak, aby vyšla právě ta správná hodnota (viz obdobně bod [17] rozsudku Nejvyššího správního soudu sp. zn. 2 As 6/2015). Je evidentní, že takový postup by v žádném případě nebyl v souladu se zásadou transparentnosti a ta proto musí dostat přednost, i před případným hospodárným vynakládáním veřejných prostředků.“, tedy že není možné vykládat obdobná ustanovení pouze na základě případné vyšší hospodárnosti pro jeden konkrétní případ, jelikož by mohla být poškozena transparentnost takových zadávacích řízení jako celku, a z dlouhodobého hlediska rovněž i ona hospodárnost, neboť by docházelo k neefektivnímu postupu při zadávání veřejných zakázek. Na základě teleologického výkladu daného ustanovení je tedy zřejmé, že účelem daného ustanovení je zakázat doplňování údajů, které by byly předmětem hodnocení v rámci kritérií hodnocení, a to absolutně.

39. V obecné rovině nelze přehlédnout i to, že dle § 39 odst. 4 zákona platí, že není-li v tomto zákoně stanoveno jinak, může zadavatel provést posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení před hodnocením nabídek nebo až po hodnocení nabídek. U vybraného dodavatele musí zadavatel provést posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení a hodnocení jeho nabídky vždy.
40. Toto ustanovení přineslo do procedury zadávání veřejné zakázky novum. V souladu s evropskou úpravou totiž umožňuje do určité míry obrátit průběh zadávacího řízení. Nabídky mohou být nejprve vyhodnoceny na základě hodnotících kritérií a teprve poté zadavatel posoudí pouze nabídku uchazeče, který se po hodnocení umístil jako první v pořadí, a to zda je nabídka v souladu se zákonem, v souladu se zadávacími podmínkami, i co se týká kvalifikačních požadavků.
41. Ve vztahu k vykládanému ustanovení § 46 zákona je citované ustanovení § 39 odst. 4 zákona dalším argumentem, proč zadavatel nevyzývá k takovému doplnění nabídky, které by měnilo i údaje, které jsou současně hodnocenými údaji a současně údaji, kterými uchazeč plní další podmínky zadávací dokumentace. Ustanovení § 39 odst. 4 zákona prakticky znamená, že zadavatel provede hodnocení nabídek, sestaví pořadí uchazečů a teprve poté se zabývá tím, zda vybraný uchazeč splňuje podmínky účasti v zadávacím řízení. Nepřipadá tak v úvahu, že by zadavatel při prvním kroku, tedy v rámci hodnocení nabídek, vyzýval uchazeče dle § 46 zákona k tomu, aby doplňoval chybějící údaje či dokumenty, neboť zadavatel se zatím zabýval toliko údaji nezbytnými k hodnocení nabídek, které až na výjimky uvedené v § 46 zákona doplnit nelze.
42. Ustanovení § 46 odst. 2 zákona tedy po uplynutí lhůty pro podání nabídek zapovídá doplňování údajů, jež by mohly být předmětem hodnocení v rámci kritérií hodnocení. Je tak nutné odlišit údaje, které jsou doplňovány na základě § 46 odst. 1 zákona, jež nemají s hodnocením v rámci kritérií hodnocení „nic společného“ a údaje, budou hodnoceny. První ze dvou zmíněných kategorií zákon umožňuje doplňovat (pokud tak zadavatel zvolí), druhou z nich nemůže doplňovat za žádných okolností.

Aplikace uvedené úpravy na daný případ

43. Jak již bylo uvedeno, zadavatel dle § 46 odst. 1 zákona může za účelem zajištění řádného průběhu zadávacího řízení požadovat po účastnících zadávacího řízení, aby mu objasnili nebo doplnili relevantní údaje. Zadavatel tak v předmětné zakázce i učinil, když v „*Žádosti o objasnění nebo doplnění údajů a dokladů*“ ze dne 15. 2. 2018 vyzval dodavatele – OLMAN SERVIS k doložení dokladů týkajících se prokázání kvalifikace (dále též „**žádost**“). Skutečnosti, které v této žádosti zadavatel požadoval, se týkaly pouze splnění kvalifikačních předpokladů, a nebyly předmětem hodnocení v rámci kritérií hodnocení.
44. Úřad po své interpretaci § 46 odst. 1 a 2 zákona v napadeném rozhodnutí konstatoval, že pokud zadavatel žádostí vyzval dodavatele OLMAN SERVIS k doložení údajů, jež sloužily pouze k účelu prokázání splnění kvalifikačních předpokladů, měl v souladu se zásadou rovného zacházení dle § 6 odst. 2 zákona vyzvat i navrhovatele k doplnění relevantních údajů ke splnění kvalifikačních předpokladů, a to i přesto, že se takto doplněné údaje týkaly i hodnocení v rámci kritérií hodnocení. Zadavatel měl dle Úřadu tyto doplněné údaje využít pouze za účelem posouzení kvalifikace, a jak již bylo řečeno, nikoliv v rámci hodnocení nabídek. Dle úvah Úřadu byla žádost, kterou adresoval dodavateli OLMAN SERVIS v části,

kteřá se týkala doplnění kvalifikačních předpokladů, obdobou té, kterou měl adresovat navrhovateli, avšak neučinil tak. Tímto se dle Úřadu zadavatel dopustil porušení již uvedené zásady rovného zacházení ve spojení s § 46 odst. 1 zákona.

45. Z uvedeného je evidentní, že Úřad správně zjistil skutkový stav a byl si ho vědom. Posoudil a rozlišil správně, jaké údaje a doklady absentovaly v případě OLMAN SERVIS a jaké v případě navrhovatele. S čím se však v posuzované věci neztotožňuji, je právní posouzení, jak je patřno již z obecných úvah uvedených výše.
46. Jsem přesvědčen, že nelze zaměňovat doplnění údajů, které slouží pouze pro posouzení splnění kvalifikačních předpokladů dle § 46 odst. 1 zákona, a doplnění takových údajů, které mají zároveň potenciál být využity v rámci hodnocení nabídek, což zapovídá § 46 odst. 2 zákona. Nelze doplňovat údaje, které mohou být předmětem posouzení, a to ani pokud by jimi byla splněna jiná část zadávacích či zákonných podmínek účasti v zadávacím řízení.
47. Jak jsem již naznačil výše, po předložení sporných údajů či dokumentů by se zadavatel snadno ocitl v situaci, kdy by musel striktně rozlišovat, pro jaké účely a v jakém rozsahu je má využít. Lze si představit, že uchazeč, který svou nabídku na základě výzvy zadavatele doplní o sporné údaje, bude rozlišení, jak má být který doplněný údaj v zadávacím řízení použit, dále zneřehledňovat. Taková situace je však nežádoucí jak z hlediska zadavatele, tak i ostatních uchazečů a vzniká v důsledku toho, že zadavatel napravuje nedostatky uchazečovy nabídky.
48. Veden těmito úvahami jsem dospěl k tomu, že postup zadavatele, který vyzval dodavatele OLMAN SERVIS k předložení dokumentů, a zároveň obdobně nevyzval navrhovatele, je souladný se zákonem, neboť nedochází k porušení zásady rovného zacházení. Výzva učiněná vůči dodavateli OLMAN SERVIS je zaměřená na dokumenty, které se nevztahují k hodnocení. Tím se odlišuje od výzvy, kterou měl dle Úřadu zadavatel adresovat navrhovateli. Navrhovatel by totiž na rozdíl od účastníka OLMAN SERVIS doplňoval údaje, jež mohly být předmětem hodnocení v rámci kritérií hodnocení. Ty však dle § 46 odst. 2 zákona účastník zadávacího řízení doplňovat nesmí.
49. V neposlední řadě platí v posuzované věci to, co bylo řečeno výše, o povinnosti uchazeče vystupovat s odbornou péčí a o jeho odpovědnosti za svou nabídku. Zadavatel v čl. 5 odst. 5.2 zadávací dokumentace požadoval seznam osob podílejících se na plnění veřejné zakázky. Tento seznam měl zahrnovat minimálně osm osob, přičemž k těmto osobám měly být předloženy životopisy a další doklady. Jak vyplývá z rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení, navrhovatel ve své nabídce uvedl pouze osobu pracovníka na pozici manažera zakázky. U ostatních pozic neuvedl ani jména a nedoložil žádné doklady či informace. To navrhovatel ostatně v návrhu nezpochybnil.
50. Navrhovatel tak zadavateli předložil nabídku, která této části zadávací dokumentace nevyhovovala, a to v rozsahu, který již nelze považovat za marginální opomenutí. Nesplnil tak svou primární povinnost v zadávacím řízení. Vzhledem k tomu, že zadavatel k doplnění nabídky dle § 46 zákona vyzvat může, ale nemusí, spolehl se navrhovatel, že vyzván k doplnění nabídky bude, neboť jak uvádí v návrhu „*je zřejmé, že by zadavatel měl takového postupu využít de facto ve všech případech, kdy to připadá v úvahu*“. V návrhu se pak dovolává toho, že s ním bylo zacházeno jinak, než s ostatními uchazeči, neboť nebyl k doplnění nabídky vyzván.

51. Ze všeho uvedeného je zřejmé, že navrhovatel obsah své nabídky podcenil. Nedoložil prakticky nic, čím by prokázal splnění technického kvalifikačního předpokladu dle čl. 5.2 zadávací dokumentace, načež těží z náhody spočívající v tom, že i uchazeč OLMAN SERVIS byl vyzván k předložení dokumentů, byť jiného charakteru. Navrhovatel nicméně odmítá riziko vyplývající z neúplnosti své nabídky a odpovědnost za své pochybení přenáší na zadavatele. Takovému postupu nelze přisvědčit, jak konstatoval i Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 30. 5. 2014, č. j. 5 Afs 48/2013-272, z něhož se podává: *„Lze tedy v nejobecnější rovině shrnout, že smyslem § 110 odst. 1 ZVZ a čl. 1 odst. 3 přezkumné směrnice je umožnit z věcného i osobního hlediska pokud možno co nejširší přístup k přezkumnému řízení, nicméně při současné snaze eliminovat návrhy, které jsou očividně obstrukční anebo šikanózní, případně z materiálního hlediska opožděné proto, že si dodavatel svých práv v době, kdy bylo ještě možné proti postupu zadavatele účinně zakročit, nehleděl (přestože mu tak velí minimálně obecná právní zásada vigilantibus iura scripta sunt). Tato výchozí vysoce obecná a teoretická teze nicméně musí nalézt svou praktickou aplikaci vždy při zohlednění specifik jednotlivých druhů zadávacích řízení.“*
52. Na základě uvedeného jsem dospěl k závěru, že zadavatel neporušil zásadu rovného zacházení v návaznosti na ustanovení § 46 odst. 1 zákona, a postupoval v souladu se zákonem. Závěry Úřadu uvedené v napadeném rozhodnutí a jeho výrocích tedy shledávám jako chybné, a to především kvůli nesprávnému výkladu § 46 odst. 2 zákona ve spojení s ustanovením § 46 odst. 1 zákona a § 6 odst. 2 zákona. Zadavatel neporušil zásadu rovného zacházení tím, že nevyzval navrhovatele k doplnění relevantních údajů podle § 46 odst. 1 zákona, neboť se jednalo o údaje, které mohly být předmětem hodnocení v rámci kritérií hodnocení dle § 46 odst. 2 zákona.
53. Ve věci byly naplněny podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí dle ustanovení § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu, podle něhož platí, že 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.

VI. Závěr

54. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že nastaly důvody pro zrušení napadeného rozhodnutí, jsem rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí. Úřad je při svém novém rozhodování 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. 5 téhož zákona, nelze dále odvolat.

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Mgr. Petr Prášek, Novodvorská 1010/14, 142 00 Praha 4 – Lhotka
2. Nemocnice Na Bulovce, Budínova 67/2, Libeň, 180 81 Praha 8

Vypraveno dne:

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