



UOHSX00DD3ZG

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka:

ÚOHS-R0023/2020/VZ

Číslo jednací:

ÚOHS-11849/2020/322/BVÍ

Brno: 21. dubna 2020

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 6. 2. 2020, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, jež podal vybraný dodavatel –

- **Pody print s. r. o.**, IČO 29155207, se sídlem K lesu 345/10, Kamýk, 142 00 Praha 4, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 14. 11. 2019 JUDr. Liborem Píknou, advokátem, ev. č. ČAK 14785, se sídlem Šafaříkova 201/17, 120 00 Praha 2,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0403/2019/VZ-02553/2020/512/ŠMr ze dne 22. 1. 2020, vydanému ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při postupu, jehož cílem je uzavření rámcové dohody zadávané v otevřeném řízení s názvem „**Tonery, náplně a pásy do tiskáren a kopírovacích strojů + související části – ORIGINALY**“, jehož oznámení o zahájení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 27. 2. 2019 a uveřejněno tamtéž dne 1. 3. 2019 pod ev. č. zakázky Z2019-006813, ve znění opravy ze dne 18. 3. 2019 a do Úředního věstníku Evropské unie odesláno dne 27. 2. 2019 a uveřejněno tamtéž dne 1. 3. 2019 pod ev. č. 2019/S 043-097275, ve znění opravy ze dne 18. 3. 2019 pod ev. č. 2019/S 054-124575, jehož dalšími účastníky jsou –

- zadavatel – **Česká republika – Ministerstvo obrany**, IČO 60162694, se sídlem Tychonova 221/1, 160 00 Praha - Hradčany, a

- navrhovatel – **PREMO s.r.o.**, IČO 26251531, se sídlem Brněnská 474, 686 03 Staré Město, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 8. 11. 2019 Mgr. Dominikou Havelkovou, advokátkou, ev. č. ČAK 11252, Havelková & Partners, advokátní kancelář, s.r.o., IČO 24731544, se sídlem Běchovická 701/26, 100 00 Praha 10,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. b) a § 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 č. j. ÚOHS-S0403/2019/VZ-02553/2020/512/ŠMr ze dne 22. 1. 2020

potvrzuji

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – Česká republika – Ministerstvo obrany, IČO 60162694, se sídlem Tychonova 221/1, 160 00 Praha - Hradčany (dále jen „**zadavatel**“), jakožto veřejný zadavatel ve smyslu § 4 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ zahájil dne 27. 2. 2019 otevřené řízení, jehož cílem je uzavření rámcové dohody s názvem „**Tonery, náplně a pásy do tiskáren a kopírovacích strojů + související části – ORIGINÁLY**“ jehož oznámení o zahájení bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 1. 3. 2019 pod ev. č. zakázky Z2019-006813, ve znění opravy ze dne 18. 3. 2019 a do Úředního věstníku Evropské unie odesláno dne 27. 2. 2019 a uveřejněno tamtéž dne 1. 3. 2019 pod ev. č. 2019/S 043-097275, ve znění opravy ze dne 18. 3. 2019 pod ev. č. 2019/S 054-124575 (dále jen „**rámcová dohoda**“).
2. Ve dnech 12., 13. a 14. 4. 2019 obdržel zadavatel nabídky od čtyř dodavatelů včetně nabídky navrhovatele – **PREMO s.r.o.**, IČO 26251531, se sídlem Brněnská 474, 686 03 Staré Město, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 8. 11. 2019 Mgr. Dominikou Havelkovou, advokátkou, ev. č. ČAK 11252, Havelková & Partners, advokátní kancelář, s.r.o., IČO 24731544, se sídlem Běchovická 701/26, 100 00 Praha 10 (dále jen „**navrhovatel**“) a nabídky vybraného dodavatele – **Pody print s. r. o.**, IČO 29155207, se sídlem K lesu 345/10, Kamýk, 142 00 Praha 4, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne

¹ Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení, v daném případě ve smyslu ustanovení § 56 odst. 1 zákona ve spojení s § 132 odst. 1 zákona.

14. 11. 2019 JUDr. Liborem Píknou, advokátem, ev. č. ČAK 14785, se sídlem Šafaříkova 201/17, 120 00 Praha 2 (dále jen „**vybraný dodavatel**“).

3. Z dokumentace o zadávacím řízení dále vyplývá, že zadavatel prostřednictvím „Rozhodnutí o výběru dodavatele“ ze dne 30. 9. 2019 opakovaně rozhodl o výběru nabídky vybraného dodavatele.
4. Proti tomuto rozhodnutí zadavatele podal navrhovatel námitky ze dne 14. 10. 2019 (zadavateli doručeny dne 15. 10. 2019), které zadavatel rozhodnutím č. j. MO 305978/2019-1216 ze dne 29. 10. 2019 odmítl. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval vyřízení svých námitek za zákonné, podal dne 8. 11. 2019 návrh k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, který je v souladu s § 248 odst. 1 zákona příslušný k výkonu dozoru nad zadáváním veřejných zakázek a zvláštními postupy dle zákona (dále jen „**Úřad**“). Dnem podání tohoto návrhu došlo k zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele dle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“).

II. Napadené rozhodnutí

5. Dne 22. 1. 2020 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0403/2019/VZ-02553/2020/512/ŠMr, nesprávně Úřadem datované 22. 1. 2019 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“). Výrokem I. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl o tom, že zadavatel nedodržel pravidlo stanovené v § 48 odst. 8 zákona v návaznosti na § 48 odst. 2 písm. a) zákona ve spojení s § 132 odst. 1 zákona tím, že nevyločil vybraného dodavatele, ačkoli údaje a doklady obsažené v jím předložené nabídce nesplňují zadávací podmínky.
6. Jako nápravné opatření k nezákonnému postupu zadavatele Úřad výrokem II. napadeného rozhodnutí zrušil úkon zadavatele spočívající v rozhodnutí ze dne 30. 9. 2019 o výběru vybraného dodavatele a rovněž oznámení ze dne 30. 9. 2019 o výběru vybraného dodavatele a současně i všechny následné úkony zadavatele učiněné při postupu, jehož cílem je uzavření šetřené rámcové dohody.
7. Výrokem III. napadeného rozhodnutí Úřad zadavateli podle § 263 odst. 8 zákona uložil zákaz uzavřít rámcovou dohodu až do pravomocného skončení správního řízení vedeného ve věci návrhu navrhovatele.
8. Podle § 266 odst. 1 zákona Úřad zadavateli výrokem IV. napadeného rozhodnutí uložil uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.

III. Rozklad vybraného dodavatele

9. Proti napadenému rozhodnutí podal vybraný dodavatel rozklad ze dne 6. 2. 2020, který byl Úřadu doručen téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo vybranému dodavateli doručeno dne 22. 1. 2020. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.

Námitky rozkladu

10. Vybraný dodavatel považuje napadené rozhodnutí za nezákonné, konkrétně v rozporu s § 46 odst. 3 zákona, přičemž dle vybraného dodavatele není z napadeného rozhodnutí patrné, zda Úřad předmětné zákonné ustanovení na šetřenou věc vůbec aplikoval.

11. I v případě, že by Úřad toto ustanovení zákona v napadeném rozhodnutí zohlednil, vyložil jej dle vybraného dodavatele zřetelně nesprávně a související závěry Úřadu považuje vybraný dodavatel za zjevně nesprávné a logicky neudržitelné, neboť § 46 odst. 3 zákona představuje dle vybraného dodavatele výjimku z pravidel dle § 46 odst. 2 zákona a dílčí průlom do zásady neměnnosti nabídky.
12. Dále vybraný dodavatel spatřuje nezákonnost napadeného rozhodnutí i v nesprávné aplikaci závěrů předchozí rozhodovací praxe Úřadu, resp. jeho předsedy, vyjádřených v rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0113/2019/VZ-24101/2019/322/HSc ze dne 30. 8. 2019 (dále jen „**rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-R0113/2019/VZ**“).
13. Vybraný dodavatel dále ve svém rozkladu předkládá podrobnou argumentaci ke svému závěru o tom, že § 46 odst. 3 zákona představuje *lex specialis* k obecné úpravě pravidel pro objasňování nabídek dle § 46 odst. 2 zákona. Dle jeho názoru zákon ve svém § 46 odst. 3 zavádí fikci objasnění položkového rozpočtu, díky níž se změna položkového rozpočtu považuje za povolené objasnění nabídky a nikoli za zakázanou změnu nabídky dle § 46 odst. 2 věta první zákona. Rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-R0113/2019/VZ, na které napadené rozhodnutí často odkazuje, shora uvedenou hypotézu dle vybraného dodavatele potvrzuje. Na podporu své rozkladové argumentace vybraný dodavatel odkazuje rovněž na důvodovou zprávu k zákonu.
14. Vybraný dodavatel je přesvědčen, že v šetřeném případě se jedná o učebnicový příklad administrativního pochybení při vyplňování položkového rozpočtu, které je však možné zhojit postupem dle § 46 odst. 3 zákona. Vybraný dodavatel od počátku chtěl nabídnout zadavateli správné plnění a je přesvědčen, že tato okolnost vyplývá z různých stanovisek jeho i zadavatele.
15. Položka rozpočtu, dotčená šetřeným pochybením, představuje dle vybraného dodavatele pouze marginální část celého předmětu plnění veřejné zakázky a její oprava je dle jeho názoru nepodstatná jak z hlediska celkového rozsahu rámcové dohody, ale rovněž i v kontextu pořadí nabídek a rozdílů nabídkových cen vybraného dodavatele a navrhovatele.
16. Úřad by měl být dle názoru vybraného dodavatele schopen posoudit přípustnost takové změny v rámci správního uvážení.

Závěr rozkladu

17. Závěrem rozkladu vybraný dodavatel požaduje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí změnil a rozhodl o zamítnutí návrhu navrhovatele.

IV. Vyjádření zadavatele k rozkladu

18. Zadavatel se k podanému rozkladu vyjádřil přípisem ze dne 13. 2. 2020 a uvedl, že je přesvědčen, že postupoval v souladu se zákonem i dosavadními rozhodnutími dohledových orgánů a pokud došlo ke změně výkladu § 46 zákona, nemohl takovou skutečnost nikterak ovlivnit ani předvídat. Dále uvádí skutečnosti, které dle jeho názoru odlišují nyní šetřenou rámcovou dohodu od případu v rámci rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-R0113/2019/VZ.

19. Konkrétně zadavatel odkazuje na rozsah a formu vyplnění položkového rozpočtu, kdy položky jsou identifikovány pomocí Part Number - kódu skládajícího se z písmen a čísel, přičemž i chyba v jedné číslici či písmenu v kódu by tedy znamenala aplikaci závěrů rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-R0113/2019/VZ. Ve shodě s názorem vybraného dodavatele je povaha chyby a rozsah úprav (oprava jediné položky) dle zadavatele svým rozsahem skutečně marginální. Fakticky se dle zadavatele jednalo pouze o rozpor údajů uvedených v nabídce a jeho odstranění, když vybraný dodavatel sice uvedl chybný Part Number, nicméně o tři sloupce totožného dokumentu dál deklaroval uvedením slova „ANO“, že splňuje požadavky zadavatele na počet stran dle sloupce G. Přitom se jednalo o položkový rozpočet, jehož změnu zákon dle zadavatele výslovně připouští. Právě tyto zvláštnosti svědčí dle zadavatele spíše pro úvahy o pouhém omylu, který je lehce popsatelný, je vysvětlitelný a opravitelný a ne pro automatizované subsumování pod zobecnění provedené rozhodnutím sp. zn. ÚOHS-R0113/2019/VZ.
20. Dále se zadavatel ztotožňuje s rozkladovou argumentací vybraného dodavatele ohledně výkladu vztahu § 46 odst. 2 a § 46 odst. 3 zákona.
21. Zadavatel upozorňuje na hlavní cíl zadávání veřejných zakázek, kterým je dle jeho názoru účelné vynakládání veřejných prostředků a efektivní alokace veřejných zdrojů, k čemuž výklad podaný rozhodnutím sp. zn. ÚOHS-R0113/2019/VZ dle jeho názoru nepřispěje, neboť pro zadavatele výhodnější nabídka neprojde testem tohoto rozhodnutí. Zadavatel souhlasí s tím, že dodavatelé jistě mají být odborníky, jak Úřad opakovaně akcentuje, nicméně pokud je dle zadávacích podmínek nutné jako součást nabídky vyplnit nezanedbatelné množství položek, jsou chyby různé povahy dle jeho názoru více než pravděpodobné.
22. Dále zadavatel uvádí i souvislosti s rozhodovací praxí soudů (např. rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 30 Af 102/2016-99 ze dne 23. 1. 2018 a rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 10 As 39/2018-37 ze dne 31. 1. 2019), která dospěla k přípustnosti úprav smlouvy před jejím podpisem, přičemž dle názoru zadavatele nepřispívá k právní jistotě nejednotnost, když na jednu stranu soudní rozhodnutí jdou cestou liberálnějšího výkladu jednotlivých ustanovení zákona a Úřad naopak.

V. Vyjádření navrhovatele k rozkladu

23. K podanému rozkladu se vyjádřil rovněž navrhovatel a ve svém přípisu ze dne 14. 2. 2020 uvedl, že se ztotožňuje se závěry napadeného rozhodnutí, neboť nelze rozdvajit pravidla pro posuzování změny nabídky, kdy by platila jiná pravidla pro posouzení změny nabídky a jiná pravidla pro posouzení změny položkového rozpočtu, navzdory skutečnosti, že položkový rozpočet je součástí nabídky. Navrhovatel je přesvědčen, že jakoukoli úpravu položkového rozpočtu je třeba posuzovat nejen v kontextu § 46 odst. 3 zákona, ale taktéž v kontextu § 46 odst. 2 zákona.
24. Vybraný dodavatel dle názoru navrhovatele změnil svou nabídku v materiálním smyslu a provedl zakázanou změnu nabídky tím, že předložil zadavateli typ zboží, který nesplňoval zadavatelem požadované technické parametry stanovené v zadávací dokumentaci, a tím nesplnil podmínky účasti v zadávacím řízení. Navrhovatel je přesvědčen, že připuštění materiální změny nabídky by vedlo k tomu, že účastníci zadávacího řízení by s výjimkou

údajů, které jsou předmětem hodnocení (typicky nabídková cena), nebyli nabídkami vůbec vázáni a na základě výzvy dle § 46 zákona by nabídky mohli libovolně měnit, to vše po uplynutí lhůty pro podání nabídek.

25. Dále navrhovatel na podporu svých závěrů odkazuje na článek s názvem „Objasnění a doplnění nabídky ve světle dosavadní rozhodovací praxe“, který byl zveřejněn v odborném periodiku Veřejné zakázky v praxi, číslo 1 z ledna 2020.
26. V ostatním navrhovatel odkazuje na svůj návrh ze dne 8. 11. 2019 a trvá na tom, že zadavatel postupoval v rozporu se zákonem a se zásadami veřejného zadávání a trvá na tom, aby Úřad rozklad zamítl a napadené rozhodnutí potvrdil.

VI. Řízení o rozkladu

27. Úřad neshledal důvody pro postup podle § 87 správního řádu a v souladu s ustanovením § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

28. Po projednání věci 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 předcházelo jeho vydání, s právními předpisy, jakož i jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
29. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je shora uvedeno, rozhodl správně a v souladu s právními předpisy. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k potvrzení napadeného rozhodnutí a zamítnutí podaného rozkladu.

VII. K námitkám rozkladu

30. Vybraný dodavatel se s napadeným rozhodnutím rozchází zejména v otázce výkladu ustanovení § 46 zákona. Dle rozkladové argumentace vybraného dodavatele Úřad na šetřenou věc neaplikoval § 46 odst. 3 zákona, a pokud tak učinil, tak za pomoci nesprávného výkladu.
31. Napadené rozhodnutí však tvrzenými vadami netrpí, neboť šetřená věc nepředstavuje případ, na který by § 46 odst. 3 zákona dopadal.
32. Je totiž nesporné, že vybraný dodavatel původně ve své nabídce uvedl plnění, které neodpovídalo požadavkům zadavatele. Jednalo se o reálně existující cartridge pro tiskárnu typu Canon iPF765 s Part Number 0897B001, která je však s danou tiskárnou zadavatele nekompatibilní. Poté, co byl vybraný dodavatel ze strany zadavatele vyzván k „objasnění nebo doplnění údajů, dokladů“ dle § 46 zákona prostřednictvím žádosti zadavatele ze dne 18. 9. 2019, uvedl vybraný dodavatel správnou cartridge označenou správným Part Number 3631B001.
33. Úřad v napadeném rozhodnutí vycházel z premisy, že zásadní pro posouzení postupů zadavatele a vybraného dodavatele je ta skutečnost, že vybraný dodavatel ve své nabídce uvedl plnění, které sice nevyhovuje požadavkům zadavatele, nicméně se jedná o reálně existující cartridge (blíže srov. bod 98. napadeného rozhodnutí). Pokud vybraný dodavatel

následně v rámci svého objasnění nabídky ze dne 18. 9. 2019 uvedl, že zadavateli nabízí jinou cartridge (s odlišným Part Number), která již požadavky zadavatele splňuje, jedná se o materiální změnu nabídky po uplynutí lhůty pro podání nabídek, která je v souladu s větou první § 46 odst. 2 zákona nepřípustná. S tímto posouzením šetřené věci ze strany Úřadu je možno se plně ztotožnit, jakož i s aplikací závěrů rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-R0113/2019/VZ.

34. Rozkladová argumentace vybraného dodavatele směřující proti těmto závěrům stojí na tezi, že jeho nabídka obsahovala určení předmětu plnění pomocí položkového rozpočtu ve smyslu ust. § 46 odst. 3 zákona, a že toto ustanovení mu jakožto *lex specialis* ve vztahu ke druhému odstavci téhož ustanovení zakládalo právo i po uplynutí lhůty pro podání nabídek vyměnit cartridge, kterou původně zadavateli nesprávně nabídl (z důvodu administrativního pochybení), za cartridge jinou.
35. Lze shrnout, že objasnění nabídky ze dne 18. 9. 2019, se dotklo části nabídky, v níž byl specifikován předmět plnění rámcové dohody. Tuto okolnost akcentuje také Úřad v napadeném rozhodnutí např. v bodě 97.
36. Příloha č. 1 zadávací dokumentace s názvem „Vzorový koš originálních tonerů, náplní a pásek + části a příslušenství do tiskáren a kopírovacích strojů – OPRAVA č. 1“ (dále jen „**vzorový koš**“) byla v dotčené části (řádky 11 – 199) ze strany zadavatele vypracována tak, že dodavatelé měli do příslušných polí této tabulky doplnit pouze označení Part Number nabízených tonerů, náplní či pásek (sloupec D), dále potvrdit, zda jimi nabízené plnění splňuje požadavek zadavatele na stanovený počet stran pomocí odpovědi ANO/NE (sloupec H) a cenu za 1 ks zboží bez DPH (sloupec J). Ostatní relevantní pole (cena za 1 ks zboží včetně DPH, cena za zadavatelem uvedený předpokládaný počet zboží bez a včetně DPH a celková nabídková cena bez a včetně DPH) byly koncipovány tak, že se jejich hodnoty dopočítávaly automaticky na základě údajů uvedených dodavateli ve sloupci J. Jednalo se tedy o vymezení předmětu veřejné zakázky co do věcného i množství hlediska prostřednictvím vzorového koše. Na tomto místě je třeba zdůraznit právě charakter dotčené přílohy zadávací dokumentace jakožto vzorového koše, neboť ze zadávací dokumentace vyplývá, že zadavatel bude v průběhu trvání rámcové dohody objednávat vždy pouze konkrétní položky vymezené svými aktuálními potřebami (blíže srov. bod 1.1 zadávací dokumentace k nadlimitní veřejné zakázce na uzavření rámcové dohody ze dne 27. 2. 2019 a rovněž bod I.1 návrhu rámcové dohody tvořící přílohu č. 3 zadávací dokumentace). Naproti tomu položkový rozpočet zpravidla představuje konečnou sestavu, resp. soupis konkrétních položek, vymezení jejich množství a ceny. Ačkoli tedy vzorový koš, tvořící přílohu zadávací dokumentace v šetřeném případě, není ze své povahy ani z pohledu následného využití totožným nástrojem jako položkový rozpočet, není možné vycházet ze žádné zákonné definice, která by tyto dva pojmy odlišila. Za tohoto stavu tedy Úřad i jeho předseda na vzorový koš pohlíží tak, jako by se jednalo o položkový rozpočet ve smyslu § 46 odst. 3 zákona.
37. Pro nyní šetřenou věc je ovšem zásadní ta skutečnost, že dotčené objasnění (změna) se týkala popisu nabízeného plnění, tzn. té části vzorového koše, ve které jedině měli dodavatelé uvést věcné informace, tedy typ nabízeného plnění identifikovaného prostřednictvím Part Number. Vzorový koš však současně představoval jedinou část nabídky, v níž byly tyto informace uvedeny. Příslušnou opravou vzorového koše došlo k materiální změně nabídky, pokud jde o předmět plnění, provedené po skončení lhůty pro podání

nabídek. Je tedy nezbytné postavit najisto, zda zákon takovou změnu nabídky připouští, pokud v § 46 odst. 3 uvádí, že oprava položkového rozpočtu je možná. Z tohoto důvodu je dále podán výklad významu tohoto ustanovení zákona.

38. S ohledem na fakt, že ust. § 46 operuje v odstavcích 1 a 2 i s pojmy *doplnění* či *objasnění*, pak výraz *oprava* použitý v § 46 odst. 3 má relativně neurčité hranice, neboť není na základě jazykového, systematického ani logického výkladu jednoznačně zjištělné, jaký je jeho vztah k uvedeným dvěma dalším výrazům. Ustanovení § 46 je tedy třeba podrobit i výkladu za použití jiných výkladových metod. V takové situaci je vždy primárním měřítkem účel právního pravidla. Je tedy třeba použít výklad teleologický a zabývat se úmyslem zákonodárce.
39. Lze konstatovat, že pravidlo, že nelze po uplynutí lhůty pro podání nabídek podanou nabídku měnit (§ 46 odst. 2 věta první zákona) pokrývá nepochybně i předmět nabídnutého plnění (pro podrobnější argumentaci viz rozhodnutí předsedy Úřadu sp. zn. ÚOHS-R0113/2019/VZ) a je zároveň pravidlem základním, přičemž zákon z něj připouští určité výjimky. Tomu odpovídá i dikce tohoto ustanovení („*nestanoví-li tento zákon jinak*“).
40. Výjimku z uvedeného pravidla, tedy ze zákazu měnit po uplynutí lhůty pro podání nabídek již podanou nabídku, zakotvil zákonodárce v ust. § 46 odst. 3 zákona ve vztahu k opravě položkového rozpočtu. Plyne to ostatně z důvodové zprávy k zákonu, kde se k § 46 uvádí mimo jiné, že „[z]a *objasnění se považuje i oprava položkového rozpočtu, pokud není dotčena celková nabídková cena nebo jiné kritérium hodnocení nabídek. **Zadavatel tedy může připustit změnu položkového rozpočtu (včetně ocenění dosud neoceněných položek nebo změnu ocenění položek, které již oceněny byly)** předloženého dodavatelem v nabídce. (...)*“ (citováno z www.beck-online.cz, právní informační systém).
41. Z výše citované pasáže důvodové zprávy je zaprvé zjevný úmysl zákonodárce, který za opravu položkového rozpočtu považuje jeho změnu. Nelze tedy dát za pravdu Úřadu v jeho názoru, že „*ke změně nabídky se vztahuje § 46 odst. 2 zákona a § 46 odst. 3 zákona pojednává toliko o objasnění položkového rozpočtu, za které se dle dikce zákona považuje jen oprava položkového rozpočtu (viz § 46 odst. 3 zákona), nikoliv pak jeho změna.*“ (bod 99. odůvodnění napadeného rozhodnutí). I určité změny položkového rozpočtu tedy lze pro účely § 46 odst. 3 zákona považovat za jeho opravy, a za použití fikce tam stanovené tedy i za objasnění podané nabídky. Je však třeba rovněž zodpovědět otázku, ke kterým změnám nabídky citované ustanovení zákona směřuje.
42. Z obsahu důvodové zprávy lze s jistotou dovodit, že u položkového rozpočtu jsou zákonem umožněny změny v nacenění jednotlivých položek. Důvodová zpráva totiž výslovně cituje dva příklady dovolených změn, z nichž oba se této otázky týkají – jde o ocenění dosud neoceněných položek a o změnu ocenění položek již oceněných.
43. Vybraný dodavatel však ustanovení § 46 odst. 3 vztahuje i na zdejší případ, kde nedošlo ke změně ocenění, ale ke změně v předmětu nabízeného plnění. Vystává tedy otázka, zda zákon umožňuje změnit položkový rozpočet i co do předmětu nabídnutého plnění.
44. Za prvé nelze přehlížet, že v odůvodnění ustanovení § 46 odst. 3 zákona, které je obsaženo v důvodové zprávě, zákonodárce výslovně pomyslel pouze na změny týkající se ocenění jednotlivých položek. Nelze tedy z ničeho najisto dovozovat, že by měl zákonodárce

na mysli i změny týkající se jiných aspektů nabídky (např. předmětu plnění). Za druhé, zákonodárce v ust. § 46 odst. 3 stanovil předmětným změnám výslovně mantinel, že se nesmějí dotknout celkové nabídkové ceny. Za třetí, všechny výjimky je třeba vykládat restriktivně, což ve zdejším případě znamená, že je-li možnost vyložit pojem oprava položkového rozpočtu dvěma způsoby, z nichž jeden představuje užší spektrum změn, je třeba takový výklad preferovat. Za čtvrté, lze si jen obtížně představit, že jen z důvodu, že by nabídka obsahovala položkový rozpočet, bylo možno měnit předmět nabídnutého plnění, který představuje těžiště nabídky. V absurdním důsledku takového výkladu by účastníci zadávacích řízení nemuseli respektovat požadavky zadavatele definované v položkových rozpočtech a i po skončení lhůty pro podání nabídek by je mohli přizpůsobovat vlastním potřebám. Tímto způsobem by pak docházelo k obcházení zásady neměnnosti nabídek po skončení lhůty pro jejich podání dle věty první § 46 odst. 2 zákona. Cílem § 46 odst. 3 však bylo umožnit opravit drobná pochybení v komplikovaných seznamech číselných hodnot, které položkové rozpočty zpravidla představují, nikoliv umožnit dodavateli zasahovat do tak zásadní části nabídky, jakou je popis nabízeného plnění.

45. Ze všeho výše uvedeného předseda Úřadu uzavírá, že § 46 odst. 3 zákona je třeba vyložit tak, že umožňuje položkový rozpočet měnit co do nacenění jednotlivých položek, ale nikoliv již, pokud jde o předmětnabízeného plnění. Tomuto závěru odpovídá i skutečnost, že zákonodárce v § 46 odst. 2 a 3 zákona vymezil pro povolená objasnění, resp. opravy, určité meze, z nichž vyplývá, že se nesmějí týkat skutečností, které mají být předmětem hodnocení (včetně celkové nabídkové ceny). Ačkoli se tyto mantinely nijak netýkají oprav v souvislosti s předmětem veřejné zakázky, resp. rámcové dohody a mohlo by být tedy dovozováno, že v tomto směru nejsou účastníci zadávacího řízení nijak omezováni, takový výklad je jistě nepřijatelný. Právě skutečnost, že žádné konkrétní meze zákon v souvislosti s opravami předpokládanými v § 46 odst. 3 zákona (majícími charakter materiální změny nabídky co do předmětu nabídnutého plnění) nedefinuje, vypovídá o tom, že zákonodárce s takovými materiálními opravami (změnami) vůbec nepočítal a nehodlal je připustit ani v omezené míře.
46. Ve zdejším případě došlo po uplynutí lhůty k podání nabídek ke změně vzorového koše co do předmětu plnění. Zadavatel proto pochybil, nevyločil-li vybraného dodavatele ze zadávacího řízení. Není možné přijmout tvrzení vybraného dodavatele o tom, že změna položkového rozpočtu co do předmětu plnění se považuje za (povolené) objasnění nabídky (byť jím věcně není) a nikoli za (zakázanou) změnu nabídky, kterou věcně je.
47. Pokud vybraný dodavatel argumentuje obsahem důvodové zprávy, nelze s ním souhlasit, neboť z něj nelze vyčíst záměr zákonodárce připustit faktické (materiální změny) nabídky týkající se předmětu plnění. Z důvodové zprávy k zákonu však naproti tomu jednoznačně vyplývá úmysl zákonodárce připustit zásadně takové změny položkového rozpočtu, které se týkají ocenění a změn ocenění v rámci mantinelů již nabídnuté celkové nabídkové ceny. Je možné s vybraným dodavatelem souhlasit do té míry, že „*§ 46 odst. 3 zákona představuje výjimku z pravidel dle ust. § 46 odst. 2 zákona a dílčí průlom do zásady neměnnosti nabídky*“, jak uvádí v rozkladu, ovšem ve světle odůvodnění napadeného rozhodnutí jakož i tohoto rozhodnutí o rozkladu je nezbytné, aby takový dílčí průlom nepřekročil shora definované meze. Tedy aby takovým průlomem nedocházelo k zakázané materiální změně nabídky týkající se předmětu nabízeného plnění.

48. Pokud vybraný dodavatel dále namítá, že Úřad v napadeném rozhodnutí nesprávně aplikoval závěry rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-R0113/2019/VZ, není možné s ním souhlasit. Jak bylo dovozeno shora, není pravdou, že na šetřenou věc lze aplikovat § 46 odst. 3 zákona v tom smyslu, jak tvrdí vybraný dodavatel ve svém rozkladu. Pokud rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-R0113/2019/VZ ve svém bodě 27. hovoří o přípustnosti faktické změny nabídky na základě aplikace § 46 odst. 3 zákona, jedná se opět o takovou změnu, resp. opravu položkového rozpočtu, která se netýká předmětu nabízeného plnění.
49. Úřad se přitom v odůvodnění napadeného rozhodnutí velice pečlivě zabýval charakterem této změny a správně dovedl, že jde o změnu materiální, týkající se předmětu nabízeného plnění, nikoli o formální objasnění nejasností či doplnění chybějících informací, a tedy o přípustné doplnění nabídky ve smyslu § 46 odst. 2 zákona, resp. výkladu tohoto ustanovení provedeného rozhodnutím sp. zn. ÚOHS-R0113/2019/VZ.
50. Právě charakter „objasnění nabídky“ a rozsah jeho přípustnosti vymezený dle § 46 odst. 2 zákona je však i pro možnost opravy položkového rozpočtu určující, tímto způsobem tedy může být nabídka (položkový rozpočet) „změněna“, nicméně pouze v takové míře, kterou § 46 odst. 1, 2 a 3 připouští. Takové objasnění či doplnění nabídky tedy nikdy nesmí mít charakter změny nabídky co do předmětu nabídnutého plnění po lhůtě pro její podání (dle věty první § 46 odst. 2 zákona) a nesmí se dotýkat skutečností, které budou předmětem hodnocení (dle věty druhé § 46 odst. 2 a dle § 46 odst. 3 zákona).
51. Na základě výše uvedeného odůvodnění je možné v omezeném rozsahu souhlasit s tvrzením vybraného dodavatele v tom smyslu, že oprava položkového rozpočtu má svoji intenzitou přesahovat rámec „pouhého“ objasnění nabídky. Může se jednat o změnu položkového rozpočtu, tato změna se však nesmí dotknout předmětu nabídnutého plnění. Pokud vybraný dodavatel dále uvádí, že úmyslem zákonodárce při vymezení § 46 odst. 3 zákona mělo být umožnění opravy administrativních pochybení spočívajících v nesprávném vyplnění některé z položek položkového rozpočtu, ke kterým v praxi často dochází, je možno s ním ve světle shora uvedeného souhlasit potud, pokud jde o opravy týkající se ocenění jednotlivých položek, nikoli o opravy věcných údajů vymezujících plnění poptávaného předmětu veřejné zakázky či rámcové dohody. Je zřejmé, že celý § 46 zákona je koncipován v tom smyslu, aby v průběhu zadávacích řízení bylo možno opravovat administrativní pochybení obsažená v nabídkách, ke kterým často dochází, nicméně takové opravy vždy musí respektovat meze svojí přípustnosti. Základní zásadou je zde požadavek na neměnnost nabídek dle věty první § 46 odst. 2 zákona. Předseda Úřadu ve svém rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-R0113/2019/VZ jednoznačným způsobem vymezil, kdy jsou takové „opravy“ přípustné a napadené rozhodnutí z tohoto vymezení vychází a nepřekračuje jej.
52. Jak vyplývá z bodu 24. předmětného rozhodnutí, *„podstatou je totiž možnost pouhého doplnění či upřesnění již podané nabídky, tedy dodání něčeho, co původně chybělo, nebo vysvětlení něčeho, co původně mohlo být chápáno různými způsoby. Jde tedy o údaje či podklady, které dodavatel (upraveno) hodlal předložit v jím pojatém významu již s podáním nabídky, avšak vlivem administrativního pochybení nebo vlivem odlišného výkladu, než jaký zastává zadavatel, je předložil chybně nebo v nabídce omylem zcela absentují. Nelze však připustit prostřednictvím postupu dle § 46 odst. 2 zákona nápravu takového pochybení, které spočívá v chybě dodavatele jakožto odborníka na oblast plnění veřejné zakázky. (...), obsah nabídky zůstává totožný, pouze je doplněna původně chybějící informace, nebo je jiná*

původně zadavateli nejasná informace vysvětlena, případně je uvedena na pravou míru zjevná, lehce popsitelná a zároveň vysoce pravděpodobně lehce vysvětlitelná nejasnost“.

53. Jak plyne z výše uvedeného, je to dodavatel, který je odborným garantem toho, že je zadavateli nabízeno plnění, které si v zadávací dokumentaci vymezil. Za jednou nabídnutým plněním si dodavatel musí zásadně stát. Plnění, které nabídl, pak rovněž zásadním způsobem ovlivňuje osud jeho nabídky v zadávacím řízení. Upravovat (objasňovat či doplňovat) předmětnabízeného plnění je možné jen výjimečně a za okolností, ze kterých je nepochybně jasné, že došlo k administrativnímu omylu – např. překlepu v názvu položky, či přehození číslic, kdy výsledkem je informace nedávající smysl. Takto pojaté objasnění či doplnění nabídek představuje pouhou formální úpravu a je přitom plně v souladu s úmyslem zákonodárce, jak jej chápe vybraný dodavatel ve svém rozkladu, a jednoznačně odpovídá potřebě opravy či objasnění administrativních pochybení při vyhotovování nabídek. V tomto smyslu je možné souhlasit s vymezením pojmu „oprava“ dle vybraného dodavatele, nicméně i takto pojatá formální oprava (změna nesprávného údaje v položkovém rozpočtu na údaj správný) musí nutně respektovat zákaz materiální změny nabídky dle věty první § 46 odst. 2 zákona (alespoň co do předmětu nabízeného plnění), tedy princip neměnnosti nabídek po skončení lhůty pro jejich podání.
54. Není však možné souhlasit s tou rozkladovou námitkou vybraného dodavatele, dle níž se má v šetřené věci jednat o „učebnicový příklad administrativní chyby“ při vyplňování vzorového koše. Předseda Úřadu nepřehlíží otázku snadné zaměnitelnosti alfanumerických kódů a chápe, že ve zdejším případě mohlo být složité v položkovém rozpočtu a jeho jednotlivých položkách udržet pozornost. Avšak, náležitá míra pozornosti při sestavování nabídky patří rovněž k odpovědnosti dodavatele jako odborníka v dané oblasti a odpovědnost dodavatele za to, že nabídne plnění, které zadavatel žádá, zůstává nezmenšena.
55. Samozřejmě, v případě, že by omyl dodavatele v předmětu plnění byl s ohledem na okolnosti případu zcela zřetelný a nevyvolával by pochyb, že dodavatel věděl dobře, co zadavatel požadoval (např. dodavatel by na jednom místě nabídky nabízené plnění označil jinak, než jak to činil ve zbytku nabídky), pak by bylo namístež uplatnit institut objasnění. Ve zdejším případě však nelze shledat nic podobného. Podstatným zůstává fakt, že pochybením vybraného dodavatele došlo k nabídnutí zcela jiného plnění, které je nekompatibilní s tiskárnou zadavatele, pro kterou bylo toto plnění určeno. Vybraný dodavatel nejen že ve své nabídce uvedl zcela jinou než poptávanou cartridge, ale následně v rámci komunikace se zadavatelem před uzavřením rámcové dohody předložil zadavateli rovněž technickou dokumentaci – bezpečnostní list vztahující se právě k této nevyhovující cartridge. Důsledkem těchto okolností je skutečnost, že takové jednání vybraného dodavatele již není možné posoudit jako „pouhé“ administrativní pochybení, ale jedná se o „pochybení dodavatele jakožto odborníka na oblast plnění“, které nelze ve smyslu odůvodnění rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-R0113/2019/VZ zhojit postupem dle § 46 odst. 2 zákona. Napadené rozhodnutí tak ve svém odůvodnění zcela správně zdůrazňuje povahu vybraného dodavatele jakožto odborníka na plnění předmětu rámcové dohody, který by měl vypracování nabídky věnovat patřičnou pozornost.
56. Ve smyslu shora uvedeného se tak nelze ztotožnit ani s tou rozkladovou námitkou, dle níž vybraný dodavatel hodlal od samého počátku nabídnout zadavateli správnou cartridge, neboť postupy vybraného dodavatele, které lze nyní přezkoumat, tomuto úmyslu

neodpovídají. Z toho však nevyplývá jistě absurdní závěr o tom, že by snad vybraný dodavatel hodlal zadavateli nabídnout a rovněž plnit nevyhovující plnění. Jde pouze o to, že úmysl vybraného dodavatele je nyní bezpředmětný, pokud z jeho konání, podléhajícího přezkumu, vyplývá, že v důsledku vlastního pochybení provedl zakázanou změnu nabídky.

57. Dále vybraný dodavatel zdůrazňuje charakter změny, pokud jde o její rozsah a tvrdí, že dotčená cartridge představovala pouze marginální část předmětu plnění rámcové dohody. Tato okolnost je irelevantní, jak ostatně uvedl i Úřad v napadeném rozhodnutí. Změna nabídky co do předmětu nabízeného plnění je zakázána jako taková, přičemž zákon v této souvislosti nedává Úřadu ani jeho předsedovi prostor pro jakoukoli správní úvahu. Pokud by Úřad postupoval způsobem, který nastiňuje vybraný dodavatel v závěru svého rozkladu a uplatnil by svou domnělou diskreční pravomoc v případě, kdy mu ji zákon nesvěřuje, jednalo by se o výkon veřejné moci nad rámec zákonného zmocnění.
58. Není ani relevantní, že by snad pochybení vybraného dodavatele představovalo nepodstatnou opravu z hlediska kontextu pořadí nabídek. Z důvodů uvedených výše, jakož i v napadeném rozhodnutí, trpěla nabídka vybraného dodavatele vadou, která představuje důvod pro vyloučení vybraného dodavatele dle § 48 odst. 2 písm. a) ve spojení s § 132 odst. 1 zákona. Pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem a vybraného dodavatele by ze zadávacího řízení, jehož cílem je uzavření rámcové dohody vyloučil, byl by vybrán jiný dodavatel.
59. Úřad při vydání napadeného rozhodnutí postupoval zcela v souladu s požadavky vybraného dodavatele uvedenými v posledním odstavci části IV. jeho rozkladu. Ustanovení § 46 zákona opravy položkového rozpočtu ve smyslu § 46 odst. 3 zákona skutečně připouští a Úřad skutečně provedl posouzení toho, zda zde dotčená oprava nabídky vybraného dodavatele nebyla opravou zcela excesivní. Zde se však již Úřad s kvalifikací opravy nabídky vybraného dodavatele rozchází a na rozdíl od vybraného dodavatele ji považuje za nepřípustnou změnu nabídky.
60. Není však pravdou, že by Úřad vybranému dodavateli „upíral jeho subjektivní právo na opravu chyby v jeho nabídce“, jak vybraný dodavatel namítá. Pokud jde o změny předmětu nabízeného plnění, pak dodavatel takové právo zásadně nemá.
61. Jak tedy vyplývá z výše uvedeného, napadené rozhodnutí není možné shledat nezákonným z důvodu rozporu s § 46 odst. 3 zákona, neboť toto ustanovení na šetřenou věc nedopadá. Vybraný dodavatel prostřednictvím svého objasnění nabídky provedl změnu té části nabídky, která fakticky představuje popis předmětu rámcové dohody, z něhož původně vyplývalo, že plnění nabízené vybraným dodavatelem nesplňuje požadavky zadavatele. Původně nabízené plnění – cartridge s Part Number 0897B001 přitom představovalo reálně existující zboží, vybraný dodavatel se tedy dopustil nikoli administrativního pochybení - tzv. překlepu spočívajícího např. v přehození pořadí číslic a písmen dotčeného Part Number, ale nabídnul zadavateli plnění, které reálně existovalo, ovšem nebylo kompatibilní s tiskovým zařízením zadavatele typu Canon iPF765. Pokud vybraný dodavatel následně provedl změnu tohoto Part Number, jednalo se o materiální změnu nabídky co do předmětu plnění, která je v souladu s větou první § 46 odst. 2 zákona zakázána. Úřad se v napadeném rozhodnutí zabýval všemi relevantními okolnostmi a skutečnostmi a šetřenou věc posoudil správně

a s přihlédnutím k drobným výhradám učiněným v tomto rozhodnutí o rozkladu posoudil věc rovněž v souladu se zákonem.

62. S ohledem na výše uvedené nebylo možno přisvědčit výkladu § 46 odst. 3 zákona předloženému vybraným dodavatelem v jeho rozkladu. Jedná se o výklad nepatříčně široký, který je nepřípustný z toho důvodu, že v rozporu s účelem zákona předpokládá příliš široké možnosti pro změny nabídky.
63. Pokud Úřad při posouzení okolností šetřené věci aplikoval závěry rozhodnutí předsedy Úřadu sp. zn. ÚOHS-R0113/2019/VZ, které se rovněž týkalo změn v předmětu nabízeného plnění, učinil tak správně a pouze v těch mezích a souvislostech, na něž toto rozhodnutí dopadá.
64. Na základě shora uvedeného jsem ve shodě s výrokem I. napadeného rozhodnutí přesvědčen o tom, že zadavatel nedodržel postup dle § 48 odst. 8 zákona v návaznosti na § 48 odst. 2 písm. a) zákona ve spojení s § 132 odst. 1 zákona, neboť nevyloučil vybraného dodavatele, ačkoli jím předložená nabídka nesplňovala zadávací podmínky. Z tohoto důvodu se plně ztotožňuji rovněž s ostatními výroky napadeného rozhodnutí.

VIII. Závěr

65. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad při vydání napadeného rozhodnutí postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro změnu či zrušení napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu. Proto bylo rozhodnuto tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

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. JUDr. Libor Pikna, advokát, Šafaříkova 201/17, 120 00 Praha 2
2. Česká republika – Ministerstvo obrany, Tychonova 221/1, 160 00 Praha – Hradčany
3. Mgr. Dominika Havelková, advokátka, Havelková & Partners, advokátní kancelář, s.r.o., Běchovická 701/26, 100 00 Praha 10

Vypraveno dne:

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