



ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE
OFFICE FOR THE PROTECTION OF COMPETITION

Odpovědi na vybrané dotazy – 7. metodický den (k otázce vylučování)

V rámci metodického dne č. 7, který se uskutečnil dne 26. dubna 2022, byly ze strany posluchačů vneseny prostřednictvím on-line chatu otázky týkající se probíraných témat. Přednášejí, Mgr. Mojmír Florian, ředitel odboru veřejných zakázek II, poskytl v následujícím textu odpovědi na vybrané otázky stran vylučování účastníků ze zadávacího řízení.

Dotaz č. 1

Selektivní nezpůsobilost pro určité kategorie DNS

Dodavatel je zařazen v kategoriích 1, 2 a 3 dynamického nákupního systému. V rámci kategorie 1 bude opakovaně odstoupeno od smlouvy za neplnění závazků. V rámci kategorie 2 a 3 dodává zboží bez výhrad. Je možné jej považovat za nezpůsobilého pouze v kategorii 1 a v kategoriích 2 a 3 jej dále oslovovat?

Odpověď na dotaz č. 1

Naznačenému postupu dle mého názoru nic nebrání. Nehovořil bych nutně o „selektivní nezpůsobilosti“. Důvod nezpůsobilosti podle § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ (závažná nebo dlouhodobá pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu) naplněn buď je, nebo není. Pokud naplněn je, může ho zadavatel uplatnit ve všech zadávacích řízeních, resp. zvláštních postupech (v nich na základě § 136 odst. 2 ZZVZ a § 140 odst. 3 ZZVZ).

Předmětný důvod pro vyloučení je však vždy fakultativní (a to i u vybraného dodavatele), a tak nevidím žádnou překážku, v důsledku které by nemělo být možné v jedné kategorii DNS rozhodnout o nevyzývání daného dodavatele k podání nabídky, zatímco v jiných kategoriích k tomuto kroku nepřistoupit, zvláště pak za situace, kdy lze tento postup odůvodnit rozdílným přístupem dodavatele k plnění smluv v rámci daných kategorií DNS.

Dotaz č. 2

Vyloučení jediného účastníka VZ kvůli doložení základní způsobilosti poddodavatele
Účastník nabízí službu podpory, 15 % bude plnit poddodavatelem. Tímto poddodavatelem prokazuje splnění technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. d) ZZVZ. Nedoložil však doklady prokazující základní a profesní způsobilost tohoto poddodavatele. Je třeba vyloučit dodavatele, nebo je možnost požádat o objasnění a doplnění dokladů?



ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE
OFFICE FOR THE PROTECTION OF COMPETITION

Odpověď na dotaz č. 2

Ze stávající rozhodovací praxe (odkázal bych na rozhodnutí Úřadu ze dne 31. 1. 2020 sp.zn. S 451/2019 a potvrzující rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 27. 4. 2020 sp.zn. R 29/2020) vyplývá, že v případě, kdy zadavatel využije postupu dle § 46 ZZVZ a vyzve dodavatele k objasnění nebo doplnění nabídky, jsou dodavatelé oprávněni doložit další (nové) reference, tzn. zadavatel má v případě takového postupu možnost, resp. povinnost přijímat i dodatečně doložené reference. Předseda Úřadu k tomu v odkazovaném rozhodnutí uvedl, že *[t]ento institut [objasnění či doplnění nabídky podle § 46 ZZVZ] tedy nemíří pouze na ověření konkrétních informací vyplývajících z již předložených dokumentů, ale na ověření splnění podmínek účasti účastníka zadávacího řízení ve své podstatě. Pokud tedy účastník zadávacího řízení na základě žádosti zadavatele doplnil nové „reference“, které nebudou hodnoceny, pak je takový postup v souladu se zákonem. Je tím totiž ověřena pouze schopnost účastníka zadávacího řízení plnit předmět veřejné zakázky a nedochází k materiální změně nabízeného plnění. Proto je možno připustit doložení dalších/nových dokladů prokazujících splnění podmínek účasti (za podmínek stanovených § 46 odst. 1 a 2 zákona).*

Nevidím důvod, proč by se tato rozhodovací praxe (kterou lze zobecnit v tom smyslu, že platí ve vztahu ke kvalifikaci *en bloc*) nemohla uplatnit i ve vztahu k doložení dokladů prokazujících splnění kvalifikace u poddodavatele. Postup podle § 46 ZZVZ v naznačeném případě tedy rozhodně není *a priori* vyloučen.

Dotaz č. 3

Musím vylučovat pro střet zájmů dle uvedeného zákona i takového účastníka, který nemá potenciál být vybraný po provedeném hodnocení?

Odpověď na dotaz č. 3

Předpokládám, že formulací „dle uvedeného zákona“ směřujete na zákon č. 159/2006 Sb., o střetu zájmů, ve znění pozdějších předpisů (dále též jen „zákon o střetu zájmů“). Jak jsem uváděl již v prezentaci, ÚOHS není svěřen dozor nad dodržováním pravidel podle zákona o střetu zájmů. K otázce se proto mohu vyjádřit jen z hlediska zákona o zadávání veřejných zakázek, a to v tom smyslu, že tento zákon (až na nemnohé výjimky) nepožaduje po zadavateli, aby vylučoval účastníky zadávacího řízení, kteří nejsou vybranými dodavateli. Pokud tedy zadavatel účastníka, který není vybraným dodavatelem, nevyloučí ze zadávacího řízení, ač by byly naplněny podmínky § 4b zákona o střetu zájmů, nemůže mu být za stávající právní úpravy ze strany ÚOHS uloženo ani nápravné opatření, ani případná pokuta za spáchání přestupku, neboť k porušení ZZVZ nedošlo.

Dotaz č. 4

Podle jakého ustanovení ZZVZ vyloučíme účastníka, který nám v průběhu hodnocení a posouzení zašle odstoupení ze zadávacího řízení?



ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE
OFFICE FOR THE PROTECTION OF COMPETITION

Odpověď na dotaz č. 4

Otázkou je, proč (a z čeho vlastně) by měl být takový „účastník“ vylučován. Klíčovým institutem je v tomto kontextu zadávací lhůta (§ 40 ZZVZ), kterou může (ale nemusí) zadavatel stanovit. Pokud zadavatel zadávací lhůtu stanoví, účastník po dobu jejího trvání ze zadávacího řízení odstoupit nemůže (takové jednání by bylo neplatné pro rozpor se zákonem). Pokud zadavatel zadávací lhůtu nestanovil, případně pokud již uplynula, podle § 47 odst. 4 písm. a) ZZVZ odstoupením účastníka *účast v zadávacím řízení zaniká*.

Lze tedy uzavřít, že

1. buď se účastník zadávacího řízení pokusí odstoupit v době trvání zadávací lhůty, pak k takovému odstoupení nelze přihlížet (důvodem pro vyloučení to samo o sobě být nemůže, k vyloučení je pak možno následně přistoupit např. podle § 122 odst. 7 nebo § 124 odst. 2 ZZVZ, pokud účastník neposkytne součinnost před uzavřením smlouvy – mj. s tím důsledkem, že zadavateli vznikne právo na plnění z jistoty, pokud požadoval její poskytnutí),
2. nebo odstoupí v době mimo zadávací lhůtu, přičemž v takovém případě je jeho účast v zadávacím řízení ukončena již samotným odstoupením (a žádné vyloučení tak nepřipadá v úvahu).

Dotaz č. 5

Podle jakého ustanovení ZZVZ vyloučíme účastníka, který ve své nabídce uvede dvě různé nabídkové ceny?

Odpověď na dotaz č. 5

Obdobný případ už byl řešen v rozhodovací praxi Úřadu (odkazují na rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 1. 12. 2020 sp.zn. R 186/2021, rozhodnutí Úřadu ze dne 27. 1. 2021 sp.zn. S 252/2020 a navazující rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 15. 4. 2021 sp.zn. R 34/2021) s tím výsledkem, že důvodem pro vyloučení tu není rozpor se skutečností ve smyslu § 48 odst. 1 písm. c) ZZVZ, protože v případě rozporných nabídkových cen je velmi problematické určit, co je „skutečností“, tj. realitou (všechny nabídkové ceny uvedené dodavatelem v nabídce jsou v zásadě rovnocenné), ale rozpor se zadávacími podmínkami, ze kterých je možno vždy dovodit požadavek na uvedení jedné nabídkové ceny; vylučovat v takovém případě je tedy třeba s odkazem na § 48 odst. 1 písm. a) ZZVZ.

Zároveň – ze širšího pohledu – bych apeloval na zadavatele, aby se snažili maximálně omezovat své požadavky na to, aby dodavatel tutéž informaci (vč. nabídkové ceny) v nabídce uváděl opakovaně na různých místech (položkový rozpočet, smlouva, tzv. krycí list nabídky...). Mám za to, že tyto požadavky zadavateli nic nepřinášejí, ale zbytečně zvyšují riziko chybovosti v nabídce.

Stejně tak je na místě upozornit i na skutečnost, že ne každý rozpor v nabídce nutně musí (a vůbec může) vést k vyloučení účastníka zadávacího řízení. Opětovně bych upozornil na dnes již ustálenou rozhodovací praxi, podle které není na místě vylučovat účastníka v situaci, kdy nabídka obsahuje na první pohled zřejmou, lehce popsatelnou a současně vysoce pravděpodobně lehce vysvětlitelnou nejasnost, kterou je na místě nechat dodavatele objasnit.



ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE
OFFICE FOR THE PROTECTION OF COMPETITION

Dotaz č. 6

Dobrý den, pokud je vyloučení dodavatele v režimu, že se nejedná o správní rozhodnutí, pak nepochybně není nutné uvádět veškerá pochybení v nabídce, která jsou (či by mohla být) důvodem k vyloučení, neboť i správní právo zná zásadu procesní ekonomie, kdy není potřeba dokazovat "zbytečnosti" (např. další důvody, pro které nelze žádosti vyhovět, je-li již v rozhodnutí popsán nejméně jeden nosný důvod), postačí, že je materiálně správně. A tedy by soukromoprávní vylučování mělo být náročnější než správní rozhodování, což za mne není rozumné.

Odpověď na dotaz č. 6

Ano, máte pravdu potud, že v rozhodnutí o vyloučení není třeba uvést všechna pochybení v nabídce, která **by mohla být** důvodem k vyloučení. Pokud jsem v rámci prezentace uvedl, že výčet důvodů, resp. okolností rozhodných pro jejich naplnění musí být v rozhodnutí/oznámení o vyloučení úplný, bylo to myšleno tak, že v něm musí být uvedeny všechny důvody, které důvodem k vyloučení **jsou**. Jinými slovy řečeno: zadavatel nemusí uvádět v rozhodnutí/oznámení o vyloučení všechny důvody, které by teoreticky mohl, ale musí, a to určitým způsobem a taxativním výčtem, uvést všechny ty, které hodlá uplatnit. Důvody, které takto zadavatel neuvede, zkrátka neuplatňuje a pokud obstojí důvody v rozhodnutí/oznámení uvedené, nepochybně nedošlo k žádnému porušení zákona. Zadavatel si jen musí být vědom, že oněmi neuvedenými důvody už nemůže následně argumentovat ani v rozhodnutí o námitkách, ani v řízení před Úřadem.

Dotaz č. 7

Pokud je internetovým otevřeným zdrojem webová stránka výrobce, pak je to přijatelné? Nebo ani takto to nedoporučujete?

Odpověď na dotaz č. 7

Otázka míří na to, jaké podklady by měl mít zadavatel k dispozici, pokud hodlá účastníka vyloučit z důvodu, že jeho nabídka, resp. nabízené plnění nesplňuje zadávací podmínky. V rámci prezentace byla probírána typická situace, kdy je v nabídce obsaženo tvrzení, že plnění má určité vlastnosti, a z otevřených zdrojů (internet) vyplývá, že tomu tak není. Bylo řečeno, že až na ojedinělé výjimky nebudou informace z otevřených zdrojů pro vyloučení dostatečné, protože je obtížné vyloučit jednak to, že jsou neaktuální, jednak to, že dodavatel bude dodávané plnění individuálně upravovat/customizovat/upgradovat.

Byť je možno webové stránky výrobce obecně jistě označit za relevantní zdroj, stále platí to, co bylo řečeno. Zadavatel by si měl položit otázku, zda je schopen prokázat, že plnění nabízené dodavatelem skutečně nesplňuje zadávací podmínky (to znamená včetně toho, že je vyloučena jeho individuální úprava, resp. včetně toho, že informace uvedené na stránkách výrobce jsou zcela aktuální). Kladná odpověď bude spíše ojedinělá. Osobně bych se tedy opravdu spíše klonil k postupu, kdy při zjištění rozporu mezi údaji v nabídce a údaji zjištěnými z otevřených zdrojů (v podstatě asi bez ohledu na povahu předmětného otevřeného zdroje) poskytne zadavatel dotčenému dodavateli prostor pro vysvětlení. Teprve až na základě podaného vysvětlení bych se na místě zadavatele rozhodoval o dalším postupu. Na druhou stranu vždy záleží na předmětu plnění (nakolik je např. vůbec customizovatelný) a předcházející dvě věty by neměly vyznít v tom smyslu, že by existovala zákonná povinnost navrhaný postup zvolit.



ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE
OFFICE FOR THE PROTECTION OF COMPETITION

Dotaz č. 8

Dobrý den, nastala situace, kdy vybraný dodavatel řádně předložil doklady dle § 122 odst. 3 ZZVZ, nicméně otálí s uzavřením smlouvy. Kdy nastává okamžik, kdy mohu účastníka vyloučit pro nesplnění povinnosti dle § 124 odst. 1 ZZVZ. Děkuji

Odpověď na dotaz č. 8

Ustanovení § 124 odst. 2 ZZVZ umožňuje vyloučit vybraného dodavatele, který nesplnil povinnost bez zbytečného odkladu uzavřít smlouvu poté, co uplynula blokační lhůta. Nemám za to, že by bylo nutné dané ustanovení vykládat ve vztahu k vybranému dodavateli nějak benevolentně. Pokud tedy po uplynutí blokační lhůty zadavatel vyzve vybraného dodavatele k uzavření smlouvy a tento vybraný dodavatel „otálí“ (tj. nepřistoupil k uzavření smlouvy v přiměřené době, což by v běžném případě měly být maximálně jednotky dnů), jsou dle mého názoru důvody pro vyloučení naplněny.

Dotaz č. 9

Prosím o radu, jak má zadavatel postupovat v modelovém případě: - Vybraný účastník nereaguje na výzvu k předložení dokladů k podpisu smlouvy, je tedy vyloučen a zadavatelem je uplatněno právo na plnění z jistoty. Je osloven druhý dodavatel v pořadí, který však ani po několika výzvách zadavatele k doplnění není schopen předložit doklady k podpisu smlouvy. Je tedy opět vyloučen s tím, že je mu stažena jistota. Nabídka dodavatele třetího v pořadí však není pro zadavatele ekonomicky přijatelná a zadávací řízení hodlá zrušit. To by však znamenalo, že dvěma účastníkům byla jistota odebrána, ostatním nikoliv. Nemůže být zadavatel nařknut z nerovného zacházení?

Odpověď na dotaz č. 9

Především je třeba si uvědomit, že samotný postup podle § 125 ZZVZ (výzva k uzavření smlouvy v pořadí dalšímu účastníkovi zadávacího řízení po vyloučení vybraného dodavatele) je fakultativní. Obecně platí, že pokud zadavatel vyloučí vybraného dodavatele, má dvě možnosti, jak dále postupovat: buď podle § 125 ZZVZ (výzva k uzavření smlouvy dalšímu dodavateli), nebo podle § 127 odst. 2 písm. b) ZZVZ (zrušení zadávacího řízení). Mám za to, že volbu mezi těmito dvěma postupy může zadavatel učinit mj. právě na základě legitimní ekonomické úvahy.

Pokud jde o zásadu rovného zacházení, tak jediné, co by mohlo být v naznačeném případě zkoumáno, je rozdíl mezi nabídkou dodavatelů, kteří se umístili na druhém a třetím místě. Pokud by se jednalo o nabídky srovnatelné (liší se z hlediska ekonomické výhodnosti jen neznatelně), byla by otázka ohledně dodržení této zásady na místě. Nikoli však z pohledu „propadnutí“ jistoty (to si způsobili účastníci sami, když neposkytli potřebnou součinnost), ale spíše možnosti uzavřít smlouvu jako takovou (proč druhý v pořadí osloven byl a třetí nikoli). Pokud je mezi nabídkami relevantní rozdíl, je postup zadavatele logický a snadno obhajitelný.

V Brně dne 10.5.2022

Vypracoval: Mojmír Florian, ředitel OVZ II