



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Davida Rause, Ph.D. a soudců Mgr. Petra Šebka a JUDr. Jany Kubenové v právní věci žalobce: **RPIC-ViP s.r.o.**, se sídlem Ostrava – Mariánské Hory, Výstavní 2224/8, zastoupený Mgr. Petrem Burzanovským, advokátem se sídlem Praha 4 – Hrnčíře, K Safině 669, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, třída Kpt. Jaroše 7, za účasti: **Česká republika – Úřad práce České republiky**, se sídlem Praha 2, Karlovo náměstí 1, o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 21.6.2010, č.j. ÚOHS-R12/2010/VZ-9020/2010/310/PMo, a proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 11.2.2010, č.j. ÚOHS R 171/2009/VZ-2014/2010/310/JSI,

t a k t o :

- I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 21.6.2010, č.j. ÚOHS-R12/2010/VZ-9020/2010/310/PMo, se **zrušuje** a věc se **vrací** žalovanému k dalšímu řízení.
- II. V části, v níž se žalobce domáhá zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 11.2.2010, č.j. ÚOHS R 171/2009/VZ-2014/2010/310/JSI, se žaloba **odmítá**.
- III. Žalovaný **je povinen** zaplatit žalobci náhradu nákladů řízení ve výši 18 506,- Kč do tří dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám Mgr. Petra Burzanovského, advokáta se sídlem Praha 4 – Hrnčíře, K Safině 669.

IV. Osoba zúčastněná na řízení nemá právo na náhradu nákladů řízení.**O d ů v o d n ě n í :**

Žalobce brojí žalobou proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 21.6.2010, č.j. ÚOHS-R12/2010/VZ-9020/2010/310/PMo, kterým byl zamítnut rozklad a potvrzeno předchozí prvostupňové rozhodnutí žalovaného ze dne 18.1.2010, č.j. ÚOHS-S301/2009/VZ-15814/2009/540/VKu, a domáhá se jeho zrušení.

Zároveň se žalobce domáhá zrušení rozhodnutí žalovaného č.j.ÚOHS R 171/2009/VZ-2014/2010/310/JSI ze dne 11.2.2010, kterým byl v průběhu správního řízení před žalovaným zamítnut rozklad a potvrzeno předchozí prvostupňové rozhodnutí o zamítnutí návrhu na vydání předběžného opatření ze dne 16.11.2009, č.j. ÚOHS-S301/2009/VZ-14745/2009/540/VKu.

I. Podstata věci

Žalovaný zastavil řízení o přezkum postupu zadavatele při vyloučení žalobce ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku „Výběr dodavatele služeb na realizaci projektu: Start“ z toho důvodu, že nabídka obsahovala rozpor v údajích, který byl předmětem hodnocení v dílčím hodnotícím kritériu „akceptace smluvní povinnosti uchazeče vytvořit střediska pro účastníky projektu nad rámec základní povinnosti podle zadávací dokumentace“. Žalovaný dopěl k závěru, že vyloučení žalobce bylo v souladu se zákonem č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZVZ“).

II. Shrnutí žaloby

Žalobce namítá, že jeho vyloučení ze zadávacího řízení nebylo důvodné, neboť zadavatel byl objektivně schopen i bez bližší součinnosti se žalobcem po přečtení jeho nabídky opravit zjevnou početní chybu uvedenou v čl. 8.13. smlouvy, neboť z obsahu předchozích ustanovení nabídky i ustanovení následujících byl naprosto zřejmý úmysl žalobce jako uchazeče zavázat se ke zřízení nikoli 5, nýbrž 7 středisek nad rámec zadávací dokumentace. Rozpor, pro který byl žalobce vyloučen, považuje žalobce za zjevnou početní chybu, tedy „mechanické pochybení“, které byl zadavatel oprávněn opravit, což podle žalobce plyne z právního názoru vyplývajícího z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 7.4.2004, č.j. 2 A 7/2002-72, na který žalovaný odkazuje a dovozuje z něj opačný závěr, pro žalobce nepříznivý.

Žalobce mimo jiné odkazuje na čl. 3.3 smlouvy (jejího návrhu), kde se zavazuje k vytvoření 7 dalších středisek nad rámec požadavků zadávací dokumentace a nikoli k 5, jak je uvedeno v čl. 8.13. smlouvy (jejího návrhu) a na obsah kapitoly č. 12 nabídky k veřejné zakázce, kde je také uveden údaj „7“.

Dále žalobce argumentuje v tom směru, že podle § 76 odst. 3 ZVZ měl zadavatel možnost nechat si od žalobce vysvětlit zřejmé nejasnosti v obsahu nabídky a této možnosti měl pro dodržení zásad podle § 6 ZVZ i využít; s ohledem na okolnosti se nejednalo o „možnost“, jak nesprávně dovodil žalovaný, nýbrž o „povinnost“, neboť ve vztahu k dalšímu uchazeči, COFET, a.s., zadavatel postupoval podle § 59 odst. 4 ZVZ, které obsahuje shodnou „možnost“ ohledně prokazování kvalifikace, a uvedeného uchazeče podle tohoto ustanovení vyzval k doložení chybějících dokumentů. Jestliže tedy zadavatel v případě jednoho uchazeče využil „možnosti“ podle § 59 odst. 4 ZVZ, zatímco ve vztahu k žalobci nevyužil „možnosti“ podle § 76 odst. 3 ZVZ, jde o postup odporující zásadě „rovnosti účastníků“ podle § 6 ZVZ. Ve vztahu ke zjevné početní chybě, kdy žalobce namísto „7“ uvedl v čl. 8.13. smlouvy „5“, žalobce poukazuje též na to, že ještě před rozhodnutím zadavatele o vyřazení nabídky a vyloučení žalobce (rozhodnutí ze dne 22.9.2009) zaslal žalobce zadavateli přípis (ze dne 13.9.2009), v němž sám na uvedenou chybu upozornil a současně tuto chybu opravil, byť se tak stalo až po uplynutí lhůty pro podání nabídek.

Žalobce rovněž zpochybňuje argumentaci žalovaného (obsaženou v bodu 27. napadeného rozhodnutí), kterou odmítl žalobcovy námitky, které se týkaly žalobcova tvrzení, že i přes uvedenou početní chybu by žalobce splnil podmínky obsažené v zadávací dokumentaci a nebyl by dán důvod k jeho vyloučení. I pro případ, že by zadavatel nepovažoval uvedení počtu 5 středisek v čl. 8.13. smlouvy za zjevnou početní chybu, zavázal se žalobce ke zřízení celkem 11 středisek, a tedy k počtu většímu, než bylo požadováno zadávací dokumentací, a tedy jediným důsledkem pro žalobce mohlo být zhoršení jeho postavení při hodnocení nabídek, aniž by jeho nabídka mohla být vyřazena a žalobce vyloučen. V čl. 3.3. se žalobce zavázal ke zřízení „dalších 7 středisek nad rámec požadavků zadávací dokumentace“ a čl. 8.13. zní „*Dodavatel akceptuje nárok zadavatele na smluvní pokutu za nezajištění kontaktních míst a internetových kabinetů nad stanovený limit, ke kterému se zavázal, tj. ... Zadavatel stanovuje smluvní pokutu...*“. Z jazykového výkladu podle žalobce plyne, že spojení „...ke kterému se zavázal...“ odkazuje na předchozí část smlouvy či zadávací dokumentace, kde se žalobce již ke zřízení dotčených středisek zavázal a uvedl i konkrétní počet – v čl. 3.3 počet „7“).

Žalobce rovněž zpochybňuje postup žalovaného při rozhodování o návrhu na vydání předběžného opatření v průběhu správního řízení; jeho nařízení bylo jediným prostředkem k ochraně žalobcových práv. Žalobce v průběhu správního řízení navrhoval vydání předběžného opatření, kterým by byl zadavateli uložen zákaz uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku. Bez jeho vydání nebylo možné zvrátit výsledek zadávacího řízení, jakož i uzavření smlouvy mezi zadavatelem a následným vítězem zadávacího řízení. Lhůta, v níž zadavatel nemohl uzavřít smlouvu, podle § 111 odst. 5 ZVZ (ve znění účinném před 1.1.2010) uplynula dne 20.11.2009, avšak rozhodnutí žalovaného ve věci bylo vydáno až 18.1.2010 a žalobci doručeno dne 20.1.2010. I kdyby žalovaný rozhodl o tom, že zadavatel ZVZ porušil, v mezidobí by již byla smlouva na veřejnou zakázku uzavřena.

Ze shora uvedených důvodů, v žalobě podrobně argumentovaných, žalobce navrhuje napadené rozhodnutí ve věci samé i jemu předcházející rozhodnutí zrušit a věc vrátit žalovanému k dalšímu řízení.

Rovněž žalobce navrhuje zrušit rozhodnutí žalovaného č.j.ÚOHS R 171/2009/VZ-2014/2010/310/JSI ze dne 11.2.2010, kterým byl zamítnut rozklad a potvrzeno předchozí prvostupňové rozhodnutí o zamítnutí návrhu na vydání předběžného opatření ze dne 16.11.2009, č.j. ÚOHS-S301/2009/VZ-14745/2009/540/VKu.

Žalobce na svém procesním stanovisku setrval po celou dobu řízení před zdejším soudem – i v replice k vyjádření žalovaného i při jednání soudu.

III. Shrnutí vyjádření žalovaného

Žalovaný považuje žalobu za nedůvodnou a setrvává na svých závěrech, které prezentoval v napadeném rozhodnutí, na které odkazuje. K jednotlivým bodům žalobní argumentace se podrobně vyjadřuje shodně jako v napadeném rozhodnutí ve věci.

Žalovaný tedy navrhuje žalobu jako nedůvodnou zamítnout. I žalovaný setrval na svém procesním stanovisku po celou dobu řízení před zdejším soudem – i při jednání soudu.

IV. Posouzení věci

Žaloba byla podána osobou oprávněnou (§ 65 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní – „s.ř.s.“).

IV.1. K přezkumu rozhodnutí žalovaného ze dne 11.2.2010, č.j.ÚOHS R 171/2009/VZ-2014/2010/310/JSI

Pokud se žalobce částí své žalobní argumentace projevující se též v petitu žaloby domáhá zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 11.2.2010, č.j.ÚOHS R 171/2009/VZ-2014/2010/310/JSI, pak musel zdejší soud o tomto návrhu rozhodnout. V této části žaloby dospěl k závěru, že je nepřijatelná, a nebyla-li by nepřijatelná, byla by opožděná.

Napadáno je rozhodnutí, jímž byl zamítnut rozklad a potvrzeno prvostupňové rozhodnutí o zamítnutí žalobcova návrhu na vydání předběžného opatření. Předběžným opatřením se v průběhu správního řízení dočasně upravují poměry související se zadávacím řízením (ať už jde o rozhodování o zákazu uzavřít smlouvu podle § 117 odst. 1 písm. a/ ZVZ či o rozhodování o pozastavení řízení podle § 117 odst. 1 písm. b/ ZVZ) a svojí povahou jde o rozhodnutí povahy předběžné. Jde tedy o úkon žalovaného, který sice je rozhodnutím ve smyslu § 65 odst. 1 s.ř.s. (úkon, jímž se

zakládají, mění, ruší nebo závazně určují práva a povinnosti), avšak jde o úkon předběžné povahy, který je z přezkumu podle § 70 písm. b) s.ř.s. vyloučen. Je-li úkon z přezkumu vyloučen, pak je žaloba, která se domáhá jeho přezkoumání v řízení podle § 65 a násl. s.ř.s. (a jeho zrušení podle § 76 odst. 1 s.ř.s. nebo § 78 odst. 1 s.ř.s.), podle § 68 písm. e) s.ř.s. nepřípustná. Jde-li tedy o návrh nepřípustný, pak zdejší soud jej musel podle § 46 odst. 1 písm. d) s.ř.s. odmítnout.

V této části je tedy žaloba z právě uvedeného důvodu nepřípustná a v této její části byla odmítnuta.

Samostatným důvodem k jejímu odmítnutí, nebyla-li by žaloba nepřípustná, by ovšem byla i její opožděnost, a sice podle § 46 odst. 1 písm. b) s.ř.s. Podle zdejšího soudu, vnímá-li systematiku s.ř.s. a smysl zkoumání jednotlivých podmínek, za nichž lze řízení podle § 65 a násl. s.ř.s. vést, důvodu založenému na zjištění opožděnosti důvod založený na zjištění nepřípustnosti předchází. Žalobu podle § 65 a násl. s.ř.s. lze podat podle § 72 odst. 1 s.ř.s. do dvou měsíců poté, kdy rozhodnutí bylo žalobci oznámeno doručením písemného vyhotovení nebo jiným zákonem stanoveným způsobem, nestanoví-li zákon lhůtu jinou. Pro tento případ žádná jiná lhůta stanovena není, a proto se uplatní lhůta dvouměsíční. Jak plyne z údajů na doručence založené ve správním spisu, rozhodnutí ze dne 11.2.2010, č.j.ÚOHS R 171/2009/VZ-2014/2010/310/JSI bylo žalobci doručeno dne 15.2.2010. Dvouměsíční lhůta pro podání žaloby tedy uplynula dne 15.4.2010. Žaloba byla k poštovní přepravě podána až dne 6.8.2010, tedy po uplynutí uvedené dvouměsíční lhůty.

Přezkumem rozhodnutí ze dne 11.2.2010, č.j.ÚOHS R 171/2009/VZ-2014/2010/310/JSI, se tedy zdejší soud zabývat nemohl.

IV. 2. K přezkumu rozhodnutí žalovaného ze dne 21.6.2010, č.j. ÚOHS-R12/2010/VZ-9020/2010/310/PMo

Ve vztahu k rozhodnutí žalovaného ve věci (rozhodnutí ze dne 21.6.2010, č.j. ÚOHS-R12/2010/VZ-9020/2010/310/PMo) je žaloba přípustná (zejména § 65, § 68 a § 70 s.ř.s.) a včasná (§ 72 odst. 1 s.ř.s.).

V této části je žaloba důvodná.

Rozsah přezkumu soudu byl ve vztahu k napadenému rozhodnutí žalovaného ve věci podle § 75 odst. 2 věty první s.ř.s. vymezen v žalobě uplatněnými žalobními body.

Ze zadávací dokumentace (čl. 3) plyne, že projekt tvořící předmět veřejné zakázky bude realizován v 6 okresech (Bruntál, Frýdek-Místek, Karviná, Nový Jičín, Opava a Ostrava-město) a že povinností dodavatele je vytvořit v každém z uváděných okresů minimálně jedno středisko – kontaktní místo pro individuální schůzky a školení účastníků projektu.

Základním hodnotícím kritériem pro zadání veřejné zakázky byla ekonomická výhodnost nabídky, jedním z dílčích kritérií (váha 10%) byla akceptace smluvní povinnosti uchazeče vytvořit střediska pro účastníky projektu ve smyslu zadávací dokumentace nad rámec základní povinnosti dle zadávací dokumentace. Dodavatel tedy musel zřídit 6 středisek a zřízení dalších středisek nad tento počet bylo součástí hodnocení.

Z části 12 žalobcovy nabídky plyne, že žalobce nabídl 7 středisek nad rámec stanovený v zadávací dokumentaci.

Ze čl. 3.3 smlouvy (jejího návrhu, tvořícího součást nabídky od str. 188) plyne, že dodavatel (žalobce) vytvoří nad rámec požadavků zadávací dokumentace a v souladu se svou nabídkou 7 dalších středisek v Moravskoslezském kraji, která budou splňovat podmínky zadávací dokumentace.

V čl. 8.13 smlouvy je uvedeno, že dodavatel (žalobce) akceptuje nárok zadavatele na smluvní pokutu za nezajištění kontaktních míst a internetových kabinetů nad stanovený limit, ke kterému se zavázal, tj. 5.

Nabídka žalobce obsahující mimo jiné i smlouvu (její návrh) byla zadavateli doručena dne 17.8.2009. Dne 14.9.2009 byla zadavateli doručena žalobcova „Oprava zřejmé nesprávnosti v písemném vyhotovení nabídky“, v níž je uvedeno, že žalobce opravuje svoji nabídku, konkrétně chybu v psaní, resp. překlep v čl. 8.13 návrhu smlouvy, kde číslo 5 nahrazuje číslem 7. Dne 22.9.2009 zadavatel rozhodl o vyloučení žalobce.

Z podkladu rozhodnutí žalovaného i ze souhlasných tvrzení žalobce a žalovaného (a ostatně i samotného zadavatele) je nepochybné, že nabídka obsahovala nejasnost. Spornou otázkou tu je, jak měl zadavatel v případě zjištění takové nejasnosti postupovat a jaké měly být pro žalobce důsledky zjištění takové nejasnosti. Pro zodpovězení této otázky je třeba hledat odpověď na otázku, zda postup zadavatele, jehož potřebu žalobce dovozuje, by byl „vysvětlováním nabídky“ nebo „změnou nabídky“.

Podle § 82 odst. 2 věty druhé ZVZ uzavře zadavatel smlouvu v souladu s návrhem smlouvy obsažené v nabídce vybraného uchazeče. I kdyby se zdejší soud přiklonil k výkladu, že dílčí změny ve smlouvě oproti jejímu návrhu obsaženému v nabídce připustit lze, jistě by takové změny nebylo možné připustit pro případ podmínek, které by fakticky nerespektovaly výsledek zadávacího řízení, neboť by zasahovaly do pravidel, za nichž se nabídka uchazeče, s nímž je smlouva uzavírána, stala vítěznou. Již s ohledem na smysl zadávacích podmínek stanovených zadavatelem, smysl stanovení hodnotících kritérií a smysl hodnocení nabídek je třeba za nepřipustnou, a tedy odporující § 82 odst. 2 věty druhé ZVZ, považovat jakoukoli změnu ujednání, jež byla zadavatelem vymíněna v zadávacích podmínkách (a byla tak

součástí pravidel, za nichž podávali jednotliví uchazeči své nabídky) nebo jež byla předmětem hodnocení (a byla tak součástí pravidel nabídnutých vybraným uchazečem při respektování pravidel stanovených zadavatelem v zadávacích podmínkách).

V daném případě však zdejší soud neshledává, že by žalobce svým návrhem smlouvy hodlal prolomit podmínky stanovené zadavatelem, za nichž měly být nabídky hodnoceny. V daném případě tedy žalobce nepochybně nezamýšlel dosáhnout toho, aby smlouva, která by s ním pro případ úspěchu v zadávacím řízení byla uzavřena, nerespektovala požadavek zadavatele, aby vybraný uchazeč zřídil zadavatelem požadovaných 6 kontaktních míst. Z té části žalobcovy nabídky, kde jsou uváděny nabízené hodnoty pro hodnocení nabídek v jednotlivých dílčích hodnotících kritériích (část 12, str. 241 nabídky), jasně plyne, že žalobce ve čtvrtém dílčím hodnotícím kritériu (akceptace smluvní povinnosti uchazeče vytvořit střediska pro účastníky projektu ve smyslu zadávací dokumentace nad rámec základní povinnosti dle zadávací dokumentace) nabízel hodnotu „7“. Tomu odpovídá čl. 3.3 smlouvy (jejího návrhu, tvořícího součást nabídky od str. 188), podle kterého žalobce vytvoří nad rámec požadavků zadávací dokumentace a v souladu se svou nabídkou 7 dalších středisek v Moravskoslezském kraji, která budou splňovat podmínky zadávací dokumentace. Z toho podle názoru zdejšího soudu plyne, že žalobce skutečně zadavateli v tomto dílčím hodnotícím kritériu nabízel hodnotu „7“ nad požadavek stanovený zadavatelem, tedy nad požadavek na zřízení „6“ středisek.

Jestliže v čl. 8.13 smlouvy (jejího návrhu) uvádí číslovku „5“, pak jediné logickým vysvětlením tu skutečně je, že pochybil, což oprávněně mohlo u zadavatele vyvolat nejasnost. Tuto nejasnost to zřejmě také skutečně vyvolalo, neboť zadavatel v rozhodnutí o vyloučení žalobce z textu čl. 8.13 dovodil, že údaj tam obsažený, tj. „5“, neodpovídá žalobcově nabídce, v níž uvádí „7“, a tedy že jde o rozpor v údajích, který měl být hodnocen, a tedy logicky že mu není jasné, jaký údaj má vlastně hodnotit. V rozhodnutí o námitkách však zadavatel zřejmě nově dovodil, že údaj „5“ obsažený v čl. 8.13 smlouvy (jejího návrhu), měl vyloučit zadavatelův požadavek na zřízení „6“ středisek, neboť zadavatel v rozhodnutí o námitkách jasně odkazuje na požadavek na „6“ středisek, dále poukazuje na čl. 10.3 zadávací dokumentace, podle něhož nelze požadavky zadavatele nijak vyloučit či omezovat, a rozporem mezi „5“ a „6“ žalobce nesplnil požadavek plynoucí ze čl. 10.3 zadávací dokumentace. Tu již tedy zadavatel neuvádí, že by se jednalo o rozpor mezi hodnotami, které měly být hodnoceny („5“ nebo „7“), nýbrž o vyloučení zadavatelova požadavku obsaženého v zadávacích podmínkách („5“ nebo „6“).

Je tak zřejmé, že důvody, o které zadavatel opřel vyloučení žalobce, neodpovídají důvodům, o které pak opřel zdůvodnění správnosti tohoto vyloučení v rozhodnutí o námitkách. Kromě toho je zřejmé, že nabídka obsahovala nejasnost do té míry, že sám zadavatel měnil svůj závěr ohledně toho, co tato nejasnost způsobila, tj. zda způsobila nejednoznačné stanovení hodnoty, jež měla být předmětem hodnocení („7“), nebo nerespektování zadavatelova požadavku, nad který mělo být teprve hodnoceno („6“).

Kromě toho je zřejmé, že veškerá nejasnost byla vyvolána číslovkou „5“ v textu čl. 8.13 smlouvy (jejího návrhu) a že si této nejasnosti sám žalobce povšimnul a ještě před rozhodnutím o svém vyloučení se sám pokusil ji odstranit.

Podle § 76 odst. 3 ZVZ hodnotící komise může v případě nejasností požádat uchazeče o písemné vysvětlení nabídky. V žádosti hodnotící komise uvede, v čem spatřuje nejasnosti nabídky, které má uchazeč vysvětlit. Hodnotící komise nabídku vyřadí, pokud uchazeč nedoručí vysvětlení ve lhůtě 3 pracovních dnů ode dne doručení žádosti o vysvětlení nabídky, nestanoví-li hodnotící komise lhůtu delší.

Přestože spektrum nejasností, na něž dopadá § 76 odst. 3 ZVZ, může být široké, jeho aplikace přichází v úvahu tam, kde zadavateli, jednoduše řečeno, není zřejmé, „*jak to uchazeč svojí nabídkou konkrétně myslel*“. ZVZ zde předpokládá podobný mechanismus, jaký se uplatní v případě zjištění mimořádně nízké nabídkové ceny podle § 77 odst. 1 ZVZ s tím rozdílem, že zatímco v případě posléze uvedeného ustanovení je postup hodnotící komise tam uvedený postupem obligatorním, v případě § 76 odst. 3 ZVZ může hodnotící komise uvážit, zda uchazeče k písemnému vysvětlení nabídky vyzve či nikoli, a tedy se jedná o postup fakultativní. Tato volba by měla být učiněna až po důkladné úvaze ohledně povahy nejasností a jejich vlivu na možnost posouzení nabídky z pohledu ostatních požadavků (zejména z hlediska splnění zákonných požadavků a zadávacích podmínek) a na možnost hodnocení nabídek podle § 79 ZVZ.

Jestliže tedy žalovaný argumentuje tím, že postup podle § 76 odst. 3 ZVZ je postupem dobrovolným, pak s tím zdejší soud souhlasí a nutně vychází i z premisy, že zadávací řízení je vysoce formalizovanou procedurou, kde i formální pochybení může způsobit negativní (a pro uchazeče až fatální) následky. Vyjde-li zdejší soud ze skutečností zjištěných právě v této věci a je-li veden snahou i přes vysoký stupeň formalismu zadávacích řízení vykládat ZVZ smysluplně, pak musí dospět k závěru, že jde-li o nejasnost, která ve svém důsledku způsobuje, že ani zadavatel si není jistý, v jaké fázi zadávacího řízení se má tato nejasnost projevit, a jde-li zároveň o nejasnost, která už na první pohled vyvolává dojem, že uchazeč se v části své nabídky dopustil chyby, tedy o nejasnost již na první pohled zřejmou, lehce popsatelnou a zároveň zřejmě lehce vysvětlitelnou, pak je namístě zadavateli rezignaci na vyjasnění si takové nejasnosti vytknout. 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).

Aplikuje-li zdejší soud právě uvedené na posuzovanou věc, pak se především jednalo o nejasnost, která ve svém důsledku způsobila, že ani zadavatel si nebyl jistý, v jaké fázi zadávacího řízení se má tato nejasnost projevit, tj. že ani zadavateli nebylo zcela zřejmé, zda žalobce vůbec splňuje zadávací podmínky (tomu by nasvědčoval

závěr obsažený v rozhodnutí zadavatele o námitkách), anebo zda by se tato nejasnost měla projevit při hodnocení nabídky, tj. že by nebylo jasné, jaké hodnoty k hodnocení v dílčích hodnotících kritériích žalobce nabízí (tomu by nasvědčoval závěr zadavatele v rozhodnutí o vyloučení uchazeče - žalobce).

Zároveň muselo být zadavateli již na první pohled zřejmé, že se jedná o chybu, neboť údaj „5“ již na první pohled neodpovídá ani požadavku zadavatele („6“), ani údaji nabízenému žalobcem ohledně téže hodnoty ve zbylém obsahu nabídky („7“).

Zároveň jde o nejasnost lehce popsitelnou (není zřejmé, co vlastně znamená číslovka „5“) a zároveň lehce vysvětlitelnou (již na první pohled se vysoce pravděpodobně jedná o „chybu v čísle“).

Aby tedy zadavatel věděl, jak má v zadávacím řízení postupovat, tj. jakým postupem má ZVZ dodržet, musel si s ohledem na uvedené skutečnosti právě uvedenou nejasnost vyjasnit – a ZVZ mu k tomu dával oprávnění obsažené v § 76 odst. 3 ZVZ.

Primární otázkou tedy není otázka, zda zadavatel „*musel*“ či „*pouze mohl*“ postupovat podle § 76 odst. 3 ZVZ, jak se jí drží žalovaný v napadeném rozhodnutí, nýbrž otázka, zda zadavatel bez vyjasnění si nejasnosti obsažené ve smlouvě (jejím návrhu), tvořící součást nabídky, mohl v zadávacím řízení s ohledem na povahu zmíněné nejasnosti uskutečňovat další kroky v rámci posouzení a hodnocení nabídek. Na tuto otázku zdejší soud odpovídá, že je bez vyjasnění činit nemohl, a tedy že si měl nejprve uvedenou nejasnost vyjasnit, a tedy využít postupu, který mu ZVZ v § 76 odst. 3 nabízí.

Důvodem pro postup podle uvedeného ustanovení tedy nebyla povinnost, jež by z uvedeného ustanovení vyplývala, nýbrž skutkový stav, jenž v zadávacím řízení po podání nabídek nastal, který zadavateli jasně indikoval, že údaj „5“ není údajem správným, a který zároveň neumožnil zadavateli jednoznačně pochopit, co žalobce údajem „5“ myslí; to dokládá právě odlišné hodnocení důsledků zadavatelem v rozhodnutí o vyloučení žalobce a v rozhodnutí o jeho námitkách – existovala nejasnost pramenící z rozporu údajů, avšak zadavatel si sám nebyl jist, co tento rozpor znamená.

Zdejší soud je v právě posuzované věci za skutkového stavu popsaného shora toho názoru, že vyjasňování si použití číslovky „5“ po podání nabídky by nemohlo vyvolat jakoukoli „změnu“ nabídky, a tedy po provedené opravě, jak ostatně žalobce sám ještě před rozhodnutím o vyloučení požadoval, by nabídka nemohla být považována za „změněnou“ (oproti nabídce řádně podané). Stejně tak se nemůže jednat o žádné „doplnění“ nabídky údaji, které by šly nad rámec údajů obsažených v původně podané nabídce. Ostatní části nabídky, tj. tam, kde jsou hodnoty v jednotlivých dílčích hodnotících kritériích uváděny primárně (část 12 nabídky), a v návaznosti na to i v čl. 3.3 smlouvy, obsahují ohledně téhož údaje hodnotu

(číslovku) „7“. Uvedený postup, s využitím § 76 odst. 3 ZVZ, by tedy nepředstavoval jakékoli jednání o podané nabídce, která by nebyla v souladu se zadávacími podmínkami (takový postup by byl nesprávný podle Soudního dvora – věc *Komise proti Dánsku*, C-243/89), ale především by ze strany zadavatele nepředstavoval umožnění doplňování nabídky o podstatných aspektech smlouvy (takový postup by byl podle Soudního dvora také nesprávný; např. ve věci *Komise proti Belgii*, C-87/94, je Soudním dvorem zmiňováno, že v otevřeném řízení jsou vyloučena jakákoli jednání s uchazeči o podstatných aspektech smlouvy, jejichž změna by narušila soutěž, a že jednání s uchazeči je možné vést za účelem vyjasnění či doplnění obsahu nabídek, a to za předpokladu, že tím nedojde k diskriminaci).

Správně tedy žalovaný vychází z premisy, že návrh smlouvy nesmí být zásadně měněn, ovšem v daném případě opravu chyby shora popsaného charakteru nelze pokládat za změnu návrhu smlouvy či za doplnění návrhu smlouvy. Závěr, že nebylo možno akceptovat opravu návrhu smlouvy z toho důvodu, že se konkrétní hodnota přímo vztahovala k jednomu z dílčích hodnotících kritérií, by tedy mohl být správný pouze za předpokladu, že by se o změnu návrhu jednalo.

Bylo-li tedy zadavatelem argumentováno tak, že prostřednictvím postupu podle § 76 odst. 3 ZVZ, tedy prostřednictvím dodatečně podaného vysvětlení, nesmí být nabídka doplňována nebo měněna, tak s tímto argumentem zdejší soud souhlasí, avšak ze shora uvedeného dospívá k závěru, že by se v případě žalobcem požadovaného postupu o změnu či doplňování nabídky nejednalo. Má-li být ZVZ aplikován smysluplně, pak se nemůže za všech okolností jevit jako správný závěr žalovaného, že hodnotící komise není povinna a ani oprávněna přihlížet k jakýmkoli opravám a doplněním nabídek podaným uchazečem z jeho vlastní iniciativy po lhůtě pro podání nabídek. Tento závěr se sice uplatní zásadně a platí bezesbytku pro opravy a doplňování nabídek, jimiž by nabídka byla fakticky měněna, skutkové okolnosti právě posuzované věci však ukazují, že formalistická a mechanická aplikace takového zákazu jako absolutního není vždy namístě. V případě opravy jasné chyby není důvodu na pokus o její opravu, nedochází-li k faktické změně nabídky, resignovat a postup zadavatele podle pravidla „*co činit nemusím, to nečiním*“ obhajovat s poukazem na pouhou možnost vyjasnění si nabídky danou § 76 odst. 3 ZVZ.

Je-li mezi žalobcem a žalovaným spor ohledně výkladu právního názoru Nejvyššího správního soudu vyjádřeného v rozsudku ze dne 7.4.2004, č.j. 2 A 7/2002-72, pak zdejší soud je především toho názoru, že tam popisovaná situace a právní závěry se týkají otázky, kdy je hodnotící komise oprávněna (a povinna) zjevnou početní chybu sama zjistit a sama ji odstranit bez součinnosti uchazeče. Ve věci právě projednávané nejde o žádnou početní chybu (danou kombinací několika hodnot), neboť uvedená hodnota není výsledkem chybného počítání, nýbrž jde o překlep, a přestože mohl být ze zbylého obsahu nabídky žalobce zřejmý jeho úmysl nabídnout nad rámec požadovaný zadávacími podmínkami dalších „7“, hodnotící komisi, resp. zadavateli to také zřejmé být nemuselo (a také zřejmě nebylo, viz shora uváděné odlišné hodnocení důsledků zadavatelem v rozhodnutí o vyloučení žalobce a

v rozhodnutí o jeho námitkách), a tedy stěží by za této situace bylo přiměřené zadavateli vytýkat, že opravu neprovedl automaticky, byť měl v době, kdy rozhodoval o vyloučení žalobce, k dispozici jasné žalobcovo stanovisko identifikující uvedenou chybu.

Pokud jde o poukaz na obdobné fakultativní oprávnění zadavatele plynoucí z § 59 odst. 4 ZVZ dodatečně si vyžadovat prokázání kvalifikace a na fakt, že zadavatel postupu podle § 59 odst. 4 ZVZ také ve skutečnosti využil, pak k mechanickému dovozování potřeby postupovat podle § 76 odst. 3 ZVZ v případě nejasností z toho důvodu, že zadavatel postupoval v témže zadávacím řízení podle § 59 odst. 4 ZVZ a vyžadoval dodatečné doplnění dokladů prokazujících kvalifikaci, tu podle zdejšího soudu místa není. Není důvodu dovozovat, že vždy, pokud je v příslušném zadávacím řízení postupováno s využitím § 59 odst. 4 ZVZ a nikoli § 76 odst. 3 ZVZ, jde o postup odporující zásadě zákazu diskriminace podle § 6 ZVZ, stejně jako by nebylo možno dovozovat, že vždy, když zadavatel postupuje s využitím obou fakultativních oprávnění, tuto zásadu dodržuje. Tuto otázku je zapotřebí řešit s ohledem na okolnosti týkající se každého jednotlivého zadávacího řízení a v případě tohoto zadávacího řízení zdejší soud shledává porušení uvedené zásady již v tom postupu, že zadavatel žalobce ze zadávacího řízení vyloučil a znemožnil mu tak účast v hodnocení nabídek bez toho, že by měl důvody tohoto vyloučení najisto postaveny, že by se pokusil nejasnost v jeho nabídce založenou na zjevném pochybení vyjasnit, zvláště pokud před rozhodnutím o vyloučení žalobce byl na tuto nejasnost ze strany žalobce upozorněn a ponechal ji bez odezvy. Tu zdejší soud poukazuje na skutečnost, že mezi doručením opravy (14.9.2009) a rozhodnutím o vyloučení žalobce (22.9.2009) uplynula doba delší než jeden týden.

Situaci, která v posuzované věci nastala, lze charakterizovat tak, že všem zúčastněným musí být zřejmé, že se v čl. 8.13 smlouvy (jejího návrhu) jedná o chybu v číslici, že žalobce si ji uvědomil pozdě a snažil se ji napravit zasláním „Opravy...“ zadavateli a že zadavatel, ať už z pohodlnosti, z obavy z vychýlení se z přísně formálních pravidel zadávání či z jakéhokoli jiného důvodu, hledá argumenty, o které by mohl opřít svůj závěr, podle něhož „se už nic nedalo dělat“. Žalovaný jeho postup schvaluje formalistickou argumentací, jejíž podstatou je názor, podle něhož sám zadavatel nic v nabídce opravit nemohl a žalobce vyzývat k ničemu nemusel, přestože význam postupu podle § 76 odst. 3 ZVZ lze podle zdejšího soudu shledávat právě v těch případech a za těch situací, které odpovídají věci právě projednávané. Pojetí zadavatele a žalovaného však podle zdejšího soudu není smysluplným naplňováním a vymáháním pravidel pro zadávání veřejných zakázek a jejich smyslu; právní názor obsažený v napadeném rozhodnutí je naopak výsledkem nesprávně mechanické aplikace práva, zbytečně hledající formální překážky pro jeho rozumnou aplikaci.

Žalovaný tedy vyšel z nesprávného vyhodnocení povahy pochybení žalobce v textu čl. 8.13 smlouvy, následně nesprávně dovodil, že pro „změnu“ údajů obsažených v nabídkách není dán zadavateli prostor, a svůj závěr založil na úvaze sice obecně správné, avšak z pohledu okolností posuzované věci nepodstatné, že zadavatel

nemá povinnost postupovat podle § 76 odst. 3 ZVZ. Tím je dána nezákonnost jeho rozhodnutí založená na nesprávné aplikaci ZVZ na zjištěný skutkový stav.

Z tohoto důvodu považuje zdejší soud žalobu za důvodnou a podle § 78 odst. 1 s.ř.s. napadené rozhodnutí ve věci samé ruší a věc podle § 78 odst. 4 s.ř.s. vrací žalovanému k dalšímu řízení. K rušení předcházejícího prvostupňového rozhodnutí zdejší soud důvody neshledal; jeho zrušení necht' zvaží předseda žalovaného v rámci řízení o rozkladu, neboť řízení se vrací do tohoto stádia.

V dalším řízení necht' žalovaný postup zadavatele vyhodnotí s respektováním shora podaného právního názoru a ve věci znovu rozhodne. Pro další postup žalovaného jsou určující především následující právní závěry:

- zadavatel musí mít po podání nabídek najisto postaveno, zda nabídky vyhovují zadávacím podmínkám 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); k tomu, aby si tento podklad mohl opatřit, mu musí výklad ZVZ nabídnout dostatečnou oporu;

- není nikterak zpochybňováno, že po podání nabídek je nelze měnit způsobem, který by byl „změnou návrhu smlouvy“, což by způsobilo, že by zadavatel neuzavíral podle § 82 odst. 2 ZVZ smlouvu v souladu s návrhem smlouvy obsažené v nabídce vybraného uchazeče;

- obsahuje-li návrh smlouvy tvořící součást nabídky nejasnost spočívající v tom, že obsahuje číselnou hodnotu, která neodpovídá číselným hodnotám vyjadřujícím tentýž údaj v rámci zbylého obsahu nabídky, jde-li o nejasnost, která ve svém důsledku způsobuje, že ani zadavatel si není jistý, v jaké fázi zadávacího řízení se má tato nejasnost projevit, a jde-li zároveň o nejasnost, která už na první pohled vyvolává dojem, že uchazeč se v části své nabídky, jednoduše řečeno, dopustil chyby, tedy o nejasnost již na první pohled zřejmou, lehce popsatelnou a zároveň vysoce pravděpodobně lehce vysvětlitelnou, pak je zadavatel povinen si uvedenou nejasnost nechat uchazečem vysvětlit a tím ji odstranit - a využít k tomu postupu nabízeného mu v § 76 odst. 3 ZVZ, byť tam uvedený postup je postupem pro zadavatele obecně pouze fakultativním. Uvedený postup zadavatele za právě uvedených podmínek není „změnou návrhu smlouvy“ a jeho využití nezpůsobuje, že by zadavatel neuzavíral podle § 82 odst. 2 ZVZ smlouvu v souladu s návrhem smlouvy obsažené v nabídce vybraného uchazeče.

V. Náklady řízení

O nákladech řízení účastníků soud rozhodl podle § 60 odst. 1 s.ř.s.

Žalobce byl ve věci procesně úspěšným, proto mu náleží náhrada nákladů řízení proti žalovanému.

Žalobci byla přiznána náhrada nákladů za zaplacený soudní poplatek ve výši 2 000,- Kč; jednalo se o částku zaplacenou za žalobu ve vztahu k rozhodnutí, kde byl žalobce úspěšný (výroková část I.). Ve vztahu k zaplacenému soudnímu poplatku ve výši 2 000,- Kč za žalobu směřující proti rozhodnutí, kde byla žaloba odmítnuta (výroková část II.), nemá žádný z účastníků právo na náhradu nákladů řízení (§ 60 odst. 3 věta první s.ř.s.), přitom soud o odmítnutí nerozhodl před prvním jednáním. Náhrada za tento poplatek nebyla žalobci přiznána; v této části nelze žalobce považovat za procesně úspěšného.

Dále byla žalobci přiznána náhrada nákladů za právní zastoupení - za čtyři úkony právní služby, převzetí věci a příprava zastoupení, podání žaloby, podání repliky, účast na jednání soudu dne 6.10.2011, společně se čtyřmi režijními paušály podle § 11 odst. 1 písm. a/, d/ a g/ a § 13 odst. 3 vyhlášky č. 177/1996 Sb., advokátního tarifu – 8 400,- Kč + 1 200,- Kč = 9 600,- Kč, a za cestovné k jednání soudu právního zástupce žalobce, Praha – Brno – Praha, 425 km se spotřebou 8 l/100 km, 33,40 Kč/ 1 l NATURAL 95, kopie TP doložena – 2708,10 Kč, s navýšením o částku odpovídající DPH, neboť právní zástupce doložil, že je jejím plátcem, tj. 14 770,- Kč, a dále za cestovné k jednání soudu statutárního orgánu žalobce, Ostrava – Brno – Ostrava, 320 km se spotřebou 5,6 l/100 km, 30,80 Kč/ 1 l nafty, kopie TP doložena – 1 736,- Kč.

Celkem tak tvoří náhrada 18 506,- Kč (2 000,- Kč + 14 770,- Kč + 1 736,- Kč). K zaplacení stanovil soud žalovanému přiměřenou lhůtu.

Vykázanou poradu s klientem dne 29.9.2011 v Praze, a tedy ani cestu statutárního orgánu (klienta) k právnímu zástupci z Ostravy do Prahy a zpět, nepovažuje zdejší soud za účelně vynaložený náklad v řízení před zdejším soudem, jenž by měl být dáván k náhradě žalovanému; porada s klientem se měla uskutečnit po uplynutí lhůty pro podání žaloby, po uskutečnění porady nebyla žalobní argumentace doplňována, na jednání soudu právní zástupce žalobce neargumentoval nad rámec žaloby, ani není patrné, že by po písemném vyjádření žalovaného před jednáním soudu bylo zapotřebí setkat se nad reakcí k jeho procesnímu postoji v průběhu řízení před soudem, ohledně listin (vytištěných z internetu dne 27.9.2011), které soudu právní zástupce žalobce na jednání soudu předložil, nebylo podle zdejšího soudu zapotřebí vést odborné jednání mezi právním zástupcem a klientem, a tím ani cestovat k právnímu zástupci z Ostravy do Prahy.

Osoba zúčastněná na řízení nemá na náhradu nákladů řízení podle § 60 odst. 5 s.ř.s. právo, neboť jí soudem nebyla uložena žádná povinnost, v souvislosti s jejímž plněním by jí náklady mohly vzniknout.

P o u ě n í: Proti tomuto rozhodnutí je přípustná kasační stížnost za podmínek uvedených v § 102 a násl. s.ř.s., kterou lze podat do dvou týdnů po jeho doručení k Nejvyššímu správnímu soudu prostřednictvím Krajského soudu v Brně. Podmínkou řízení o kasační stížnosti je povinné zastoupení stěžovatele advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání (§ 105 odst. 2 a § 106 odst. 2 a 4 s.ř.s.).

V Brně dne 6. října 2011

JUDr. David Raus, Ph.D., v.r.
předseda senátu

Za správnost vyhotovení:
Lucie Gazdová