



UOHSX00JXU1V

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0087/2024/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-26307/2024/162

Brno 4. 7. 2024

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 9. 5. 2024, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem –

- **statutární město Jihlava**, IČO 00286010, se sídlem Masarykovo náměstí 97/1, 586 01 Jihlava, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-17512/2024/500 ze dne 29. 4. 2024, vydanému ve správním řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0229/2024/VZ ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Pístovské rybníky - řešení technického stavu, rybník Lukáš**“ ve zjednodušeném podlimitním řízení, které bylo zahájeno uveřejněním výzvy k podání nabídek na profilu zadavatele dne 9. 11. 2023, jehož dalšími účastníky jsou –
- navrhovatel – **KAVYL, spol. s r.o.**, IČO 49975358, se sídlem Mohelno 563, 675 75 Mohelno, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 11. 3. 2024 Mgr. Bc. Ivo Nejezchlebem, advokátem, ev. č. ČAK 11253, se sídlem Joštova 138/4, 602 00 Brno a
- vybraný dodavatel – **SPH stavby s.r.o.**, IČO 26230470, se sídlem Průmyslová 1414, 593 01 Bystřice nad Pernštejnem,

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

I.

Výrok I rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0229/2024/VZ, č. j. ÚOHS-17512/2024/500 ze dne 29. 4. 2024 podle § 152 odst. 6 písm. a) ve spojení s § 152 odst. 5 a § 90 odst. 1 písm. c) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů

m ě n í m

tak, že nově zní:

Zadavatel – statutární město Jihlava, IČO 00286010, se sídlem Masarykovo náměstí 97/1, 586 01 Jihlava – při zadávání veřejné zakázky „Pístovské rybníky - řešení technického stavu, rybník Lukáš“ ve zjednodušeném podlimitním řízení, které bylo zahájeno uveřejněním výzvy k podání nabídek na profilu zadavatele dne 9. 11. 2023, porušil zásadu transparentnosti **a zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace** zakotvené v § 6 odst. 1 a 2 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, když při hodnocení nabídek ve smyslu ust. § 119 odst. 1 cit. zákona v rámci dílčího hodnoticího kritéria B. „Zkušenosti realizačního týmu“ nepřidělil navrhovateli – KAVYL, spol. s r.o., IČO 49975358, se sídlem Mohelno 563, 675 75 Mohelno – za jím předložené referenční veřejné zakázky člena realizačního týmu prokazující zkušenosti s protlakem žádná body s odůvodněním, že cit. navrhovatel u předmětných referenčních zakázek uvedl namísto požadovaného rozměru vnitřního průměru potrubí („DN“) vnější průměr potrubí („D“), ačkoliv cit. zadavatel za totožné referenční zakázky přidělil kladné bodové hodnocení jinému účastníkovi zadávacího řízení – AQUASYS spol. s r.o., IČO 25344447, se sídlem Jamská 2488/65, 591 01 Žďár nad Sázavou – a měl tak za to, že předmětné referenční zakázky splňují požadavky zadávací dokumentace, v důsledku čehož se stal postup zadavatele nečitelným, přičemž tento postup mohl ovlivnit výběr dodavatele, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

II.

Výroky II, III a IV rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0229/2024/VZ, č. j. ÚOHS-17512/2024/500 ze dne 29. 4. 2024 podle § 152 odst. 6 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – statutární město Jihlava, IČO 00286010, se sídlem Masarykovo náměstí 97/1, 586 01 Jihlava (dále jen „zadavatel“) – zahájil dne 9. 11. 2023 uveřejněním výzvy k podání nabídek na profilu zadavatele podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek,

v rozhodném znění (dále jen „**zákon**“), zjednodušené podlimitní řízení za účelem zadání veřejné zakázky s názvem „Pístovské rybníky - řešení technického stavu, rybník Lukáš“ (dále jen „**veřejná zakázka**“ nebo „**zadávací řízení**“).

2. Dne 2. 2. 2024 zadavatel uveřejnil prostřednictvím profilu zadavatele oznámení o výběru dodavatele SPH stavby s.r.o., IČO 26230470, se sídlem Průmyslová 1414, 593 01 Bystřice nad Pernštejnem (dále jen „**vybraný dodavatel**“) z téhož dne. Proti tomuto rozhodnutí podal navrhovatel – KAVYL, spol. s r.o., IČO 49975358, se sídlem Mohelno 563, 675 75 Mohelno, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 11. 3. 2024 Mgr. Bc. Ivo Nejezchlebem, advokátem, ev. č. ČAK 11253, se sídlem Joštova 138/4, 602 00 Brno (dále jen „**navrhovatel**“) – námitky ze dne 15. 2. 2024, které zadavatel rozhodnutím ze dne 1. 3. 2024 (dále jen „**rozhodnutí o námitkách**“) odmítl.
3. Vzhledem k tomu, že se navrhovatel s rozhodnutím o námitkách neztotožnil, podal dne 11. 3. 2024 návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele z téhož dne (dále jen „**návrh**“) k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“). Návrh směřuje proti údajnému pochybení, kterého se měl zadavatel dopustit při hodnocení nabídky navrhovatele dle dílčího hodnoticího Kritéria B. Zkušenosti realizačního týmu a jeho podkritéria 02 nazvaného „Zkušenost člena realizačního týmu s protlakem“ (dále jen „**podkritérium 02**“). Navrhovatel má přitom zato, že zadavatel v této souvislosti posoudil jeho nabídku znevýhodňujícím, netransparentním a nepřezkoumatelným způsobem. Dne 11. 3. 2024, kdy Úřad obdržel návrh, bylo v souladu s § 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 o přezkoumání úkonů zadavatele.

II. Napadené rozhodnutí

4. Dne 29. 4. 2024 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0229/2024/VZ, č. j. ÚOHS-17512/2024/500, jehož výrokem I rozhodl o tom, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky porušil zásadu transparentnosti zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona, když při hodnocení nabídek ve smyslu ust. § 119 odst. 1 zákona v rámci podkritéria 02 nepřidělil navrhovateli za jím předložené referenční veřejné zakázky člena realizačního týmu prokazující zkušenosti s protlakem žádné body s odůvodněním, že navrhovatel u předmětných referenčních zakázek uvedl namísto požadovaného rozměru vnitřního průměru potrubí („DN“) vnější průměr potrubí („D“), ačkoliv zadavatel za totožné referenční zakázky přidělil kladné bodové hodnocení jinému účastníkovi zadávacího řízení a měl tak za to, že předmětné referenční zakázky splňují požadavky zadávací dokumentace, v důsledku čehož se stal postup zadavatele nečitelným, přičemž tento postup mohl ovlivnit výběr dodavatele, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.
5. Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele Úřad výrokem II napadeného rozhodnutí podle § 263 odst. 2 zákona zrušil úkony zadavatele spojené s hodnocením nabídek zachycené v písemné zprávě o hodnocení nabídek, která tvoří přílohu č. 1 oznámení o výběru dodavatele ze dne 2. 2. 2024, a to včetně oznámení o výběru dodavatele, jehož schválení je zachyceno v Usnesení Rady města Jihlavy č. 1790/24-RM přijatém na její 39. schůzi konané dne 1. 2. 2024.

6. Výrokem III napadeného rozhodnutí Úřad zadavateli uložil podle § 263 odst. 8 zákona až do pravomocného skončení správního řízení vedeného Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-S0229/2024/VZ zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku.
7. Výrokem IV napadeného rozhodnutí Úřad zadavateli uložil uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.

III. Rozklad zadavatele

8. Proti napadenému rozhodnutí podal zadavatel rozklad, který byl Úřadu doručen dne 9. 5. 2024. Vzhledem k tomu, že zadavatel obdržel napadené rozhodnutí dne 29. 4. 2024, byl rozklad podán včas.

Námítky rozkladu

9. V první části rozkladu zadavatel brojí proti skutečnosti, že Úřad nezastavil správní řízení o návrhu navrhovatele podle § 257 písm. d) a e) zákona. Zadavatel je totiž přesvědčen o tom, že v situaci, kdy mu nebyl ze strany navrhovatele doručen stejnopis návrhu včetně dokladu o složení kauce a dokladu o doručení námitek, byl zkrácen na svých právech, neboť se domníval, že návrh tyto součásti vůbec neměl, a tomu přizpůsobil své vyjádření k návrhu.
10. Zadavatel je přesvědčen, že v zadávacím řízení postupoval plně v souladu se zákonem a zadávacími podmínkami. Úřad dle jeho názoru provedl nesprávné právní posouzení věci a úspěch navrhovatele ve věci založil na výkladu rozsudků soudů, který je v zásadním rozporu se zásadou transparentnosti, zásadou zákazu diskriminace a zásadou rovného zacházení.
11. Nosnou část svého rozkladu zadavatel staví na námitce, že údaje z nabídek pro účely hodnocení – vnitřní průměr potrubí v rámci hodnocených referenčních zakázek – nelze doplňovat, a to ani v případě, kdy se jedná o na první pohled zřejmý, lehce popsateľný a zřejmě i lehce vysvětlitelný nedostatek nabídky. Zadavatel dále upozorňuje na fakt, že navrhovatel by v šetřeném případě nemohl údaje pro účely hodnocení vysvětlit tak, aby zároveň nedošlo k zakázanému doplnění údajů pro účely hodnocení nabídek. Pokud by navrhovatel potvrdil, že údaje uvedené ve vzorové tabulce skutečně představují údaje o vnějším průměru potrubí, obdržel by v daném kritériu nula bodů. Pokud by uvedl, že namísto chybných údajů o vnějším průměru potrubí mají být uvedeny stejné údaje, avšak o vnitřním průměru potrubí, z pohledu zadavatele se rovněž jedná o zakázané doplnění údajů pro účely hodnocení nabídek, neboť údaj o vnitřním průměru potrubí nebyl v nabídce navrhovatele obsažen, a doplnit jej nelze.

Závěr rozkladu

12. Závěrem svého rozkladu zadavatel předsedovi Úřadu navrhuje, aby napadené rozhodnutí změnil tak, že se návrh zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření, resp. aby napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

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 byl podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumán soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy, jakož i správnost napadeného rozhodnutí, ta však toliko v rozsahu námitek uplatněných v rozkladu, přičemž s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl předseda Úřadu k následujícímu závěru.
15. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je v něm uvedeno, rozhodl správně a s výhradou níže uvedenou také v souladu se zákonem. Ke změně výroku I napadeného rozhodnutí došlo z důvodu potřeby doplnění výslovného odkazu na zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace dle § 6 odst. 2 zákona, k jejímuž porušení v šetřeném zadávacím řízení rovněž došlo. Ačkoliv došlo ke změně výroku I napadeného rozhodnutí stran otázky, zda zadavatel porušil zákon, bylo Úřadu v rozsahu výroku I napadeného rozhodnutí dáno zapravdu. Výroky II až IV napadeného rozhodnutí jsou výroky závislémi na výroku I, proto byly v nynějším rozhodnutí o rozkladu rovněž potvrzeny. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které byl rozklad zamítnut.

V. K námitkám rozkladu

16. První část rozkladu zadavatele směřuje proti tomu, že Úřad nepřistoupil k zastavení správního řízení poté, co navrhovatel doručil zadavateli návrh bez jeho povinných součástí dle třetí věty § 251 odst. 1 zákona – dokladu o složení kauce a dokladu o doručení námitek zadavateli.
17. V obecné rovině lze uvést, že povinnost zastavit správní řízení vzniká Úřadu jen při naplnění zákonných podmínek dle § 257 zákona, přičemž zadavatel se konkrétně domáhá důvodu zastavení řízení dle § 257 písm. d) a e) zákona. V souladu s § 257 písm. d) zákona se jedná o situaci, kdy k návrhu zasílanému Úřadu navrhovatel nepřipojí doklad o doručení námitek zadavateli. Se situací, kdy tuto povinnou přílohu navrhovatel neučiní součástí stejnopisu návrhu zaslání zadavateli, se však tento důvod pro zastavení správního řízení nepojí. Současně nelze shledat ani naplnění podmínek dle § 257 písm. e) zákona, neboť navrhovatel doručil návrh Úřadu i zadavateli ve lhůtách stanovených zákonem. Zadavatel proti nedodržení těchto lhůt ani nijak nebrojí.
18. Zadavatel svou konkrétní argumentaci směřuje na obranu tvrzeného legitimního očekávání spočívajícího v tom, že jestliže jemu doručení stejnopisu návrhu neobsahoval povinné součásti, byl přesvědčen, že takový návrh není perfektní a Úřad z tohoto důvodu přistoupí k zastavení správního řízení. Veden tímto závěrem tak zadavatel podle svých tvrzení mohl například záměrně omezit své vyjádření k návrhu na tyto procesní okolnosti namísto toho, aby se vyjádřil k věcné podstatě případu. S takovým náhledem na věc se však nelze ztotožnit. Úřad dle § 257 písm. d) může zastavit správní řízení tehdy, když k návrhu zasílanému Úřadu není připojena povinná příloha. Aby zadavatel mohl získat legitimní očekávání, že bude řízení zastaveno, muselo by ze správního spisu být patrné, že Úřadu nebyl doručen návrh s příslušnou přílohou. Jak byl návrh zasílán zadavateli, je pro aplikaci § 257 písm. d) zákona zcela nerozhodné. To plyne už z jeho samotného textu.

19. Smyslem § 251 odst. 2 zákona, tedy povinnosti doručení stejnopisu návrhu zadavateli, je zajistit, že zadavatel bude poté, co odmítl námitky účastníka zadávacího řízení, informován o běhu blokační lhůty dle § 246 odst. 1 písm. c) a d) zákona, tzn. že nepřistoupí k uzavření smlouvy bezprostředně po uplynutí lhůty pro podání návrhu na zahájení řízení o přezkoumání jeho úkonů. Úřad v této souvislosti vhodně odkázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 4. 2013, č. j. 1 Afs 2/2013-46, který rozlišuje rozdílný účel doručení návrhu na zahájení řízení Úřadu a doručení stejnopisu návrhu zadavateli tak, že smyslem doručení návrhu Úřadu je zahájení správního řízení, kdežto doručení stejnopisu návrhu zadavateli má za úkol jej bezprostředně informovat o tom, že návrh byl podán, aby z toho zadavatel mohl vyvodit důsledky pro svůj další postup v zadávacím řízení.
20. Je zcela na uvážení zadavatele, jakým způsobem a v jakém rozsahu své vyjádření k návrhu koncipuje. V duchu zásady *vigilantibus iura scripta sunt* lze očekávat, že zadavatel se již z procesní opatrnosti vyjádří ke všem relevantním okolnostem, které v návrhu zazní. Jestliže by se omezil toliko na konstatování důvodů pro zastavení řízení, nelze to pokládat za důsledek jeho legitimního očekávání, ale za odraz jeho procesní (ne)aktivity. Nutno podotknout, že se zadavatel ve svém vyjádření k návrhu podrobným způsobem vyjádřil i k věcné stránce šetřeného případu, přičemž netvrdí, zda vůbec a jakým konkrétním způsobem své vyjádření k návrhu v důsledku absentujících dokladů omezil. Jeho tvrzení o důsledcích dovozeného legitimního očekávání zastavení správního řízení tak zůstávají v ryze teoretické rovině.
21. Argumentace zadavatele, že by mu měl být návrh zasílán včetně všech příloh, aby mohl uplatnit své právo vyjádřit se k celému obsahu návrhu, nedává smysl také s přihlédnutím k ustanovení § 251 odst. 5 zákona, které mu umožňuje uvádět rozhodné skutečnosti ještě ve lhůtě 15 dnů ode dne doručení oznámení o zahájení řízení. Dostane-li se tedy k zadavateli návrh bez jeho příloh, na které návrh odkazuje, může zadavatel nahlédnout do správního spisu a v pohodlném časovém prostoru se k obsahu těchto příloh vyjádřit.
22. Dále lze poukázat na skutečnost, že navrhovatel v návrhu uvádí, že přílohu návrhu tvoří i doklad o složení kauce na účet Úřadu (blíže srov. bod 6 části I návrhu a seznam důkazů uvedený na konci části I návrhu). Ačkoli tedy stejnopis návrhu tento doklad neobsahoval, mohl si zadavatel na základě obsahu návrhu učinit úsudek o tom, že tvořil součást samotného návrhu. Navrhovatel v návrhu rovněž uvedl datum doručení námitek zadavateli. S ohledem na to, že zadavatel námitky vyřizoval, muselo mu být zřejmé, zda je tato informace uvedená v návrhu pravdivá, či nikoliv. Pokud by měl zadavatel důvodnou pochybnost, že navrhovatel neuvádí datum doručení námitek pravdivě, mohl opět nahlédnout do správního spisu a ověřit si, jaký doklad o doručení námitek navrhovatel k návrhu přiložil.
23. Pro úplnost lze uzavřít, že smysl § 251 odst. 2 zákona byl v šetřené věci naplněn i přes to, že stejnopis návrhu doručovaný zadavateli neobsahoval doklady dle věty třetí § 251 odst. 1 zákona. Zadavatel byl informován o skutečnosti, že v souvislosti s veřejnou zakázkou byl podán návrh na přezkoumání jeho úkonů a ve stanovené lhůtě se k návrhu vyjádřil. Pro naplnění těchto práv zadavatele byla fyzická přítomnost dotčených dokladů ve zprávě zasílané zadavateli irelevantní.

K dalším námitkám rozkladu

24. Podstatou šetřeného případu je otázka dodržení zákonem předepsaných postupů ve vztahu k hodnocení nabídek. Úřad v bodu 88 napadeného rozhodnutí uzavřel, že „*zadavatel při hodnocení nabídky navrhovatele porušil zásadu transparentnosti zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona, když při hodnocení nabídek ve smyslu ustanovení § 119 odst. 1 zákona v rámci dílčího hodnotícího kritéria B. „Zkušenosti realizačního týmu“ nepřidělil navrhovateli za jím předložené referenční veřejné zakázky člena realizačního týmu prokazující zkušenosti s protlakem žádné body s odůvodněním, že navrhovatel u předmětných referenčních zakázek uvedl namísto požadovaného rozměru vnitřního průměru potrubí („DN“) vnější průměr potrubí („D“), ačkoliv zadavatel za totožné referenční zakázky přidělil jinému účastníkovi zadávacího řízení, konkrétně dodavateli AQUASYS, kladné bodové hodnocení a měl tak za to, že předmětné referenční zakázky splňují požadavky zadávací dokumentace. Ve svém důsledku tedy zjevně totožné referenční zakázky byly zadavatelem hodnoceny odlišně, a to aniž by byly patrné pravé důvody jeho jednání, pročež se postup zadavatele stal nečitelným“.*
25. V Písemné zprávě o hodnocení nabídek zadavatel ve vztahu k hodnocení nabídky navrhovatele dle podkritéria 02 uvedl, že navrhovatel „*u předmětné referenční zakázky uvedl u parametru č. 1 rozměr potrubí v D, tedy vnější průměr potrubí, nikoliv požadovaný vnitřní průměr, tedy DN. Z uvedeného důvodu bylo přiděleno ref. zakázce ČRT 0 dílčích bodů, jelikož ze Seznamu nevyplývaly údaje, z nichž bylo jednoznačné splnění požadavků zadavatele na ref. zakázky“.* Zadavatel tedy navrhovateli neudělil žádné bodové ohodnocení, neboť navrhovatel dle jeho názoru nesplnil požadavky na vyplnění tabulky pro účely hodnocení v části týkající se vnitřního průměru potrubí u hodnocených referenčních zakázek. Jak je vidět z tabulky uvedené v bodu 42 napadeného rozhodnutí, navrhovatel skutečně u všech pěti referenčních zakázek uvedl „DN potrubí“ ve formě D + číselný údaj, což v odborných kruzích může skutečně implikovat, že navrhovatel namísto vnitřního průměru potrubí (pro jehož označení se používá značka DN) uvedl údaj o vnějším průměru (pro který se používá značka D). Potud by se tedy posouzení zadavatele mohlo jevit jako správné.
26. Problematickým se však stává ve světle údajů uvedených v nabídce jiného účastníka zadávacího řízení – AQUASYS spol. s r. o., IČO 25344447, se sídlem Jamská 2488/65, 591 01 Žďár nad Sázavou (dále jen „**účastník AQUASYS**“). Ten totiž ve své nabídce uvedl totožné referenční zakázky, ovšem s tím rozdílem, že číselné údaje o průměru potrubí označil značkou DN, tedy tak, že se jedná o vnitřní průměr. Nad tuto skutečnost on i navrhovatel přiložili ke svým nabídkám osvědčení o realizaci dotčených referenčních zakázek, která byla také takřka totožná. Ani tato osvědčení vzniklou situaci nijak neosvětlují, neboť údaje v nich uvedené ne vždy korespondují s údaji, které uvedli oba účastníci ve svých nabídkách. Pro názornost může sloužit tato tabulka:

Název referenční zakázky	Údaje z nabídky navrhovatele	Údaje z nabídky účastníka AQUASYS	Údaje z osvědčení o referenční zakázce
Bratislava – řízený podvrt pod řekou	D 500	DN 500	DN 500 (v názvu zakázky), D 500 (v popisu zakázky)
Kanalizace a ČOV Řepiště, I. etapa	D 508	DN 508	D 508

Staré Jesečany – protlak pod vodním tokem a tratí ČD	D 700	DN 700	D 700
REKO VTL plynovod DN 700	D 700	DN 700	DN 700
Bernolákovo – Senec, rekonstrukce vodovodního potrubí III. etapa	D 600	DN 600	DN 600

27. Zadavatel měl tedy k totožným referenčním zakázkám k dispozici vzájemně rozporné údaje, přičemž z dokumentace zadávacího řízení není nijak seznatelné, jakým způsobem zadavatel tento rozpor posoudil, jak jej vyřešil a jak nakonec došel k závěru, že účastníkovi AQUASYS udělí za čtyři z pěti referenčních zakázek body, kdežto navrhovateli nikoli. Pouhá skutečnost, že účastník AQUASYS v tabulce použil požadované označení DN, a navrhovatel označení D, nemůže obstát, neboť zadavateli muselo být již na základě osvědčení objednatelů zřejmé, že problém je mnohem závažnější – jednotlivé údaje nekorespondují, náhodně se rozcházejí a náhodně shodují.
28. Pro příklad může posloužit referenční zakázka s názvem „Bratislava – řízený podvrt pod řekou“. Navrhovatel u této zakázky uvedl údaj „D 500“, což napovídá, že se jedná o hodnotu vnějšího průměru potrubí. Účastník AQUASYS uvedl údaj „DN 500“, což je v souladu s požadavky zadavatele (jde o vnitřní průměr), nicméně tento údaj neodpovídá osvědčení, v němž je uvedeno „D 500“. Nabízí se tedy otázka, jestli účastník AQUASYS předložil údaje odpovídající skutečnosti a k jakému ze dvou možných průměrů se vlastně číselná hodnota 500 vztahuje. Nad to z osvědčení o realizaci této referenční zakázky vyplývají rozdílné údaje – jak DN 500, tak i D 500. Všechny tyto úvahy jsou vedeny v ryze teoretické rovině, neboť je nyní na zadavateli, aby si v této věci učinil úsudek. Před provedením hodnocení musí být postaveno najisto, zda, a které nabídky odpovídají zadávacím podmínkám a jsou způsobilé k hodnocení, jaké hodnoty mají být předmětem hodnocení, a zda nejsou naplněny důvody pro vyloučení některých účastníků. Jestliže takový závěr nelze na základě údajů v nabídkách učinit, je zadavatel povinen přistoupit k objasnění příslušných nabídek ve smyslu § 46 zákona. Jedná se tedy o situaci, kdy se z možnosti požadovat objasnění nabídky dle § 46 zákona stává povinnost zadavatele, jak judikoval Krajský soud v Brně ve svém rozsudku ze dne 6. 10. 2011, č. j. 62 Af 50/2010-104, na který odkazuje Úřad v bodu 83 napadeného rozhodnutí.
29. Vzhledem k tomu, že tak neučinil, zatížil zadavatel související postupy vadou netransparentnosti. Současně se dopustil porušení zásady rovného zacházení ve vztahu k účastníkům zadávacího řízení, což vyplývá přímo z výroku I napadeného rozhodnutí (před změnou provedenou tímto rozhodnutím o rozkladu), neboť účastníkovi AQUASYS udělil bodové ohodnocení, a navrhovateli nikoli, ačkoli se oba nacházeli ve srovnatelném postavení – nabídky obou vykazovaly nejasnosti, které byl zadavatel povinen odstranit. Vzhledem k těmto okolnostem bylo potřeba i porušení této zásady uvést přímo ve výroku rozhodnutí. Proto byl výrok i napadeného rozhodnutí změněn.
30. Ke konkrétním námitkám rozkladu pak lze uvést následující. Pochybení zadavatele nespočívá v tom, že nevyzval navrhovatele k doplnění jeho nabídky pouze proto, že špatně vyplnil tabulku pro účely hodnocení. Jak vyplývá z napadeného rozhodnutí a ze shora uvedeného, celý

proces posouzení a hodnocení nabídek dle podkritéria 02 v souvislosti s nabídkou navrhovatele a nabídkou účastníka AQUASYS vykazuje znaky netransparentnosti, které nakonec vyústily v porušení zásady rovného zacházení. Rozpor nabídky navrhovatele s požadavky zadavatele (v souvislosti s údaji o průměru potrubí referenčních zakázek pro účely hodnocení) je jen jedním z aspektů této netransparentnosti.

31. Je pravdou, že zadavatel výslovně požadoval, aby účastníci v tabulce uvedli údaj o vnitřním průměru potrubí (DN). Je také pravdou, že navrhovatel předmětné hodnoty označil značkou D, která slouží pro označení vnitřního průměru. K této okolnosti se však v šetřeném případě připojila skutečnost, že totožné údaje, jen se správnou značkou, uvedl i jiný účastník zadávacího řízení. Jestliže zadavatel tuto okolnost bez dalšího přešel, aniž by se hlouběji zamyslel nad tím, kdo má tedy pravdu, je možné, že přidělil body někomu, komu neměl a nepřidělil je někomu, komu měl. Taková situace je zcela proti smyslu férové soutěže o veřejnou zakázku, jakož i se zásadou hospodárného nakládání s veřejnými prostředky.
32. Je pochopitelné, že zadavatel spoléhá na profesionalitu účastníků zadávacího řízení a jejich odpovědnost za sestavení vlastní nabídky. Na druhou stranu je zde ustálená rozhodovací praxe správních soudů a Úřadu připouštějící, že při vyhotovování nabídek může docházet k administrativním pochybením a účastníci by za ně neměli být nepřiměřeně penalizováni. S vědomím účelu zákona, kterým je zachování co nejširší hospodářské soutěže a s tím související zájem na co nejvyšším počtu nabídek v zadávacím řízení, je třeba k uplatňování postihů za nedostatky nabídek účastníků přistupovat vždy obezřetně. Zjevná, lehce odstranitelná administrativní pochybení v nabídkách, jakož ani nejasnosti, které na první pohled vyvolávají dojem, že se účastník ve své nabídce dopustil chyby formálního charakteru (např. chyba v psaní), by takový důvod neměla představovat. Tento přístup neznamená „ochranu dodavatele, který není schopen dodržet požadavky zadavatele“, jak se zadavatel domnívá, nýbrž uplatnění zásady přiměřenosti dle § 6 odst. 1 zákona.
33. Z rozkladu je patrná obava zadavatele týkající se objasňování a doplňování údajů, které mají být předmětem hodnocení, a u nichž je takové doplňování nepřijatelné. Ustanovení § 46 odst. 2 zákona skutečně výslovně připouští, že nabídka může být na základě žádosti doplněna pouze o údaje, doklady, vzorky nebo modely, které nebudou hodnoceny podle kritérií hodnocení. Jedná se o zákaz materiální změny nabídky, za kterou lze v první řadě považovat věcnou změnu obsahu či rozsahu nabízeného plnění včetně změn podmínek jeho plnění (např. lhůta plnění či způsob realizace). Prostřednictvím takové změny by se totiž účastník mohl snažit napravit neprokázání podmínek účasti v zadávacím řízení tím, že by nově nabídl plnění odlišné od plnění původního, nevyhovujícího. Ve druhé řadě jde o zákaz změny hodnocených údajů, jehož smyslem je pochopitelné zamezení situacím, kdy by se účastník prostřednictvím těchto změn snažil o dosažení výhodnějšího postavení při hodnocení, neboť za pomoci informací získaných po podání nabídky by tímto způsobem mohl se svou nabídkou manipulovat tak, aby dosáhl výhodnějšího hodnocení.
34. Zákon však zadavateli nijak nezakazuje požádat prostřednictvím postupu dle § 46 odst. 1 i o objasnění hodnocených údajů či dokladů. V situaci, v jaké se zadavatel nacházel – když neměl jistotu o tom, jaké údaje z nabídky navrhovatele odpovídají skutečnosti – mu nic nebránilo požádat navrhovatele o jejich objasnění, a to i v situaci, kdy existovala čistě hypotetická možnost, že navrhovatel svou nabídku objasní, resp. upraví, nedovoleným způsobem, tedy v rozporu s § 46 odst. 2 zákona.

35. V této souvislosti zadavatel v bodu 12 svého rozkladu polemizuje nad tím, že ať by navrhovatel svou nabídku objasnil jakkoli, bude důsledkem buď nulové ohodnocení nebo zakázané doplnění nabídky. S touto argumentací nelze souhlasit. Závěr o tom, zda prostřednictvím objasnění nabídky dochází k její materiální změně, resp. změně hodnocených údajů, je zadavatel schopen učinit až na základě obsahu takového objasnění, tedy ve světle informací, které mu účastník sdělí. Nelze předem předpokládat, o jaké informace se bude jednat a jaký vliv by mohly mít na obsah nabídky. V případě, že by zadavatel dovodil, že podání účastníka způsobilo porušení výše popsaných limitů, jednalo by se o nepřipustnou změnu nabídky a z tohoto objasnění by při hodnocení nabídek zadavatel vycházet nemohl. Jestliže by se jednalo o opravu zjevné a snadno vysvětlitelné administrativní chyby, mohla by být taková oprava ze strany zadavatele přijata, jestliže z jiných okolností zadávání šetřené veřejné zakázky neplyne, že mohlo dojít k ohrožení či porušení základních zásad zadávání.
36. Tímto druhým případem by teoreticky mohlo být právě objasnění ve smyslu toho, že namísto „*chybných údajů o vnějším průměru potrubí mají být uvedeny stejné údaje, avšak o vnitřním průměru potrubí*“, jak popisuje zadavatel v rozkladu. Ostatně v takovém případě by nedocházelo ani k doplnění hodnoceného údaje: tím je totiž pouze údaj, jakou zakázku účastník zadávacího řízení realizoval, nikoliv údaj o DN potrubí. Účastník získává body za to, že realizoval referenční zakázku odpovídající požadavkům zadavatele, nikoliv za to, že správně obsah plnění této referenční zakázky popíše. Údaj o DN tak v zadávací dokumentaci plní funkci kontrolního údaje: účastník zadávacího řízení uvedením tohoto údaje zadavatele ujišťuje o tom, že referenční zakázka splňuje jeho požadavky. Není tedy například předmětem hodnocení, kdo realizoval zakázku s větším vnějším průměrem potrubí.
37. Námitky, kterými zadavatel směřuje proti zákonnosti postupu dle § 46 zákona v šetřeném případě, je tedy třeba odmítnout.
38. Dále se zadavatel vymezuje proti odkazu Úřadu na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 6. 10. 2011, č. j. 62 Af 50/2010-104. Skutečnost, že tento rozsudek byl vydán za účinnosti předchozí právní úpravy zadávání veřejných zakázek, není na překážku aplikaci jeho závěrů na nyní šetřený skutkový stav. Rovněž zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách obsahoval ve svém § 76 odst. 3 možnost požádat účastníka zadávacího řízení o vysvětlení nabídky či doplnění dokladů, přičemž § 46 zákona tuto možnost převzal a konkretizoval. Oba zákony stojí na totožných základních zásadách, a nic tedy v zásadě nebrání tomu, aby relevantní závěry předchozí judikatury, korigované ve světle případných nuancí nové právní úpravy, byly aplikovatelné i na nyní přezkoumávané případy. Dále není možné souhlasit s tím, že by závěry tohoto rozsudku nebylo možné zohlednit z důvodu zcela odlišného skutkového stavu. Rovněž dotčený rozsudek Krajského soudu v Brně se vztahuje na postupy zadavatele související s objasňováním hodnocených údajů, jak vyplývá např. z tohoto odstavce na straně 8 rozsudku: „*Zadavatel musí mít po podání nabídek najisto postaveno, zda nabídky vyhovují zadávacím podmínkám či nikoli a jaké hodnoty mají být v rámci hodnocení nabídek hodnoceny; zadavatel tedy musí mít spolehlivý podklad pro svůj jednoznačný závěr, zda nabídka může být úspěšně posouzena či nikoli (§ 76 ZVZ) a jak má být hodnocena (§ 79 ZVZ).*“
39. Zadavatel dále polemizuje nad důsledky závěru, kdy Úřad v napadeném rozhodnutí dovodil jeho povinnost vyzvat navrhovatele k objasnění jeho nabídky na základě údajů zjištěných z nabídky jiného účastníka. Pro ilustraci uvádí teoretický případ, kdy by dva účastníci uvedli ve svých nabídkách pro účely hodnocení totožné referenční zakázky, přičemž jeden by

je vymezil v podrobnostech požadovaných zadavatelem a druhý pouze pomocí názvů. Zadavatel se zamýšlí nad tím, zda by mu i v takovém případě vznikla povinnost požádat druhého účastníka o objasnění jeho nabídky. Dále by mohla existovat nabídka třetího účastníka, který by uvedl zcela jiné referenční zakázky, ovšem také pouze jejich názvy. Zadavatel se domnívá, že povinnost vyzvat by mu na základě napadeného rozhodnutí vznikla pouze vůči druhému účastníkovi, a je přesvědčen, že jej napadené rozhodnutí nutí porušovat základní zásady zadávání veřejných zakázek.

40. Tak tomu ovšem není a zadavatel si sám v rozkladu vlastně odpovídá. Své postupy musí vždy zvažovat ve světle základních zásad, a pokud má pocit, že jím zvolený postup těmto zásadám neodpovídá, měl by jej ve vlastním zájmu přehodnotit. Jestliže by došel k závěru, že neudělení bodového ohodnocení třetímu účastníkovi modelového případu porušuje zásadu rovného zacházení – tzn. že se tento účastník nacházel ve srovnatelném postavení jako druhý (vyzvaný) účastník – musel by i jej vyzvat k objasnění jeho nabídky. Současně je potřeba mít na zřeteli zájem na co nejširší soutěži relevantních dodavatelů a důsledky neadekvátního vylučování, resp. udělování nulového bodového ohodnocení, které by bylo v rozporu se zásadou přiměřenosti. Závěry, které zadavatel vyvodí z toho, že se účastník ve své nabídce dopustí chyby, by měly být vždy posouzeny právě v poměru k této zásadě.
41. V bodu 13 rozkladu zadavatel tvrdí, že ačkoli zjevně totožné referenční zakázky byly z jeho strany hodnoceny odlišně, měl k tomu legální důvod. Domnívá se, že nedošlo k porušení zásady rovného zacházení, „*neboť u každého účastníka zadávacího řízení byly hodnoceny pouze ty údaje, které daný účastník uvedl ve vzorové tabulce*“. S tímto tvrzením nelze souhlasit. Jak bylo uvedeno shora, rovněž nabídka účastníka AQUASYS vykazovala v souvislosti s referenčními zakázkami pro účely hodnocení rozporu mezi údaji v tabulce a údaji v osvědčeních o jejich realizaci. Zadavatel však tomuto účastníkovi přidělil bodové ohodnocení, aniž by tyto skutečnosti reflektoval. Rovněž zásada transparentnosti byla tedy v šetřeném případě významně narušena, jak je popsáno v napadeném rozhodnutí a výše v tomto rozhodnutí o rozkladu.

VI. Závěr

42. Zadavatel v šetřeném případě postupoval v rozporu se základními zásadami zadávání veřejných zakázek, konkrétně se zásadou transparentnosti a rovného zacházení a zákazu diskriminace. V situaci, v níž se nacházel, byl povinen postupovat v souladu s § 46 zákona a odstranit všechny nejasnosti, které panovaly ohledně údajů, které měl být hodnoceny v rámci podkritéria 02. Aby mohlo být provedeno hodnocení nabídek v souladu se zákonem, musí mít zadavatel spolehlivý podklad pro jednoznačný závěr o tom, jestli hodnocená reference splňuje požadavky zadavatele. To však v šetřeném případě nenastalo a Úřad postupoval správně, pokud uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení úkonů zadavatele spojených s provedeným hodnocením.
43. Z uvedeného důvodu bylo napadené rozhodnutí v rozsahu výroků II – IV potvrzeno a podaný rozklad zamítnut.
44. Co se týče změny výroku I napadeného rozhodnutí, došlo pouze k výslovnému uvedení porušení zásady rovného zacházení přímo do tohoto výroku. Tímto způsobem nedošlo k újmě na právu zadavatele odvolat se, jak předvídá § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu, neboť

porušení této zásady prostupovalo odůvodněním napadeného rozhodnutí ještě před touto ryze formální změnou výroku I napadeného 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. Statutární město Jihlava, Masarykovo náměstí 97/1, 586 01 Jihlava
2. Mgr. Bc. Ivo Nejezchleb, advokát, Joštova 138/4, 602 00 Brno
3. SPH stavby s.r.o., Průmyslová 1414, 593 01 Bystřice nad Pernštejnem,

Vypraveno dne

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