UOHSX00JC7YC

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0163/2023/VZ
Číslo jednací: ÚOHS-06728/2024/163 Brno 14. 2. 2024

V řízení o rozkladu ze dne 14. 12. 2023 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, který podal navrhovatel –

- **Společnost společníků INN4SEC s. r.o. a LogTech, s. r. o.** jejímiž společníky jsou:
  - obchodní společnost LogTech, s. r. o., IČO 26837072, se sídlem Gen. Sochora 6176/6a, 708 00 Ostrava, jako vedoucí společník,
  - obchodní společnost INN4SEC s. r. o., IČO 06068651, se sídlem Belgická 276/20, 120 00 Praha 2, jako společník ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 13. 7. 2023 obchodní společností Kochman, advokátní kancelář s. r. o., IČO 08094284, se sídlem Belgická 276/20, 120 00 Praha 2,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0619/2023/VZ, č. j. ÚOHS-48080/2023/500 ze dne 1. 12. 2023, vydanému ve správním řízení zahájeném dne 29. 9. 2023 na návrh výše označeného navrhovatele ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Letiště Praha, a. s.**, IČO 28244532, se sídlem K Letišti 1019/6, 161 00 Praha,

učiněných v jednacím řízení s uveřejněním za účelem uzavření rámcové dohody „**Postupné dodávky CT RTG zařízení včetně automatických tratí**“, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 25. 4. 2023 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 27. 4. 2023 pod ev. č. Z2023-017021 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 28. 4. 2023 pod ev. č. 2023/S 084-050450, jehož účastníkem je i vybraný dodavatel –

- **Servis Musil, s. r. o.**, IČO 25699911, se sídlem Ringhofferova 115/1, 155 21 Praha 5,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0619/2023/VZ, č. j. ÚOHS-48080/2023/500 ze dne 1. 12. 2023

r u š í m

a věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení realizované zadavatelem

1. Letiště Praha, a. s., IČO 28244532, se sídlem K Letišti 1019/6, 161 00 Praha, (dále jen „**zadavatel**“) jakožto veřejný zadavatel ve smyslu § 4 odst. 1 písm. e) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)[1] zahájil dne 25. 4. 2023 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění jednací řízení s uveřejněním (dále jen „**JŘSU**“) za účelem zadání rámcové dohody „Postupné dodávky CT RTG zařízení včetně automatických tratí“ (dále jen „**veřejná zakázka**“), přičemž předmětné oznámení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 27. 4. 2023 pod ev. č. Z2023-017021 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 28. 4. 2023 pod ev. č. 2023/S 084-050450 (dále jen „**zadávací řízení**“ nebo „**rámcová dohoda**“).
2. Předmětem plnění veřejné zakázky (rámcové dohody) je dle bodu 3.1.1 zadávací dokumentace zajištění postupných dodávek CT RTG zařízení a automatických tratí včetně jejich zprovoznění, dodávka certifikovaných přepravek, ergonomických protiúnavových rohoží, dohledávacích stanic a vyhodnocovacích stanic pro kontrolu kabinových zavazadel. Součástí dodávky je i maticový (remote) screening včetně potřebného softwaru, hardwaru a licencí, včetně výcvikové stanice pro trénink operátorů (…).
3. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla v bodě II. 2. 6 oznámení o zahájení zadávacího řízení stanovena na 196 500 000 Kč bez DPH.

[1] Pro posouzení zákonnosti postupu zadavatele je rozhodné znění zákona účinné v okamžiku zahájení zadávacího řízení. Postup Úřadu ve správním řízení se řídí právními předpisy účinnými ke dni zahájení správního řízení.

II. Správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

4. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jako orgán příslušný k výkonu dozoru nad zadáváním veřejných zakázek a zvláštními postupy podle § 248 zákona, obdržel dne 29. 9. 2023 návrh účastníka zadávacího řízení „Společnosti společníků INN4SEC s. r. o., a LogTech, s. r. o., jejímiž společníky jsou:

   - obchodní společnost LogTech, s. r. o., IČO 26837072, se sídlem Gen. Sochora 6176/6a, 708 00 Ostrava, jako vedoucí společník,
   - obchodní společnost INN4SEC s. r. o., IČO 06068651, se sídlem Belgická 276/20, 120 00 Praha 2, jako společník ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 13. 7. 2023 obchodní společností Kochman, advokátní kancelář s. r. o., IČO 08094284, se sídlem Belgická 276/20, 120 00 Praha 2,

   (dále jen „**navrhovatel**“) z téhož dne podle § 250 odst. 1 zákona (dále jen „**návrh**“) proti úkonům zadavatele, konkrétně proti oznámení o výběru dodavatele ze dne 24. 8. 2023 (dále jen „**rozhodnutí o výběru**“) a proti rozhodnutí zadavatele o námitkách ze dne 18. 9. 2023 (dále jen „**rozhodnutí o námitkách**“)

5. Dnem, kdy Úřad obdržel návrh, bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) zahájeno správní řízení vedené Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-S0619/2023/VZ, jehož účastníky jsou podle § 256 zákona zadavatel, vybraný dodavatel a navrhovatel (dále jen „**správní řízení**“).

III. Napadené rozhodnutí

6. Dne 1. 12. 2023 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0619/2023/VZ, č. j. ÚOHS-48080/2023/500 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), jímž rozhodl následovně. Výrokem I napadeného rozhodnutí Úřad v části správní řízení zastavil na základě § 257 písm. h) zákona, neboť v této části návrhu nebyly řádně a včas podány námitky. Výrokem II napadeného rozhodnutí Úřad podle § 265 písm. a) zákona zamítl návrh navrhovatele, neboť nezjistil důvody pro uložení nápravného opatření.

7. V odůvodnění výroku I napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že navrhovatel v návrhu mj. namítal, že zadavatel ve výzvě k podání předběžných nabídek určil nepřiměřeně krátkou lhůtu k podání předběžných nabídek. Námitka navrhovatele dle názoru Úřadu tedy směřovala proti délce lhůty pro podání předběžných nabídek, tj. proti zadávací podmínce, přičemž pro její uplatnění u zadavatele stanoví zákon v § 242 odst. 4 lhůtu do skončení lhůty pro podání předběžných nabídek. V šetřeném případě byla lhůta pro podání předběžných nabídek stanovena do 26. 7. 2023. Navrhovatel výše uvedenou námitku prvně uplatnil v rámci námitek ze dne 7. 9. 2023, je tak zřejmé, že tuto námitku navrhovatel neuplatnil ve lhůtě stanovené v § 242 odst. 4 zákona.

8. V odůvodnění výroku II napadeného rozhodnutí se Úřad nejdříve zabýval zákonností rozhodnutí o námitkách. Úřad po posouzení námitek navrhovatele a rozhodnutí zadavatele o námitkách konstatoval, že zadavatel při vyřizování námitek uvedených navrhovatelem dodržel pravidlo stanovené v § 245 odst. 1 zákona, když se podrobně a srozumitelně v rozhodnutí o námitkách k těmto námitkám vyjádřil.

9. V další části odůvodnění výroku II napadeného rozhodnutí se Úřad zabýval zákonností rozhodnutí o výběru. Navrhovatel namítal, že postup zadavatele je nezákonný, neboť ten uplatnil v rámci JŘSU výhradu dle § 61 odst. 8 zákona a přistoupil k výběru dodavatele na základě předběžných nabídek, aniž by došlo k vyjasnění či doplnění zadávací dokumentace, a aniž by nabídka vybraného dodavatele byla výrazně výhodnější. Úřad konstatoval, že zadavatel si v zadávací dokumentaci vyhradil možný postup dle § 61 odst. 8 zákona, přičemž zároveň zadavatel na žádném místě nedeklaroval, že určité zadávací podmínky budou změněny, pouze uvedl, že budou / mohou být předmětem jednání o předběžných nabídkách (např. ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 4 u některých dotazů zadavatel odkázal na jednání o předběžných nabídkách). Vzhledem k tomu, že ve lhůtě pro podání předběžných nabídek nedošlo k žádné změně zadávacích podmínek, měl navrhovatel ve své nabídce reflektovat zadávací podmínky tak, jak je zadavatel stanovil, tudíž měl přihlížet i k výhradě dle § 61 odst. 8 zákona, která v rámci vysvětlení zadávací dokumentace také nedoznala žádných změn.

10. Úřad dále uvedl, že pokud si zadavatel v šetřeném případě v zadávací dokumentaci, konkrétně v bodě 11. 10 zadávací dokumentace, vyhradil možnost nejednat o podaných předběžných nabídkách a zadat rámcovou dohodu již na základě předběžné nabídky a následně tuto výhradu i aplikoval, postupoval tak zcela v souladu s § 61 odst. 8 větou první zákona, které zadavateli předmětné právo přiznává, a navrhovatel tak měl svoji nabídku koncipovat ve světle výhrady dle § 61 odst. 8 zákona a stejně tak měl interpretovat veškerá vysvětlení zadávací dokumentace, neboť zadávací podmínky (vč. výhrady dle § 61 odst. 8 zákona) nebyly v rámci vysvětlování zadávací dokumentace nijak změněny.

11. Úřad dospěl k závěru, že ze strany zadavatele nedošlo k porušení zásad uvedených v § 6 zákona, když uplatnil výhradu dle § 61 odst. 8 zákona a navrhovatel tak neměl možnost jednat o svých návrzích na modifikaci zadávacích podmínek a následně dle výsledku jednání upravit svoji nabídkovou cenu.

IV. Rozklad navrhovatele

12. Dne 14. 12. 2023 obdržel Úřad proti napadenému rozhodnutí rozklad navrhovatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 1. 12. 2023. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.

Námitky rozkladu

13. Navrhovatel po shrnutí dosavadního průběhu zadávacího a správního řízení k výroku I napadeného rozhodnutí uvedl, že se nikdy nedomáhal zrušení úkonu zadavatele spočívajícího ve stanovení lhůty k podání předběžných nabídek. Navrhovatel je toho názoru, že úkon zadavatele spočívající ve výběru dodavatele na základě předběžné nabídky je nezákonný mj. proto, že lhůta pro podání předběžné nabídky byla nepřiměřeně krátká, a to zejména v situaci, kdy se zadavatel dodatečně rozhodl, že dodavatele vybere již na základě předběžných nabídek. Navrhovatel tedy využil této námitky jako podpůrného argumentu (přitěžující okolnosti) v postupu zadavatele. Návrh navrhovatele tedy směřoval právě proti rozhodnutí o výběru dodavatele a na něj navazujícím úkonům zadavatele, nikoliv vůči jakémukoliv předcházejícímu úkonu zadavatele (včetně stanovení lhůty ve výzvě k podání předběžných nabídek). Dle názoru navrhovatele se o úkonu spočívajícím ve stanovení lhůty

k podání předběžných nabídek žádné správní řízení nevedlo, proto jej v této části nebylo možné zastavit.

14. Navrhovatel v další části rozkladu argumentuje ve vztahu k možnosti uplatnění výhrady dle ustanovení § 61 odst. 8 zákona.[2] Navrhovatel v obecné rovině uvádí, že lze na tuto výhradu nahlížet dvěma způsoby. Prvním způsobem jest doslovný výklad, tzn. že zadavatel na základě této výhrady může dodavatele zásadně vybrat již na základě předběžné nabídky. Druhým způsobem jest restriktivní výklad, tzn. že této výhrady lze využít pouze za výjimečných okolností.

15. Úřad se v napadeném rozhodnutí přiklonil na stranu doslovného výkladu, když uvedl, že uplatnění výhrady není zákonem nijak omezeno a je ponecháno na vůli zadavatele, zda výhrady využije, či nikoliv (argumentace komentářovou literaturou a důvodovou zprávou k zákonu). Dle názoru Úřadu zadavatel o nabídkách tedy nemusí jednat ani v situaci, kdy ve vysvětlení zadávací dokumentace deklaroval, že tak učiní. Relevantní dle názoru Úřadu není ani možné snížení ceny, ani skutečnost, že navrhovatel byl postupem zadavatele připraven o možnost jednat o svých návrzích na modifikaci zadávacích podmínek a následně dle výsledku upravit svoji nabídkovou cenu. Navrhovatel s tímto posouzením ze strany Úřadu nesouhlasí a uvádí, že zákon nedává zadavateli volnost, zda předmětnou výhradu využije, a rovněž rozporuje skutečnost, že by doslovný výklad vyplýval z důvodové zprávy nebo komentářové literatury.

16. Dále navrhovatel předkládá základní východiska jazykového výkladu a systematiky zákona. Zákon (v tomto případě ZZVZ) je stejně jako jiné zákony tvořen pravidly a výjimkami z nich. Podstatou pravidla je, že bude aplikováno téměř vždy. Podstatou výjimky je, že bude aplikována v menší míře, a to právě aby pravidlo zůstalo pravidlem a výjimka výjimkou. Nelze tedy přistoupit k výkladu, který by z výjimky učinil pravidlo a z pravidla výjimku. Každá výjimka musí být tak vykládána restriktivně (nikoliv doslovně ani extenzivně). Na podporu tohoto tvrzení navrhovatel předložil několik soudních rozhodnutí vztahujících se k otázce posuzování pravidel a výjimek napříč českým právním řádem.

17. Navrhovatel dále uvádí, že smyslem JŘSU je právě jednání o předběžných nabídkách. Pravidlem proto to má být jednání o předběžných nabídkách, naproti tomu možnost vybrat dodavatele již na základě předběžné nabídky (bez jednání) představuje výjimku z tohoto pravidla. Tuto možnost je proto dle názoru navrhovatele nutné (jako každou výjimku) vykládat restriktivně. Pokud tedy Úřad zaujal k této otázce doslovný výklad (dle kterého ze zákona nevyplývá žádné omezení), tak jej zaujal chybně. Tento výklad by dle navrhovatele vedl k tomu, že zadavatelé by mohli velice snadno zajistit, že přemění jednací řízení v řízení bez jednání. Navrhovatel rovněž uvádí, že aby mohl být výklad Úřadu označen za správný, musel by zákon být koncipován opačně, tj. že by bylo možné vést řízení bez jednání (pravidlo) s tím, že si zadavatel může vyhradit právo o předběžných nabídkách dále jednat (výjimku).

18. Navrhovatel konstatuje, že možnost vybrat dodavatele přímo na základě předběžné nabídky (bez jednání) je třeba aplikovat restriktivně, což vyplývá mj. z důvodové zprávy k zákonu, kde je stanoveno: *„Jednací řízení s uveřejněním (JŘSU) by mělo být využíváno v případech,*

[2] Navrhovatel v rozkladu správně uvádí § 61 odst. 8 zákona. Zadávací řízení bylo zahájeno 25. 4. 2023 a pro posouzení věci je tak rozhodné znění zákona ke dni 25. 4. 2023. V právní úpravě platné a účinné ke dni vydání tohoto rozhodnutí je citované ustanovení obsaženo v § 61 odst. 9 zákona. – pozn. předsedy Úřadu.

kdy použití otevřeného či užšího řízení pravděpodobně nepovede k uspokojivým výsledkům. Vzhledem k možnosti omezování počtu uchazečů v JŘSU by tento druh zadávání veřejných zakázek měl být, alespoň u veřejného zadavatele, využíván pouze ve specifických případech. Půjde o ta plnění, která si z povahy věci vyžádají jednání. Na druhou stranu by zadavateli mělo být dle Nových směrnic umožněno, aby si v zadávacích podmínkách JŘSU vyhradil, že o podaných nabídkách nemusí jednat." Uvedený závěr podporuje i komentářová literatura a rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 4. 11. 2019, č. j.: ÚOHS-R143/2019/VZ-30042/2019/322/BVí, kde je uvedeno: „*pokud je smyslem jednacího řízení s uveřejněním právě zákonem definované jednání o podmínkách obsažených v předběžných nabídkách účastníků, představuje výhrada dle § 61 odst. 8 zákona ze strany zadavatele spíše formální záruku toho, že pokud by podmínky plnění předmětu veřejné zakázky nabídnuté účastníky již v předběžných nabídkách byly pro zadavatele natolik výhodné, že by další jednání o nich postrádalo smysl, nebude muset zadavatel realizovat čistě formální jednání jen proto, aby dostál liteře zákona, čímž by docházelo ke zbytečným průtahům v takovém řízení*."

19. Navrhovatel v rámci dílčího závěru konstatuje, že ze systematiky zákona, důvodové zprávy, komentáře i dřívějšího rozhodnutí předsedy Úřadu vyplývá, že předmětnou výhradu může zadavatel využít jen výjimečně. A to v situaci, pokud by předběžná nabídka některého z dodavatelů byla natolik výhodná, že by jednání o předběžných nabídkách dalších dodavatelů bylo bezpředmětné.

20. V poslední části rozkladu navrhovatel předkládá argumenty k možnosti uplatnění výhrady v nyní posuzované věci. Navrhovatel uvádí, že ze skutkových zjištění nevyplývá, že by v nyní posuzované věci existovaly výjimečné okolnosti, kvůli kterým by jednání o předběžných nabídkách bylo bezpředmětné. Navrhovatel dále poukazuje na to, že rozdíl mezi jeho předběžnou nabídkou a předběžnou nabídkou vybraného dodavatele byl jen 1,6 % (cca 4 miliony Kč). Ze srovnání nabídkových cen navrhovatel dovozuje, že další jednání o předběžných nabídkách by nebyla bezpředmětná. Právě naopak situace poskytovala potenciál pro další soutěž mezi dodavateli o snížení nabídkové ceny (na možné úspory v řádu desítek milionů korun ostatně navrhovatel zadavatele upozornil). Výjimečné okolnosti, za kterých lze vyloučit jednání o předběžných nabídkách, proto nebyly dány.

21. Navrhovatel rovněž poukazuje na skutečnost, že možnost využít výhradu byla minimalizována faktem, že zadavatel navrhovatele při vysvětlení zadávací dokumentace na několika místech ujistil, že jednání o předběžných nabídkách proběhnou (srov. zejména body 91–93 napadeného rozhodnutí). Navrhovatel se dle svého vyjádření na slovo zadavatele spoléhal a jednání o předběžných nabídkách očekával. Pokud zadavatel opakovaně ujistil navrhovatele, že svou výhradu neuplatní (neboť má v úmyslu o předběžných nabídkách jednat), ale následně bez varování výhradu o nich nejednat uplatnil, pak zadavatel nepostupoval předvídatelně, tj. nepostupoval transparentně. Úřad v této souvislosti v napadeném rozhodnutí tvrdí, že postup zadavatele byl předvídatelný, neboť zadavatel si možnost o předběžných nabídkách nejednat vyhradil přímo v zadávací dokumentaci. Úřad nicméně přehlíží časové souvislosti, neboť zadavatel si v zadávací dokumentaci výhradu učinil, ale později při vysvětlení zadávací dokumentace opakovaně uvedl, že výhrady nevyužije, neboť má v úmyslu o předběžných nabídkách jednat.

22. Závěrem rozkladu navrhovatel uvádí, že pozdější (novější) vůle má přednost před dřívější (starší) vůlí. Navrhovatel se na novější vůli zadavatele spoléhal. Postup zadavatele nelze

považovat za předvídatelný. Zadavatel vybočil nejen z restriktivních mezí, za nichž lze výhradu využít, ale navíc porušil i zásadu transparentnosti.

Závěr rozkladu

23. Navrhovatel se rozkladem domáhá, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil v celém rozsahu a věc vrátil Úřadu k novému projednání. Alternativně navrhovatel předsedovi Úřadu navrhuje, aby výrok I napadeného rozhodnutí změnil tak, že se nevydává, a výrok II napadeného rozhodnutí změnil tak, že zruší rozhodnutí o výběru dodavatele a na něj navazující úkony zadavatele učiněné v zadávacím řízení.

V. Řízení o rozkladu

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

Vyjádření zadavatele k rozkladu navrhovatele

25. Zadavatel ve vyjádření ze dne 22. 12. 2023 k rozkladu uvádí, že je i nadále přesvědčen, že neexistuje obecná zákonná povinnost konat jednání ve veřejné zakázce. Zákon ji nikde výslovně nestanovuje a navrhovatel neuvádí, z čeho takovou povinnost dovozuje. Skutečnost, že zákon v určitých řízeních a v určitých situacích předpokládá konání jednání, ještě neznamená, že se jedná o povinnost zadavatele vůči dodavatelům, z níž by byla dotčená výhrada výjimkou.

26. Dále zadavatel cituje pasáž z komentářové literatury: „*Pokud by nedošlo k jednání o předběžných nabídkách, odpovídal by takovýto postup de facto užšímu řízení*.“ Užší řízení je dle názoru zadavatele nepochybně relevantní způsob zadávání, který může zadavatel zvolit bez dalších podmínek, přičemž k naplnění práv dodavatelů a dosažení relevantního výsledku zde jednání evidentně není třeba. Skutečnost, že v rámci JŘSU je jednání jako institut připuštěno, je v rámci zákona sama o sobě výjimečná. Zákon jednoznačně preferuje druhy řízení, v nichž se jednání vůbec nevyskytuje. Jednání tedy není institutem, který by byl obecně zákonodárcem preferován jako nástroj, kterým se má zajistit možnost dodavatelů upravovat své nabídky. Naopak, jakákoli následná úprava nabídek má být vnímána obezřetně s ohledem na možné narušení transparentnosti. Pokud tedy zadavatel učinil příslušnou výhradu a následně získá vyhovující předběžnou nabídku již před provedením jednání, neexistuje dostatečný důvod k aplikaci ve veřejných zakázkách výjimečného institutu jednání, který by umožnil následné úpravy nabídek.

27. Zadavatel odmítá tvrzení navrhovatele, že ten byl „*připraven o možnost jednat o svých návrzích na modifikaci zadávacích podmínek*“. Dle názoru zadavatele jednání má umožnit zadavateli, aby zadávací podmínky, za které je zadavatel absolutně odpovědný a o nichž má pochybnosti, zda povedou k podání relevantních nabídek, uvedl do stavu, který mu umožní získat relevantní nabídku, nikoli právem dodavatele na to, aby zadavateli prostřednictvím jednání nutil technické a právní podmínky, které zadavatel řešit nepotřebuje či o ně nemá zájem.

28. K argumentaci navrhovatele důvodovou zprávou k zákonu (k JŘSU) zadavatel uvádí, že nyní posuzovaná veřejná zakázka je sektorovou veřejnou zakázkou a pro použití JŘSU tedy není

nezbytné, aby šlo o „plnění, které si z povahy věci vyžádá jednání“. Nelze tedy tvrdit, že jednání je u sektorové veřejné zakázky nezbytně smyslem konání JŘSU. Pokud zákonodárce výslovně říká, že důvodem existence výhrady je: „*motivovat dodavatele k předložení výhodných nabídek již v prvních (předběžných) nabídkách*“, bylo by dle názoru zadavatele zcela protimyslné, aby bylo konání jednání pro zadavatele v principu povinné. Pokud se dodavatel může spolehnout, že nedojde-li na mimořádné okolnosti, bude mít možnost nabídku později upravit, těžko podá pro zadavatele co nejvýhodnější předběžnou nabídku již v „prvním kole“. Výklad navrhovatele zcela popírá účel výhrady deklarovaný zákonodárcem na prvním místě.

29. Zadavatel dále uvádí, že navrhovatel výslovně trvá na tom, aby pro použití výhrady existovaly v každém případě „*výjimečné okolnosti, kvůli kterým by jednání o předběžných nabídkách bylo bezpředmětné*“. Důvodová zpráva však slovem nenaznačuje, že by se jednalo o nutnou podmínku realizace výhrady, pouze uvádí dva argumenty ve prospěch zavedení výhrady, což je podstatný rozdíl. Pokud by šlo o nutnou podmínku, byly by oba hlavní důvody ve vzájemném rozporu. Výklad, který vytváří ve vůli zákonodárce vnitřní rozpor, je nezbytné odmítnout.

30. Zadavatel je toho názoru, že účelem JŘSU není jednání, jak zdůrazňuje navrhovatel, ale obstarání plnění naplňujícího potřeby zadavatele ekonomickou a efektivní cestou prostřednictvím hospodářské soutěže. Pokud zadavatel dospěl k závěru, že tento účel byl v přiměřené míře již naplněn, bylo pokračování v soutěži neefektivní, a to jak pro zadavatele, tak pro zúčastněné dodavatele. Takové rozhodnutí je v plné odpovědnosti zadavatele jako ekonomického subjektu. Zadavatel jediný k němu má dostatek informací, odborné zázemí, a především zadavatel je za takové rozhodnutí plně odpovědný svému akcionáři v rámci péče řádného hospodáře.

31. Dále se zadavatel vyjadřuje k námitce navrhovatele, že zadavatel „*opakovaně ujistil navrhovatele, že svou výhradu neuplatní.*“ Zadavatel toto tvrzení navrhovatele považuje za nepravdivé, neboť takové ujištění nikdy nepadlo. Navrhovatel k tomuto tvrzení dospívá vlastní interpretací chybně vyložených odpovědí na dotazy, které zadavatel poskytl v průběhu zadávacího řízení. Tato účelová interpretace navrhovatele však nedokáže odpovědět na základní otázky:

    a. Pokud by zadavatel od počátku nechtěl výhradu uplatnit, proč by ji do zadávacích podmínek vůbec dával?

    b. Jak by mohl zadavatel vědět, že výhrada nebude uplatněna ještě před tím, než byly podány předběžné nabídky, tedy ještě před tím, než se dozví, jestli mezi předběžnými nabídkami není předběžná nabídka pro zadavatele natolik výhodná, že další jednání již bude bezpředmětné?

    c. Z důvodové zprávy rovněž vyplývá, že aplikaci zmíněné výhrady o předběžných nabídkách nejednat zadavatel rozhodne až po podání předběžných nabídek.

32. Zadavatel uvádí, že souhlasí s tvrzením navrhovatele, že pozdější projev vůle je třeba brát jako rozhodující. Uvedené tvrzení platí však pouze v případě, kdy jsou projevy vůle ve vzájemné konkurenci, k čemuž v posuzované věci nikdy nedošlo. Veškeré odpovědi je třeba vykládat, pokud možno, ve vzájemném souladu, a především ve vzájemné souvislosti. Pokud nebyla výhrada výslovně změněna, měly být všechny odpovědi vnímány ve světle této stále existující výhrady.

33. V posledním vysvětlení zadávací dokumentace č. 4 (podle názoru zadavatele nejpozdější projev vůle) zadavatel uvedl, že žádný z dotazů (resp. odpovědí) zadávací dokumentaci nemění, tudíž že i výhrady v ní uvedené zůstávají v platnosti. Žádný dodavatel si nemohl v dobré víře myslet, že by výhrada uvedená výslovně v uveřejněné zadávací dokumentaci byla předchozími odpověďmi jakkoli suspendována.

34. S ohledem na výše uvedené zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí potvrdil a rozklad navrhovatele zamítl.

Stanovisko předsedy Úřadu

35. 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 a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadaného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.

36. Napadené rozhodnutí je nezákonné z důvodu nesprávného posouzení věci.

37. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání.

VI. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání

K výroku II napadeného rozhodnutí

38. Předmětem tohoto správního řízení je vyřešení právní otázky, zda zadavatel oprávněně stanovil a aplikoval výhradu dle § 61 odst. 8 zákona s ohledem na jeho další úkony ve věci (vysvětlení zadávací dokumentace). Dle tohoto ustanovení si zadavatel v zadávací dokumentaci může vyhradit, že nemusí o předběžných nabídkách jednat a může zadat veřejnou zakázku na základě předběžné nabídky.

39. Úřad se v napadeném rozhodnutí přiklonil na stranu zadavatele. Dle názoru Úřadu si zadavatel vyhradil možnost nejednat o podaných předběžných nabídkách a zadat rámcovou dohodu již na základě předběžné nabídky (viz bod 11. 10 zadávací dokumentace). Následně tuto výhradu i aplikoval, postupoval tak zcela v souladu s § 61 odst. 8 větou první zákona, které zadavateli předmětné právo přiznává, a navrhovatel tak měl svoji nabídku koncipovat ve světle výhrady dle § 61 odst. 8 zákona a stejně tak měl interpretovat veškerá vysvětlení zadávací dokumentace, neboť zadávací podmínky (vč. výhrady dle § 61 odst. 8 zákona) nebyly v rámci vysvětlování zadávací dokumentace nijak změněny.

40. S tímto právním posouzením ze strany Úřadu se neztotožňuji, neboť mám za to, že zadavatel v rámci postupu v zadávacím řízení svými vyjádřeními mohl vzbudit v některých (i potenciálních) účastnících zadávacího řízení očekávání, že bude o předběžných nabídkách jednat a výhradu nakonec neuplatní.

41. Z bodu 11.10 zadávací dokumentace vyplývá, že zadavatel si vyhradil právo „*nejednat o předběžných nabídkách a zadat veřejnou zakázku na základě předběžné nabídky*.“

42. V bodě 11.1. zadávací dokumentace zadavatel uvedl, že může s účastníky o předběžných nabídkách jednat s cílem zlepšit předběžné nabídky ve prospěch zadavatele, přičemž předmětem jednání mohou být veškeré aspekty plnění veřejné zakázky.

43. V bodě 11.2 zadávací dokumentace je stanoveno, že je zadavatel v průběhu jednání oprávněn doplnit nebo změnit zadávací podmínky. Dále je zde stanoveno, že je zadavatel v případě změny nebo doplnění zadávacích podmínek rovněž oprávněn požadovat po účastnících předložení upravených předběžných nabídek, k čemuž jim poskytne přiměřenou lhůtu.

44. V příloze „K – procesní mapa JŘSÚ“ zadávací dokumentace je k části týkající se jednání o předběžných nabídkách uvedena poznámka: „*Tuto fázi je možné přeskočit tím, že předběžné nabídky přijmeme jako finální. Toto právo jsme si vyhradili v ZD. Tuto fázi je možné rovněž několikrát opakovat, podle toho, pro kolik kol předběžných nabídek se rozhodneme*."

45. Ve výzvě k podání předběžných nabídek zadavatel v bodě VI.1.10 uvedl, že: *„si vyhrazuje právo nejednat o předběžných nabídkách a zadat veřejnou zakázku na základě předběžné nabídky.*

46. Předně považuji za vhodné uvést, že samotné stanovení výhrady dle ustanovení § 61 odst. 8 zákona a její aplikace je výhradním právem zadavatele. Důvodová zpráva uvádí, že zadavatel si může v zadávací dokumentaci vyhradit, že se jednání nemusí uskutečnit: „*Důvodem k takovému postupu může být snaha motivovat dodavatele k předložení výhodných podmínek již v předběžných nabídkách, neboť dodavatelé nebudou mít jistotu, zda k jednání dojde či nikoli. O tom, zda této volby využije, se zadavatel rozhodne až po podání předběžných nabídek*.“ Účelem této výhrady je mj. šetřit čas zadavatele v zadávacím řízení a „přinutit“ dodavatele, aby podali nejvýhodnější nabídky již v rámci svých předběžných nabídek. Tento názor potvrzuje i odborná literatura: *„Jak uvádí důvodová zpráva, uvedením výhrady dle komentovaného odstavce 8 může zadavatel účastníky zadávacího řízení motivovat k podání co nejvýhodnějších „nabídek“ již ve fázi předběžných nabídek.“* (ŠEBESTA, Milan, NOVOTNÝ, Petr, MACHUREK, Tomáš, DVOŘÁK, David a kol. § 61 [Postup v řízení]. In: ŠEBESTA, Milan, NOVOTNÝ, Petr, MACHUREK, Tomáš, DVOŘÁK, David a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2022, s. 489.).

47. Otázku, zda si zadavatel může vyhradit právo o předběžných nabídkách nejednat a tuto výhradu aplikovat, tedy považuji za vyřešenou kladným způsobem (podrobněji k tomu také viz níže v rámci vypořádání jednotlivých námitek).

48. V posuzované věci je nicméně nutné přihlédnout i k dalším úkonům, které zadavatel v průběhu zadávacího řízení učinil. Tyto úkony totiž mohou mít vliv na aplikaci uvedené výhrady. Zadavatel teoreticky může svým dalším jednáním výhradu přímo vyloučit nebo utvrdit účastníky zadávacího řízení v tom, že výhradu neuplatní, a nepřímo tak potvrdí „klasické a standardní“ tříkolové JŘSU (žádosti o účast, podání předběžné nabídky a podání finální nabídky). Tyto další úkony zadavatele je tedy nutné podrobit přezkumu s ohledem na základní zásady dle ustanovení § 6 zákona.

49. Ze správního spisu vyplývá, že zadavatel odeslal dodavatelům celkem čtyři vysvětlení zadávací dokumentace (3. 7., 12. 7., 14. 7., a 18. 7. 2023).

50. Ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 4 ze dne 18. 7. 2023 (dále jen „**VZD č. 4**“) zadavatel k dotazu č. 1 týkajícímu se dodací lhůty uvedl, že: *„Dodací lhůty jsou stanoveny na základě předběžných tržních konzultací. Další detaily* ***budou diskutovány*** *v rámci jednání*

o předběžných nabídkách. Zadavatel oznamuje, že objednávky budou uzpůsobeny tak, aby reflektovaly provozní i časové možnosti při zachování součinnosti objednatele."

51. Ve VZD č. 4 zadavatel k dotazu č. 4 ohledně návrhu záboru uvedl, že: *„Navrhované řešení může být akceptováno, **detailní diskuze proběhne** v rámci jednání o předběžných nabídkách."*

52. Dotaz č. 9. vysvětlený v rámci VZD č. 4 byl následující: *„V průběhu prohlídky místa plnění poskytnul Objednatel informaci, že návrhy smluv **budou předmětem jednání** v další fázi výběrového řízení, kdy cílem má být dosaženo ekonomicky výhodnější nabídky. Prosíme o potvrzení výše uvedeného nebo další vysvětlení. Podle odpovědi bychom případně adresovali návrhy/dotazy k dalším odstavcům Smlouvy ještě před podáním předběžné nabídky."* Zadavatel odpověděl, že: *„Návrhy smluv **budou předmětem jednání** o předběžných nabídkách dodavatelů. V rámci těchto jednání může dojít k jejich úpravám, pokud se na nich dodavatelé se zadavatelem shodnou a povedou k dosažení vylepšené nabídky. Zadavatel pak přiloží upravená znění smluv k výzvě pro podání upravených předběžných/finálních nabídek."*

53. Ve VZD č. 4 zadavatel k dotazu č. 12 ohledně školení s certifikátem na dobu neurčitou uvedl, že: *„Školení zaměstnanců na dobu neurčitou je standardním požadavkem Letiště Praha a je běžnou praxí u dodávaných technologií. Tento **požadavek může být předmětem jednání** o předběžných nabídkách.*

54. Ve VZD č. 4 zadavatel k dotazu č. 16 týkajícímu se odstranění požadavku na CT rentgen vybavený detekčním algoritmem APID uvedl, že: *„Tento **požadavek bude případně předmětem** jednání o předběžných nabídkách."* (pozn. zvýraznění v citovaném textu provedena předsedou Úřadu)

55. K požadavku na prodloužení lhůty pro podání předběžných nabídek (uvedeným jako dotaz č. 19) zadavatel ve VZD č. 4 uvedl, že: *„Žádný z dotazů nevede ke změně zadávací dokumentace. S ohledem na předcházející vysvětlení č. 1, 2 a 3 zadavatel lhůtu pro podání předběžných nabídek nebude prodloužena."*

56. Z uvedeného přehledu odpovědí zadavatele na dotazy dodavatelů (konkrétně odpovědi na dotazy č. 1, 4, 9) lze na základě jazykového výkladu seznat, že zadavatel potvrdil, že bude jednat o předběžných nabídkách. Slovní spojení „**budou diskutovány**", „**detailní diskuse proběhne**" a „**budou předmětem jednání**" lze zcela jednoznačně chápat jako vyjádření vůle zadavatele, že o předběžných nabídkách bude jednat. Na VZD č. 4 lze hledět jako na problematické, neboť vzkazuje dodavatelům, že se bude jednat o předběžných nabídkách, i když má zadavatel zákonným způsobem upravenou výhradu o předběžných nabídkách nejednat. Užitými spojeními však zadavatel vyjádřil takovou míru konkrétnosti, že nelze pochybovat o tom, že hodlá uskutečnit jednání o předběžných nabídkách, a to i přes výhradu v zadávací dokumentaci o nich nejednat. Nelze po (potenciálních) účastnících zadávacího řízení rozumně požadovat, aby si vysvětlení zadavatele přes jeho explicitní vyjádření museli interpretovat tak, že v kombinaci s výhradou znamenají, že o předběžných nabídkách se nebude muset konat jednání (k tomu opět viz níže v rámci vypořádání jednotlivých námitek).

57. V rámci odpovědí na dotazy č. 12 a 16 zadavatel uvedl méně výslovné vyjádření, když užil slovní spojení „**požadavek může být předmětem jednání**" a „**požadavek bude případně předmětem jednání**". Ve vztahu k posledním dvěma zmíněným slovním spojením lze rovněž

konstatovat, že i ta existenci jednání o předběžných nabídkách spíše připouštějí, když konkrétní požadavek sice může/nemusí být předmětem jednání, ale to, že by samotné jednání nemělo být provedeno, z nich výslovně nevyplývá. Zadavatel rovněž neformuloval své odpovědi tak, že „pokud by jednal o nějaké otázce pak…". Podmiňovacím způsobem by zadavatel dal dodavatelům jasně najevo, že se jednat nemusí a taková formulace by v dodavatelích nebyla s to vzbudit ujištění, že o předběžných nabídek proběhne jednání a že výhrada dle § 61 odst. 8 zákona nebude aplikována.

58. Navrhovatel a vybraný dodavatel podali ve lhůtě pro podání předběžných nabídek své předběžné nabídky. Zadavatel účastníkům zadávacího řízení neodeslal výzvu k podání nabídek a následně rozhodl o výběru mj. na základě výhrady, tedy bez jednání o předběžných nabídkách.

59. V zadávacím řízení je nutné dodržovat základní zásady dle ustanovení § 6 zákona. Dle konstantní judikatury správních soudů platí, že: „*K porušení zásady transparentnosti zadávacího řízení může dojít tehdy, pokud by v zadavatelově postupu byly shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným nebo nepřehledným, případně jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele.*"[3]

60. Zákon v § 98 jednak vysvětluje možnosti dodavatelů jak a kdy požádat zadavatele o vysvětlení zadávací dokumentace a jednak stanoví postup zadavatele při podávání takovýchto vysvětlení a stanoví možnosti zadavatele změnit zadávací dokumentaci na základě poskytnutého vysvětlení (viz § 98 odst. 5 zákona). Lze se ztotožnit se zadavatelem, že zadávací podmínky, týkající se výhrady nejednat, explicitně nezměnil. Zvolený druh zadávacího řízení však výslovně počítá s jednáním o nabídkách a i v případě, že si zadavatel vyhradil možnost o nabídkách nejednat, nabízí se oběma stranám po celou dobu dvě možné varianty postupu po podání předběžných nabídek. S nimi obě strany pracují, a to jak při kalkulaci nabídkových cen či dalších hodnoticích kritérií, tak s možností případné obrany proti zadávacím podmínkám, které jdou nad rámec minimálních technických podmínek (dle aktuálního znění zákona také pravidel pro hodnocení nabídek dle § 115 zákona), které jediné nelze v jednací fázi řízení změnit – k tomu viz § 62 odst. 11 zákona. Lze tedy předpokládat jiný postup dodavatelů v případě, kdy stále zůstávají v nejistotě, zda zadavatel k jednání přistoupí či nikoliv, protože pak je rozumné počítat s variantou přísnější, tedy variantou nejednání o nabídkách, a jiný postup v případě, kdy jsou zadavatelem ujišťováni, že jednání proběhne. Úřad v napadeném rozhodnutí pracuje s úvahou, že pokud je v zadávací dokumentaci výhrada uvedena, musí dodavatelé vždy pracovat s variantou přísnější. Tato úvaha je správná, pokud zadavatel nedá dodavatelům rozumné důvody si myslet, že ji nevyužije.

61. Zadavatel je povinen dodržovat v rámci celého zadávacího řízení základní zásady. Odpověďmi na dotazy ve VZD č. 4 mohl zadavatel vzbudit minimálně u jednoho z dodavatelů důvodné očekávání, že se o předběžných nabídkách bude určitě jednat. Za účelem zaručit dodržení zásady transparentnosti je důležité, aby veškeré úkony, které zadavatel činí, nemohly uvést některé potenciální dodavatele v omyl. Mám však za to, že obrana navrhovatele je v tomto případě důvodná. Jakkoliv ani zadavatel nemůže před obdržením předběžných nabídek bez

[3] Např. rozsudek NSS č. j. 5 Afs 131/2007 ze dne 12. 5. 2008.

dalšího vědět, zda budou nabídky natolik výhodné, že bude namístě využít avizovanou výhradu, musí takové nejistotě přizpůsobit své postupy (odpovědi) v zadávacím řízení.

62. Nejzásadněji mají jeho kroky dopad do rozsahu nutnosti vysvětlovat si s dodavateli zadávací podmínky. Například Dotaz č. 9. vysvětlený v rámci vysvětlení zadávací dokumentace č. 4 zněl: *„V průběhu prohlídky místa plnění poskytnul Objednatel informaci, že návrhy smluv budou předmětem jednání v další fázi výběrového řízení, kdy cílem má být dosaženo ekonomicky výhodnější nabídky. Prosíme o potvrzení výše uvedeného nebo další vysvětlení.* ***Podle odpovědi bychom případně adresovali návrhy/dotazy k dalším odstavcům Smlouvy ještě před podáním předběžné nabídky.“*** Přičemž zadavatel odpověděl, že: ***„Návrhy smluv budou předmětem jednání*** *o předběžných nabídkách dodavatelů. V rámci těchto jednání může dojít k jejich úpravám, pokud se na nich dodavatelé se zadavatelem shodnou a povedou k dosažení vylepšené nabídky. Zadavatel pak přiloží upravená znění smluv k výzvě pro podání upravených předběžných/finálních nabídek.“* Dále pak ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 4 zadavatel k dotazu č. 16, týkajícímu se odstranění požadavku na CT rentgen vybavený detekčním algoritmem APID uvedl, že: *„Tento požadavek bude případně předmětem jednání o předběžných nabídkách.“* Z uvedeného je patrné, že navrhovatel měl výhrady vůči některým smluvním podmínkám, či vůči zadávacím podmínkám, ale byl zadavatelem odkázán na to, že o daných otázkách proběhne diskuse. Z pohledu navrhovatele tak nebylo důvodu takové zadávací podmínky dále rozporovat, neboť předpokládal, že budou předmětem jednání a mohou doznat změn.

63. Zde odkazuji na rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 15. 1. 2024, sp. zn. ÚOHS-R0147/2023/VZ, č.j. ÚOHS-01612/2024/163, kde jsem se zabýval i otázkou předčasnosti námitek. V odkazovaném rozhodnutí zadavatel sice neměl stanovenou výhradu o předběžných nabídkách nejednat, ale zabýval jsem se zde otázkou předčasnosti uplatněných námitek navrhovatele (body 64-68 odůvodnění odkazovaného rozhodnutí). Postupy dodavatelů se tedy při obraně vůči zadávacím podmínkám mohou v JŘSU lišit podle toho, zda panuje či nepanuje jistota o jednání o nabídkách.

64. Zadavatel byl v rámci výše uvedeného dotazu výslovně upozorněn, že na jeho odpovědi záleží další postup navrhovatele. Jiná odpověď zadavatele tedy mohla vést také navrhovatele k jinému postupu v zadávacím řízení, tedy buď k žádosti o další vysvětlení či k podání námitek. Je třeba upozornit, že úvaha o netransparentnosti postupu zadavatele není postavena na této jedné odpovědi, ale (jak bylo uvedeno výše), zadavatel takto reagoval na několik dotazů navrhovatele. V situaci, kdy JŘSU je voleno právě pro svou možnost jednat o nabídkách, je třeba takováto ujištění zadavatele posuzovat přísněji, pokud jde o naplnění zásady transparentnosti v rámci zadávacího řízení.

65. Proto tedy v postupu zadavatele shledávám prvky netransparentnosti takové intenzity, že zadávací řízení činí hůře kontrolovatelným a vzbuzujícím pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele vedoucím právě k výběru vybraného dodavatele na základě předběžné nabídky. Pro vyjasnění však je třeba uvést, že zadavateli není podsouván úmysl zvolit jednoho konkrétního dodavatele, ale je mu vytýkána nedostatečná transparentnost jeho kroků ohledně ochoty jednat o předběžných nabídkách vůči potenciálním dodavatelům, čemuž tito (resp. minimálně navrhovatel) nemohli adekvátně přizpůsobit své další úkony.

66. Nemohu se tak ztotožnit s názorem Úřadu, že nedošlo ze strany zadavatele k porušení zásad uvedených v § 6 zákona, když uplatnil výhradu dle § 61 odst. 8 zákona, neboť navrhovatel neměl možnost jednat o svých návrzích na modifikaci zadávacích podmínek a následně dle výsledku jednání upravit svou nabídku, ale například i svoji nabídkovou cenu (pokud by zadavatel byl ochoten o nabídkové ceně jednat), ačkoli mu zadavatel sdělil, že se jednání o předběžných nabídkách uskuteční.

67. S ostatními námitkami navrhovatele se ve vztahu ke stanovení a aplikování výhrady dle § 61 odst. 8 zákona neztotožňuji. Navrhovatel má sice pravdu v tom, že výhrada představuje výjimku z pravidla (jednací části JŘSU), ale o její míře užití zákon, odborná literatura, ani judikatura nehovoří, resp. ji v současné době nijak neomezuje. Jinými slovy, pokud si zadavatel výhradu vnese do svých zadávacích podmínek a rozhodne o jejím uplatnění, pak postupuje v souladu se zákonem. Zákon nestanoví zadavateli žádné limity jejího užití či dokonce nadužívání výhrady. Samozřejmě smyslem JŘSU je jednání o předběžných nabídkách, ale zákon pamatuje na situace, kdy zadavatel může dospět k závěru, že další jednání je skutečně neúčelné a nehospodárné, a proto mu dává nástroj, jak se zákonným způsobem dalšímu jednání vyhnout (pokud si tento nástroj stanovil již v zadávací dokumentaci). Za takové rozhodnutí nese odpovědnost výhradně zadavatel a jen zadavatel si musí zohlednit přínosy a rizika takového postupu, tj. zadat veřejnou zakázku na základě výhrady bez dalšího jednání o předběžných nabídkách. Výhodnost či nevýhodnost nabídkové ceny není pro šetření Úřadu relevantní, neboť takové kritérium použití výhrady není v zákoně stanoveno. To nic nemění na tom, že zadavatel má povinnost postupovat s péčí řádného hospodáře a sám si musí sám zhodnotit, jestli je takový jeho postup v souladu s péčí řádného hospodáře, budoucí finanční kontroly, vnitřního auditu atp. Pokud tedy zadavatel nazná, že je pro něj hospodárnější už dále nejednat i za (potenciálně) cenu vyšší nabídkové ceny v předběžné nabídce oproti finální nabídce, pak je to jeho výhradní rozhodnutí, za které nese plnou odpovědnost. Je nicméně nutné upozornit i na skutečnost, že nikde není stanoveno, že nabídková cena ve finální nabídce musí být vždy nižší než v předběžné nabídce. Jednání o předběžných nabídkách tedy v některých specifických případech vyústit i v nabídkovou cenu vyšší nebo cenu stejnou, neboť nabídka může být zlepšena v jiných parametrech, které s sebou však ponesou zvýšení nabídkové ceny. Jednání o předběžných nabídkách tedy není zárukou toho, že nutně dojde ke snížení nabídkové ceny.

68. Nelze se rovněž ztotožnit s názorem navrhovatele, že Úřad má tuto výjimku (výhradu) z pravidla vykládat restriktivně. Zákon ani odborná literatura nebo judikatura o restriktivním výkladu nehovoří. Zákonodárce dal zadavatelům možnost vybrat vítěznou nabídku již na základě podání předběžných nabídek, pokud si zadavatel tuto možnost vyhradí dle zákona v zadávací dokumentaci. Navrhovatel má jistě pravdu v tom, že smyslem JŘSU je jednat a že většina JŘSU je zpravidla tříkolová, tj. obsahující i část, kde se jedná o předběžných nabídkách a poté dojde k výzvě k podání finálních nabídek. Nicméně jak zmiňuje i již citovaná důvodová zpráva[4] (bod 46 odůvodnění tohoto rozhodnutí): „*Zadavatel si může také v zadávací dokumentaci vyhradit, že se jednání nemusí uskutečnit. O tom, zda této volby využije, se zadavatel rozhodne až po podání předběžných nabídek. Cílem samotného jednání by pak mělo být zlepšení nabídek tak, aby zadavatelé měli možnost pořizovat plnění, která budou plně uzpůsobena jejich potřebám*.“ Pokud zákon výslovně připouští zadavateli možnost stanovit

[4] Důvodová zpráva k zákonu č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (konkrétně k § 61).

si tuto výhradu a zároveň nestanoví žádné limity jejího aplikování, pak Úřad nemůže vytvářet nové limity aplikování a zadavateli nutit jejich naplnění. Navrhovatel tedy s ohledem na shora uvedené nemá pravdu ani v tom, že by zadavatel musel nějak detailně zdůvodňovat, proč o předběžných nabídkách nejednal, i když dle názoru navrhovatele jsou nabídky (co se týče nabídkové ceny) velmi podobné s cenovým rozdílem jen 1,6 % (cca 4 miliony Kč). S odhlédnutím od dalšího postupu zadavatele v přezkoumávaném zadávacím řízení by zadavatel v mezích zákona pouze aplikoval zákonnou výhradu o tom, že v rámci JŘSU nemusí jednat o předběžných nabídkách.

69. Navrhovatel může sice dovozovat, že by další jednání nebyla bezpředmětná a že by zadavatel mohl jednáním o předběžných nabídkách ušetřit další miliony Kč, nicméně z pohledu Úřadu a dozoru nad dodržováním zákona není tato úvaha relevantní. Úřad nemá pravomoc vstupovat do vnitřních myšlenkových pochodů zadavatele ve vztahu k nabídkové ceně takovým způsobem, aby závazně zadavateli říkal, že určitá nabídka (nabídková cena) je příliš vysoká a že dalším jednáním může zadavatel nabídkovou cenu zcela určitě snížit. Rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 4. 11. 2019, č. j.: ÚOHS-R143/2019/VZ-30042/2019/322/BVí, citované navrhovatelem, nemůže na těchto závěrech ničeho změnit. Citované rozhodnutí pouze potvrzuje tu skutečnost, že výhrada dle § 61 odst. 8 zákona v přeneseném smyslu upozorňuje dodavatele na to, že zadavatel o předběžných nabídkách nemusí jednat, pokud dospěje k závěru, že předběžné nabídky jsou pro něj natolik výhodné, že další jednání o nich by postrádalo smysl.

70. Neztotožňuji se proto ani s námitkou navrhovatele, že ze systematiky zákona, důvodové zprávy, komentáře i dřívějšího rozhodnutí předsedy Úřadu vyplývá, že předmětnou výhradu může zadavatel využít jen výjimečně, tedy v situaci, pokud by předběžná nabídka některého z dodavatelů byla natolik výhodná, že by jednání o předběžných nabídkách dalších dodavatelů bylo bezpředmětné.

71. Zadavatelům obecně lze doporučit, aby v JŘSU jednali o předběžných nabídkách, aby se pokusili dosáhnout svých cílů zlepšením podaných předběžných nabídek, Úřad ale nemá pravomoc je k tomuto postupu nutit. Pokud zadavatel využije výhradu dle § 61 odst. 8 zákona, Úřad přezkoumává postup zadavatele optikou zákona z hlediska dodržení základních zásad, což jsem učinil i v tomto případě.

K výroku I napadeného rozhodnutí

72. Výrokem I napadeného rozhodnutí Úřad v části správní řízení zastavil na základě § 257 písm. h) zákona, neboť v této části návrhu nebyly řádně a včas podány námitky. Úřad vyhodnotil část návrhové argumentace navrhovatele jako argumentaci směřující proti nepřiměřenosti lhůty pro podání předběžných nabídek, která byla součástí výzvy zadavatele k podání předběžných nabídek ze dne 27. 6. 2023 (str. 15 oddíl V. návrhu „*Nepřiměřeně krátká lhůta k podání předběžných nabídek*“).[5]

73. Úřad dovodil, že námitka navrhovatele směřovala proti stanovené délce lhůty pro podání předběžných nabídek, tj. proti zadávací podmínce, přičemž pro její uplatnění u zadavatele stanoví zákon v § 242 odst. 4 lhůtu do skončení lhůty pro podání předběžných nabídek. V šetřeném případě byla lhůta pro podání předběžných nabídek stanovena do 26. 7. 2023.

[5] Pozn. předsedy Úřadu.

Navrhovatel výše uvedenou námitku prvně uplatnil v rámci námitek ze dne 7. 9. 2023, je tak zřejmé, že tuto námitku navrhovatel neuplatnil ve lhůtě stanovené v § 242 odst. 4 zákona.

74. V rozkladové argumentaci se navrhovatel proti tomuto posouzení vymezil, konkrétně uvedl, že: „… *se nikdy nedomáhal zrušení úkonu zadavatele spočívajícího ve stanovení lhůty k podání předběžných nabídek (tj. výzvy k podání předběžných nabídek, resp. její části). Navrhovatel pouze jako podpůrný argument (přitěžující okolnost) uvedl, že úkon zadavatele spočívající ve výběru dodavatele na základě předběžné nabídky je nezákonný mj. proto, že lhůta pro podání předběžné nabídky byla nepřiměřeně krátká. A to zejména v situaci, kdy se zadavatel dodatečně rozhodl, že dodavatele vybere již na základě předběžných nabídek.*“

75. Po posouzení věcného obsahu návrhu a jeho struktury konstatuji, že Úřad danou námitku vyhodnotil správně. Z návrhu dle mého názoru skutečně vyplývá, že jeho část směřuje proti nepřiměřeně krátké lhůtě pro podání předběžných nabídek, která byla součástí výzvy zadavatele k podání předběžných nabídek ze dne 27. 6. 2023. Nebylo tak chybou, že se Úřad zabýval otázkou, zda byly námitky podány řádně a včas i ve vztahu k „nepřiměřeně krátké lhůtě k podání předběžných nabídek“. Z argumentace Úřadu jasně vyplývá, jaké datum bylo rozhodné pro podání námitek proti tomuto úkonu, resp. do jakého data šlo námitky podat, aby byly podány včas. Sdílím tedy názor Úřadu, že v této části návrhu nebyly podány námitky včas, pročež konstatuji, že Úřad rozhodl ve výroku I napadeného rozhodnutí v danou chvíli správně.

76. I přes uvedené ztotožnění se s názorem Úřadu ve výroku I a jeho odůvodnění, jsem musel rozhodnout o zrušení výroku I napadeného rozhodnutí, a to v návaznosti na zrušení napadeného rozhodnutí v meritu věci a s ohledem na vyjádření vůle navrhovatele v rozkladu. Pokud navrhovatel sám v rozkladu poukazuje na to, že neměl v úmyslu napadat nepřiměřenost krátké lhůty (úkon zadavatele – výzva k podání předběžných nabídek) a sám vnímá tuto argumentaci jako podpůrnou, dotvářející jeho základní argumentaci, brojící proti tomu, že zadavatel o předběžných nabídkách nejednal a že zadavatel tím pádem postupoval nezákonně, pak není účelné ani hospodárné návrh navrhovatele rozdělit i po zrušení a vrácení věci Úřadu k novému projednání. Dle vyjádření navrhovatele se návrhem domáhal zrušení rozhodnutí zadavatele o výběru vybraného dodavatele a dalších navazujících úkonů. Z rozkladové argumentace navrhovatele vyplývá, že nepřiměřeně krátkou lhůtu k podání předběžných nabídek nevnímá jako námitku, která by mu způsobovala újmu (na rozdíl od námitky, že zadavatel nejednal o předběžných nabídkách). Akceptuji tedy tvrzení navrhovatele, že jeho námitka ve vztahu k nepřiměřeně krátké lhůtě pro podání předběžných nabídek je podpůrným argumentem dotvářející jeho základní argumentaci, respektujíc jeho výslovně vyjádřenou vůli. V dalším řízení tedy není nutné k této návrhové námitce přistupovat odděleně a Úřad může rozhodnout o celém návrhu, který směřuje proti rozhodnutí zadavatele o výběru vybraného dodavatele a dalším navazujícím úkonům, aniž by byl vystaven nebezpečí tvrzení procesní vady spočívající v nerozhodnutí o celém návrhu.

Shrnutí

77. Zadavatel má pravdu, když tvrdí, že jednání o předběžných nabídkách není povinné, obzvláště pokud si vyhradil na základě zákona možnost o nich nejednat. Nicméně s ohledem na obsah VZD č. 4 došlo k tomu, že zadavatel svým postupem nedodržel zásadu transparentnosti, když minimálně v jednom z dodavatelů vyvolal oprávněný předpoklad, že se o předběžných

nabídkách bude dále jednat, a následně o předběžných nabídkách nejednal. Pokud si zadavatel vyhradí možnost o předběžných nabídkách nejednat, pak má na uvedenou výhradu samozřejmě právo, a tedy dodavatelé by měli podat předběžné nabídky perfektní (pokud to složitost a povaha předmětu veřejné zakázky připouští), neboť mohou očekávat, že se o nich nemusí jednat. Nicméně pokud jsou dalším postupem zadavatele porušeny základní zásady zákona (v tomto případě zásada transparentnosti) a zároveň alespoň v hypotetické rovině kroky zadavatele u některého z dodavatelů způsobí „uvedení v omyl“, pak Úřad musí proti tomuto nezákonnému jednání zasáhnout. Pokud dodavatel na základě vyjádření zadavatele důvodně předpokládá jednání o předběžných nabídkách, pak zadavatel o nich jednat musí a nemůže výhradu uplatnit. Úřad neupírá zadavateli možnost vyhradit si výjimku ani ji aplikovat, ale zadavatel musí vnímat zadávací řízení komplexně ve vzájemných souvislostech.

78. Je třeba upozornit, že každý případ je třeba posuzovat individuálně a že ne každá odpověď zadavatele v JŘSU musí mít nutně stejné následky jako v tomto případě. Zadavatelům lze obecně doporučit pouze to, aby přesněji formulovali své odpovědi na žádosti o vysvětlení zadávací dokumentace, případně aby přímo uvedli, že uvedeným vysvětlením zadávací dokumentace nedochází k výluce výhrady nejednat o předběžných nabídkách.

79. Na základě výše uvedeného se tak nemohu ztotožnit se závěry Úřadu uvedenými v napadeném rozhodnutí, kde Úřad uvedl, že pokud si zadavatel v šetřeném případě v zadávací dokumentaci, konkrétně v bodě 11. 10 zadávací dokumentace, vyhradil možnost nejednat o podaných předběžných nabídkách a zadat rámcovou dohodu již na základě předběžné nabídky, a následně tuto výhradu i aplikoval, postupoval tak zcela v souladu s § 61 odst. 8 větou první zákona, které zadavateli předmětné právo přiznává, a navrhovatel tak měl svoji nabídku koncipovat ve světle výhrady dle § 61 odst. 8 zákona a stejně tak měl interpretovat veškerá vysvětlení zadávací dokumentace.

VII. K trvání zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení

80. Úřad rozhodnutím sp. zn. ÚOHS-S0619/2023/VZ, č. j. ÚOHS-45263/2023/500 ze dne 14. 11. 2023 nařídil z moci úřední předběžné opatření, jímž zadavateli zakázal do pravomocného skončení tohoto správního řízení uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku. Z důvodu právní jistoty upozorňuji zadavatele na skutečnost, že nařízené předběžné opatření doposud nepozbylo účinnosti a trvá i po vydání tohoto rozhodnutí o rozkladu navrhovatele.

VIII. Závěr

81. Po zvážení všech aspektů dané věci jsem dospěl k závěru, že napadené rozhodnutí je nezákonné z důvodu nesprávného posouzení věci Úřadem. Protože tuto jeho nezákonnost nebylo možné napravit přímo v řízení o rozkladu změnou napadeného rozhodnutí podle § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu, jelikož by tím navrhovateli hrozila újma z důvodu ztráty možnosti odvolat se (podat rozklad), nastaly podmínky podle § 152 odst. 6 písm. a) správního řádu ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) téhož zákona pro zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání. Úřad se v jeho rámci bude řídit závazným právním názorem, který je vyjádřen v tomto 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

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

Obdrží

1. Letiště Praha, a. s., K Letišti 1019/6, 161 00 Praha
2. Kochman, advokátní kancelář s.r.o., Belgická 276/20, 120 00 Praha 2
3. Servis Musil, s.r.o., Ringhofferova 115/1, 155 21 Praha 5

Vypraveno dne

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