



UOHSX005C7X3

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS R328/2012/VZ-18597/2013/310/LPa

Brno 27. září 2013

ODŮVODNĚNÍ

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 8. 11. 2012, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 12. 11. 2012, jež podal zadavatel –

- **Všeobecná fakultní nemocnice v Praze**, IČ 00064165, se sídlem U Nemocnice 2, 128 08 Praha 2,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S345/2012/VZ-20069/2012/521/JHn ze dne 22. 10. 2012 ve věci přezkoumání úkonů výše uvedeného zadavatele učiněných při zadávání nadlimitní veřejné zakázky s názvem „**Dodávky dezinfekčních prostředků**“ v části 1. „**Alkoholové dezinfekční prostředky na dezinfekci kůže bez obsahu jódu – bezbarvé**“ a části 2. „**Alkoholové dezinfekční prostředky na dezinfekci kůže bez obsahu jódu – barevné**“, zadávané formou otevřeného zadávacího řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému veřejných zakázek uveřejněno dne 12. 8. 2011 pod ev. č. 60064111, ve znění oprav provedených dne 26. 9. 2011 a Úředním věstníku Evropské unie dne 13. 8. 2011 pod ev. č. 2011/S 155-258044, ve znění oprav provedených dne 28. 9. 2011, kde dalším účastníkem je navrhovatel –

- **SANICARE s.r.o.**, IČ 26892626, se sídlem Masarykovo náměstí 77, 664 71 Veverská Bitýška,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S345/2013/VZ-6474/2013/513/PPo ze dne 9. 4. 2013 podle § 152 odst. 5 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) téhož zákona,

r u š í m

a věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

POUČENÍ

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

1. Zadavatel – Všeobecná fakultní nemocnice v Praze, IČ 00064165, se sídlem U Nemocnice 2, 128 08 Praha 2 (dále jen „**zadavatel**“) uveřejnil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹, v informačním systému o veřejných zakázkách dne 12. 8. 2011 pod ev. č. 60064111, ve znění oprav uveřejněných dne 26. 9. 2011 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 13. 8. 2011 pod ev. č. 2011/S 155-258044, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 28. 9. 2011, oznámení otevřeného řízení za účelem zadání mj. části 1. „Alkoholové dezinfekční prostředky na dezinfekci kůže bez obsahu jódu – bezbarvé“ a části 2. „Alkoholové dezinfekční prostředky na dezinfekci kůže bez obsahu jódu – barevné“ nadlimitní veřejné zakázky „Dodávky dezinfekčních prostředků“ (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Na základě výsledků elektronické aukce konané dne 14. 3. 2012 určil zadavatel svým rozhodnutím o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 15. 3. 2012 jako nejvhodnější nabídku v části 1. a 2. veřejné zakázky nabídku společnosti SANICARE s.r.o., IČ 26892626, se sídlem Masarykovo náměstí 77, 664 71 Veverská Bitýška (dále jen „**navrhovatel**“).
3. Dne 11. 4. 2012 zaslal zadavatel uchazečům, jejichž nabídky byly v jednotlivých, i ostatních částech veřejné zakázky, vybrány jako nejvhodnější, prostřednictvím e-mailu se zaručeným elektronickým podpisem zprávu, v níž je vyzval k zaslání návrhů smluv ve formátu MS Word

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ust. § 26 zákona v návaznosti na ust. § 158 odst. 1 a 2 zákona.

a žádal je o přepočítání cen dle výsledků elektronické aukce. Vzhledem k tomu, že někteří z vybraných uchazečů na tuto výzvu nereagovali, zaslal zadavatel dne 24. 4. 2012 opětovnou výzvu, ve které uchazeče mimo jiné upozornil na to, že v případě nesplnění výzvy bude zadavatel toto jednání považovat za neposkytnutí součinnosti a využije své zákonné možnosti uzavřít smlouvu s uchazečem druhým v pořadí.

4. Dne 9. 5. 2012 pak zaslal zadavatel další e-mailovou zprávu navrhovateli, ve které mu oznámil, že vzhledem k neposkytnutí řádné součinnosti navrhovatele k uzavření kupní smlouvy využil svého práva oslovit uchazeče, který se umístil jako druhý v pořadí. Proti tomuto úkonu zadavatele se navrhovatel bránil námitkami doručenými zadavateli dne 23. 5. 2012, ve kterých navrhovatel uvedl, že mu výzvy k uzavření smlouvy ze dne 11. 4. 2012 ani z 24. 4. 2012 nebyly doručeny a ohradil se tak proti stanovisku zadavatele, že neposkytl potřebnou součinnost nutnou k uzavření smluv. Zadavatel námitkám rozhodnutím ze dne 1. 6. 2012, které bylo navrhovateli doručeno dne 5. 6. 2012, nevyhověl.
5. Navrhovatel se s rozhodnutím zadavatele o námitkách neztotožnil, proto podal dopisem ze dne 14. 6. 2012 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „návrh“) k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“). Úřad obdržel návrh navrhovatele stejného dne a tímto dnem bylo podle § 113 zákona zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, vedené pod sp. zn. ÚOHS-S345/2012/VZ. Ve svém návrhu se navrhovatel domáhal toho, aby Úřad uložil zadavateli povinnost uzavřít smlouvu v části 1 a 2 veřejné zakázky s navrhovatelem, neboť jeho nabídka byla vybrána v těchto částech jako nejvhodnější. Součástí návrhu byl pak i návrh na vydání předběžného opatření, jímž měl být zadavateli uložen zákaz uzavřít smlouvu v jednotlivých šetřených částech veřejné zakázky a byla-li smlouva již uzavřena, zákaz plnění této smlouvy.
6. Ve svém návrhu navrhovatel zopakoval svá tvrzení uvedená již v námitkách, že mu zadavatel nikdy nedoručil e-mailovou výzvu k uzavření smlouvy a vyslovil podezření, že se zadavatel uměle vytvořením e-mailů pokusil veřejnou zakázku zmanipulovat. Navrhovatel naopak sám kontaktoval telefonicky zadavatele, nikdy mu nicméně nebyly sděleny žádné informace potřebné k uzavření smlouvy. Dne 9. 5. 2012 pak obdržel e-mailovou zprávu, ve které jej zadavatel informoval, že vzhledem k neposkytnutí součinnosti ze strany navrhovatele zadavatel oslovil uchazeče, který se umístil na druhém místě. Navrhovatel toto stanovisko zadavatele odmítl s tím, že vzhledem k tomu, že udělal vše pro to, aby veřejnou zakázku získal, nevidí důvody, proč by neposkytl součinnost při uzavírání smlouvy či dokonce smlouvu odmítl podepsat. Stanovisko zadavatele se podle navrhovatele nezakládá na objektivních důkazech, ale na uměle vytvořených podkladech, které navrhovatel může vyvrátit dokladem ze svého poštovního serveru, že žádnou informaci neobdržel.
7. Navrhovatel dále ve svém návrhu odkázal na ustanovení § 148 odst. 2 zákona, který vymezuje obecné způsoby doručování písemností. S ohledem na text tohoto ustanovení pak uvedl, že ač zadavatel tvrdí, že zaslal a doručil výzvy k uzavření smlouvy, nebyly splněny podmínky pro jejich zákonné odeslání a tyto úkony nelze považovat za učiněné v souladu s § 148 a § 6 zákona. Navrhovatel tedy v kontextu uvedeného vyslovil přesvědčení, že mu nikdy nezaniklo právo uzavřít smlouvu se zadavatelem.
8. K zadavatelově tvrzení, že navrhovatel téměř měsíc a půl nejevil zájem o uzavření smlouvy navrhovatel v návrhu upozornil na zadavatelovo oprávnění uzavřít smlouvu až po uplynutí

lhůt pro podání námitek proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Navrhovatel přitom neměl možnost, jak tuto lhůtu zjistit jinak, než vyčkat na informace ze strany zadavatele. Zadavatel podle navrhovatele uzavřel smlouvu v rozporu se zákonem s uchazečem, jehož nabídka nebyla vybrána jako nejvhodnější. Navrhovatel dále zopakoval své podezření z uměle vytvořené korespondence o zaslání výzvy. Připomněl, že mu výzva nebyla ani jednou doručena, ale informace o podpisu smlouvy s jiným uchazečem mu již doručena byla. Podle navrhovatele zadavatel uvedl nepravdivé tvrzení o zaslání výzev a o telefonické komunikaci. Zadavatel podle navrhovatele nesplnil povinnost při uzavírání smlouvy.

9. Dopisem ze dne 19. 6. 2012 se k podanému návrhu vyjádřil zadavatel, který uvedl, že dne 11. 4. 2012 zaslal vítězným uchazečům včetně navrhovatele, elektronickou výzvu k zaslání smluv. Odpověď následně od některých obdržel, od navrhovatele však nikoliv. Proto dne 24. 4. 2012 zaslal zadavatel opětovnou výzvu, ve které vítězné uchazeče upozornil, že nebudou-li smlouvy doručeny, bude to považovat za neposkytnutí součinnosti ve smyslu ust. § 82 odst. 4 zákona. Na druhou výzvu reagovali všichni zbývající vítězní uchazeči kromě navrhovatele. Výzvy zasílal zadavatel vždy na elektronické adresy uvedené na krycím listu nabídky. Zadavatel uvedl, že kontaktní osoba navrhovatele – pan Martin Mareš, potvrdil přijetí výzvy telefonicky. Zadavatel dále doplnil, že dne 27. 4. 2012 v 13:49 hod. vyzval za účasti dvou svědků navrhovatele telefonicky, avšak ani v následujícím týdnu navrhovatel nikterak nekomunikoval a součinnost neposkytl. Období, po které očekával reakci navrhovatele, považoval zadavatel za dostatečně dlouhé a k tomuto dodal, že povinnost zadavatele uzavřít smlouvu s vybraným uchazečem není absolutní a je vázána na poskytnutí součinnosti ze strany vybraného uchazeče. Pokud by navrhovatel projevil zájem, zadavatel by svoji kontraktační povinnost dodržel.
10. Co se týče způsobu doručení výzev k uzavření smluv, zadavatel uvedl, že mu ze zákona nevyplývá přímá povinnost po doručení rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky oslovovat vítězné uchazeče a tedy ani nestanoví, jakou formou by to měl případně činit. V této souvislosti zadavatel odcitoval pasáž z komentáře k relevantnímu ustanovení zákona, z níž vyplývá možnost doručovat prakticky jakýmkoliv způsobem a všemi dostupnými prostředky s výhradou, aby zadavatel i dodavatel byli vždy schopni prokázat odeslání dokumentu. Přestože tedy navrhovatel popřel doručení obou výzev, bylo zadavateli doručení potvrzeno telefonicky a bylo prokázáno i tím, že došlo k jejich doručení ostatním subjektům, kterým byly adresovány. Zadavatel tedy v závěru svého vyjádření vyslovil přesvědčení, že postupoval v souladu se zákonem a neměl důvod navrhovatele jakkoliv diskriminovat.
11. Po předběžném přezkoumání dostupné dokumentace k veřejné zakázce poté, co Úřad získal pochybnosti o souladu úkonů zadavatele se zákonem, uložil zadavateli rozhodnutím o předběžném opatření č. j. ÚOHS-S345/2012/VZ-12136/2012/550/JHn ze dne 28. 6. 2012 zákaz uzavřít smlouvu v šetřeném zadávacím řízení.

II. Napadené rozhodnutí

12. Úřad přezkoumal na základě § 112 a násl. ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů vydal dne 22. 10. 2012 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S345/2012/VZ-20069/2012/521/JHn (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým ve výroku I. konstatoval, že zadavatel při zadávání předmětných částí veřejné zakázky nedodržel postup podle § 14 odst. 2 zákona tím, že navrhovateli jako vybranému uchazeči nedoručil výzvu

k uzavření smlouvy prostřednictvím datové schránky, ačkoliv to povaha písemnosti umožňovala, přičemž tento postup podstatně ovlivnil výběr nejhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy na plnění předmětných částí veřejné zakázky. Výrokem II. napadeného rozhodnutí byly jako nápravné opatření zrušeny úkony zadavatele – výzvy k uzavření smlouvy v části 1. a části 2. veřejné zakázky ze dne 11. 4. 2012 a 24. 4. 2012 zaslané navrhovateli a výzvy k uzavření smlouvy v části 1. a části 2. veřejné zakázky, směřující k uchazeči, který se umístil jako druhý v pořadí. Výrokem III. napadeného rozhodnutí pak byla zadavateli uložena povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000,- Kč.

13. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že zákon zadavateli explicitně nepředepisuje, jakým způsobem má vybraného uchazeče vyzvat k poskytnutí součinnosti směřující k uzavření smlouvy. Z tohoto důvodu je podle Úřadu nutno vycházet z obecných pravidel pro komunikaci mezi zadavatelem a dodavateli vyplývajícími z ustanovení § 148 odst. 2 zákona. Podle tohoto ustanovení lze písemnosti podle zákona doručit osobně, kurýrní službou, držitelem poštovní licence, datovou schránkou či jiným způsobem. Zákon v tomto ustanovení ovšem preferuje způsob doručení prostřednictvím datové schránky, které upřednostňuje vždy, pokud to povaha písemnosti umožňuje. V souvislosti s doručováním písemností Úřad taktéž připomněl ustanovení § 148 odst. 3 zákona, který zadavateli ukládá povinnost vést si písemnou evidenci o všech úkonech učiněných mezi ním a dodavateli.
14. Na základě výše uvedených zákonných ustanovení vyslovil Úřad závěr, že v zadávacím řízení zadavatel zvolil formu komunikace prostřednictvím e-mailové zprávy, ačkoliv byl podle ustanovení § 148 odst. 2 věty druhé zákona povinen komunikovat za použití datové schránky, neboť písemnost obsahující výzvu k uzavření smlouvy, lze z povahy věci datovou schránkou zaslat. Vzhledem k tomu tedy, že zadavatel nedoručoval písemnosti zákonným způsobem, nemohlo ani dojít k neposkytnutí součinnosti při uzavírání smlouvy s navrhovatelem, jako vybraným uchazečem a nebyla tak ani splněna zákonná podmínka pro možnost uzavření smlouvy s uchazečem, který se umístil jako druhý v pořadí.
15. Současně podle Úřadu zadavatel neprokázal, že výzvy ze dne 11. 4. 2012 a ze dne 24. 4. 2012 byly navrhovateli skutečně doručeny a navrhovatel jejich doručení nepotvrdil. S ohledem na to, že u zpráv zasílaných e-mailovou poštou nelze jednoznačně prokázat jejich skutečné doručení a vzhledem k tomu, že se nejedná o autorizovaný způsob doručení předvídaný zákonem, jako je tomu u zpráv zasílaných datovou schránkou, Úřad konstatoval, že nelze mít za prokázané, že výzvy zadavatele k poskytnutí součinnosti byly navrhovateli skutečně doručeny. Zadavatel výzvu nedoručoval způsobem stanoveným zákonem, tedy datovou schránkou a jím předkládané důkazní prostředky (otisky obrazovky) jen potvrzují, že zadavatel zprávy odeslal za použití e-mailové pošty, avšak nikoli to, že byly doručeny.
16. K závěru svých úvah o nezákonném postupu zadavatele Úřad konstatoval, že tento nemůže být zhojen ani skutečností, že k odeslání předmětných výzev došlo až po 1. 4. 2012, tedy po účinnosti novely zákona, kterou bylo z ustanovení § 148 odst. 2 zákona vypuštěna věta druhá, upřednostňující doručování datovou schránkou před ostatními způsoby doručení. Podle názoru Úřadu je vždy nutno při přezkoumávání úkonů zadavatele vycházet z právního stavu platného a účinného ke dni zahájení zadávacího řízení ve smyslu s ustanovením § 158

odst. 1 zákona. Vzhledem ke skutečnosti, že zadávací řízení bylo zahájeno dne 12. 8. 2011, postup zadavatele je nutno zkoumat optikou zákona účinného právě k tomuto dni.

III. Námitky rozkladu

17. Dne 12. 11. 2012 obdržel Úřad rozklad zadavatele, který brojí proti napadenému rozhodnutí v celém jeho rozsahu. Zadavatel předně napadá závěr Úřadu, že povaha výzev k poskytnutí součinnosti při uzavření smlouvy umožňovala doručení prostřednictvím datové schránky a zadavatel byl tak povinen doručovat právě tímto způsobem. Podle zadavatele však Úřad do svých úvah nezahrnul vyřešení otázky, zda má zadavatel povinnost mít datovou schránku. Zadavateli, jako státní příspěvkové organizaci relevantní zákon č. 300/2008 Sb., zákon o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů, ve znění pozdějších předpisů, povinnost ke zřízení datových schránek neukládá. Z uvedeného tedy zadavatel vyvodil závěr, že pokud mu žádný právní předpis takovouto povinnost zřídí si datovou schránku neukládá, nemůže mu ani ze žádného zákonného ustanovení plynout povinnost ji používat a její případné nepoužití mu tak nemůže být na újmu.
18. Zadavatel dále popírá také porušení ustanovení § 148 odst. 3 zákona, když tvrdí, že komunikace s navrhovatelem je zaznamenána jeho sekretariátem.
19. Zadavatel dále vyjmenovává důkazy, na které k prokázání svých tvrzení odkazoval již ve svém vyjádření ze dne 19. 6. 2012, přičemž v rozkladu k tomuto uvádí, že pokud označil důkazy důležité pro zjištění skutečného stavu věci a Úřad tyto neprovedl, není možné vyslovit závěr, že zadavatel neunesl důkazní břemeno.
20. Zadavatel pak vyslovil přesvědčení, že doručení výzev k poskytnutí součinnosti bylo prokázáno již na základě dokladů předložených Úřadu v rámci správního řízení v prvním stupni. Vyjádření navrhovatele v tomto směru není možné považovat za věrohodné, pokud navrhovatel obviňuje zadavatele až z následného vytváření elektronických zpráv. Tvrzení navrhovatele, že zadavatelovo jednání bylo diskriminační či netransparentní navrhovatel nepodložil žádnými pravdivými tvrzeními či důkazy.

Závěr rozkladu

21. S ohledem na výše uvedené skutečnosti navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí změnil nebo zrušil a vrátil prvostupňovému orgánu k novému projednání.

IV. Vyjádření navrhovatele

22. Svým podáním ze dne 20. 11. 2012 se k podanému rozkladu vyjádřil navrhovatel, který se ztotožnil se závěry napadeného rozhodnutí, přičemž odkázal na argumentaci uvedenou již ve svém návrhu. Dále navrhovatel uvedl, že i pokud by zadavatel neměl povinnost doručovat písemnost prostřednictvím datové schránky, je jeho povinností respektovat zásady stanovené v § 6 zákona, kdy v kontextu šetřeného případu zdůraznil zejména povinnost zadavatele činit veškeré jeho úkony tak, aby byly průkazné a prokazatelné. K tomuto doplnil, že bez ohledu na způsob, jakým byly dokumenty doručovány, je rozhodující jejich doručení a nikoliv pouhé odeslání.

23. Dále navrhovatel zopakoval své tvrzení, že mu předmětné výzvy nebyly nikdy doručeny, a trvá tak na uzavření smlouvy na relevantní části veřejné zakázky. Na podporu tohoto navrhovatel přikládá čestné prohlášení kontaktní osoby – pana Martina Mareše a žádá správní orgán v případě, že bude připuštěno jako důkaz vyjádření od zástupců informatiky zadavatele, aby mu bylo umožněno doložit i vyjádření oddělení informatiky z jeho strany.

V. Řízení o rozkladu

24. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí v rámci autoremedury a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.

Stanovisko předsedy Úřadu

25. 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 v celém rozsahu soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy, přičemž jsem s přihlédnutím k závěru rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
26. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S345/2012/VZ-20069/2012/521/JHn ze dne 22. 10. 2012 rozhodl tak, jak je uvedeno výše, nerozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání. Současně je v tomto rozhodnutí vysloven závazný právní názor, kterým je Úřad při dalším projednání věci vázán.

VI. K námitkám rozkladu

Ke zrušení napadeného rozhodnutí

27. Jak již bylo výše uvedeno, Úřad ve výroku I. napadeného rozhodnutí konstatoval, že zadavatel při zadávání částí 1 a 2 veřejné zakázky nedodržel postup podle § 148 odst. 2 zákona tím, že navrhovateli jako vybranému uchazeči nedoručil výzvu k uzavření smlouvy prostřednictvím datové schránky, ačkoliv to povaha písemnosti umožňovala, přičemž tento postup podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy na plnění předmětných částí veřejné zakázky.
28. Z odůvodnění tohoto výroku napadeného rozhodnutí vyplývá, že Úřad při přezkoumávání úkonů zadavatele ve vztahu ke způsobu doručení výzev k uzavření smlouvy na předmětné části veřejné zakázky vycházel z obecného ustanovení § 148 odst. 2 zákona, které stanoví jednotlivé možné způsoby komunikace mezi zadavatelem a dodavatelem když uvádí, že: „*Písemnosti podle zákona lze doručit osobně, prostřednictvím osoby, která provádí přepravu zásilek (kurýrní služba), prostřednictvím držitele poštovní licence podle zvláštního právního předpisu, elektronickými prostředky prostřednictvím datové schránky nebo jiným způsobem. Pokud to povaha písemností umožňuje, doručují se písemnosti podle zákona prostřednictvím datové schránky podle jiného právního předpisu.*“ Z odůvodnění napadeného rozhodnutí dále vyplývá, že ve světle uvedeného ustanovení Úřad dospěl k závěru, že v šetřeném zadávacím řízení zadavatel zvolil jako formu komunikace s navrhovatelem při

doručování výzev k uzavření smlouvy e-mailové zprávy, ačkoliv byl podle ustanovení § 148 odst. 2 věty druhé zákona povinen k tomuto úkonu použít datovou schránku, neboť doručované písemnosti lze z povahy věci datovou schránkou zaslat. V tomto jednání zadavatele tedy Úřad spatřuje porušení § 148 odst. 2 zákona.

29. Z odůvodnění napadeného rozhodnutí rovněž vyplývá, že s odkazem na ustanovení § 158 odst. 1 zákona ve spojení s konstatováním, že při posuzování úkonů zadavatele je vždy nutno vycházet z právního předpisu platného a účinného ke dni zahájení zadávacího řízení, aplikoval Úřad při přezkoumávání úkonů zadavatele učiněných v zadávacím řízení znění zákona účinného v době zahájení zadávacího řízení, účinného tedy ke dni 12. 8. 2011.
30. K uvedeným závěrům Úřadu je třeba odkázat na širší souvislosti obecného pravidla vyplývajícího z ustanovení článku 40 odst. 6 ústavního zákona č. 2/1993 Sb., Listiny základních práv a svobod (dále jen „Listina“), podle kterého se trestnost činu posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán. Pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější. Předestřené ústavní pravidlo tedy zakládá výjimku z jinak obecného zákazu retroaktivity trestních norem, která se uplatní v případě, kdy je pozdější právní úprava pro pachatele příznivější. Byť nelze přehlédnout, že ustanovení článku 40 odst. 6 Listiny hovoří toliko o soudním trestání, dopadá i do sféry správního práva. K této otázce se několikrát vyjádřil i Ústavní soud, který např. v nálezu sp. zn. III. ÚS 611/01 či II. ÚS 192/05 mimo jiné s odkazem na nález sp. zn. Pl. ÚS 21/96 dovedl, že ačkoli je zákaz retroaktivity právních norem v čl. 40 odst. 6 Listiny výslovně upraven jen pro oblast trestního práva, je nutno z čl. 1 zákona č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, dovodit působení tohoto zákazu i pro další odvětví práva.
31. Obdobně pak pro oblast správního trestání konstantně judikuje i Nejvyšší správní soud (dále jen „NSS“) např. v rozsudku ze dne 27. 10. 2004 č. j. 6 A 126/2002 – 27 nebo v rozsudku ze dne 13. 6. 2008 č. j. 2 As 9/2008 – 77, ve kterých sjednotil své úvahy, že článek 40 odst. 6 Listiny se vztahuje i na oblast správního trestání. *„Ústavní záruka vyjádřená v článku 40 odst. 6 in fine Listiny a spočívající v přípustnosti trestání podle nového práva, jestliže je taková úprava pro pachatele výhodnější, platí i v řízení o sankci za správní delikty. Ve svých důsledcích znamená, že rozhodnutí, které za účinnosti nového práva ukládá trest podle práva starého, se musí ve svých důvodech vypořádat s otázkou, zda nové právo vůbec převzalo staré skutkové podstaty, a pokud ano, zda tresty za takové delikty ukládané jsou podle nového práva mírnější nebo přísnější než podle práva starého. Rozhodnutí, které se s touto otázkou vůbec nevypořádá a zcela ji pomine, je nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů.“*
32. Výše uvedené závěry konstatované vrcholnými soudními institucemi, že výjimka korigující obecný princip zákazu retroaktivity vyplývající z ustanovení článku 40 odst. 6 Listiny lze aplikovat i na oblast práva správního, lze pak rozšířit i na šetřený případ. V tomto Úřad nepřistoupil ke správnímu trestání, Úřad tedy nekonstatoval spáchání správního deliktu a zadavateli neuložil správní sankci předpokládanou zákonem, nýbrž Úřadem konstatované porušení zákona bylo možno vzhledem k tomu, že dosud nedošlo k uzavření smlouvy na plnění předmětu veřejné zakázky zhojit uložením nápravného opatření. Jak již bylo naznačeno výše, uložení nápravného opatření je možné pouze za podmínek stanovených

zákonem a pouze za předpokladu, že dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Jde tedy o případy, kdy vadný postup zadávacího řízení lze ještě zhojit jedním ze zákonem předpokládaných způsobů bez toho, aby byl zadavatel za své pochybení sankcionován. V případě, že již v zadávacím řízení došlo k uzavření smlouvy, nelze již nápravné opatření uplatnit a je tedy nutno přistoupit ke konstatování, že byl spáchán správní delikt, popřípadě za jeho spáchání uložit pokutu. Na základě těchto úvah lze mít za to, že pokud judikatura Ústavního soudu i NSS připouští aplikaci výjimky z ústavního principu zakotveného v ustanovení článku 40 odst. 6 Listiny na případy správního trestání, je možno tento závěr analogicky vztáhnout i na oblast nápravných opatření jako mírnějšího postupu Úřadu ve vztahu k nezákonným úkonům zadavatelů, jejichž následky lze zhojit. Pokud totiž uvedený princip chrání zadavatele páchající správní delikty podle zákona, je v souladu s výkladem a maiori ad minus logické učinit závěr o tom, že bude chránit i zadavatele, kteří žádný správní delikt nespáchali, nýbrž se dopustili nezákonného úkonu či postupu, jehož nezákonnost lze doposud zhojit nápravným opatřením.

33. V kontextu výše uvedených závěrů, tedy že ústavní princip vyplývající z ustanovení článku 40 odst. 6 Listiny je možné aplikovat na šetřený případ, tedy konstatuji, že z odůvodnění napadeného rozhodnutí nevyplývá, že by se Úřad touto otázkou zabýval a zahrnul ji do svých úvah v rámci rozhodování, nýbrž v bodu 37. odůvodnění napadeného rozhodnutí dospěl k nesprávnému závěru, že při posuzování úkonů zadavatele je nutno vycházet z právní úpravy účinné ke dni zahájení správního řízení, tedy je dni 12. 8. 2011. V souladu s výše uvedeným je ovšem nutno konstatovat, že Úřad v době, kdy o šetřené věci rozhodoval, měl zkoumat, zda právní úprava, která v mezidobí mezi zahájením správního řízení a rozhodováním Úřadu nabyla účinnosti, není pro zadavatele příznivější.
34. Úřad sám v bodu 37. odůvodnění napadeného rozhodnutí zmiňuje zákon č. 55/2012 Sb., kterým byl s účinností k 1. 4. 2012 novelizován zákon o veřejných zakázkách mimo jiné v tom smyslu, že došlo k vypuštění věty druhé relevantního ustanovení § 148 odst. 2 zákona a povinnost doručovat prostřednictvím datové schránky v případě, že to umožňuje povaha písemnosti, tímto pro zadavatele odpadla. Úřad k tomuto pouze konstatoval, že tato novela zákona není způsobilá zhojit postup zadavatele, aniž by zohlednil ústavní pravidlo plynoucí z článku 40 odst. 6 Listiny.
35. K uvedenému tedy konstatuji, že napadené rozhodnutí ve výroku I. trpí vadami, které mají vliv na zákonnost a přezkoumatelnost napadeného rozhodnutí, přičemž vzhledem k tomu, že nebyly naplněny podmínky pro to, aby bylo tento rozpor s právními předpisy možno napravit přímo v řízení o rozkladu postupem podle ustanovení § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu, shledal jsem důvody pro zrušení napadeného prvostupňového rozhodnutí Úřadu, jak je uvedeno výše. Výroková část rozhodnutí jako autoritativní nositelka úpravy práv a povinností, v níž je obsaženo právní řešení otázky, která je samotným předmětem správního řízení, musí být správním orgánem, který vydává rozhodnutí, sestavena zcela precizně a jednoznačně a stejně tak i odůvodnění rozhodnutí musí korespondovat se závěry vyslovenými ve výroku rozhodnutí.

36. Vzhledem k provázanosti jednotlivých výroků napadeného rozhodnutí i jejich odůvodnění jsem přistoupil v zájmu zachování transparentnosti ke zrušení všech výroků napadeného rozhodnutí a vrácení orgánu dohledu k dalšímu řízení.
37. V novém rozhodnutí tedy Úřad zohlední závazný právní názor učiněný v tomto rozhodnutí a při přezkoumávání postupu zadavatele spočívajícím v doručování výzev k uzavření smlouvy navrhovateli podrobí tento postup zadavatele relevantním ustanovením zákona ve znění účinném za celou dobu od zahájení správního řízení až do rozhodnutí o návrhu navrhovatele orgánem dohledu. Bude přitom respektovat ústavní princip vyplývající z ustanovení článku 40 odst. 6 Listiny a postup zadavatele bude posuzovat podle práva pro zadavatele příznivějšího. Bude se tedy zejména zabývat otázkou, zda nové právo vůbec převzalo původní pravidla a pokud ano, zda tato pravidla dopadají na zadavatele ve stejné míře. Svůj závěr pak Úřad pregnantně odůvodní a zohlední je v kontextu ukládání nápravného opatření.
38. Dále se Úřad s ohledem na výše uvedené vypořádá opětovně s otázkou e-mailové zprávy jako autorizovaným způsobem doručení předvídaným zákonem ve smyslu ustanovení § 148 odst. 2 zákona a podrobněji se bude zabývat také otázkou, zda lze jednoznačně prokázat její doručení v kontextu závěru Úřadu, že zadavatel dostatečně neprokázal, že jeho výzvy k uzavření smlouvy byly navrhovateli skutečně doručeny. Tento svůj závěr Úřad pregnantně odůvodní a dále doplní absentující odůvodnění svého postupu, na základě kterého nepovažoval za nezbytné provést navrhovatelem navržené důkazy směřující k prokázání doručení předmětných písemností.
39. Nad rámec uvedených závěrů, když jsem s ohledem na povinnost vyplývající z ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu, aniž by zadavatel tyto vady ve svém rozkladu namítal, vzhledem k výše uvedeným skutečnostem dospěl k závěru, že napadené rozhodnutí trpí vadami nezákonnosti a nepřezkoumatelnosti, které samy o sobě zavdaly důvod ke zrušení napadeného rozhodnutí, přičemž podle závazného právního názoru učiněného v tomto rozhodnutí přistoupí orgán dohledu k novému posouzení relevantních skutečností, které pak zohlední při vydání rozhodnutí nového, nepovažují dále za potřebné se zabývat argumenty a námitkami zadavatele učiněnými v rozkladu.

VII. Závěr

38. Po zvážení aspektů dané věci z hlediska zákonnosti a po zjištění, že napadené rozhodnutí bylo zatíženo vadou majícími vliv právě na jeho zákonnost, jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro jeho zrušení a pro vrácení věci k novému rozhodnutí orgánu dohledu. V novém řízení je Úřad dle § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu vázán právním názorem odvolacího orgánu.
40. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem shledal důvody, pro které bylo nutno napadené rozhodnutí zrušit a věc vrátit Úřadu k novému projednání, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

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. 4 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Všeobecná fakultní nemocnice v Praze, U Nemocnice 2, 128 08 Praha 2
2. SANICARE s.r.o., Masarykovo náměstí 77, 664 71 Veverská Bitýška

Vypraveno dne:

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