



UOHSX00CT4TS

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0150/2019/VZ-30588/2019/321/HBa

Brno 11. listopadu 2019

V řízení o rozkladu ze dne 30. 8. 2019 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, jenž byl podán navrhovatelem –

- **společností minimalistic s.r.o.**, IČO 03055159, se sídlem Husinecká 903/10, Žižkov, 130 00 Praha 3, ve správním řízení zastoupenou na základě plné moci ze dne 26. 6. 2019 Mgr. Davidem Purmenským, advokátem, ev. č. ČAK 10171, se sídlem 28. října 3117/61, 702 00 Ostrava,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 23. 8. 2019, č. j. ÚOHS-S0254/2019/VZ-23438/2019/521/ŠŠu, vydanému ve správním řízení o přezkoumání úkonů zadavatele –

- **obec Baška**, IČO 00296511, se sídlem Baška 420, 739 01 Baška,

učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Dodávka nábytku**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 7. 3. 2019 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 11. 3. 2019 pod ev. č. zakázky Z2019-007730, ve znění opravy uveřejněné dne 25. 3. 2019, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 11. 3. 2019 pod ev. č. 2019/S 049-111970, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 26. 3. 2019 pod ev. č. 2019/S 060-138954,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 90 odst. 5 téhož zákona, na základě návrhu rozkladové komise jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 23. 8. 2019, č. j. ÚOHS-S0254/2019/VZ-23438/2019/521/ŠŠu

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

I. Správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále též „**Úřad**“), jako orgán příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále též „**zákon**“¹) k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu, a pro zvláštní postupy podle části šesté, obdržel dne 28. 6. 2019 návrh z téhož dne navrhovatele – společnosti minimalistic s.r.o., IČO 03055159, se sídlem Husinecká 903/10, Žižkov, 130 00 Praha 3 ve správním řízení zastoupené na základě plné moci ze dne 26. 6. 2019 Mgr. Davidem Purmenským, advokátem, ev. č. ČAK 10171, se sídlem 28. října 3117/61, 702 00 Ostrava (dále též „**navrhovatel**“) – kterým bylo zahájeno řízení o přezkum úkonů zadavatele – obec Baška, IČO 00296511, se sídlem Baška 420, 739 01 Baška (dále též „**zadavatel**“) – v otevřeném zadávacím řízení směřujícím k zadání veřejné zakázky s názvem „Dodávka nábytku“, přičemž jeho oznámení bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 11. 3. 2019 pod ev. č. zakázky Z2019-007730, ve znění opravy uveřejněné dne 25. 3. 2019, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 11. 3. 2019 pod ev. č. 2019/S 049-111970, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 26. 3. 2019 pod ev. č. 2019/S 060-138954 (dále též „**veřejná zakázka**“).
2. Navrhovatel svým návrhem brojil proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení. Toto rozhodnutí neobsahovalo náležitosti dle § 68 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“). Mimoto rozhodnutí o vyloučení je ve výroku nedostatečné a nepřesné, neboť z něj nevyplývá, jaké zadávací podmínky navrhovatel nesplnil. Až v odůvodnění rozhodnutí je uvedeno, že navrhovatel nesplnil zadávací podmínky tím, že nedodal vzorky ve stanovené lhůtě, což je v rozporu s výrokem rozhodnutí.

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

3. Navrhovatel je přesvědčen, že měl být vyzván dle § 46 zákona k doplnění vzorků, a to zejména s ohledem na ekonomické hledisko veřejné zakázky. Zadavatel měl navrhovateli poskytnout dodatečnou součinnost k dodání vzorků.
4. Navrhovatel dále uvádí, že zadavatel porušil i povinnost § 38 zákona č. 128/2000 Sb., o obcích (dále též „**zákon o obcích**“), neboť nepostupoval hospodárně a účelně. S námitkami navrhovatele se dostatečně nevypořádal.

II. Napadené rozhodnutí

5. Dne 23. 8. 2019 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0254/2019/VZ-23438/2019/521/ŠŠu (dále též „**napadené rozhodnutí**“), jehož výrokem I zamítl část návrhu dle § 265 písm. a) zákona, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření. Výrokem II zamítl návrh v části, v níž navrhovatel namítal rozpor postupu zadavatele se zákonem o obcích, podle § 265 písm. c) zákona, neboť tato část návrhu nesměřovala proti postupu, který je zadavatel povinen dodržovat podle zákona.
6. Napadené rozhodnutí odůvodnil Úřad tak, že zadavatel není v zadávacím řízení povinen dodržovat náležitosti podle správního řádu, neboť nejde o autoritativní rozhodování orgánu veřejné moci. Zadavatel je oprávněn, nikoliv povinen poskytnout účastníku zadávacího řízení dodatečnou lhůtu pro doplnění či objasnění nabídek ve smyslu § 46 odst. 1 zákona. Zadavatel tedy nebyl povinen navrhovatele k doplnění vzorků vyzvat. K výroku II Úřad uvedl, že není oprávněn posuzovat postup zadavatele z hlediska jiných právních předpisů než těch, které jsou mu výslovně svěřeny.

III. Rozklad navrhovatele

7. Dne 30. 8. 2019 obdržel Úřad proti napadenému rozhodnutí rozklad navrhovatele datovaný téhož dne. Ze správního spisu je patrné, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 23. 8. 2019. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě.

Námítky rozkladu

8. Navrhovatel v rozkladu v první řadě nesouhlasí s tím, že by na formu a obsah rozhodnutí o vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení nebyly kladeny žádné výrazné zákonné požadavky. Takovým přístupem jsou dle navrhovatele negovány základní zásady, na kterých je zákon postaven, zejména zásada transparentnosti. Rozhodnutí o vyloučení by měla obsahově odpovídat rozhodnutím dle správního řádu. Zadavatel a navrhovatel nejsou v rovnocenném postavení. Je-li účastník zadávacího řízení povinen v námitkách plnit formální náležitosti, není ani zadavatel oprávněn postupovat bezformálně.
9. Navrhovatel dále uvádí, že zadavatel v době, kdy přistoupil k otevírání obálek, věděl, že navrhovatel žádal o dodatečné dodání vzorků. Rozhodnutí o vyloučení bylo vydáno ostatně až necelý měsíc po otevírání obálek. Zadavateli bylo známo, že nabídková cena navrhovatele je téměř o dva miliony Kč nižší než cena vybraného uchazeče. Za těchto okolností se nabízelo, aby byl navrhovatel k dodatečnému doložení vzorků vyzván. Navrhovatel si je vědom, že zadavatel není povinen takto postupovat, ale navrhovatel by takový postup považoval za hospodárný a nediskriminační. Zadavatelé by měli využívat možností získat nejlepší nabídku.

10. Navrhovatel se v rozkladu ohrazuje proti tomu, že i kdyby byl k předložení vzorků vyzván, stejně by dle zadavatele nespĺňoval ekonomická kritéria a byl by ze zadávacího řízení vyloučen z důvodu nedostatku obratu. Navrhovatel svou ekonomickou způsobilost splňoval a prokazoval pomocí poddodavatele.

Závěr rozkladu

11. Navrhovatel v závěru rozkladu navrhuje, aby bylo napadené rozhodnutí zrušeno.

IV. Řízení o rozkladu

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

Stanovisko předsedy Úřadu

13. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení věci ve všech jejích vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy, jakož i správnost napadeného rozhodnutí, tu však toliko v rozsahu námitek uplatněných v rozkladu, přičemž jsem s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
14. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je v něm uvedeno, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem na základě rozkladu nepřistoupil ke změně nebo zrušení napadeného rozhodnutí. Struktura odůvodnění rozhodnutí sleduje strukturu rozkladových námitek.

V. K námitkám rozkladu

K formě rozhodnutí o vyloučení ze zadávacího řízení

15. Navrhovatel již v návrhu a nyní i v rozkladu brojí proti tomu, že zadavatel ve svém rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení nedodržel náležitosti rozhodnutí ve smyslu příslušných ustanovení správního řádu.
16. Při posouzení toho, zda a do jaké míry mělo být rozhodnutí zadavatele formalizované, je stěžejní posouzení vztahu zadavatele a navrhovatele. Jak již bylo mnohokrát vysloveno Úřadem i soudy, tento vztah je soukromoprávního charakteru s tou výhradou, že zákon do tohoto vztahu ingeruje z pozice veřejného práva a zejména ve fázi kontraktace stanovuje zadavateli určité povinnosti, srov. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 3. 1. 2013, č. j. 62 Af 64/2011-41. Rovněž Nejvyšší správní soud v minulosti pojal některé úkony činěné v průběhu zadávacího řízení tak, že svými účinky překračují hranice soukromého práva a vstupují do práva veřejného. Do této množiny zařadil i rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení (viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 4. 2013 č. j. 1 Afs 2/2013-46).
17. I přes uvedené závěry je však nutno konstatovat, že nikdy nebylo v žádném rozhodnutí kteréhokoliv soudu dovozeno, že by byl vztah zadavatele a účastníka zadávacího řízení

vztahem, v němž by zadavatel vykonával autoritativní působnost v oblasti veřejné správy, což je právě oblast, v níž by byl povinen postupovat podle správního řádu.

18. Rozhodnutí o vyloučení ze zadávacího řízení tak zůstává v rovině soukromoprávní s tím, že na tento úkon klade zákon určité nároky odvozené od jeho významu a funkce v zadávacím řízení (jde o rozhodnutí ve své podstatě v neprospěch konkrétního dodavatele, které pak slouží jako podklad pro případné podání námitek, nebo návrhu k Úřadu). Požadavky, kterým zadavatel musí při formulaci dostát, jsou tak požadavky, které jsou obecně kladeny na soukromoprávní jednání, a dále požadavky zákona, zejm. § 48 zákona, co do formy konkrétně odstavce 11 tohoto ustanovení ve spojení s ustanovením § 211 zákona.
19. Rozhodnutí o vyloučení účastníka ze zadávacího řízení tak musí být určité (nevzbuzovat objektivně pochybnosti o svém obsahu), srozumitelné, musí být písemné a doručené uchazeči a musí obsahovat důvody vyloučení, coby svou podstatnou náležitost.
20. Zadavatel dle textu rozhodnutí vyloučil navrhovatele ze zadávacího řízení proto, že ačkoliv v zadávací dokumentaci požadoval předložení vzorků výrobků určených k dodání, navrhovatel vzorky ve stanovené lhůtě nepředložil. Z rozhodnutí zadavatele jednoznačně vyplývá v jaké věci, koho a z jakého důvodu vylučuje ze zadávacího řízení, přičemž součástí rozhodnutí o vyloučení bylo i poučení o opravném prostředku.
21. Z obsahu návrhu, rozkladu i z obsahu správního spisu, zejm. ze samotného rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení je pak zřetelné, že rozhodnutí zadavatele bylo učiněno určitě a srozumitelně (ani navrhovatel ostatně tuto stránku rozhodnutí nezpochybňuje), obsahovalo konkrétní důvod vyloučení ze zadávacího řízení a navrhovateli bylo řádně doručeno v písemné podobě. Zadavatel tedy postupoval v souladu se zákonem.
22. Rozkladové námitky navrhovatele stran nedostatku formy rozhodnutí o vyloučení ze zadávacího řízení tak nemohu přisvědčit, neboť tato námitka je zcela nedůvodná. Není žádný právní ani rozumný důvod, aby mělo rozhodnutí o vyloučení účastníka ze zadávacího řízení splňovat formální požadavky kladené správním řádem na rozhodnutí správního orgánu. Z argumentace navrhovatele není ani zřejmé, jakou další kvalitu by taková forma rozhodnutí účastníku zadávacího řízení přinesla, resp. jak by lépe přispěla k ochraně jeho práv.

K výzvě k doplnění dle § 46 odst. 1 zákona

23. Navrhovatel vyjadřuje v části 2 rozkladu své přesvědčení, že jej měl zadavatel ve smyslu § 46 zákona vyzvat k dodatečnému předložení vzorků. Dle navrhovatele se napadené rozhodnutí v otázce výkladu § 46 zákona odchyluje od důvodové zprávy, neboť popírá, že by zadavatel byl povinen umožnit např. dodatečné dodání vzorků, pokud slouží toliko ke splnění podmínek účasti v zadávacím řízení a neslouží jako hodnotící kritérium.
24. Napadené rozhodnutí se k výkladu a aplikaci § 46 zákona vyjadřuje zejm. v bodu 72 a násl., z nichž se podává, že dle Úřadu je zadavatel oprávněn, nikoliv povinen vyzvat účastníka zadávacího řízení k doplnění či objasnění nabídky. Dle Úřadu tak bylo zcela na uvážení zadavatele, zda svého oprávnění ve smyslu § 46 odst. 1 zákona využije, či nikoliv.
25. Po přezkoumání napadeného rozhodnutí z hlediska příslušné pasáže rozkladových námitek jsem dospěl k tomu, že námitky nejsou důvodné. Ustanovení § 46 odst. 1 zákona stanoví, že zadavatel může pro účely zajištění řádného průběhu zadávacího řízení požadovat, aby účastník zadávacího řízení v přiměřené lhůtě objasnil předložené údaje, doklady, vzorky

nebo modely nebo doplnil další nebo chybějící údaje, doklady, vzorky nebo modely. Zadavatel může tuto žádost učinit opakovaně a může rovněž stanovenou lhůtu prodloužit nebo prominout její zmeškání.

26. Z důvodové zprávy se pak podává, že „*ustanovení § 46 určuje pravidla pro postup zadavatele při objasnění nebo doplnění údajů, dokladů, vzorků nebo modelů předložených účastníky zadávacího řízení za účelem splnění zadávacích podmínek.*

Je-li to pro zajištění řádného průběhu zadávacího řízení nezbytné, může zadavatel požadovat, aby účastník zadávacího řízení objasnil nebo doplnil skutečnosti jím uváděné a deklarované údaje, doklady, vzorky nebo modely. V takovém případě musí zadavatel účastníku zadávacího řízení poskytnout přiměřenou lhůtu pro jejich doplnění nebo objasnění. Žádost o doplnění nebo objasnění může být zadavatelem opakována a je ji možné prodloužit nebo prominout její zmeškání.

Po 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. Skutečnosti rozhodné pro posouzení splnění podmínek účasti mohou nastat po uplynutí lhůty pro podání nabídek.“

27. Z dikce § 46 odst. 1 zákona i z dikce odpovídající pasáže důvodové zprávy jednoznačně vyplývá, že zadavatel je oprávněn, nikoliv povinen vyzvat účastníka zadávacího řízení k doplnění či objasnění nabídky, viz sloveso „*může*“ užitá zákonodárcem v obou citovaných dokumentech. Je tedy na úvaze zadavatele, zda se takovému postupu uchýlí. Až pokud se zadavatel rozhodne, že k doplnění či objasnění nabídky vyzve, *musí* – jak vyplývá z důvodové zprávy – poskytnout účastníku zadávacího řízení k doplnění či objasnění přiměřenou lhůtu. To, zda lhůtu poskytne opakovaně, či ji prodlouží nebo promine její zmeškání, je pak opět na úvaze zadavatele.
28. Napadené rozhodnutí se k otázce výkladu § 46 odst. 1 zákona staví jednoznačně a jeho výklad je konformní s textem důvodové zprávy. Naopak navrhovatel rozšiřuje až druhotnou formální povinnost zadavatele (poskytnout k doplnění či objasnění lhůtu) na povinnost vyzývat účastníka zadávacího řízení vždy k doplnění či objasnění nabídek, nejde-li o údaje či vzorky, které slouží jako hodnotící kritérium.
29. Takové možnosti výkladu § 46 odst. 1 zákona však nic nenasvědčuje, naopak se jeví v rozporu s textem předmětného ustanovení a nenachází oporu ani v komentářové literatuře, viz např. Podešva, V. a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Zákon o registru smluv. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, str. 186: „*Autoři tohoto komentáře upozorňují, že možnost žádost o objasnění či doplnění údajů, dokladů, vzorků nebo modelů je oprávněním zadavatele. Nelze totiž považovat za v rozporu s řádným průběhem zadávacího řízení, pokud dojde k vyloučení účastníků zadávacího řízení z toho důvodu, že nejsou schopni předložit žádosti o účast, předběžné nabídky či nabídky dostatečné a úplné (za předpokladu jednoznačně formulovaných zadávacích podmínek).*“
30. Navrhovatel v rozkladu netvrdí, že by z informací, které zadavatel účastníkům zadávacího řízení poskytl, nebylo zřejmé, kam, komu a kdy je nutné vzorky doručit. Netvrdí ani, že by mu ve stanoveném místě a termínu zadavatel neposkytl k doručení vzorků součinnost. Důvody,

pro které navrhovatel vzorky řádně a včas nedoručil, stojí na jeho straně a za těchto okolností nelze klást zadavateli k tíži, že se nepokusil pochybení navrhovatele zhojit, nebyl-li k takovému postupu povinen.

31. Z uvedených důvodů proto uzavírám, že zadavatel nepochybil, pokud navrhovatele nevyzval k dodatečnému doplnění vzorků a rozkladová námitka není důvodná. Vyloučení navrhovatele proběhlo v tomto ohledu v souladu se zákonem, neboť nadále platí, že navrhovatel ve stanovené lhůtě nepředložil vzorky, jak bylo vymíněno v zadávacích podmínkách.

K nesplnění ekonomických kritérií

32. Navrhovatel v části 3 rozkladu vyjadřuje nesouhlas s tím, že by v zadávacím řízení nesplňoval ekonomická kritéria. Dle navrhovatele Úřad pochybil tím, že na jedné straně dává zadavateli v jeho argumentaci zapravdu, avšak na jiném místě napadeného rozhodnutí Úřad naopak k ekonomické způsobilosti navrhovatele odmítá provést důkazy.
33. K této námitce rozkladu uvádím po přezkoumání postupu zadavatele i Úřadu následující. V posuzované věci byl navrhovatel ze zadávacího řízení vyloučen proto, že nedodal řádně a včas zadavatelem vymíněné vzorky. Proti svému vyloučení podal navrhovatel námitky, o nichž zadavatel rozhodl a pro dokreslení toho, proč navrhovatele dodatečně nevyzval k doplnění vzorků, uvedl, že by navrhovatel ani po doplnění vzorků nebyl ekonomicky způsobilý pro účast v zadávacím řízení.
34. Úřad v napadeném rozhodnutí uvedené skutečnosti konstatuje v bodě 85, aniž by se k ekonomické způsobilosti navrhovatele vyjadřoval a jakkoli ji posuzoval. V bodě 88 napadeného rozhodnutí pak Úřad vysvětluje, že k ekonomické způsobilosti nebude provádět dokazování, neboť ta nebyla předmětem přezkumu.
35. Na popsaném postupu zadavatele a Úřadu nespátřuji žádného pochybení. Zadavatel důvodně vyloučil navrhovatele ze zadávacího řízení, přičemž důvodem vyloučení nebyla navrhovatelova ekonomická nezpůsobilost. Tu zadavatel zmínil až později k dokreslení toho, proč postup dle § 46 odst. 1 zákona ve vztahu k navrhovateli nepovažoval za účelný. Úřad pak postup zadavatele pouze konstatuje, splněním ekonomické kvalifikace se nezabývá a nehodnotí ji. V postupu Úřadu – na rozdíl od navrhovatele – nespátřuji žádný rozpor a rozkladovou námitku neshledávám důvodnou.

VI. Závěr

36. Po zvážení všech aspektů dané věci a rozkladových námitek navrhovatele, na základě zjištění, že Úřad postupoval při rozhodnutí o zamítnutí návrhu v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí.
37. 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 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 5 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

1. obec Baška, Baška 420, 739 01 Baška
2. Mgr. David Purmanský, 28. října 3117/61, 702 00 Ostrava

Vypraveno dne

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