



UOHSX00DYSZO

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0174/2020/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-31206/2020/323/VVá

Brno 27. 10. 2020

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 31. 8. 2020 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, který podal navrhovatel –

- **BBP Stavby s.r.o.**, IČO 03875199, se sídlem Korunovační 103/6, 170 00 Praha – Bubeneč, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci digitálně podepsané dne 10. 6. 2020 Mgr. Tomášem Krutákem, advokátem ev. č. ČAK 10739, se sídlem Revoluční 724/7, 110 00 Praha 1,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 17. 8. 2020, č. j. ÚOHS-25469/2020/512/PHn vydanému ve správním řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0239/2020/VZ ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Královéhradecký kraj**, IČO 70889546, se sídlem Pivovarské náměstí 1245/2, 500 03 Hradec Králové,

učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Snížení energetické náročnosti budov v nemocnici Nový Bydžov**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno dne 17. 2. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 20. 2. 2020 pod ev. č. Z2020-006410 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 21. 2. 2020 pod ev. č. 2020/S 037-086532,

jsem podle § 152 odst. 6 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 sp. zn. ÚOHS-S0239/2020/VZ, č. j. ÚOHS-25469/2020/512/PHn ze dne 17. 8. 2020

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“), obdržel dne 18. 6. 2020 návrh navrhovatele – BBP Stavby s.r.o., IČO 03875199, se sídlem Korunovačnická 103/6, 170 00 Praha – Bubeneč, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci digitálně podepsané dne 10. 6. 2020 Mgr. Tomášem Krutákem, advokátem ev. č. ČAK 10739, se sídlem Revoluční 724/7, 110 00 Praha 1, (dále jen „**navrhovatel**“) – na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Královéhradecký kraj, IČO 70889546, se sídlem Pivovarské náměstí 1245/2, 500 03 Hradec Králové, (dále jen „**zadavatel**“) – učiněných při zadávání veřejné zakázky „Snížení energetické náročnosti budov v nemocnici Nový Bydžov“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno dne 17. 2. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 20. 2. 2020 pod ev. č. Z2020-006410 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 21. 2. 2020 pod ev. č. 2020/S 037-086532 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Dne 19. 5. 2020 obdržel navrhovatel rozhodnutí o vyloučení ze dne 14. 5. 2020 (dále jen „**rozhodnutí o vyloučení**“). Ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku byl vyloučen proto, že ve své nabídce překročil maximální dílčí nabídkové ceny stanovené zadavatelem v zadávacích podmínkách, a to maximální dílčí cenu A.2 – Snížení energetické náročnosti budov v nemocnici Nový Bydžov – objekt č. p. 493 – kotelna – o 164.004,07 Kč bez DPH, a dále maximální dílčí nabídkové ceny za prostředky povinné publicity A a B, a to u každého z těchto prostředků o 8.000 Kč bez DPH. Námitky navrhovatele ze dne 25. 5. 2020 (dále jen „**námítky**“) zadavatel rozhodnutím o námitkách ze dne 8. 6. 2020 (dále jen „**rozhodnutí o námitkách**“) odmítl. Navrhovatel proto podal návrh na přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 17. 6. 2020, který byl Úřadu doručen dne 18. 6. 2020 (dále jen „**návrh**“).
3. Dnem obdržení předmětného návrhu bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), zahájeno správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „**správní řízení**“).
4. Navrhovatel namítal, že ho měl zadavatel vyzvat podle § 46 zákona a postupovat tak v souladu se zásadami podle § 6 zákona, jelikož vady v nabídce byly lehce popsitelné a vysvětlitelné, přičemž zadavatel mohl tímto postupem odstranit zřejmou chybu. Zadavatel

postupoval v rozporu s principem proporcionality i principem hospodárnosti, když mohl získat ekonomicky nejvýhodnější nabídku. Navrhovatel také namítal možné porušení zásady rovného zacházení, když jinému účastníkovi zadavatel žádost podle § 46 zákona zaslal.

II. Napadené rozhodnutí

5. Dne 17. 8. 2020 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0239/2020/VZ, č. j. ÚOHS-25469/2020/512/PHn (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
6. Úřad napadeným rozhodnutím rozhodl, že se návrh navrhovatele zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření. Úřad uvedl, že pokud zadavatel vyzval vybraného dodavatele – TOMIreko, s.r.o., IČO 28359216, se sídlem Karlovo náměstí 48, 674 01 Třebíč, (dále jen „**vybraný dodavatel**“) – podle § 46 zákona a navrhovatele nikoliv, nepostupoval v rozporu se zákonem a judikaturou, neboť v obou případech jsou značné odlišnosti a nejedná se o srovnatelné případy. Judikaturu zmiňovanou navrhovatelem Úřad odmítl, neboť není přílehlavá k předmětu řízení. Úřad dále shledal, že se v tomto případě nejedná o situaci, kdy by měl zadavatel nejasnosti ohledně údajů v krycím listu a smlouvě o dílo (jako v případě vybraného dodavatele), ale o jednoznačné nesplnění zadávací podmínky v částech upravujících stanovení dílčích nabídkových cen a jejich limitů. Úřad proto dospěl k závěru, že zadavatel nebyl povinen postupovat podle § 46 zákona. Úřad také dodal, že zadavatel při vypořádávání námitek navrhovatele postupoval v souladu se zákonem.

III. Rozklad navrhovatele

7. Dne 31. 8. 2020 obdržel Úřad rozklad navrhovatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 17. 8. 2020. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.

Námítky rozkladu

8. Navrhovatel namítá nepřezkoumatelnost rozhodnutí. Dle něj se Úřad nevypořádal s námitkou vztahující se k této součásti zadávacích podmínek: *„Překročí-li dílčí nabídková cena účastníka hodnotu dílčí nabídkové ceny výše uvedené, může být účastník z účasti ve veřejné zakázce vyloučen, pokud by měl být dodavatel vybraným dodavatelem, bude vyloučen vždy.“* Navrhovatel má za to, že se nezákonností této části Úřad nezabýval. K tomu navrhovatel dodává, že s touto součástí zadávacích podmínek nesouhlasí, neboť by to ad absurdum znamenalo, že vybraný dodavatel musí být vyloučen při nesplnění jakékoliv zadávací podmínky. Dále se Úřad dle navrhovatele nezabýval ani námitkou, zda se v případě vady nabídky navrhovatele jednalo o vadu zhojitelnou či nikoliv.
9. Navrhovatel dále uvádí, že to, že zadavatel u jedné ze zadávacích podmínek stanovil, že při jejím nesplnění dojde k vyloučení účastníka, neznamená, že by nesplnění této zadávací podmínky mělo jinou váhu než nesplnění jakékoliv jiné zadávací podmínky, kde zadavatel explicitně neuvedl, že bude účastník při jejím nesplnění vyloučen.
10. Podle navrhovatele Úřad v napadeném rozhodnutí nahrazuje odůvodnění, které měl podat v rozhodnutí o námitkách zadavatel. Zadavatel vypořádal část námitek tak, že neměl jinou možnost než navrhovatele vyloučit. Úřad v napadeném rozhodnutí uvedl, že v daném

případě nebyla v nabídce navrhovatele nejasnost, která by zadavatele nutila k využití § 46 zákona.

11. Navrhovatel se domnívá, že zadavatel byl povinen jej vyzvat k objasnění nabídky podle § 46 zákona a nesouhlasí s tím, že v případě jeho nabídky nevznikla pochybnost. To zdůvodňuje i tím, že i oprava položkového rozpočtu se považuje za objasnění nabídky. Navrhovatel má za to, že pokud podal ekonomicky nejvýhodnější nabídku, neměl by být z důvodu formálních pochybení vyloučen.
12. Pokud zadavatel umožnil objasnění nabídky vybranému dodavateli a navrhovateli nikoliv, postupoval v rozporu se zákonem (zásadou rovného zacházení) a rozhodovací praxí Úřadu, což navrhovatel dokládá citacemi z několika rozhodnutí Úřadu. Z těchto rozhodnutí podle navrhovatele vyplývá, že je v případě využití § 46 zákona nutné zachovat rovnost zacházení a využít § 46 zákona u těch dodavatelů, kde je vada odstranitelná.
13. Navrhovatel dále upozorňuje na to, že nemohl namítat skutečnost, že mu nebylo doručeno rozhodnutí o výběru dodavatele, neboť tuto skutečnost zjistil až při nahlížení do spisu. Vzhledem k tomu, že k rozhodnutí o vyloučení dodavatele došlo dne 14. 5. 2020 a rozhodnutí o výběru dodavatele dne 11. 5. 2020, má navrhovatel zato, že při výběru dodavatele byla ekonomicky nejvýhodnější nabídkou nabídka navrhovatele, protože k jeho vyloučení došlo až později.

Závěr rozkladu

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

Vyjádření zadavatele k rozkladu

15. Zadavatel uvádí, že navrhovatel ve své nabídce nesplnil závazný požadavek na tvorbu nabídkové ceny. Pokud by zadavatel umožnil navrhovateli nabídku opravit, postupoval by v rozporu s legitimním očekáváním ostatních dodavatelů, neboť v zadávací dokumentaci stanovil, jaký následek bude mít nedodržení zadávací podmínky týkající se nabídkové ceny. K námitce nepostupování v souladu se zásadou rovnosti zadavatel sděluje, že dle něj se charakter pochybení navrhovatele a vybraného dodavatele diametrálně liší.
16. Zadavatel uzavírá, že plně souhlasí se závěry Úřadu, a proto navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí potvrdil a rozklad navrhovatele zamítl.

IV. Řízení o rozkladu

17. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu a podle § 88 odst. 1 téhož zákona předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

18. Po projednání rozkladu a veškerého souvisejícího 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 vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy

a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.

19. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je uvedeno v jeho výroku, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení, případně změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

K nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí

20. Dle navrhovatele se Úřad nevypořádal s námitkou vztahující se k této součásti zadávacích podmínek: *„Překročí-li dílčí nabídková cena účastníka hodnotu dílčí nabídkové ceny výše uvedené, může být účastník z účasti ve veřejné zakázce vyloučen, pokud by měl být dodavatel vybraným dodavatelem, bude vyloučen vždy.“* Navrhovatel má za to, že se nezákonností této části Úřad nezabýval. K tomu navrhovatel dodává, že s touto součástí zadávacích podmínek nesouhlasí, neboť by to ad absurdum znamenalo, že vybraný dodavatel musí být vyloučen při nesplnění jakékoliv zadávací podmínky.
21. Jak vyplývá z napadeného rozhodnutí, Úřad se vypořádáním této námitky zabýval v bodu 116 odůvodnění napadeného rozhodnutí. Úřad uvedl, že se citované pravidlo zjevně vztahuje ke stanovení dílčích nabídkových cen, nikoliv k jiným zadávacím podmínkám. S ohledem na znění předmětné zadávací podmínky, její umístění ve struktuře zadávací dokumentace a výslovné znění této zadávací podmínky má předseda Úřadu posouzení Úřadu za zcela dostačující, vyhovující požadavkům na jeho přezkoumatelnost. Jak uvedl Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 3 As 140/2018-64 ze dne 14. 8. 2020, *„[z]a nepřezkoumatelná pro nedostatek důvodů jsou považována zejména taková rozhodnutí, u nichž není z odůvodnění zřejmé, jakými úvahami se soud řídil při hodnocení skutkových i právních otázek a jakým způsobem se vyrovnal s argumenty účastníků řízení (srovnej například rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 7. 2004, č. j. 4 As 5/2003 – 52; všechna zde citovaná judikatura tohoto soudu je dostupná na www.nssoud.cz)“*. Je zřejmé, že z odůvodnění napadeného rozhodnutí vyplývá, jakými úvahami se Úřad ve vztahu k výše uvedené námitce řídil a jakým způsobem se vyrovnal s argumenty navrhovatele.
22. Je potřeba také v souladu s odůvodněním Úřadu zopakovat, že lhůta pro podání námitek proti zadávacím podmínkám není totožná se lhůtou pro podání námitek proti úkonům zadavatele v zadávacím řízení. Prvně zmíněnou lhůtu upravuje § 242 odst. 4 zákona, když stanoví, že námitky proti zadávací dokumentaci musí být zadavateli doručeny do skončení lhůty pro podání nabídek. Druhá zmíněná lhůta je v souladu s § 242 odst. 2 zákona stanovena v délce 15 dnů od úkonu zadavatele oznamovaném v dokumentu, které je zadavatel povinen uveřejnit nebo odeslat stěžovateli.
23. Vzhledem k tomu, že předmětná návrhová námitka navrhovatele směřuje proti zadávacím podmínkám, musí předseda Úřadu konstatovat, že je opožděná a Úřad ani nebyl oprávněn se jí zabývat. Pro výše uvedené není možné souhlasit s navrhovatelem, že by se Úřad námitkou navrhovatele týkající se znění předmětné zadávací podmínky nezabýval. Námitku nepřezkoumatelnosti je tak v této části nutno odmítnout.

24. Dále se Úřad dle navrhovatele nezabýval námitkou, zda se v případě vady nabídky navrhovatele jednalo o vadu zhojitelnou/odstranitelnou či nikoliv.
25. K tomu předseda Úřadu uvádí, že ačkoliv se Úřad nevypořádal s danou námitkou výslovně, z jeho rozhodnutí zcela jasně vyplývá, jak se k této námitce postavil. Její výslovné vypořádání nemělo smysl, neboť Úřad v bodě 102 a násl. odůvodnění napadeného rozhodnutí konstatoval, že se v případě porušení zadávacích podmínek navrhovatelem nejedná o nejasnost, která by v souladu s relevantní judikaturou odpovídala definici nejasnosti, kterou je zadavatel povinen odstranit. Vzhledem k tomu, že Úřad neshledal kritérium zhojitelnosti (odstranitelnosti) vady nabídky jako relevantní pro posouzení toho, zda je zadavatel povinen přistoupit k výzvě podle § 46 zákona, ale k takovému posouzení shledal vhodnější jiná kritéria, vypořádal se s touto návrhovou námitkou implicitně.
26. Ani zde tak nelze hovořit o nepřezkoumatelnosti rozhodnutí, neboť je jasné, jak se Úřad k námitce navrhovatele postavil.

K nejasnosti v nabídce navrhovatele a rovnému zacházení

27. Navrhovatel se dále domnívá, že zadavatel byl povinen jej vyzvat k objasnění nabídky podle § 46 zákona a nesouhlasí s tím, že v případě jeho nabídky nevznikla pochybnost. To zdůvodňuje i tím, že i oprava položkového rozpočtu se považuje za objasnění nabídky. Navrhovatel má za to, že pokud podal ekonomicky nejvýhodnější nabídku, neměl by být z důvodu formálních pochybení vyloučen.
28. Úvodem je nutno podotknout, že navrhovatel své tvrzení (obsažené již v návrhu) o tom, že nesouhlasí s tím, že zadavateli v případě nabídky navrhovatele nevznikla pochybnost, nikterak nerozvíjí. Předseda Úřadu proto v této části nemá prakticky co vypořádávat a ztotožňuje se závěry rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 6. 10. 2011, sp. zn. 62 Af 50/2010, a tedy i se závěry napadeného rozhodnutí.
29. Vada v nabídce vybraného dodavatele spočívala v rozporu dílčích nabídkových cen uvedených v Krycím listu a v návrhu smlouvy o dílo. Celková nabídková cena však byla v obou dokumentech shodná. S ohledem na tuto nejasnost vyzval zadavatel vybraného dodavatele k objasnění nabídky, což vybraný dodavatel učinil tak, že ceny v návrhu smlouvy korespondují s cenami uvedenými v Krycím listu.
30. Vada v nabídce navrhovatele spočívala v překročení limitů dílčích nabídkových cen, a to o 164.004,07 Kč bez DPH u dílčí ceny A.2 a dále u cen za prostředky povinné publicity A a B o 8.000 Kč bez DPH. Dílčí nabídkové ceny zadavatel stanovil jako maximální (nepřekročitelné), a sice dílčí cenu A. 2 ve výši 2.827.759,21 Kč bez DPH a prostředky povinné publicity A i B ve výši 2.000 Kč bez DPH.
31. Z uvedeného rozsudku Krajského soudu v Brně se podává, že „[o]bsahuje-li návrh smlouvy tvořící součást nabídky nejasnost spočívající v tom, že obsahuje číselnou hodnotu, která neodpovídá číselným hodnotám vyjadřujícím tentýž údaj v rámci zbylého obsahu nabídky, jde-li o nejasnost, která ve svém důsledku způsobuje, že ani zadavatel si není jistý, v jaké fázi zadávacího řízení se má tato nejasnost projevit, a jde-li zároveň o nejasnost, která už na první pohled vyvolává dojem, že uchazeč se v části své nabídky dopustil chyby, tedy o nejasnost již na první pohled zřejmou, lehce popsitelnou a zároveň vysoce

pravděpodobně lehce vysvětlitelnou, pak je zadavatel povinen si uvedenou nejasnost nechat uchazečem vysvětlit, a tím ji odstranit (...).“

32. Ztotožňuji se s odůvodněním Úřadu, který uvedl, že vada nabídky navrhovatele neodpovídá definici typů vad podle výše citovaného rozsudku, které je zadavatel povinen objasňovat, tedy u kterých se jeho oprávnění podle § 46 zákona mění v povinnost. V tomto případě se tak jednalo o jednoznačné porušení zadávacích podmínek a nikoliv nejasnost.
33. Předseda Úřadu nezpochybňuje, že se oprava položkového rozpočtu považuje za objasnění nabídky. Předseda Úřadu ale konstatuje, že zadavateli nevznikla povinnost nechat objasnit navrhovatele nabídku, neboť v nabídce navrhovatele nebylo nejasnosti, která by měla být objasněna. Tak se ostatně vyjádřil i Úřad v bodě 174 odůvodnění napadeného rozhodnutí, když uvedl, že *„zadavatel v zadávací dokumentaci nerozporuje obecnou možnost upravit položkový rozpočet, avšak stanovil jasné pravidlo pro maximální hodnoty dílčích nabídkových cen společně s podmínkou, že nedodržení tohoto pravidla může vést (a v případě vybraného dodavatele povede) k vyloučení účastníka ze zadávacího řízení. Úřad také konstatuje, že daná podmínka neznemožňuje účastníkovi zadávacího řízení změnu položkového rozpočtu za podmínky dodržení zákonných mantinelů a zejména za podmínky splnění základního předpokladu existence nejasnosti v nabídce účastníka, v posuzovaném případě však Úřad v předcházejících bodech odůvodnění tohoto rozhodnutí jasně vyvodil, že nabídka navrhovatele žádné nejasnosti neobsahovala. Uvedená argumentace navrhovatele je tak vzhledem k okolnostem řešeného případu naprosto bezpředmětná“.*
34. K argumentaci navrhovatele nejvýhodnější nabídkou je nutno uvést, že vypořádáním této námitky se zabýval již Úřad, když uvedl, že z ustálené judikatury i z rozhodovací praxe Úřadu *„vyplývá, že cílem zákona je sice spolu s jinými zákony zajištění zásad hospodárnosti, účelnosti a efektivnosti při nakládání s veřejnými prostředky, nicméně zákon tohoto cíle dosahuje skrze vytváření podmínek pro to, aby byly zakázky zadávány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli, a k tomu má vlastní zásady zakotvené v § 6 zákona. Úřad tak nemá posuzovat, zda vůbec zakázka měla být zadána, zda naplní určitý cíl, nebo zda jde o mrhání peněz. Úřad v první řadě zajímá způsob provedení zadávacího řízení (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 20/2008 - 152 ze dne 5. 6. 2008 a rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R218/2015/VZ-14888/2016/321/OHo ze dne 11. 4. 2016)“.* S touto argumentací se předseda Úřadu ztotožňuje a opakuje, že fakt, že navrhovatel podal ekonomicky nejvýhodnější nabídku, nemůže zhojit skutečnost, že jeho nabídka byla v rozporu se zadávacími podmínkami.
35. Navrhovatel dále uvádí několik rozhodnutí Úřadu, která dle něj potvrzují, že pokud zadavatel vyzval vybraného dodavatele k objasnění nabídky, měl v souladu se zásadou rovného zacházení vyzvat i navrhovatele.
36. Navrhovatel ve svém rozkladu citoval rozhodnutí Úřadu ze dne 27. 2. 2012, č. j.: ÚOHS-S488/2011/VZ-1973/2012/510/MGr: *„K tomu Úřad uvádí, že hodnotící komisi, resp. zadavateli, dává ustanovení § 59 odst. 4 zákona možnost požádat uchazeče o objasnění kvalifikace, tedy není mu tímto ustanovením dána obligatorní povinnost vyzvat uchazeče k objasnění kvalifikace. Pokud se však zadavatel rozhodne toho ustanovení využít, pak je nutné, aby přistupoval ke všem uchazečům stejně a k objasnění kvalifikace nevyzval*

pouze některé z uchazečů, neboť takovýmto postupem se dopouští diskriminace a nerovného zacházení s uchazeči – tedy nedodržíte základní zásady upravené v ustanovení § 6 zákona.“

37. Takový závěr je samozřejmě správný, nicméně v tomto případě nenastala situace, ve které by zadavatel nepřistupoval k oběma uchazečům o veřejnou zakázku stejně, neboť vada, kterou v nabídce učinil vybraný dodavatel, nemůže být srovnávána s vadou nabídky navrhovatele (k tomu odkazují na odůvodnění výše). Předseda Úřadu tak nerozporuje závěr citovaného rozhodnutí, ale konstatuje, že na tento případ není rozhodnutí příslušné.
38. Navrhovatel dále v rozkladu citoval rozhodnutí Úřadu ze dne 3. 2. 2012, č. j. ÚOHS-S548/2011/VZ-19692/2011/510/KČe, potvrzené rozhodnutím předsedy Úřadu ze dne 8. 6. 2012, č. j. ÚOHS-R30,31/2012/KO-8999/2012/310/ASc a rozhodnutí Úřadu ze dne 21. 4. 2011, č. j. ÚOHS-S69/2011/VZ-4446/2011/540/Vku, potvrzené rozhodnutím předsedy Úřadu ze dne 21. 10. 2011, č. j. ÚOHS-R103/2011/VZ-15912/2011/31-0./ASc/JSI.
39. S oběma rozhodnutími předseda Úřadu znovu plně souhlasí, opět však zpochybňuje jejich typovou podobnost s právě řešeným případem. V prvním z těchto rozhodnutí zadavatel umožnil třem dodavatelům doplnit a vysvětlit doklady prokazující splnění kvalifikace, u čtvrtého dodavatele nikoliv. Je nasnadě rozdíl takového (zjevně nerovného) postupu oproti postupu, kdy nabídka jednoho z dodavatelů obsahuje nejasnosti a nabídka druhého dodavatele je v rozporu se zadávacími podmínkami.
40. Ve druhém z těchto rozhodnutí pak zadavatel na základě míry nejasností či nedostatků rozhodl, že jednoho dodavatele vyzve k vysvětlení či doplnění prokázání kvalifikace a druhého ne. Předseda Úřadu souhlasí, že takový postup je v rozporu se zásadou rovného zacházení. V nyní řešeném případě však zadavatel neposuzoval míru nedostatků, ale jejich kvalitu. Zatímco v případě vybraného dodavatele se jednalo o nejasnost, v případě navrhovatele o porušení zadávací podmínky.
41. Dále navrhovatel v rozkladu citoval rozhodnutí Úřadu ze dne 26. 10. 2012, č. j. ÚOHS-S434/2012/VZ-20216/2012/513/PPo: *„Jestliže se zadavatel rozhodne použít ustanovení § 59 odst. 4 zákona, pak jej musí aplikovat na všechny uchazeče bez rozdílu. Není tedy rozhodující, zda by i přes výzvu k doplnění kvalifikace byl navrhovatel případně z účasti v zadávacím řízení vyloučen. Pokud zadavatel usoudil, že navrhovatel kvalifikační předpoklady vymezené v zadávací dokumentaci nespĺňuje, měl jej přesto vyzvat k doplnění (jak to ostatně učinil u vybraného uchazeče a dalšího uchazeče) a teprve po doplnění kvalifikace a posouzení tohoto doplnění mohl navrhovatele případně z účasti v zadávacím řízení vyloučit. Tím, že zadavatel postupoval rozdílně u navrhovatele a u vybraného uchazeče a dalšího uchazeče, porušil zásadu rovného zacházení podle ustanovení § 6 zákona.“* K tomu navrhovatel uvádí, že *„výzvu k objasnění musí zadavatel poslat i tam, kde by byl účastník jinak vyloučen, pokud výzvu k objasnění pošle jiným účastníkům zadávacího řízení“*.
42. Navrhovatel však již opomněl uvést, že tato citace je závěrem myšlenkových pochodů Úřadu, a že této části předchází tyto závěry Úřadu (zvýraznění doplněno předsedou Úřadu): ***„Úřad zdůrazňuje, že aplikace či neaplikace § 59 odst. 4 zákona náleží plně do kompetence zadavatele. Pouze na uvážení zadavatele záleží, zda dodavatele, který nespĺnil kvalifikaci v požadovaném rozsahu, vyzve k jejímu doplnění či objasnění, nebo jej ze zadávacího řízení rovnou vyloučí. Je však třeba současně konstatovat, že zadavatel nesmí aplikovat § 59 odst. 4 zákona zcela libovolně, neboť je při svém uvážení limitován ustanovením***

§ 6 zákona. Uvedené znamená, že zadavatel je povinen si počínat tak, aby při postupu podle § 59 odst. 4 zákona nedošlo k porušení zásady rovného zacházení. Pokud tedy zadavatel u určitého dodavatele, jehož doklady prokazující splnění kvalifikace vykazují vady, které lze zhojit postupem podle § 59 odst. 4 zákona, této možnosti využije a požádá tohoto dodavatele o vysvětlení či doplnění dokladů, **musí stejným způsobem postupovat ve vztahu ke všem ostatním dodavatelům v obdobném postavení bez rozdílu.** Obdobně, pokud u určitého dodavatele tohoto institutu nevyužije, nemůže jej aplikovat ani u ostatních dodavatelů. Takovým postupem je zajištěno dodržení zásady rovného zacházení. (...) **Obdobným postavením uchazeče se v daném případě rozumí stav, kdy není ze strany uchazeče splnění určitého kvalifikačního předpokladu prokázáno způsobem požadovaným zadavatelem v zadávacích podmínkách.** V tomto smyslu není rozhodující, jakým způsobem, z jakého důvodu či v jaké míře splnění kvalifikačního předpokladu navrhovatel neprokázal.“

43. Z výše uvedeného je patrné, že rovné zacházení se nevztahuje k nabídce jako celku, ale pouze k určité části, kterou v konkrétním případě Úřad stanovil jako posouzení určitého kvalifikačního předpokladu, což odpovídá pojmu „dodavatel v obdobném postavení“. Opakuji, že tento pojem Úřad vyložil v návaznosti na konkrétní případ. Jak bylo uvedeno výše, předseda Úřadu nemá za to, že by se v případě navrhovatele jednalo o obdobný případ k případu vybraného dodavatele. Dodávám, že navrhovatel sice v rozkladu cituje obdobné rozhodnutí Úřadu ze dne 13. 2. 2013, č. j. ÚOHS-S481/2012/VZ-2808/2013/522/MSc, jeho závěry však podle předsedy Úřadu neaplikuje správně. Nutno také dodat, že citovaná rozhodnutí se vztahují k prokazování kvalifikace, přičemž aktuálně řešený případ k nabídkové ceně.
44. Pokud navrhovatel opakuje, že jeho vada byla odstranitelná, tudíž je v obdobném postavení jako vybraný dodavatel, jehož vada odstraněna byla, je potřeba znovu uvést, že kritérium odstranitelnosti není relevantním kritériem pro posouzení toho, zda byl zadavatel povinen vadnou nabídku objasňovat. U velké části nabídek, které nebyly podány v souladu se zadávacími podmínkami, je možné vadu odstranit. To však neznamená, že by zadavatel byl k tomuto postupu povinen, neboť by tak byl téměř vždy omezen ve svém rozhodnutí, zda nejasnosti v nabídce bude objasňovat či nikoliv, což by bylo v rozporu se zněním a smyslem ustanovení § 46 zákona.
45. Dále navrhovatel v rozkladu citoval rozhodnutí Úřadu ze dne 15. 7. 2013, č. j. ÚOHS-S619/2012/VZ-13242/2013/523/MSc: „Úřad je přesvědčen, že využití postupu dle § 76 odst. 3 zákona v případě, kdy je zřejmé, že se uchazeč ve své nabídce dopustil chyby a jde o nejasnost na první pohled zřejmou, lehce popsateľnou a pravděpodobně lehce vysvětliteľnou a současně by tímto postupem nedošlo ke změně nabídky, resp. uchazeč by nemohl ovlivňovat hodnotící kritéria a tím i pořadí své nabídky, ale pouze opravit zřejmou chybu, je v souladu s cílem zákona. Použitím tohoto postupu je upřednostněna hospodářská soutěž více uchazečů před vyloučením těchto uchazečů z účasti v zadávacím řízení bez možnosti vysvětlení zřejmé chyby v nabídce, což je zcela nepochybně v souladu s cílem zákona.“
46. Toto rozhodnutí citované navrhovatelem nelze v právě řešeném případě využít, neboť tam řešené vady nabídky zcela neodpovídají vadám navrhovatelovy nabídky. Předseda Úřadu je toho názoru, že neodpovídající součet podpoložek vyvolávající dojem, že se dodavatel dopustil zřejmé početní chyby (což navíc vysvětlil i v námitkách jako chybu způsobenou

zaokrouhlováním haléřových položek), textová chyba v hlavičce přílohy (jak uvedl Úřad, jedná se o chybu srovnatelnou s překlepem) a chybějící číslování odstavců, nejsou chybami, které by byly srovnatelné s překročením limitních částek dílčích nabídkových cen. Předseda Úřadu tak neshledává toto citované rozhodnutí jako rozhodnutí příslušné.

47. Opakuji, že v právě řešeném případě nelze přirovnávat nejasnost v nabídce vybraného dodavatele k vadě nabídky navrhovatele, který se dopustil porušení zadávací podmínky spočívající v porušení stanovených limitů pro dílčí nabídkové ceny. Předseda Úřadu konstatuje, že rozhodnutí, která cituje navrhovatel, nejsou příslušná.
48. Zadavatel pro výše uvedené neporušil zásadu rovného zacházení. Námitka navrhovatele je nedůvodná a je nutno ji odmítnout.

K váze zadávací podmínky a výkladu zadavatele

49. Navrhovatel dále namítá, že to, že zadavatel u jedné ze zadávacích podmínek stanovil, že při jejím nesplnění dojde k vyloučení účastníka, neznamená, že by nesplnění této zadávací podmínky mělo jinou váhu než nesplnění jakékoliv jiné zadávací podmínky, kde zadavatel explicitně neuvedl, že bude účastník při jejím nesplnění vyloučen. Navrhovatel nesouhlasí s výkladem zadavatele, že neměl jinou možnost než navrhovatele bez dalšího vyloučit.
50. Předně je potřeba uvést, že zadavatel v zadávací dokumentaci stanovil, že při nesplnění dané zadávací podmínky (viz bod 20 odůvodnění tohoto rozhodnutí) dodavatele, který by měl být vybraným dodavatelem (tedy fakticky dodavatele, který podá ekonomicky nejvhodnější nabídku), vyloučí.
51. Je potřeba po Úřadu také zopakovat, že možnost žádat o objasnění nebo doplnění nabídky podle § 46 zákona je oprávněním zadavatele a je tedy plně v jeho kompetenci, zda dané možnosti v situaci, kdy nabídka účastníka zadávacího řízení zcela neodpovídá zadávacím podmínkám, využije, anebo tohoto účastníka ze zadávacího řízení z důvodu nepředložení úplné a zadávacím podmínkám odpovídající nabídky vyloučí. Tak tomu je v případě, že předmětnou větu v zadávacích podmínkách neuvede i v případě, že ji do zadávacích podmínek včlení.
52. Platí tak, že u každé z případných vad nabídky (v souladu s § 46 zákona a v souladu s omezeními, která toto ustanovení, případně relevantní judikatura, stanovuje) je to zadavatel, který se rozhoduje, jak naloží se svým oprávněním vyzvat dodavatele k doplnění či objasnění nabídky.
53. Zadavatel předmětné zadávací podmínky nestanovil jinou váhu a ani zadavatel, ani Úřad takové tvrzení nikde neuvádějí. Zadavatel v zásadě pouze ve vztahu k části 3 zadávacích podmínek uvedl, jaký následek mohou dodavatelé očekávat, pokud danou zadávací podmínku nesplní, tedy podají nabídku, jejíž dílčí nabídkové ceny překračují zadavatelem stanovené limity, a že v každém případě takový následek očekávat musí, pokud bude tato nabídka nabídkou ekonomicky nejvýhodnější. Takovému postupu nelze ničeho vytknout, neboť je v souladu s výše uvedenými obecnými závěry. Teprve pokud by zadavatel postupoval v rozporu se zásadou rovného zacházení nebo judikaturou, která stanovuje, kdy je zadavatel k výzvě podle § 46 zákona povinen přistoupit, bylo by nutno konstatovat porušení zákona. Níže však předseda Úřadu dospěl k závěru, že tomu tak nebylo.

54. Pokud tedy zadavatel tvrdí, že v návaznosti na stanovené zadávací podmínky neměl jinou možnost než navrhovatele vyloučit, nelze takovému tvrzení ničeho vytknout. Zadavatel si pouze sám upřel možnost zvážit, zda by případný postup podle § 46 zákona pro něj nebyl výhodnější.

55. Námitku tak pro výše uvedené odmítám.

K odůvodnění rozhodnutí o námitkách

56. Podle navrhovatele Úřad v napadeném rozhodnutí nahrazuje odůvodnění, které měl podat v rozhodnutí o námitkách zadavatel. Zadavatel vypořádal část námitek tak, že neměl jinou možnost než navrhovatele vyloučit. Úřad v napadeném rozhodnutí uvedl, že v daném případě nebyla v nabídce navrhovatele nejasnost, která by zadavatele nutila k využití § 46 zákona.

57. Kritériem pro posouzení toho, zda rozhodnutí o námitkách ob stojí z hlediska požadavků zákona, je především to, zda má navrhovatel od zadavatele dostatek informací, zda má od zadavatele dostatek jeho zásadní argumentace pro to, aby mohl podat dostatečně kvalitní návrh bez obav, že bude jeho návrh zamítnut z důvodů, které nespočívají na jeho straně. Tak by tomu bylo v situaci, pokud by navrhovatel při podávání návrhu výše uvedené k dispozici neměl. Tehdy by ho zadavatel mimo jiné vystavoval riziku ztráty složené kauce pro své vlastní pochybení. Výše uvedené odpovídá požadavku zákona na podrobnost a srozumitelnost rozhodnutí o námitkách podle § 245 zákona.

58. Požadavek na věcnou správnost odůvodnění rozhodnutí o námitkách (případně požadavek na potvrzení odůvodnění rozhodnutí o námitkách rozhodnutím Úřadu, nebo ad absurdum shodnost rozhodnutí o námitkách s napadeným rozhodnutím) zákon neuvádí. Předseda Úřadu konstatuje, že rozhodnutí o námitkách splňuje výše uvedené zákonné podmínky.

59. Jestliže tedy navrhovatel namítá, že odůvodnění napadeného rozhodnutí nahrazuje odůvodnění rozhodnutí o námitkách, nelze s ním souhlasit. Sám navrhovatel uvádí, že zadavatel odůvodnil rozhodnutí o námitkách tak, že to, jak stanovil danou zadávací podmínku („*Překročí-li dílčí nabídková cena účastníka hodnotu dílčí nabídkové ceny výše uvedené, může být účastník z účasti ve veřejné zakázce vyloučen, pokud by měl být dodavatel vybraným dodavatelem, bude vyloučen vždy.*“), mu odnímá právo požadovat vysvětlení nabídku. Úřad uvedl, že v případě vady navrhovatele se nejedná o nejasnost, kterou by byl zadavatel povinen objasňovat.

60. Předseda Úřad konstatuje, že výše uvedená odůvodnění zadavatele a Úřadu nejsou rozporná a ob stojí vedle sebe. Zatímco zadavatel odůvodňuje vyloučení navrhovatele a konstatuje, že jinou možnost s ohledem na znění zadávacích podmínek neměl, Úřad reaguje především na návrhové námitky navrhovatele, když s odkazem na relevantní judikaturu konstatuje, že zadavateli nevznikla povinnost (z obecně fakultativního využití § 46 zákona) vyzývat navrhovatele k objasnění jeho nabídky.

61. Pro výše uvedené, když jsem dovedl, že odůvodnění rozhodnutí o námitkách a odůvodnění napadeného rozhodnutí ob stojí vedle sebe, odmítám námitku navrhovatele jako nedůvodnou.

K námitce nedoručení rozhodnutí o výběru

62. Navrhovatel dále upozorňuje na to, že nemohl namítat skutečnost, že mu nebylo doručeno rozhodnutí o výběru dodavatele, neboť tuto skutečnost zjistil až při nahlížení do spisu. Vzhledem k tomu, že k rozhodnutí o vyloučení dodavatele došlo dne 14. 5. 2020 a rozhodnutí o výběru dodavatele dne 11. 5. 2020, má navrhovatel za to, že při výběru dodavatele byla ekonomicky nejvýhodnější nabídkou nabídka navrhovatele, protože k jeho vyloučení došlo až později.
63. Předseda Úřadu uvádí, že předmět řízení je vymezen návrhem navrhovatele. Jestliže navrhovatel návrhem rozporuje to, že byl vyloučen ze zadávacího řízení, je předmětem přezkumu postupu zadavatele právě toto vyloučení a konkrétní námitky k němu se vztahující. Pokud tedy navrhovatel chtěl brojit proti jinému z úkonů zadavatele (o němž se dozvěděl při nahlížení do spisu), měl podat nový návrh na přezkoumání úkonů zadavatele.
64. K navrhovatelovu tvrzení, že měl Úřad prošetřit tuto skutečnost z moci úřední lze konstatovat, že zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele z moci úřední je plně v dispozici Úřadu a na jeho zahájení není právní nárok. Úřad posoudí, zda jsou splněny podmínky pro zahájení správního řízení z moci úřední, a dospěje-li k názoru, že splněny jsou, řízení zahájí.
65. Nad rámec přezkumu činěného předsedou Úřadu lze ke sledu vydávání rozhodnutí zadavatelem v zadávacím řízení odkázat především na zadavatelovo vyjádření k rozkladu navrhovatele, ve kterém uvádí, že o vyloučení navrhovatele i o výběru dodavatele bylo rozhodnuto na jednání rady Královéhradeckého kraje dne 11. 5. 2020¹. Ani pokud by byly tyto skutečnosti předmětem tohoto řízení, nebylo by možno přisvědčit navrhovatelovu tvrzení, že v době rozhodnutí o výběru dodavatele byla stále ekonomicky nejvýhodnější nabídkou právě ta jeho.
66. Námitku je tak nutno odmítnout.

VI. Závěr

67. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných rozkladu navrhovatele.
68. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.
69. S ohledem na zachování a utvrzení právní jistoty plynoucí z rozhodovací činnosti Úřadu na tomto místě uvádím, že v souladu s § 61 odst. 3 správního řádu právní moci tohoto rozhodnutí o rozkladu nabývá právní moci i napadené rozhodnutí, v důsledku čehož pozbývají účinnosti veškerá předběžná opatření nařízení za účelem zajištění účelu tohoto správního řízení.

¹ Usnesení přijatá na tomto jednání jsou dostupná na <http://www.kr-kralovehradecky.cz/cz/kraj-volene-organy/rada/usneseni/usneseni-ze-14--schuze-rady-kralovehradeckeho-kraje-konane-11-05-2020-318900/>

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Královéhradecký kraj, Pivovarské náměstí 1245/2, 500 03 Hradec Králové
2. Mgr. Tomáš Kruták, advokát, Revoluční 724/7, 110 00 Praha 1

Vypraveno dne:

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