



UOHSX00EHL9N

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0011/2021/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-07119/2021/161/TMi

Brno 02.03.2021

V řízení o rozkladu ze dne 11. 1. 2021 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- **ENESA a.s.**, IČO 27382052, se sídlem U Voborníků 852/10, 190 00 Praha 9, ve správním řízení zastoupena společností PPS advokáti s.r.o., IČO 27532640, se sídlem Velké náměstí 135/19, 500 03 Hradec Králové,

podanému proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0367/2020/VZ č. j. ÚOHS-41711/2020/540/PVé ze dne 28. 12. 2020, vydanému ve správním řízení zahájeném dne 17. 9. 2020 na návrh navrhovatele ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Plzeňský kraj**, IČO 70890366, se sídlem Škroupova 1760/18, 301 00 Plzeň,

učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Rokycanská nemocnice, a.s. - Komplexní rekonstrukce kotelny – 2. vyhlášení**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 27. 2. 2020 a uveřejněno dne 28. 2. 2020 pod ev. č. Z2020-007584, ve znění opravy uveřejněné dne 26. 3. 2020, jehož účastníkem je i vybraný dodavatel –

- **Medisolve Medical Solutions s.r.o.**, IČO 27428095, se sídlem Plzeňská 2761/315, 155 00 Praha 5, ve správním řízení zastoupena společností Advokátní kancelář Kutějová, Maršál, Briaský, s.r.o., IČO 04126190, se sídlem Politických vězňů 935/13, 110 00 Praha 1,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) téhož zákona na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0367/2020/VZ č. j. ÚOHS-41711/2020/540/PVé ze dne 28. 12. 2020

ruším

a věc

vracím

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

I. Správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jako „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jako „**zákon**“¹), k doзору nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona, a pro zvláštní postupy podle části šesté zákona, obdržel dne 17. 9. 2020 návrh (dále jako „**návrh**“) navrhovatele – ENESA a.s., IČO 27382052, se sídlem U Voborníků 852/10, 190 00 Praha 9, ve správním řízení zastoupena společností PPS advokáti s.r.o., IČO 27532640, se sídlem Velké náměstí 135/19, 500 03 Hradec Králové, zastoupení ověřeno na základě plné moci ze dne 21. 8. 2020 (dále jako „**navrhovatel**“) – z téhož dne na zahájení správního řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Plzeňský kraj, IČO 70890366, se sídlem Škroupova 1760/18, 301 00 Plzeň (dále jako „**zadavatel**“) – učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „Rokycanská nemocnice, a.s. - Komplexní rekonstrukce kotelny – 2. vyhlášení“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 27. 2. 2020 a uveřejněno dne 28. 2. 2020 pod ev. č. Z2020-007584, ve znění opravy uveřejněné dne 26. 3. 2020 (dále jako „**veřejná zakázka**“).
2. Dle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jako „**správní řád**“), došlo dne 17. 9. 2020, kdy Úřad obdržel návrh navrhovatele, k zahájení správního řízení ve věci přezkumu úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky. Dalším účastníkem správního řízení je i vybraný dodavatel – Medisolve Medical Solutions s.r.o., IČO 27428095, se sídlem Plzeňská 2761/315, 155 00 Praha 5, ve správním řízení zastoupena společností Advokátní kancelář Kutějová, Maršál, Briarský, s.r.o., IČO 04126190, se sídlem Politických vězňů 935/13, 110 00 Praha 1 (dále jako „**vybraný dodavatel**“).

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.

II. Napadené rozhodnutí

3. Dne 28. 12. 2020 vydal Úřad rozhodnutí sp.zn. ÚOHS-S0367/2020/VZ č. j. ÚOHS-41711/2020/540/PVé (dále jako „**napadené rozhodnutí**“).
4. V napadeném rozhodnutí Úřad uvedl, že v šetřeném případě obsahovala nabídka navrhovatele rozpor spočívající v rozdílných hodnotách emisní zátěže uvedených v nabídce navrhovatele, když v krycím listu nabídky navrhovatele, v navazující části nabídky navrhovatele nazvané „Podrobné údaje pro účely hodnocení nabídky“ a v technické specifikaci navrhovatelem nabízené kogenerační jednotky v rámci dokumentu „Indikativní nabídka kogenerační jednotky TEDOM č. 13826/2020“ je uvedena hodnota emisní zátěže NOx 50 mg/Nm³, zatímco v příloze poddodavatelské smlouvy na servisní práce a v technickém listu, který je součástí dokladů k prokázání technické kvalifikace, je uvedena hodnota emisí NOx předmětné kogenerační jednotky 95 mg/Nm³.
5. Podle Úřadu v daném případě není možné akceptovat vysvětlení nabídky, neboť toto vysvětlení vždy bude znamenat změnu hodnoty v údaji, který byl hodnocen. Tato změna není zákonem dovolena, a proto zadavatel nepochybil, když navrhovatele ze zadávacího řízení vyloučil. Souladný se zákonem a transparentní je také postup, kdy zadavatel nejprve postupoval dle § 46 zákona a akceptoval objasnění nabídky navrhovatele a teprve po podání námitek vybraným dodavatelem svůj postup přehodnotil a v souladu s § 49 odst. 1 zákona svůj vadný postup napravil zrušením rozhodnutí o výběru navrhovatele. Úřad se dále nezabýval částí návrhu směřující proti výběru dodavatele, jelikož za situace, kdy byl navrhovatel zadavatelem na základě oprávněného důvodu vyloučen ze zadávacího řízení, již navrhovatel nemůže úspěšně namítat, že úkony, které po jeho vyloučení následovaly, mohly zasáhnout do sféry jeho veřejných subjektivních práv.
6. Z výše uvedených důvodů rozhodl Úřad napadeným rozhodnutím tak, že návrh navrhovatele podle § 265 písm. a) zákona zamítl, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

III. Rozklad navrhovatele

7. Dne 11. 1. 2021 obdržel Úřad proti napadenému rozhodnutí rozklad navrhovatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 28. 12. 2020. Rozklad tak byl podán v zákonné lhůtě.

Námítky rozkladu

8. Navrhovatel v rozkladu uvedl, že zejména z jazykového výkladu ustanovení § 46 zákona je zřejmé, že dané ustanovení důsledně rozlišuje mezi pojmy „doplnění nabídky“, „objasnění nabídky“ a „změna nabídky“. Ustanovení § 46 odst. 2 zákona výslovně uvádí, že „*nabídka však může být doplněna na základě žádosti podle odstavce 1 o údaje, doklady, vzorky nebo modely, které nebudou hodnoceny podle kritérií hodnocení*“. Zákonná úprava ustanovení § 46 odst. 2 zákona tedy výslovně v duchu zásady materiální nezměnitelnosti nabídky váže tato pravidla k doplnění nabídky, nikoli k jejímu objasnění ve smyslu § 46 odst. 1 zákona. Úřad se dle navrhovatele výše nastíněnou argumentací v rámci odůvodnění napadeného rozhodnutí vůbec nezabýval, když pouze obecně konstatoval, že objasnění rozporných údajů v nabídce stran hodnotících kritérií není možné. Navrhovatel k tomu uvedl, že nepovažuje

za přílehlavé odkazované rozhodnutí předsedy Úřadu, které se zabývalo toliko otázkou doplňování a změn nabídky, nikoli otázkou objasňování nabídky.

9. Dle navrhovatele z nabídky zřetelně vyplývá, že nabízené plnění v rámci hodnoty emisní zátěže odpovídá hodnotě NO_x 50 mg/Nm³. Tento údaj figuruje na krycím listu nabídky i v dokumentu nazvaném „Podrobné údaje pro účely hodnocení nabídky“ a případný výskyt v obecném nestandardním specifikačním listu, který navíc není závazným dokumentem, tak je pouhým nedopatřením, které je dle navrhovatele možné objasnit postupem podle § 46 odst. 1 zákona. Na základě žádosti zadavatele byly ostatně předloženy závazné údaje i potvrzeny výrobcem, čímž se dle navrhovatele Úřad v rámci napadeného rozhodnutí vůbec nezabýval.
10. Navrhovatel dále poukázal na to, že se Úřad v rámci napadeného rozhodnutí vůbec nezabýval namítaným porušením základních zásad zadávacího řízení ze strany zadavatele. Navrhovatel v daném případě namítal porušení především zásady transparentnosti a rovného zacházení, které spatřoval v postupu zadavatele, kdy nejprve dle § 46 zákona vyzval navrhovatele k vysvětlení rozporu v jeho nabídce a následně po vysvětlení rozporu navrhovatele přesto vyloučil, přičemž navrhovateli není zřejmé, na základě jakých skutečností z námitek vybraného dodavatele zadavatel najednou změnil svůj postoj vůči vysvětlení navrhovatele. Zadavatel navíc postupoval vůči navrhovateli striktně formálně, zatímco při posuzování nabídky vybraného dodavatele, který v průběhu zadávacího řízení opakovaně změnil svoji nabídku v otázkách kvalifikace, a to dokonce i bez žádosti o objasnění, a řádně neprokázal svoji kvalifikaci a měl být ze zadávacího řízení vyloučen, postupoval zcela benevolentně a v rozporu se zákonem a základními zásadami zákona.
11. Navrhovatel nesouhlasí ani se závěrem Úřadu, že postup zadavatele související s výběrem dodavatele se navrhovatele po jeho vyloučení ze zadávacího řízení již nemůže jakkoli dotýkat, a proto se Úřad nemusí s předmětnou částí návrhu věcně vypořádat. Navrhovatel k tomu uvedl, že je s odkazem na ustanovení § 47 zákona nadále účastníkem zadávacího řízení, jelikož vyloučenému účastníku zanikne účast v zadávacím řízení až v okamžiku, kdy nabude právní moci rozhodnutí o zastavení správního řízení či zamítnutí návrhu. Vzhledem k tomu, že taková situace v daném případě nenastala, má dle navrhovatele Úřad povinnost rozhodnout o námitkách návrhu navrhovatele v celém jejich rozsahu, a to i s ohledem na skutečnost, že nezákonný postup zadavatele vždy pro účastníka zadávacího řízení představuje újmu (byť třeba i jen potenciální) na jeho právech. Újma navrhovatele ostatně spočívá již v samotné nemožnosti poskytovat plnění a ve ztrátě zisku, který by s plněním veřejné zakázky byl spojen. Dále navrhovatel poukázal na to, že vybraný dodavatel může v důsledku realizace veřejné zakázky získat oproti navrhovateli podstatnou konkurenční výhodu, a to přesto, že měl být ze zadávacího řízení dle navrhovatele vyloučen. Nelze též vyloučit možnost, že by po vyloučení vybraného dodavatele zadavatel zrušil zadávací řízení a vyhlásil nové, do kterého by se navrhovatel mohl opět přihlásit. Na základě výše nastíněných situací tak navrhovatel dovozuje, že i po vyloučení ze zadávacího řízení mu nezákonným postupem zadavatele vzniká újma. Současně navrhovatel upozornil na to, že při neposouzení části návrhu hrozí navrhovateli též újma v podobě propadnutí složené kauce.

Závěr rozkladu

12. Navrhovatel z výše uvedených důvodů navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k dalšímu řízení.

IV. Řízení o rozkladu

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

Stanovisko předsedy Úřadu

14. 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.
15. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je v něm uvedeno, rozhodl v rozporu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k dalšímu projednání.

V. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu

K námitce nezákonného postupu zadavatele při výběru dodavatele

16. Úřad v bodech 117-122 napadeného rozhodnutí konstatoval, že se námitkou navrhovatele, podle níž zadavatel postupoval nezákonně při výběru dodavatele, věcně nezabýval, jelikož postup zadavatele v zadávacím řízení se navrhovatele po jeho vyloučení ze zadávacího řízení již nemůže jakkoli dotýkat, resp. tento postup zadavatele nemůže ovlivnit závěr Úřadu o důvodném vyloučení navrhovatele z předmětného zadávacího řízení.
17. Dle § 68 odst. 2 správního řádu platí, že se ve výrokové části rozhodnutí uvede řešení otázky, která je předmětem řízení, právní ustanovení, podle nichž bylo rozhodováno, a označení účastníků podle § 27 odst. 1. Účastníci, kteří jsou fyzickými osobami, se označují údaji umožňujícími jejich identifikaci (§ 18 odst. 2); účastníci, kteří jsou právnickými osobami, se označují názvem a sídlem. Ve výrokové části se uvede lhůta ke splnění ukládané povinnosti, popřípadě též jiné údaje potřebné k jejímu řádnému splnění a výrok o vyloučení odkladného účinku odvolání (§ 85 odst. 2). Výroková část rozhodnutí může obsahovat jeden nebo více výroků; výrok může obsahovat vedlejší ustanovení.
18. Dle § 68 odst. 3 správního řádu se v odůvodnění rozhodnutí uvedou důvody výroku nebo výroků rozhodnutí, podklady pro jeho vydání, úvahy, kterými se správní orgán řídil při jejich hodnocení a při výkladu právních předpisů, a informace o tom, jak se správní orgán vypořádal s návrhy a námitkami účastníků a s jejich vyjádřením k podkladům rozhodnutí.
19. Úřad napadeným rozhodnutím návrh navrhovatele zamítl podle § 265 písm. a) zákona, jelikož nezjistil důvody pro uložení nápravného opatření. Tento závěr je však možné učinit

pouze po věcném posouzení celého předmětu řízení, který svým návrhem vymezil navrhovatel. Pokud tedy Úřad u části návrhu dospěl k tomu, že navrhovatel k ní pozbyl aktivní legitimaci, a tedy tuto část návrhu neposoudil věcně, byl povinen řízení v této části samostatným výrokem zastavit podle § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu pro bezpředmětnost vzniklou vyloučením navrhovatele ze zadávacího řízení (bližší viz rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 24. 11. 2020, sp. zn. ÚOHS-R0190/2020/VZ, č. j. ÚOHS-36900/2020/321/TMi). To ale Úřad neučinil a došlo k situaci, kdy Úřad rozhodl o části návrhu pouze v odůvodnění napadeného rozhodnutí, aniž by to ale reflektoval ve výroku napadeného rozhodnutí (napadeným rozhodnutím je zamítnut celý návrh navrhovatele, nikoliv jen jeho část). To s sebou nese určité právní následky. Není například možné podat samostatný rozklad proti rozhodnutí o této části návrhu, jelikož podle § 82 odst. 1 správního řádu lze odvoláním napadnout pouze výrokovou část rozhodnutí, jednotlivý výrok nebo jeho vedlejší ustanovení; odvolání jen proti odůvodnění rozhodnutí je nepřipustné. Rovněž takové rozhodnutí zakládá u celého předmětu řízení překážku *rei iudicatae*, přestože v dané části návrhu nedošlo k věcnému přezkumu.

20. Pokud tedy dle Úřadu došlo k tomu, že se přezkum postupu zadavatele při výběru dodavatele stal bezúčelným, musel by o tom rozhodnout samostatným výrokem, jak je uvedeno shora. Pokud by Úřad chtěl celý návrh navrhovatele věcně zamítnout, musel by se pak v odůvodnění napadeného rozhodnutí vypořádat i s danou částí návrhu věcně, nikoliv pouze procesně.

K zániku účastenství v zadávacím řízení vyloučeného účastníka

21. Rovněž nelze souhlasit se závěrem Úřadu, podle kterého se přezkoumání postupu zadavatele při výběru dodavatele k podanému návrhu stalo bezúčelným poté, co byl Úřadem potvrzen postup zadavatele při vyloučení navrhovatele.
22. Úřad v bodě 121 napadeného rozhodnutí odkazoval na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 18. 9. 2014, sp. zn. 62 Af 40/2013, kde je konstatováno, že „[p]okud byli žalobci vyloučeni poprávu, již se jich nemohl dotknout pozdější postup zadavatele (resp. hodnotící komise) ve vztahu k jiným nabídkám, jež byly hodnoceny“, a dále pak na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 8. 2007, sp. zn. 7 Afs 27/2007, kde se uvádí, že „[v]zhledem k tomu, že stěžovatelé byli vyloučeni z účasti na zadávacím řízení pro nesplnění kvalifikačních kritérií, a to zákonným způsobem, jak již bylo výše uvedeno, nemohou před soudem úspěšně namítat, že úkony, které s jejich vyloučením nesouvisely a byly činěny až poté, kdy byli ze zadávacího řízení vyloučeni, mohly zasáhnout do sféry jejich veřejných subjektivních práv.“
23. Odkazovaná judikatura se však váže výhradně k předchozí právní úpravě, která nijak neupravovala okamžik zániku účastenství v zadávacím řízení. Oproti tomu současná právní úprava tento okamžik upravuje, pro daný případ ho dle § 47 odst. 2 písm. c) zákona váže na nabytí právní moci rozhodnutí o zastavení správního řízení či zamítnutí návrhu, protože již neplatí, že vyloučený účastník zadávacího řízení ztrácí svá subjektivní veřejná práva v otázkách následujících po jeho nepravomocném vyloučení. K nabytí právní moci rozhodnutí o zastavení správního řízení či zamítnutí návrhu v tomto případě dosud nedošlo, jelikož pravomocným se dle § 73 odst. 1 správního řádu stává až v případě, že proti rozhodnutí není možné podat odvolání (rozklad).

24. Z explicitní úpravy okamžiku zániku účastenství vyloučeného účastníka zadávacího řízení, které se neshoduje s ustáleným závěrem dosavadní judikatury, lze vyvodit, že bylo záměrem zákonodárce upravit tuto otázku odlišně. Úřad se v napadeném rozhodnutí ustanovením § 47 odst. 2 zákona vůbec nezabýval, v důsledku čehož nesprávně aplikoval výše zmíněnou judikaturu, aniž by odůvodnil její aplikovatelnost v mezích současné právní úpravy.

Postup Úřadu při novém projednání věci

25. V napadeném rozhodnutí tak Úřad rozhodl na základě judikatorních závěrů, které se ovšem vážou k předchozí právní úpravě. Vzhledem ke zjištěné odlišnosti mezi předchozí a současnou právní úpravou byl Úřad povinen při aplikaci této judikatury odůvodnit, z jakých důvodů je možné dle jejích závěrů postupovat i v kontextu současné právní úpravy. Úřad tak v novém projednání věci posoudí, zda je v daném případě možné aplikovat závěry předmětné judikatury, na základě čehož buďto samostatným výrokem rozhodne o zastavení části správního řízení (viz bod 20 tohoto rozhodnutí), nebo danou část návrhu posoudí věcně.

K možnosti objasnit nabídku

26. Úřad v napadeném rozhodnutí uvedl, že nabídka navrhovatele obsahovala rozpor v hodnotě emisní zátěže, když navrhovatel uvedl na několika místech své nabídky odlišnou hodnotu emisní zátěže jím nabízené kogenerační jednotky. Konkrétně v krycím listu nabídky navrhovatele, v navazující části nabídky navrhovatele nazvané „Podrobné údaje pro účely hodnocení nabídky“ a v technické specifikaci navrhovatelem nabízené kogenerační jednotky TEDOM Cento 260 MAN NG SE ST 50 Hz SPE v rámci dokumentu „Indikativní nabídka kogenerační jednotky TEDOM č. 13826/2020“ hodnotu emisní zátěže NO_x do 50 mg/Nm³, zatímco v příloze č. 2 poddodavatelské smlouvy je v rámci technické specifikace předmětné kogenerační jednotky TEDOM uvedena hodnota emisí NO_x 95 mg/Nm³. Shodný technický list je doložen ještě jednou samostatně v části 10. „Doklady k prokázání technické kvalifikace“ nabídky navrhovatele v podčásti „Doklady prokazující shodu k dodávce plynové kogenerační jednotky“, přičemž i v citovaném dokladu je uvedena hodnota emisní zátěže NO_x ve spalinách 95 mg/Nm³.
27. K možnosti objasnění takového rozporu v nabídce došel Úřad v bodě 104 napadeného rozhodnutí k závěru, že *„není možné akceptovat případné vysvětlení nabídky, neboť toto vysvětlení vždy bude znamenat změnu hodnoty v údajích („hodnota emisní zátěže NO_x ve spalinách vyjádřená mg/Nm³“), který byl v daném případě hodnotícím kritériem. Uvedená změna není zákonem aprobována jako přípustná, neboť prolomení uvedeného pravidla by ve své podstatě znamenalo, že dodavatel bude moci na základě vysvětlení přizpůsobit svoji nabídku tak, že určí „správnou“ hodnotu z rozdílných údajů v nabídce, což ovšem odporuje zásadě transparentnosti, neboť nelze vyloučit účelovost takového postupu dodavatele ani zadavatele, který by v případě, že by takovou změnu umožnil, dal de facto prostor pro případnou změnu v pořadí hodnocených nabídek. Současně nelze mít za to, že se v daném případě jednalo o rozdíl v hodnotách takového charakteru, který by v intencích rozhodovací praxe bylo možné zhojit.“*
28. Nelze se zcela ztotožnit se závěrem Úřadu, podle něž není možné objasňovat dle § 46 zákona údaje, které jsou předmětem hodnocení, poněvadž by to vždy znamenalo změnu této hodnoty, a tedy i nepřípustnou změnu nabídky. Tento výklad ustanovení § 46 zákona není

souladný s rozhodnutím Úřadu č. j. ÚOHS-S0403/2019/VZ-02553/2020/512/ŠMr ze dne 22. 1. 2019, v němž Úřad akcentoval, že podle § 46 odst. 2 zákona nelze provést materiální změnu nabídky, ale pouze toliko změnu formální, kdy 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 popsatelná a zároveň vysoce pravděpodobně lehce vysvětlitelná nejasnost. Ustanovení § 46 lze chápat tak, že pouze „materiální změna“ nabídky není dovolena. Za materiální změnu nabídky lze považovat mj. změnu nabízeného plnění (to je stěžejní myšlenka rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 30. 8. 2019, č. j. ÚOHS-R0113/2019/VZ-24101/2019/322/HSc). Řečeno lapidárně, pokud je před změnou nabídky nabízeno *plnění X* a po změně je nabízeno *plnění Y*, došlo k materiální změně nabídky. Pokud je ale před změnou i po změně nabízeno *plnění X*, k materiální změně nabídky (v tomto kontextu) nedošlo. Jestliže je zachován předmět plnění, není důvod považovat objasnění hodnoceného údaje za nedovolenou změnu nabídky. Zákon explicitně nezakazuje objasnění hodnoceného údaje, tak to činí pouze u doplnění údajů (srov. § 46 odst. 2 zákona).

29. Zadavatel tedy nepostupoval nezákonně, když navrhovatele vyzval k objasnění nabídky, poněvadž situace, kterou v bodě 107 napadeného rozhodnutí popsal Úřad, kdy navrhovatel má „připraveny“ dvě různé kogenerační jednotky, ze kterých až v rámci objasnění nabídky vybere jednu jako „správnou“ pro účely hodnocení nabídek, je pouze hypotetická a nikoli jediná možná. Další možností je, že navrhovatel nabízí jednu konkrétní kogenerační jednotku, kterou však výrobce nabízí v různých parametrech (výkonu, emisí atd.), a pouze administrativní chybou se v nabídce objevily dokumenty patřící ke „standardní“ verzi kogenerační jednotky. V takovém případě by objasnění nabídky podle § 46 zákona nepůsobilo materiální změnu nabídky (jelikož zamýšlený předmět plnění zůstává stejný), nýbrž změnu čistě formální, kdy by došlo k vyjasnění toho, jak k nesrovnalosti v nabídce došlo, a k doložení správných dokladů a současně k prokázání, že jde pouze o administrativní pochybení. Ve výše uvedeném lze spatřovat značný rozdíl oproti rozporu v nabídkové ceně, kdy nelze uvedené nabídkové ceny srovnávat s žádnou objektivní skutečností (k tomu srov. rozhodnutí předsedy Úřadu sp. zn. ÚOHS-R0186/2020/VZ č. j. ÚOHS-32161/2020/323/MBr ze dne 1. 12. 2020).
30. Objasnění nabídky ze strany navrhovatele je ale třeba označit za velmi obecné a vágní, když navrhovatel pouze dodal potvrzení vystavené výrobcem, v němž je konstatováno, že nabízená kogenerační jednotka dosahuje limitní hodnoty emisní zátěže ≤ 50 mg NO_x/Nm³. Navrhovatel se v objasnění nabídky nijak nesnažil vysvětlit, jak rozpor v nabídce vznikl, aby měl zadavatel postaveno najisto, že se jedná pouze o zjevnou formální chybu. Navrhovatel tak zadavateli neposkytl dostatečné a jasné podklady k posouzení, zda různé údaje v nabídce navrhovatele neodkazují k předmětu plnění, jehož parametry lze měnit po uplynutí lhůty pro podání nabídek, a zda se tedy v daném případě jedná pouze o zjevnou nesprávnost údajů. Vzhledem k tomu, že nabídka navrhovatele prokazatelně obsahovala rozporné údaje, jejichž příčinu se navrhovateli ani po objasnění nabídky nepodařilo náležitě vysvětlit, bylo na místě jeho vyloučení ze zadávacího řízení podle § 48 odst. 2 písm. c) zákona. Příléhavosti zmíněného ustanovení zákona se již Úřad důkladně věnoval v bodech 109-112 napadeného rozhodnutí, když mimo jiné uvedl: „*Nad rámeček uvedeného Úřad k uvedené argumentaci doplňuje, že případné chybné podřazení důvodů vyloučení navrhovatele pod jiné ustanovení*

zákona, při faktickém naplnění důvodů pro vyloučení navrhovatele a jejich transparentním odůvodnění v rámci rozhodnutí o vyloučení, by nemělo na faktickou správnost vyloučení dopad, z čehož je zřejmé, že by nemělo vliv ani na výběr nejvhodnější nabídky, a tak by ani v takovém případě nebyl naplněn důvod pro uložení nápravného opatření ve smyslu ve smyslu § 263 odst. 2 zákona. Z výše popsaných rozporných údajů v nabídce navrhovatele, které jsou zároveň předmětem dílčího hodnotícího kritéria, je zřejmé, že v šetřeném případě byly dány důvody pro vyloučení navrhovatele z předmětného zadávacího řízení a v rozhodnutí o vyloučení byly tyto důvody transparentně popsány.“

31. K vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení tak lze uzavřít, že Úřad napadeným rozhodnutím rozhodl správně a v souladu se zákonem, když návrh navrhovatele v této části zamítl.

K porušení zásady rovného zacházení

32. Navrhovatel v rozkladu namítá, že „je třeba poukázat na to, že postup zadavatele související s výběrem dodavatele Medisolve v daném případě dokládá netransparentní a nerovný přístup zadavatele k jednotlivým dodavatelům, a to zejména ve vztahu k navrhovateli (k tomu viz výše). Tyto skutečnosti by proto i ÚOHS měl v daném případě zohlednit, neboť je jimi namítáno porušení základních zásad zadávacího řízení ze strany zadavatele. V situaci, kdy tak ÚOHS neučinil, pak tím zatížil svoje rozhodnutí vadou, která má rovněž vliv na rozhodnutí ve věci.“
33. K námitce porušení zásady transparentnosti se Úřad vyjádřil v bodě 113 napadeného rozhodnutí: „K tvrzení navrhovatele, že zadavatel postupoval v rozporu se zásadou transparentnosti, když nejprve dle § 46 zákona vyzval navrhovatele k vysvětlení rozporu v jeho nabídce a následně po vysvětlení rozporu navrhovatele přesto vyloučil, uvádí Úřad, že ustanovení § 49 odst. 1 zákona umožňuje, aby zadavatel učinil opatření k nápravě, pokud zjistí, že postupoval v rozporu se zákonem. Zadavatel po zjištění rozporu v nabídce navrhovatele nejprve postupoval dle § 46 zákona, akceptoval navrhovatelem doložený údaj o emisní hodnotě a na základě předchozího rozhodnutí o výběru rozhodl o výběru navrhovatele pro plnění předmětné veřejné zakázky (viz body 87. a následující tohoto rozhodnutí). Na základě námitek vybraného dodavatele se zadavatel rozhodl neakceptovat navrhovatelem doložený údaj o emisní hodnotě jím nabízené kogenerační jednotky, zrušil předchozí rozhodnutí o výběru a vyloučil navrhovatele z předmětného zadávacího řízení. Zadavatel tak na základě námitek vybraného dodavatele zjistil, že se dopustil nesprávného postupu, učinil v souladu s § 49 odst. 1 zákona opatření k nápravě spočívající ve zrušení předchozího rozhodnutí o výběru vycházejícího z akceptace navrhovatelem dodatečně doloženého údaje o emisní hodnotě jím nabízené kogenerační jednotky, přičemž uvedené kroky zadavatele jasně vyplývají ze zadavatelem předložených podkladů (viz bod 88. tohoto rozhodnutí) a nevzbuzují pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele. Postup zadavatele tak byl v souladu se zásadou transparentnosti dle § 6 odst. 1 zákona a zadavatel v souladu s § 49 odst. 1 zákona svůj postup v rozporu se zákonem na základě výše popsaného opatření k nápravě napravil.“ Úřad tedy námitku porušení zásady transparentnosti navzdory tvrzení navrhovatele vypořádal, když důkladně rozebral postup zadavatele v zadávacím řízení a nespatriil v něm známky, které by postup zadavatele činily netransparentním.

34. K námitce porušení zásady rovného zacházení je třeba uvést, že tato námitka nebyla součástí návrhu. Navrhovatel namítal konkrétně pouze porušení zásady transparentnosti a porušení ostatních základních zásad zadávacího řízení namítal pouze velmi obecně, aniž by uvedl, v čem spatřuje jejich konkrétní porušení. V takovém případě nelze vytýkat Úřadu, že se v napadeném rozhodnutí nezabýval námitkou porušení zásady rovného zacházení, když tato námitka poprvé zazněla až v rozkladu navrhovatele. V souladu s ustanovením § 82 odst. 4 ve spojení s § 152 odst. 5 správního řádu jsem se touto námitkou rovněž nezabýval, jelikož nebyla součástí návrhu, přičemž navrhovateli nic nebránilo tuto námitku uplatnit již v rámci řízení v prvním stupni.

VI. Závěr

35. Úřad v napadeném rozhodnutí při věcném posouzení návrhu postupoval správně a v souladu se zákonem. Z procesního hlediska však pochybil, když o části návrhu týkající se postupu zadavatele při výběru dodavatele nerozhodl. Úřad měl buďto rozhodnout samostatným výrokem o zastavení správního řízení v této části, protože dospěl k závěru, že tato část návrhu se stala bezpředmětnou, nebo se touto částí návrhu měl zabývat věcně. Úřad rovněž pochybil, když aplikoval závěry judikatury vážící se k předchozí právní úpravě, aniž by odůvodnil jejich použitelnost v kontextu nové právní úpravy.
36. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad nepostupoval v případě napadeného rozhodnutí v souladu se zákonem a správním řádem, jsem z důvodů uvedených v tomto rozhodnutí dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí v plném rozsahu a k jeho vrácení Úřadu k novému projednání.
37. V novém posouzení návrhu Úřad posoudí aplikovatelnost předmětné judikatury v kontextu současné právní úpravy, na základě čehož buď věcně rozhodne o celém předmětu správního řízení tak, jak jej vymezil navrhovatel svým návrhem, přičemž bude vázán závěry tohoto rozhodnutí, nebo samostatným výrokem rozhodne o zastavení části správního řízení týkající se výběru dodavatele.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

JUDr. PhDr. Petr Mlsna, Ph.D.
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Plzeňský kraj, Škroupova 1760/18, 301 00 Plzeň
2. PPS advokáti s.r.o., Velké náměstí 135/19, 500 03 Hradec Králové
3. Advokátní kancelář Kutějová, Maršál, Briaský, s.r.o., Politických vězňů 935/13, 110 00 Praha 1

Vypraveno dne:

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