



UOHSX00483WX

## PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R278/2011,1/2012/VZ-8084/2012/310/JSI

V Brně dne: 14. května 2012

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 22. 12. 2011 podaném zadavatelem –

- společností **Letiště Ostrava, a. s.**, IČ 26827719, se sídlem Letiště Ostrava č. p. 401, 742 51 Mošnov,

a o rozkladu ze dne 22. 12. 2011 podaném vybraným uchazečem –

- společností **CROY, s. r. o.**, IČ 45147647, se sídlem Plzeňská 2599, 269 01 Rakovník,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S467/2011/VZ-18960/2011/510/MGr ze dne 12. 12. 2011, ve věci přezkoumání úkonů jmenovaného zadavatele při zadávání nadlimitní veřejné zakázky „**Letiště Leoše Janáčka Ostrava, Stroje a zařízení II. – Zimní zametače JETSWEEPER**“ v otevřeném řízení podle § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 3. 6. 2011 pod ev. č. 60060892 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 7. 6. 2011 pod ev. č. 2011/S 108-178223, jehož dalším účastníkem je navrhovatel –

- společnost **KONNEX TRADE CZ, s. r. o.**, IČ 29046599, se sídlem Urbanova 1069/8, 158 00 Praha,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S467/2011/VZ-18960/2011/510/MGr ze dne 12. 12. 2011

**p o t v r z u j i**

a podané rozklady

**z a m í t á m.**

## ODŮVODNĚNÍ

### I. Zadávací řízení a správní řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Zadavatel – Letiště Ostrava, a. s., IČ 26827719, se sídlem Letiště Ostrava č. p. 401, 742 51 Mošnov (dále jen „**zadavatel**“), uveřejnil v souladu s § 26 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)<sup>1</sup> v informačním systému o veřejných zakázkách dne 3. 6. 2011 pod ev.č. 60060892 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 7. 6. 2011 pod ev. č. 2011/S 108-178223 oznámení otevřeného zadávacího řízení podle § 27 zákona na veřejnou zakázku s názvem „Letiště Leoše Janáčka Ostrava, Stroje a zařízení II. – Zimní zametače JETSWEEPER“ (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Úřad obdržel dne 30. 9. 2011 návrh společnosti KONNEX TRADE CZ, s. r. o., IČ 29046599, se sídlem Urbanova 1069/8, 158 00 Praha (dále jen „**navrhovatel**“), na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, neboť zadavatel nevyhověl námitkám navrhovatele proti rozhodnutí o jeho vyloučení z další účasti v zadávacím řízení a proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Ke uvedenému dni tedy Úřad oznámil zahájení správního řízení, za jehož účastníky označil zadavatele, navrhovatele a uchazeče, jehož nabídka byla vybrána jako nejvhodnější – společnost CROY, s. r. o., IČ 45147647, se sídlem Plzeňská 2599, 269 01 Rakovník (dále jen „**vybraný uchazeč**“).
3. Z podaného návrhu vyplynulo, že navrhovatel ve své nabídce za návrh kupní smlouvy zařadil poznámku, kterou vyjádřil doporučení, aby kupní smlouva obsahovala kurzovní doložku, což mělo za následek jeho vyloučení ze zadávacího řízení. Navrhovatel nesouhlasil se zadavatelem v tom, že by poznámka měla být považována za součást návrhu kupní smlouvy, neboť byla v nabídce zařazena na samostatném listě až za podepsaným návrhem kupní smlouvy. Navrhovatel nijak nezasahoval do textu kupní smlouvy a jednoznačně akceptoval návrh smlouvy ve znění požadovaném zadavatelem v zadávacích podmínkách. Text poznámky ani neobsahuje žádnou konkrétní podobu kurzovní doložky, ani návrh smluvního ujednání, navíc jeho doporučení nemuselo být zadavatelem akceptováno a nepřijetí doporučení nemohlo mít vliv na vázanost navrhovatele jeho nabídkou. Navrhovatel potom v námitkách zadavateli povahu poznámky znovu objasnil, což mělo vést zadavatele ke zrušení rozhodnutí o vyloučení navrhovatele a rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky; že se tak nestalo, vedlo navrhovatele k podezření na účelové vyřazení jeho nabídky. Z výše uvedených důvodů navrhovatel požadoval po Úřadu, aby rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení a rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky zrušil podle § 118 odst. 1 zákona.
4. Zadavatel k zahájenému správnímu řízení uvedl, že v zadávacích podmínkách stanovil, že nebude akceptovat jakýkoliv zásah do návrhu kupní smlouvy či do jakýchkoliv údajů, které jsou předmětem hodnocení, přičemž nedodržení tohoto požadavku mělo mít za důsledek

---

<sup>1</sup> Pokud je v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění platné v době provedení úkonu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) nebo v době provedení jednotlivých úkonů účastníků řízení.

vyřazení nabídky a následné vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení. Cena v kupní smlouvě byla uvedena v Kč, a to bez ohledu na pohyb kurzu Eura. Uchazeči byli tedy povinni uvádět nabídkovou cenu v českých korunách bez jakékoli podmínky či úpravy, včetně pohybu kurzu CZK k €, jelikož by se jednalo o změnu zadávacích podmínek, resp. o změnu podstatných náležitostí ve smlouvě. S odkazem na § 82 odst. 2 zákona pak zadavatel doplnil, že je povinen uzavřít smlouvu v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče. Za situace, kdy by byl vybrán navrhovatel jakožto uchazeč s nejvhodnější nabídkou, byl by zadavatel povinen uzavřít smlouvu i s poznámkou týkající se kurzovní doložky, která je ale pro zadavatele nepřípustná. Ačkoli navrhovatel svou „poznámku“ pokládá za bezpředmětnou, jedná se podle zadavatele o zcela účelový rozbor. Zadavatel je toho názoru, že „poznámku“ navrhovatele v kupní smlouvě šlo o podmínění smluvního vztahu, a tedy z logického výkladu vyplývá, že by uzavření kupní smlouvy bylo podmíněno doplněním o kurzovní doložku. Zadavatel proto považuje podaný návrh za bezpředmětný a trvá na tom, že postupoval plně v souladu se zákonem.

## II. Napadené rozhodnutí

5. Dne 12. 12. 2011 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S467/2011/VZ-18960/2011/510/MGr (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), jímž rozhodl, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky postup stanovený v § 76 odst. 1 a 6 zákona tím, že neoprávněně vyloučil navrhovatele z účasti v zadávacím řízení z důvodu uvedení poznámky doporučující uzavřít kurzovní doložku k návrhu kupní smlouvy, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Jako opatření k nápravě Úřad zrušil všechny úkony zadavatele související s posouzením a hodnocením nabídek, které jsou zaznamenány v Protokolu o posouzení nabídek ze dne 11. 8. 2011, rozhodnutí zadavatele ze dne 11. 8. 2011 o vyloučení uchazeče z účasti v zadávacím řízení, a rozhodnutí zadavatele ze dne 11. 8. 2011 o výběru nejvhodnější nabídky. Podle § 119 odst. 2 zákona a § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách (dále jen „**vyhláška**“), Úřad zadavateli uložil povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč, a to do dvou měsíců od nabytí právní moci rozhodnutí.
6. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad nejprve citoval znění § 6 a § 76 odst. 1 a 6 zákona, dále znění části 13. zadávací dokumentace nazvané „Způsob a hodnocení nabídek“ a části 15.4.2 zadávací dokumentace s názvem „Podepsaný návrh smlouvy“ zadávací dokumentace a konečně návrh kupní smlouvy i s poznámkou tak, jak byl zařazen v nabídce navrhovatele. Ke skutečnostem zjištěným z výše uvedených podkladů Úřad uvedl, že navrhovatel ve své nabídce formou „poznámky“ projevil přání uzavřít kurzovní doložku ohledně přepočítávání € k CZK. V námitkách podaným proti svému vyloučení z další účasti v zadávacím řízení navrhovatel vysvětlil, že „poznámku“ projevil pouze obecné doporučení či přání, nikoliv závazný požadavek na uzavření kurzovní doložky, a dále upřesnil, že cena, uvedená v návrhu kupní smlouvy je platná a „poznámku“ nepodmíněná. Úřad dospěl k závěru, že ani z věcného obsahu, ani z umístění poznámky nevyplývá, že je součástí návrhu kupní smlouvy, neboť text poznámky neupravuje žádná konkrétní práva a povinnosti a ani nestanovuje, že podmínkou uzavření smlouvy je začlenění kurzovní doložky do kupní

smlouvy. Poznámka je umístěna na samostatném listu, a to až za poslední stránkou návrhu kupní smlouvy, na které jsou rovněž podpisy osob oprávněných jednat jménem navrhovatele. Poznámka tedy nemá na podobu návrhu kupní smlouvy žádný vliv. Pokud měl zadavatel pochybnosti o smyslu poznámky, mohl požádat navrhovatele o písemné vysvětlení nabídky podle § 76 odst. 3 zákona, případně měl zohlednit podané námitky, ve kterých navrhovatel zadavateli smysl „poznámky“ objasnil a ze kterých je zřejmé, že žádnou kurzovní doložku po zadavateli vyžadovat nebude a že jí není nijak podmíněna ani nabídková cena. Zadavatel tak nedodržel postup stanovený v § 76 odst. 1 a 6 zákona tím, že z důvodu uvedení poznámky doporučující uzavřít kurzovní doložku k návrhu kupní smlouvy neoprávněně navrhovatele vyloučil z účasti v zadávacím řízení.

7. K uloženému nápravnému opatření Úřad uvedl, že vzhledem k tomu, že zadavatel pochybil při posuzování a hodnocení nabídek uchazečů, pro zajištění zákonnosti postupu zadavatele musel zrušit jeho úkon spočívající v posouzení souladu nabídek se zadávacími podmínkami, včetně rozhodnutí o vyloučení navrhovatele z důvodu doplnění poznámky k návrhu kupní smlouvy, doporučující uzavřít kurzovní doložku, a konečně i rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Tím se celé zadávací řízení vrací do stavu před posouzením a hodnocením nabídek. V šetřeném případě byla naplněna podmínka předvídaná v § 118 odst. 1 zákona, tj. aby nezákonný postup zadavatele podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Závěrem odůvodnění napadeného rozhodnutí se Úřad stručně vyjádřil i k povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení podle § 119 odst. 2 zákona a § 1 odst. 1 vyhlášky.

### III. Námitky rozkladů

#### Rozklad zadavatele

8. Proti napadenému rozhodnutí obdržel Úřad v zákonné lhůtě dne 23. 12. 2011 rozklad zadavatele, v němž zadavatel shledává toto rozhodnutí věcně i právně nesprávným. Jak dále rozvádí, navrhovatel předložil zadavateli smlouvu, která je číslována na stranách 1 až 11, přičemž stránky 1 až 10 jsou shodné s návrhem smlouvy, ale na straně 11 je ona sporná „poznámka“. Jedenáctá strana je opatřena stejným záhlavím a zápatím jako zbylých 10 stran smlouvy, a proto lze všech 11 stran považovat za jeden celek. Jedenáctá strana tedy není samostatným listem volně vloženým do nabídky, ale součástí smlouvy. Z obsahového hlediska představuje text „poznámky“ tzv. měnovou doložku podle § 744 zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále též jen „**obchodní zákoník**“), a je zřejmé, k jakému peněžitému závazku se tato měnová doložka vztahuje, tj. k ceně za nabízenou techniku. Zároveň je zde stanovena zajišťující měna – Euro. Cena ve smlouvě je naproti tomu stanovena v českých korunách. Ačkoli měnová doložka obsažená v „poznámce“ neobsahuje měnový kurz, s odkazem na § 744 odst. 2 obchodního zákoníku má zadavatel zato, že spojení textu v „poznámce“ s § 744 obchodního zákoníku je nepochybné.
9. Co se týče postupu předvídaného v § 76 odst. 3 zákona, k tomu zadavatel uvádí, že ani on, ani hodnotící komise nemají povinnost takto postupovat, navíc při posouzení nabídky

navrhovatele nevyvstaly hodnotící komisi žádné pochybnosti. Odůvodnění napadeného rozhodnutí v té části, v níž se uvádí, že v námitkách navrhovatel dodal prohlášení o smyslu a obsahu „poznámky“, zadavatel neakceptuje, neboť uvedeno *ad absurdum* by pak mohl posouzení a hodnocení nabídek provádět nejen na základě jejich obsahu, ale i na základě obsahu námitek či dokumentů předkládaných v jejich souvislosti. Zadavatel opětovně poukazuje na § 82 odst. 2 zákona a trvá na tom, že prohlášení navrhovatele v rámci podaných námitek nemá právní účinky shodné s dvojstranným právním úkonem, který je smlouva. Navrhovatel neakceptoval obchodní podmínky v podobě návrhu smlouvy, a jeho nabídka tudíž nesplnila požadavky zadavatele stanovené v čl. 13 a 15 zadávacích podmínek. K obsahu těchto článků se však napadené rozhodnutí nijak nevyjádřilo.

10. Zadavatel proto navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a aby vyslovil, že postup zadavatele v přezkoumávaném zadávacím řízení byl zcela v souladu se zákonem.

#### **Rozklad vybraného uchazeče**

11. Proti napadenému rozhodnutí obdržel Úřad v zákonné lhůtě dne 21. 12. 2011 také rozklad vybraného uchazeče. I ten zastává názor, že došlo k nesprávnému posouzení věci a potažmo ke zrušení formálně správných rozhodnutí zadavatele. Vybraný uchazeč uvádí, že zadavatel v čl. 13 zadávací dokumentace kategoricky vyloučil možnost uchazečů podmiňovat údaje navržené zadavatelem a trval na pouhém doplnění požadovaných údajů do vzoru smlouvy. Taktéž určil postup, nebudou-li jím stanovené podmínky dodrženy. Zadavatel tak mj. očekával nabídku s pevně určenou výší kupní ceny v českých korunách, což vybraný uchazeč chápal jako ochranu proti kurzovním a inflačním jevům. Navrhovatel však k návrhu smlouvy připojil listinu, v níž navrhuje, aby v případě oficiálního uzavření kupní smlouvy tato obsahovala kurzovní (měnovou) doložku ošetřující pohyb kurzu k €. Vybraný uchazeč ve shodě se zadavatelem hodnotí tento návrh jako změnu předloženého návrhu, který je v rozporu s požadavkem zadavatele na sjednání pevné ceny. Jakékoli úvahy o dobrovolnosti tohoto návrhu nejsou na místě, neboť přistoupil-li by zadavatel na tento požadavek, vyvolal by jistě reakci vybraného uchazeče. Jednání navrhovatele proto označuje vybraný uchazeč za účelové, protože odděluje návrh kupní smlouvy podle zadávací dokumentace od jakési „oficiální kupní smlouvy“, která by mohla mít jiný obsah a zpochybnit tak význam zadávací dokumentace. Úřad situaci nesprávně vyhodnotil, protože na část nabídky navrhovatele nahlížel jako na právně bezvýznamnou a bez vztahu k zadávací dokumentaci. Vybraný uchazeč ji naopak vnímá nejen jako podmíněnou, ale i jako úkon podle § 44 odst. 2 zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**občanský zákoník**“) směřující k uzavření kupní smlouvy. Občanský zákoník vychází z pravidla, že přijetí návrhu, který obsahuje dodatky, výhrady nebo změny, je odmítnutím návrhu a návrhem novým. O významu změny cenového návrhu v kupní smlouvě navrhovatele nelze pochybovat. Zadavatel měl pouze dvě možnosti: požadavek navrhovatele akceptovat, avšak porušit zákon, nebo navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení vyloučit. Zadavatel se správně řídil úvahou, že na součást nabídky nelze nahlížet, jako by neexistovala či jako by byla bez významu. Pokud by navrhovatel neměl v úmyslu sjednat měnovou doložku, nepochybně by návrh na její doplnění do kupní smlouvy neučinil. V opačném případě musí

nést následky s tímto návrhem spojené. Vybraný uchazeč proto navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí ve celém rozsahu zrušil.

#### **IV. Řízení o rozkladech**

12. Úřad obdržel vyjádření navrhovatele k rozkladu vybraného uchazeče, v němž je uvedeno, že podle § 116 zákona je účastníkem řízení vybraný uchazeč pouze v případě, že je předmětem správního řízení přezkoumání rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Svůj závěr opírá o rozsudky krajského soudu ze dne 10. 11. 2011, č. j. 62 Af 52/2010-89, a ze dne 25. 11. 2011, č. j. 62 Af 29/2010-89. Navrhovatel upozorňuje, že skutečnost, že Úřad vybraného uchazeče za účastníka nesprávně označil a jako s účastníkem s ním jednal, nezpůsobila, že by se tímto jeho účastníkem stal. Navrhovatel podotýká, že rovněž samotný text rozkladu se zabývá pouze otázkou oprávněnosti vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení, a nikoliv zákonností samotného rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Navrhovatel je tedy přesvědčen, že by k rozkladu vybraného uchazeče nemělo být přihlíženo. K samotnému obsahu rozkladu navrhovatel v plné míře odkazuje na svůj návrh a opakuje, že v rámci nabídky zcela akceptoval zadávací podmínky a v tomto kontextu rovněž nabídl cenu a ostatní parametry k hodnocení. Navrhovatel trvá na tom, že poznámku nelze po formální ani materiální stránce považovat za způsobilou k začlenění jako součást návrhu smlouvy, čímž odmítá tvrzení vybraného uchazeče, že poznámku je nezbytné považovat za nový návrh smlouvy. Z ustanovení § 81 odst. 2 zákona vyvozuje, že nabídka by ani nemohla představovat akceptaci návrhu smlouvy obsaženého v zadávacích podmínkách, protože jejím podáním nedochází k uzavření smlouvy. Navrhovatel proto navrhuje, aby byl rozklad vybraného uchazeče zamítnut jako nepřípustný podle § 90 odst. 1 ve spojení s § 152 odst. 4 správního řádu.
13. Zadavatel ve svém vyjádření k rozkladu vybraného uchazeče uvádí, že se s ním v plném rozsahu ztotožňuje. Zadávací podmínky byly stanoveny jako bezpodmínečné, a proto žádný z uchazečů nebyl oprávněn jakkoliv měnit nebo upravovat zadavatelem poskytnutý závazný vzor smlouvy. Zadavatel dále uvádí, že navrhovatel doplnil ve svém návrhu ustanovení kurzovní, resp. měnové doložky podle § 744 obchodního zákoníku, u které je zřejmé, k jakému peněžitému závazku se vztahuje, rovněž je stanovena zajišťující měna a nabídková cena je potom uvedena v měně zajišťované. Měnové kurzy, které předmětná měnová doložka neobsahuje a ke kterým se přihlíží, se dovozují na základě ustanovení § 744 odst. 2 obchodního zákoníku. Zadavatel proto zastává názor, že navrhovatel porušil závazné podmínky zadavatele, a proto byl za zadávacího řízení v souladu se zákonem vyloučen; v opačném případě by zadavatel postupoval v rozporu se zákonem a diskriminoval by uchazeče, kteří zadávací podmínky splnili.
14. Úřad obdržel dále vyjádření vybraného uchazeče k rozkladu zadavatele, ve kterém uvádí, že obsah rozkladu zadavatele potvrzuje hlavní důvod, který vedl vybraného uchazeče k podání jeho rozkladu. Při kalkulaci nabídkové ceny vybraný uchazeč respektoval požadavek zadavatele na nabídku dodávky s pevnou cenou v CZK a v této souvislosti byl nucen v předložené nabídce promítnout dopady možných budoucích negativních kurzovních rizik, přičemž kdyby kurzovní rizika do nabídkové ceny nezahrnul, byla by jiná. Vybraný uchazeč by

považoval jakékoliv úvahy připouštějící možnost kurzovního ovlivnění nabídkové ceny za nepřipustnou změnu zadávacích podmínek v průběhu zadávacího řízení.

15. Konečně navrhovatel k rozkladu vybraného uchazeče uvádí, že z umístění poznámky za návrhem smlouvy nelze dovozovat, že by se jednalo o součást návrhu smlouvy, protože z textu poznámky nevyplývá, jakého konkrétního ustanovení smlouvy se dotýká, ani nelze dovodit, jaké smluvní ujednání by měl text poznámky nahradit či doplnit a jakým konkrétním způsobem, proto je i po formální stránce vyloučené, aby se jednalo o součást návrhu smlouvy, a to ani jako příloha či dodatek. Navrhovatel dále uvádí, že výklad uplatněný zadavatelem, který zohledňuje pouze formální stránku poznámky, by *ad absurdum* vedl k situaci, kdy by doplnění jakéhokoliv zmateného textu nedopadajícího do práv a povinností smluvních stran muselo být považováno za změnu smlouvy a důvod k vyřazení nabídky. Navrhovatel se domnívá, že i při pomnutí „přacího“ charakteru poznámky a jejího umístění mimo návrh smlouvy nelze považovat text poznámky za sjednání měnové doložky. V poznámce je podle navrhovatele jednoznačně stanovena pouze zajišťovací měna, avšak neobsahuje další náležitosti měnové doložky, a to určení peněžitého závazku, ke kterému se vztahuje. Rovněž z poznámky nelze dovodit rozhodné devizové kurzy, neboť § 744 odst. 2 obchodního zákoníku je dispozitivní ustanovení, které může být nahrazeno odlišnou dohodou stran, přičemž poznámka na toto ustanovení neodkazuje, tudíž nelze dovodit případnou vůli navrhovatele podřídit otázky v poznámce neupravené § 744 odst. 2 obchodního zákoníku, proto z ní rozhodné devizové kurzy dovodit nelze. Navrhovatel rovněž zmiňuje běžné měnové doložky, které podle jeho názoru pravidlo stanovené v § 744 odst. 2 obchodního zákoníku neobsahují, ale stanoví měnový kurz jiným způsobem. Navrhovatel dále uvádí, že i v případě, že by se poznámka formálně považovala za součást návrhu smlouvy, její význam žádným způsobem znění smlouvy nemění, protože z jejího textu neplynou žádná konkrétní práva ani povinnosti, což by ve spojení s přacíím způsobem její formulace způsobilo dle názoru zadavatele její nevymahatelnost, a tudíž neplatnost. Rozhodnutí zadavatele o vyloučení jeho nabídky bylo učiněno na základě nepodložených a neověřených skutečností a zadavatel jím nedocílil základního účelu institutu vyřazení nabídky. Navíc se navrhovatel domnívá, že v daném případě došlo na straně zadavatele k porušení zásady efektivního, hospodárného a účelného vynakládání veřejných prostředků, když byla vybrána nabídka dražší a méně výhodná.
16. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.
17. 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 s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
18. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S467/2011/VZ-18960/2011/510/MGr ze dne 12. 12. 2011 rozhodl, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky postup stanovený

v § 76 odst. 1 a 6 zákona tím, že neoprávněně vyloučil navrhovatele z účasti v zadávacím řízení z důvodu uvedení poznámky doporučující uzavřít kurzovní doložku k návrhu kupní smlouvy, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, za což Úřad jako opatření k nápravě zrušil všechny úkony zadavatele související s posouzením a hodnocením nabídek, které jsou zaznamenány v Protokolu o posouzení nabídek ze dne 11. 8. 2011, rozhodnutí zadavatele ze dne 11. 8. 2011 o vyloučení uchazeče z účasti v zadávacím řízení, a rozhodnutí zadavatele ze dne 11. 8. 2011 o výběru nejvhodnější nabídky, a zadavateli uložil podle § 119 odst. 2 zákona a § 1 odst. 1 vyhlášky povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč do dvou měsíců od nabytí právní moci napadeného rozhodnutí, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Taktéž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se plně ztotožnil. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

## **V. K námitkám rozkladů**

19. Jak vyplývá z podaných rozkladů, zadavatel i vybraný uchazeč trvají na tom, že k vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení došlo oprávněně, neboť jím předložená nabídka nepřipustně modifikuje návrh kupní smlouvy zahrnutý v zadávací dokumentaci. Poznámka navrhovatele, že: „V případě ofic. uzavření KS by tato měla obsahovat kurzovní doložku, která by ochraňovala jak kupce, tak i dodavatele, tato kurzovní doložka, ošetřující pohyb kurzu k €, s ohledem na to, že veškerá nabízená technika je nakoupena od zahraničních výrobců v €. Vzájemné ošetření kurzu k datu uzavření KS je oboustranná pojistka a tyto doložky jsou běžné v tak velkých a časově delších kontraktech jako je tento.“, je shodně zadavatelem i vybraným uchazečem vnímána jako podmínění kupní smlouvy kurzovní, resp. měnovou doložkou ve smyslu § 744 obchodního zákoníku, kterou by mohl navrhovatel v případě přijetí jeho nabídky zadavatelem vyžadovat.
20. Při posouzení věci jsem v první řadě vycházel (podobně jako Úřad v napadeném rozhodnutí) z následující skutečnosti. Text návrhu kupní smlouvy čítá celkem deset stran. Poslední, tj. desátá strana návrhu kupní smlouvy obsahuje kromě závěrečných ustanovení také seznam příloh této smlouvy, místo pro doplnění data podpisu smlouvy a místo pro podpisy smluvních stran. Mezi účastníky řízení zjevně není sporu o tom, že podpisy představují konec textu každé (tedy nejen této) smlouvy a že vše, co je uvedeno za nimi, nelze již za součást smlouvy považovat (nejedná-li se o smlouvou výslovně předpokládanou přílohu). Poznámka navrhovatele o vhodnosti sjednání kurzovní doložky byla do nabídky vložena na samostatném listu, a to až za závěrečnou částí návrhu kupní smlouvy, tedy za (tam předvídanými) podpisy účastníků smluvního vztahu, a to na straně jedenácté. Číslo stránky s „poznámkou“ sice navazuje na čísla stránek návrhu kupní smlouvy, ovšem v návrhu kupní smlouvy není nikde uvedeno, kolik má smlouva stránek. Z tohoto důvodu lze „poznámku“ od návrhu kupní smlouvy nejen oddělit, ale nelze ani dospět k závěru, že je poznámka součástí návrhu kupní smlouvy. Tomu odpovídá i skutečnost, že návrh smlouvy neobsahuje žádné ustanovení, které by činilo poznámku součástí smlouvy nebo které by na poznámku jakýmkoliv způsobem odkazovalo, a dokonce ani seznam příloh na str. 10 návrhu, jež je součástí závazného vzoru kupní smlouvy, nebyl o žádnou přílohu s názvem „poznámka“



doplněn. Z tohoto důvodu považuji za irelevantní argumentaci shodnou grafickou úpravou všech jedenácti stran (jejich záhlavím a zápatím), neboť ta sama o sobě z „poznámky“ nedílnou část návrhu kupní smlouvy nečiní.

21. Shoduji se tedy plně s názorem Úřadu uvedeným v napadeném rozhodnutí, že výše citovaná „poznámka“, doplněná za konec textu kupní smlouvy (za podpisy smluvních stran), nemůže být považována za součást návrhu kupní smlouvy, a že tudíž nedošlo k situaci, kdy by navrhovatel nesplnil zadávací podmínky zadavatele a návrh kupní smlouvy změnil navzdory zákazu stanovenému v čl. 13 zadávací dokumentace. Ani zadavatel, ani vybraný uchazeč ostatně na žádný konkrétní nesoulad návrhu kupní smlouvy oproti zadávacím podmínkám neupozorní (v úvahu přichází např. text čl. IV návrhu kupní smlouvy s názvem „Cena“), a tedy ani z „poznámky“ samotné, ani z žádné části návrhu kupní smlouvy předložené v nabídce navrhovatele, nevyplývá, že by navrhovatel údaje uvedené v návrhu kupní smlouvy jakkoliv podmiňoval. K tomu považuji za nutné podotknout, že podáním nabídky nedochází k akceptaci smlouvy uchazečem (zde navrhovatelem), ale pouze k předložení jejího návrhu; v konečném důsledku tedy návrh smlouvy akceptuje až zadavatel (nikoli navrhovatel) připojením svého podpisu k návrhu smlouvy obsaženém ve vítězné nabídce. Z tohoto důvodu nelze hovořit o přijetí návrhu s dodatky a výhradami, resp. o odmítnutí návrhu navrhovatelem ve smyslu § 44 odst. 2 občanského zákoníku. Dospívám tedy ke shodnému závěru jako orgán dohledu, a to, že návrh kupní smlouvy v nabídce navrhovatele odpovídal závaznému vzoru obsaženému v zadávací dokumentaci, přičemž svou „poznámku“ navrhovatel pouze vyjádřil možnost či vhodnost uzavření kurzovní (resp. měnové) doložky.
22. Svůj závěr o tom, že „poznámku“ v nabídce navrhovatele je třeba považovat pouze za obecné doporučení k uzavření kurzovní (měnové) doložky, opírám také o vyjádření navrhovatele v podaných námitkách. Navrhovatel v nich „poznámku“ označil za pouhý nezávazný podnět k úpravě budoucí kupní smlouvy, který bez dalšího upřesnění nemůže být považován ani za smluvní ujednání, ani za podmínění nabídkové ceny. V této souvislosti je třeba nejprve podrobně rozebrat vícekrát opakovanou možnost postupu zadavatele podle § 76 odst. 3 zákona. Je pravdou, že institut písemného vysvětlení nabídky (§ 76 odst. 3 zákona) není pro zadavatele v zákoně koncipován jako obligatorní; hodnotící komise uchazeče požádat o písemné vysvětlení nabídky může, ale nemusí. Zdůrazňuji v této souvislosti, že se skutečně jedná pouze o „písemné vysvětlení nabídky“, nikoli o doplnění nabídky o chybějící doklady nebo o skutečnosti, které měly být uvedeny v podané nabídce, tj. o změnu předložených nabídek. Dospěla-li tedy v daném konkrétním případě hodnotící komise k závěru, že nabídka navrhovatele nevzbuzuje žádné pochybnosti, které by bylo nutné za pomoci § 76 odst. 3 zákona objasnit, a to dokonce ani pochybnosti o smyslu výše zmíněné „poznámky“ o vhodnosti sjednání kurzovní doložky a o vztahu této „poznámky“ k textu kupní smlouvy jako celku, za níž byla umístěna, pak nelze takovému postupu hodnotící komise ničeho vytýkat. Nelze však současně přehlédnout, že nevyužitím institutu písemného vysvětlení nabídky hodnotící komisí došlo k situaci, kdy navrhovatel mohl „písemné vysvětlení nabídky“ fakticky podat teprve v námitkách proti rozhodnutí o jeho vyloučení z další účasti v zadávacím řízení, resp. v námitkách proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Ačkoli lze s podanými rozklady souhlasit v tom směru, že skutečnosti uvedené v námitkách nemohou samy o sobě sloužit jako podklady pro posouzení

a hodnocení nabídek, resp. že doplnění nabídky námitkami není v obecné rovině přípustné (viz § 69 odst. 5 zákona), v daném konkrétním případě o doplnění nabídky námitkami hovořit nelze. Jak již bylo řečeno, námitky byly mj. důsledkem absentující potřeby hodnotící komise vyzvat navrhovatele k písemnému vysvětlení jeho nabídky. Navrhovatel tedy až v námitkách polemizoval s výkladem smyslu a dopadu „poznámky“ tak, jak byl předestřen hodnotící komisí (resp. zadavatelem) v rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení. Stejně jako Úřad mám zato, že zadavatel z nich měl považovat za najisto postavené, že „poznámka“ je skutečně jen doporučením, že uzavření kurzovní doložky nebude v případě uzavření smlouvy navrhovatelem vyžadováno a že „poznámkou“ navrhovatel nepodmínil ani svoji nabídkovou cenu. Jelikož mám zato, že navrhovatelem podané vysvětlení bylo logické a věcně opodstatněné (viz výše), dospěl jsem stejně jako Úřad v napadeném rozhodnutí k závěru, že k obsahu námitek (tj. k jakémusi dodatečnému vysvětlení obsahu nabídky navrhovatele) měl zadavatel přihlídnout a sám zrušit všechny úkony a rozhodnutí, která posléze zrušil napadeným rozhodnutím Úřad podle § 118 odst. 1 zákona. Postup zadavatele, který trval na vyloučení navrhovatele, přestože nabídl výhodnější nabídkovou cenu než vybraný uchazeč, tak byl v rozporu se zákonem.

23. Pro úplnost uvádím, že sjednání kurzovní, resp. měnové doložky podle § 744 obchodního zákoníku je sice formulováno způsobem „Stanoví-li smlouva (...)“, nicméně v daném případě návrh smlouvy nic takového nestanovil a pokud jako součást nabídky (avšak nikoli jako součást návrhu kupní smlouvy) navrhovatel uvedl, že by bylo vhodné uzavřít kurzovní doložku, potom nelze automaticky dovozovat, že je tato „poznámka“ měnovou doložkou se všemi náležitostmi podle citovaného ustanovení obchodního zákoníku. O pouhé proklamativní povaze „poznámky“ svědčí mj. obecná zmínka o tom, že „(...) doložky jsou běžné v tak velkých a časově delších kontraktech jako je tento.“ Ztotožňuji se však s argumentací zadavatele i vybraného uchazeče, že s ohledem na vázanost zadávacími podmínkami i ustanovením § 82 odst. 2 zákona nelze zadavateli doporučit, aby kurzovní, resp. měnovou doložku v budoucnu učinil součástí kupní smlouvy s navrhovatelem, neboť ani původní vzor kupní smlouvy v zadávací dokumentaci, ani samotný návrh kupní smlouvy předložený v nabídce navrhovatele, s ní nepočítá, a tudíž by takový postup mohl atakovat rovněž i zásadu rovnosti uchazečů a transparentnosti zadávacího řízení (§ 6 zákona).
24. K námitce navrhovatele, podle níž neměl být vybraný uchazeč Úřadem označen za účastníka řízení, uvádím nejprve, že podle § 116 zákona je účastníkem řízení zadavatel a v řízení zahájeném na návrh též navrhovatel; je-li předmětem řízení přezkoumání rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky nebo rozhodnutí o výběru nejvhodnějšího návrhu, je účastníkem řízení též vybraný uchazeč nebo vybraný účastník soutěže o návrh. V přezkoumávaném případě jsem při ověření správnosti stanoveného okruhu účastníků řízení vycházel ze skutečnosti, že navrhovatel svými námitkami ze dne 5. 9. 2011, stejně jako svým návrhem na zahájení správního řízení ze dne 29. 9. 2011, mířil jak proti rozhodnutí o svém vyloučení, tak proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky; není tedy pochyb o tom, že právě rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky bylo podrobena přezkumu ze strany Úřadu. To vše je podtrženo faktem, že v přezkoumávaném zadávacím řízení byly podány a hodnoceny pouze dvě nabídky. Pokud by byl navrhovatel se svým návrhem úspěšný, byl by to právě vybraný uchazeč, koho by se nápravné opatření spočívající ve

zrušení rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky (§ 118 odst. 1 zákona) podstatným způsobem dotklo. Vybranému uchazeči tedy už jen samotným zahájením správního řízení hrozí zásah do jeho právního postavení, a proto mu musí být garantována určitá úroveň procesních práv. Požadavek na garanci jisté úrovně procesní práv se odráží v konstrukci účastníků řízení jak ve správním řádu, tak v procesních částech řady jiných právních předpisů, mezi nimi také § 116 zákona. Postavení osoby jako účastníka řízení totiž subjektu dává vedle některých povinností i významná práva s řízením spjatá, díky nimž může výsledek řízení nikoli nevýznamným způsobem ovlivnit. Sem patří zejména právo navrhnout důkazy, předkládat stanoviska, seznamovat se prostřednictvím nahlížení do spisu s jeho obsahem jakožto podkladem pro konečné rozhodnutí, právo dozvědět se o úkonech v řízení učiněných či plánovaných a v neposlední řadě také právo podat proti správnímu rozhodnutí opravný prostředek. Neshledal jsem tudíž na straně Úřadu při stanovení okruhu účastníků správního řízení pochybení.

## **VI. Závěr**

25. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladech.
26. 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 uvedeno.

## **POUČENÍ**

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 správního řádu ve spojení s § 152 odst. 4 správního řádu dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
předseda  
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

**Obdrží:**

1. Letiště Ostrava, a.s., Letiště Ostrava č.p. 401, 742 51 Mošnov
2. KONNEX TRADE CZ, s.r.o., Urbanova 1069/8, 158 00 Praha
3. CROY, s.r.o., Plzeňská 2599, 269 01 Rakovník

**Vypraveno dne:**

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