



UOHSX0051Z6D

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R369/2012/VZ-15157/2013/310/MLr

Brno 12. srpna 2013

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 11. 12. 2012, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem –

- společností **Severočeská vodárenská společnost a.s.**, IČ 49099469, se sídlem Přítkovská 1689, 415 50 Teplice,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S446/2012/VZ-22467/2012/511/MKl ze dne 28. 11. 2012 ve věci správního deliktu zadavatele dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Intenzifikace úpravny vody v Meziboří**“, zadávané dle ustanovení § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v otevřeném zadávacím řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 27. 12. 2011 pod evidenčním číslem 700000004111, opraveno dne 17. 2. 2012 pod evidenčním číslem 7202011007854, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 5. 1. 2012 pod evidenčním číslem 2012/S 2-002802,

jsem podle ustanovení § 152 odst. 5 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na ustanovení § 90 odst. 1 písm. b) citovaného zákona, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle ustanovení § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S446/2012/VZ-22467/2012/511/MKl ze dne 28. 11. 2012

r u š í m

a věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a prvostupňové řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jenž je dle ustanovení § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“¹), příslušný k dohledu nad dodržováním citovaného zákona, obdržel dne 30. 3. 2012 podnět k prošetření postupu zadavatele – společnosti Severočeská vodárenská společnost a.s., IČ 49099469, se sídlem Přítkovská 1689, 415 50 Teplice (dále jen „**zadavatel**“), při zadávání veřejné zakázky s názvem „Intenzifikace úpravny vody v Meziboří“ (dále jen „**veřejná zakázka**“), zadávané dle ustanovení § 27 zákona v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 27. 12. 2011 pod evidenčním číslem 700000004111, opraveno dne 17. 2. 2012 pod evidenčním číslem 7202011007854, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 5. 1. 2012 pod evidenčním číslem 2012/S 2-002802.
2. Na základě obdrženého podnětu zahájil Úřad z moci úřední správní řízení ve věci spáchání správního deliktu zadavatelem podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, protože Úřad po prošetření podnětu získal pochybnosti o tom, zda se zadavatel nedopustil správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona v souvislosti s tím, že v bodě 3.2.1.1.2 technické zprávy, která je přílohou zadávací dokumentace, uvedl v rozporu s ustanovením § 44 odst. 11 zákona odkaz na obchodní firmu a na typ nového drenážního systému.
3. Oznámení o zahájení správního řízení č. j. ÚOHS-S446/2012/VZ-11719/2012/511/MKl ze dne 9. 8. 2012 bylo dne 13. 8. 2012 doručeno jedinému účastníku správního řízení – zadavateli, a tímto dnem bylo zahájeno správní řízení ve smyslu ustanovení § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“).
4. Usnesením č. j. ÚOHS-S446/2012/VZ-14570/2012/511/MKl ze dne 10. 8. 2012 určil Úřad zadavateli lhůtu do 17. 8. 2012, ve které byl oprávněn navrhopvat důkazy či činit jiné návrhy, vyjádřit v řízení své stanovisko, a lhůtu pěti dnů ode dne doručení usnesení, ve které byl zadavatel povinen předložit seznam všech žadatelů o zadávací dokumentaci. Zadavatel jmenovaný seznam poskytl Úřadu v určené lhůtě.

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 26 zákona v návaznosti na ustanovení § 158 odst. 1 a 2 zákona, podle tohoto znění se posuzují úkony zadavatele a dodavatelů v zadávacím řízení.

5. Úřad ve správním řízení požádal dodavatele, kteří zadavatele požádali o zadávací dokumentaci, ale nepodali v zadávacím řízení nabídku, o sdělení, z jakého důvodu nabídku nepodali. Úřad se takto dotázal společnosti Česká voda – Czech Water, a.s.; společnosti Viamont DSP a.s.; společnosti SILNICE GROUP a.s.; společnosti Vodohospodářské stavby, společnost s ručením omezeným; společnosti IBL CZ a.s.; společnosti HABAU CZ s.r.o.; společnosti Metrostav a.s.; společnosti VHZ-DIS, spol. s r.o.; společnosti ARKO TECHNOLOGY, a.s.; společnosti OHL ŽS, a.s.; společnosti CGM Czech a.s.; a „základní organizace OS Stavba ČR při EUROVIA CS, a.s., závod Ústí nad Labem“.
6. Úřad na základě vyjádření dodavatelů, které následně obdržel, dospěl k závěru, že většina z oslovených společností uvedla, že nebylo v jejich silách utvořit takovou formu sdružení s českými nebo se zahraničními partnery, aby zadávací podmínky splnili, jelikož předmětná veřejná zakázka se jevila jako technicky, realizačně i kapacitně značně náročná.
7. Usnesením č. j. ÚOHS-S446/2012/VZ-19176/2012/511/MKI ze dne 12. 10. 2012 určil Úřad zadavateli lhůtu pěti dnů, ve které byl povinen doručit dokumentaci o veřejné zakázce včetně smlouvy o dílo uzavřené s vybraným uchazečem, které dosud nebyly Úřadu poskytnuty. Úřad citovaným usnesením určil zadavateli rovněž lhůtu do 19. 10. 2012, ve které byl oprávněn vyjádřit se k podkladům rozhodnutí. Usnesení bylo doručeno zadavateli dne 12. 10. 2012. Zadavatel ve lhůtě určené citovaným usnesením sdělil Úřadu, že dokumentaci veřejné zakázky již Úřadu poskytl, a k prokázání tohoto tvrzení předložil zadavatel listinu, ze které vyplývá, že dne 19. 4. 2012 Úřad převzal zadávací dokumentaci a originály podaných nabídek.
8. Z protokolu o nahlížení č. j. ÚOHS-S446/2012/VZ-19404/2012/511/MKI ze dne 16. 10. 2012 vyplývá, že téhož dne Úřad umožnil zmocněnci zadavatele nahlédnout do správního spisu vedeného v této věci.
9. Úřad ve správním řízení z oznámení o zahájení zadávacího řízení zjistil, že předmětem plnění veřejné zakázky je „*doplnění technologie úpravy vody o první separační stupeň, rekonstrukce akumulární nádrže pod pískovými filtry a souvisejícího armaturního prostoru a doplnění a modernizace chemického hospodářství. Součástí je rekonstrukce akumulace vody 4 x 2125 m³ a čerpací stanice Meziboří. Součástí je rovněž celková stavební rekonstrukce objektu ÚV*“.
10. Úřad učinil skutkové zjištění, že zadavatel stanovil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky v rozmezí od 230 000 000 Kč bez DPH a do 250 000 000 Kč bez DPH.
11. Úřad dále z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 24. 2. 2012 zjistil, že si zadávací dokumentaci vyzvedlo celkem 16 dodavatelů a nabídku podali čtyři uchazeči.
12. Úřad skutkově zjistil, že zadavatel v článku 3.2.1.1.2 přílohy zadávací dokumentace, označené jako „Technická zpráva – Nové konstrukce“ (dále jen „**Technická zpráva**“), stanovil, že „*stávající drenážní systém bude odstraněn a po vyrovnání dna filtru bude osazen nový drenážní systém typu SL od firmy The F.B. Leopold Company Inc.*“.
13. Úřad následně zjistil na základě předložené dokumentace o veřejné zakázce, že „*všechny podané nabídky obsahovaly drenážní systém od firmy The F.B. Leopold Company Inc.*“.
14. Dne 15. 6. 2012 byla uzavřena smlouva o dílo s vybraným uchazečem – „Sdružení ÚPRAVNA VODY 2012“. Oznámení o zadání zakázky uveřejnil zadavatel v informačním systému

o veřejných zakázkách pod evidenčním číslem 7203011023304 dne 3. 7. 2012. Z citované smlouvy pak Úřad zjistil, že celková hodnota veřejné zakázky činí 286 195 019 Kč včetně DPH.

II. Napadené rozhodnutí

15. Úřad po posouzení výše uvedených skutečností vydal ve správním řízení rozhodnutí č. j. ÚOHS-S446/2012/VZ-22467/2012/511/MKl ze dne 28. 11. 2012 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
16. Úřad výrokem I. napadeného rozhodnutí rozhodl tak, že zadavatel se dopustil správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že „*nedodržel postup stanovený v ustanovení § 44 odst. 11 zákona, když v zadávací dokumentaci k veřejné zakázce, v její technické zprávě v bodě 3.2.1.1.2 – Nové konstrukce, uvedl odkaz na obchodní firmu a typ nového drenážního systému, který bude po odstranění stávajícího systému osazen, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku*“.
17. Úřad ve výroku II. napadeného rozhodnutí uložil zadavateli za spáchání správního deliktu pokutu ve výši 5 000 000 Kč.
18. Výrok I. napadeného rozhodnutí Úřad odůvodnil tak, že zadavatel s ohledem na předmět veřejné zakázky neměl důvod použít pro specifikaci drenážního systému „*konkrétní název nebo odkaz na nový drenážní systém typu SL od firmy The F.B. Leopold Company Inc.*“; jestliže tak zadavatel v zadávací dokumentaci učinil, porušil ustanovení § 44 odst. 11 zákona. Úřad rovněž uvedl, že zadavatel v rozporu se zákonem použil v zadávací dokumentaci specifické označení výrobku, které platí pro určitou osobu za příznačné, ačkoliv to nebylo odůvodněno předmětem veřejné zakázky.
19. Úřad tedy zjištěný stav věci posoudil dle ustanovení § 6 zákona, dle ustanovení § 44 odst. 1 zákona a dle ustanovení § 44 odst. 11 zákona ve znění účinném v době zahájení zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 26 zákona.
20. Úřad ustanovení § 44 odst. 11 zákona interpretoval v napadeném rozhodnutí tak, že „*položky zadávací dokumentace, specifikující předmět veřejné zakázky:*
 - a. *je-li to odůvodněno jejich předmětem, mohou obsahovat odkaz nebo název; zadavatel však v takovém případě musí s ohledem na § 45 odst. 3 zákona (podle kterého nesmí být technické podmínky stanoveny tak, aby určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely neodůvodněné překážky hospodářské soutěži) připustit technicky a kvalitativně obdobné řešení, pokud je to možné; pokud to možné není, zadavateli taková povinnost nevzniká,*
 - b. *výjimečně, pokud zadavatel není schopen jejich předmět specifikovat pomocí technických podmínek ve smyslu §§ 45 a 46 zákona, mohou obsahovat odkaz nebo název, zadavatel v takovém případě musí u těchto položek připustit použití i jiných kvalitativně a technicky obdobných řešení,*
 - c. *v ostatních případech zadavatel musí k jejich specifikaci použít pouze technické podmínky ve smyslu §§ 45 a 46 zákona (tj. např. požadavky na výkon, funkci, vlastnosti, ...atd.), odkaz nebo název v takovém případě použít nemůže, protože by to vedlo nebo mohlo vést ke zvýhodnění nebo vyloučení určitých dodavatelů*

nebo výrobků, zadavatel v této souvislosti nemůže jako pomůcku připustit ani obdobné řešení, neboť to je podle zákona vázáno pouze a výlučně na situaci popsanou pod bodem b)“.

21. Úřad na základě ustanovení § 6 zákona dovedl, že zadavatel musí být schopen, a to nejlépe již v dokumentaci o veřejné zakázce, patřičně odůvodnit a doložit „specifikaci předmětu veřejné zakázky“ s použitým odkazem ve smyslu ustanovení § 44 odst. 11 zákona.
22. Úřad dospěl k závěru, že v daném případě článek 3.2.1.1.2. Technické zprávy obsahuje odkaz na konkrétní výrobek.
23. Úřad v této souvislosti posoudil, že uvedení odkazu není odůvodněno předmětem veřejné zakázky, neboť zadavatel svůj postup v dokumentaci o veřejné zakázce ani v rámci správního řízení nedoložil a patřičně neodůvodnil.
24. Úřad následně uzavřel, že „zadavatel sice v rámci zadávací dokumentace v souvislosti se specifikací dodávky a montáže drenážního systému připustil použití obdobných řešení, ovšem v rámci jiného svazku zadávací dokumentace (mimo uvedenou Technickou zprávu)“. Uvedené dle Úřadu není „dostatečným odůvodněním“.
25. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že se nelze ztotožnit s tvrzením zadavatele, že použití názvu konkrétního výrobce a typu drenážního systému bylo v zadávací dokumentaci nezbytné, protože verbální popis o prostorovém (konstrukčním) uspořádání by byl obtížný a pro dodavatele méně srozumitelný. Úřad v této souvislosti usoudil, že v daném případě se nejednalo o případ, kdy zadavatel nebyl schopen předmět veřejné zakázky popsat pomocí technických podmínek ve smyslu ustanovení § 45 a § 46 zákona. Dle Úřadu je drenážní systém často využívaný stavební prvek, který je technicky popsatelný způsobem uvedeným dle ustanovení § 45 a § 46 zákona. Úřad dále dovedl, že zadavatel mohl využít verbálního a výkresového popisu konstrukčního uspořádání.
26. Úřad posoudil, že není vyloučeno, že „při nabídce obsahující jiná možná adekvátní plnění zadavatel mohl při obdobném účinku dosáhnout výhodnější nabídkové ceny, která byla v šetřeném případě jediným možným kritériem hodnocení nabídek“. Uvedené tak mohlo mít podstatný vliv i na výběr nejvhodnější nabídky, neboť není vyloučeno, že dodavatelé by nebyli vedeni k předložení nabídky „na zadavatelem konkrétně specifikované části plnění, mohl některý z dodavatelů nabídnout jiné, kvalitativně a technicky srovnatelné řešení, avšak za výhodnějších podmínek pro zadavatele“.
27. Výrok II. napadeného rozhodnutí odůvodnil tak, že horní hranice možné pokuty činí 14 309 750 Kč včetně DPH. Úřad posoudil, že v daném případě mohlo dojít k omezení dodavatelů v důsledku nezákonného postupu zadavatele, přičemž dle Úřadu nejzávažnějším deliktem je ten, kterým zadavatel může omezit okruh dodavatelů. Dle Úřadu nelze vyloučit, že by uchazeči mohli nabídnout jiná řešení shodných parametrů, a to za výhodnějších podmínek pro zadavatele. Úřad posoudil, že zadavatel nezpracoval zadávací dokumentaci dle ustanovení § 44 odst. 11 zákona, a dále dospěl k závěru, že je zřejmé, že spáchání správního deliktu mohlo mít za následek omezení hospodářské soutěže, a tedy i možné nenaplnění elementárního účelu zákona, kterým je zajistit efektivní vynakládání veřejných prostředků.

III. Námitky rozkladu

28. Zadavatel uplatnil dne 11. 12. 2012 podáním z téhož dne rozklad proti napadenému rozhodnutí. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 28. 11. 2012; zadavatel tedy uplatnil rozklad v zákonné lhůtě.
29. Zadavatel se uplatněným rozkladem domáhá, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí změnil tak, že zadavatel se nedopustil předmětného správního deliktu.
30. Zadavatel vytýká napadenému rozhodnutí nezákonnost a věcnou nesprávnost.
Nesprávné právní posouzení porušení ustanovení § 44 odst. 11 zákona zadavatelem
31. Zadavatel napadá závěr Úřadu o tom, že zadavatel porušil ustanovení § 44 odst. 11 zákona; zadavatel uvádí, že tento právní závěr spočívá na „zcela laickém a ničím nepodloženém názoru, který je formulován velmi obecně“, tato vada dle zadavatele způsobuje nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí.
32. Zadavatel rovněž napadenému rozhodnutí vytýká, že Úřad nesprávně posoudil, že z článku 3.2.1.1.2 Technické zprávy vyplývá, že zadavatel na tomto místě určil konkrétní výrobek, když zadavatel takto určil pouze typ (druh) drenážního systému. Zadavatel dále uvádí, že označení výrobce LEOPOLD mělo dát uchazečům jasnou představu o typologii drenážního systému.
33. Zadavatel v této souvislosti uvádí, že užil v zadávacích podmínkách odkaz na drenážní systém pouze typově a s cílem dostatečně a srozumitelně specifikovat poptávaný drenážní systém, zejména pak jeho konstrukční uspořádání. Zadavatel nevyločil možnost, aby uchazeči nabídli drenážní systémy jiných výrobců, pokud ovšem splní minimální požadavky zadavatele na technické parametry a prostorové uspořádání. Zadavatel uvádí, že takto stanovil v zadávacích podmínkách například požadavek na výkon toku pracích médií drenážního systému.
34. Zadavatel rovněž konstatuje, že i Úřad v článku 36. odůvodnění napadeného rozhodnutí zjistil, že zadavatel umožnil pro plnění veřejné zakázky použití jiných, obdobných řešení, a přesto věc posoudil tak, že zadavatel porušil ustanovení § 44 odst. 11 zákona.
35. Zadavatel dále uvádí, že dle ustanovení § 44 odst. 11 zákona lze odkaz na obchodní firmu připustit, není-li popis předmětu veřejné zakázky provedený postupem podle ustanovení § 45 a § 46 dostatečně přesný a srozumitelný. Jestliže pak je zadavatel schopen vymezit technické podmínky plnění zakázky dle ustanovení § 45 a § 46 zákona jen k části plnění předmětu, může dle zadavatele při vymezení zbývajících předmětů plnění užít odkaz na obchodní firmu. Zadavatel v uplatněném rozkladu konstatuje, že takto postupoval při vymezení drenážního systému v zadávacích podmínkách.
36. Zadavatel uvádí, že postupoval v souladu s ustanovením § 6 odst. 1 zákona a s ustanovením § 44 odst. 1 a 11 zákona, když v článku 3.2.1.1.2 Technické zprávy použil odkaz na obchodní firmu výrobce The F.B. Leopold Company Inc.
Nedostatečné posouzení skutkových zjištění Úřadem
37. Zadavatel vytýká Úřadu, že při posouzení toho, zda porušení zákona zadavatelem podstatně ovlivnilo nebo mohlo ovlivnit výběr, se vůbec nezabýval vyjádřeními dodavatelů, které Úřad

požádal ve správním řízení o sdělení, z jakých důvodů nepodali tito dodavatelé nabídku. V tomto případě jmenovaná vyjádření dle zadavatele svědčí zcela v jeho prospěch.

38. Úřad dle zadavatele vůbec v řízení řádně nezjistil a neposoudil, zda odkaz uvedený v článku 3.2.1.1.2 Technické zprávy mohl mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky.
39. Zadavatel dále konstatuje, že předmětným odkazem nezvýhodnil žádného z výrobců drenážního systému, a dále že tento postup nemohl mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Uvedený závěr dle zadavatele vyplývá i z vyjádření dodavatelů, kterých se ve správním řízení dotázal Úřad.

Nedostatek důvodů napadeného rozhodnutí

40. Zadavatel dále napadá, že Úřad neuvedl, na základě čeho posoudil, že zadavatel byl schopen popsat drenážní systém co do prostorového a konstrukčního uspořádání ve smyslu ustanovení § 45 a § 46 zákona. Závěr Úřadu o tom, že zadavatel mohl využít verbálního a výkresového popisu konstrukčního uspořádání, nemá oporu v provedeném dokazování. Zadavatel v této souvislosti uvedl, že se jedná o subjektivní a laický náhled Úřadu, a zároveň odkázal na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 41/2010-72 ze dne 7. 10. 2011, dle kterého je nezbytné, aby ve správním spise byl podklad, o který správní orgán opírá svá zjištění.

Nesprávné právní posouzení povinnosti zadavatele odůvodnit použití odkazu ve smyslu ustanovení § 44 odst. 11 zákona v zadávací dokumentaci

41. Zadavatel napadá závěr Úřadu o tom, že zadavatel nedoložil a dostatečně neodůvodnil použití odkazu na typ výrobku. Zadavatel uvádí, že takové odůvodnění poskytl ve vyjádřeném ze dne 20. 4. 2012 a následně ve vyjádření ze dne 16. 8. 2012. Právní závěr Úřadu o tom, že důvody pro použití odkazu musí být uvedeny již v zadávacích podmínkách, nemá dle zadavatele oporu v platném právu. Zadavatel uvádí, že dle ustanovení § 44 odst. 11 zákona „je zřejmé, že postačuje věcné naplnění důvodů pro uvedení odkazu na obchodní firmu, přičemž tento odkaz je výslovně přípustný, pokud specifikace dle § 45 a 46 (zákon) bude nedostatečně přesná“. Zadavatel však důvody o nezbytnosti použití odkazu na typ drenážního systému osvědčil ve vyjádření ze dne 20. 4. 2012 a následně ve vyjádření ze dne 16. 8. 2012.

Nedostatečně zjištěný skutkový stav věci

42. Zadavatel dále napadá, že Úřad nedostatečně zjistil skutkový stav, když se ve správním řízení zabýval pouze článkem 3.2.1.1.2 Technické zprávy, aniž by zjišťoval obsah jiných požadavků zadavatele v zadávací dokumentaci, resp. v zadávacích podmínkách, které mají věcnou či jinou souvislost s předmětným odkazem. Úřad se tak dle zadavatele vůbec nezabýval obecnými technickými požadavky na drenážní systém.

Nesprávná interpretace zákona

43. Zadavatel vytýká Úřadu, že z odůvodnění napadeného rozhodnutí není zřejmé, „na jakém základě Úřad staví názor uvedený v bodu č. 34 rozhodnutí“. Zadavatel k odkazu Úřadu na směrnici Evropského parlamentu a Rady č. 2004/18/ES o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby uvádí, že předmětná

směrnice není právním předpisem s přímou účinností; výsledkem její transpozice je pak úprava obsažená v zákoně.

44. Zadavatel rovněž napadá, že „*striktní diferenciace postupů při vymezení technických podmínek plnění, tak jak ji naznačuje Úřad v bodu č. 34. písm. a) až c) rozhodnutí, je tak zcela nelogická, neodpovídá účelu § 44 odst. 11 ZVZ, ale nemá ani žádnou oporu v ZVZ*“.

Porušení Listiny základních práv a svobod

45. Zadavatel vytýká Úřadu, že neposoudil jednání zadavatele také dle novelizovaného a pro zadavatele příznivějšího znění ustanovení § 44 odst. 11 zákona, dle kterého lze u stavebních prací lze takový odkaz připustit, pouze pokud nepovede k neodůvodněnému omezení hospodářské soutěže. V této souvislosti zadavatel odkazuje také na konstantní soudní judikaturu (rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 68/2011-99 ze dne 21. 3. 2012), dle které jsou správní orgány povinny zabývat se dodržáním ústavního principu – aplikovat pozdější právní úpravu, je-li pro pachatele příznivější.

Námítky rozkladu ke stanovení pokuty za spáchaný správní delikt

46. Zadavatel vytýká, že Úřad ve správním řízení vůbec neprokázal, že nezákonný postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, když z vyjádření dotázaných dodavatelů dle zadavatele vyplývá, že tito dodavatelé nepodali nabídku v zadávacím řízení z jiného důvodu, než je předmětný nezákonný postup zadavatele. Úřad dle zadavatele jiné zjištěné okolnosti pro závěr o možném podstatném vlivu v napadeném rozhodnutí neuvedl.
47. Úřad dle zadavatele rovněž pochybil, když při posouzení způsobu spáchaní správního deliktu vůbec nepřihlédl k okolnosti, že „*technické podmínky plnění zadavatel formuloval prostřednictvím odborně způsobilé osoby*“, protože usiloval o to, aby zadávací podmínky (technické podmínky) byly na vysoké odborné úrovni.
48. Zadavatele dále napadá, že Úřad opomněl při určení výměry pokuty přihlédnout k zavinění zadavatele, když v jiném případě (*rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. R92/2012/VZ-21190/2012/310/MŠe ze dne 12. 11. 2012*) k této subjektivní stránce správního deliktu při ukládání sankce přihlédl. Dle zadavatele je z okolností daného případu zřejmé, že neměl v úmyslu porušit zákon, když na zpracování zadávacích podmínek se podílel odborník.
49. Úřad rovněž dle zadavatele pochybil, když nepřihlédl jako k okolnosti, za které byl správní delikt spáchán, k tomu, že zadavatel umožnil pro plnění veřejné zakázky použití jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení, a dále se Úřad pominul to, že poptávaný drenážní systém netvoří majoritní část předmětu plnění veřejné zakázky.
50. Zadavatele napadá také samotnou výši pokuty, které je dle zadavatele v rozporu s konstantní rozhodovací praxí Úřadu, a jako taková nepřiměřená.

IV. Řízení o rozkladu

51. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí v rámci autoremedury a v souladu s ustanovením § 88 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) předal správní spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu.

52. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle ustanovení § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.

Stanovisko předsedy Úřadu

53. Úřad tím, že ve svém rozhodnutí č. j. ÚOHS-S446/2012/VZ-22467/2012/511/MKl ze dne 28. 11. 2012 rozhodl o tom, že zadavatel se dopustil správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, tím, že „*nedodržel postup stanovený v ustanovení § 44 odst. 11 zákona, když v zadávací dokumentaci k veřejné zakázce, v její technické zprávě v bodě 3.2.1.1.2 – Nové konstrukce, uvedl odkaz na obchodní firmu a typ nového drenážního systému, který bude po odstranění stávajícího systému osazen, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku*“, a tím, že za spáchání správního deliktu uložil zadavateli pokutu ve výši 5 000 000 Kč, nerozhodl v souladu se zákonem.
54. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, na základě kterých jsem rozhodl zrušit rozkladem napadené rozhodnutí a věc vrátit Úřadu k novému projednání.

V. Důvody zrušení napadeného rozhodnutí

Nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí

55. Ze zjištění Úřadu vyplývá, že zadavatel zveřejnil oznámení o zahájení předmětného zadávacího řízení v informačním systému o veřejných zakázkách dne 27. 12. 2011 pod evidenčním číslem 700000004111.
56. Z napadeného rozhodnutí dále vyplývá, že Úřad aplikoval na zjištěný stav věci, posuzoval úkon zadavatele a ukládal sankci podle znění zákona účinného ke dni zahájení zadávacího řízení. Dne 28. 11. 2012 vydal Úřad napadené rozhodnutí, kterým rozhodl, že zadavatel se dopustil správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 44 odst. 11 zákona, a to ve znění účinném v době zahájení zadávacího řízení.
57. Zákonem č. 55/2012 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších právních předpisů, účinným ke dni 1. 4. 2012, bylo novelizováno ustanovení § 44 odst. 11 zákona a dále také ustanovení § 120 odst. 2 zákona.
58. Dle článku 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod trestnost činu se posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán; pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější.
59. V souvislosti s citovaným článkem Listiny základních práv a svobod uvádím, že konstantní soudní judikatura (*např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 6 A 126/2002-27 ze dne 27. 10. 2004*) dospěla k závěru, že trestání za správní delikt musí podléhat stejnému režimu jako trestání za trestné činy, a že „*od okamžiku, kdy byla ratifikována Úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod – není rozhodné, zda pozitivní právo označuje určité deliktní jednání za trestný čin nebo za správní delikt*“. Dle nálezů Ústavního soudu

(např. *ÚS II. 192/05-2 ze dne 11. 7. 2007 a ÚS III. 611/01 ze dne 13. 6. 2002*) je opomenutí správního orgánu zabývat se tím, zda nová právní úprava není nebo je pro účastníka příznivější, zásahem do jejího práva na spravedlivý proces.

60. Vzhledem k tomu, že v době rozhodování Úřadu byl již účinný pozdější zákon (tj. zákon ve znění zákona č. 55/20012 Sb.), byl Úřad povinen při rozhodování o správním deliktu zadavatele právně posoudit, která právní úprava je pro zadavatele příznivější.
61. Jestliže Úřad rozhoduje o správním deliktu již za účinnosti pozdějšího zákona, aplikuje vždy při svém posouzení článek 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod, tj. vypořádá se s otázkou, které znění zákona je pro účastníka („pachatele“) příznivější, a v odůvodnění rozhodnutí uvede úvahy, kterými se při takovém posouzení řídil ve smyslu ustanovení § 68 odst. 3 správního řádu. V opačném případě je takové rozhodnutí nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů (*k této otázce také rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 6 A 126/2002-27 ze dne 27. 10. 2004*). Předseda Úřadu jako odvolací správní orgán je povinen vždy přezkoumat ve smyslu ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu, zda napadené rozhodnutí je v souladu s předmětnou ústavní zásadou, aniž by takovou vadu napadeného rozhodnutí musel účastník vytknout jako námítku rozkladu.
62. V napadeném rozhodnutí Úřad vůbec neposuzoval, které znění zákona je pro zadavatele příznivější, zda znění účinné v době spáchání správního deliktu, nebo zda znění účinné v době rozhodování Úřadu; napadené rozhodnutí tak trpí nepřezkoumatelností, a to pro nedostatek důvodů rozhodnutí.

Nezákonost v důsledku aplikace nesprávně interpretované normy

63. Přestože napadené rozhodnutí trpí nepřezkoumatelností, a tato vada sama o sobě brání odvolacímu orgánu (předsedovi Úřadu) přezkoumat napadené rozhodnutí zcela dle ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu, považuje předseda Úřadu s ohledem na procesní ekonomii za nutné vyjádřit se i k dalšímu částem nepřezkoumatelného napadeného rozhodnutí. Předseda Úřadu si je vědom toho, že dosud není najisto postaveno, které ze znění zákona je pro zadavatele příznivější, nicméně považuje za nezbytné vyjádřit se k nezákonné interpretaci ustanovení § 44 odst. 11 zákona Úřadem již nyní. Pokud by tak předseda Úřadu neučinil, mohlo by se stát, že v dalším řízení po vrácení věci by mohl Úřad opět aplikovat nesprávně interpretované ustanovení zákona, a zatížit tak nezákonností i rozhodnutí vydané po novém projednání.
64. Úřad na zjištěný stav věci aplikoval ustanovení § 44 odst. 11 zákona ve znění před 1. 4. 2012.
65. Úřad ustanovení § 44 odst. 11 zákona interpretoval v napadeném rozhodnutí tak, že „*položky zadávací dokumentace, specifikující předmět veřejné zakázky:*
 - a. *je-li to odůvodněno jejich předmětem, mohou obsahovat odkaz nebo název; zadavatel však v takovém případě musí s ohledem na § 45 odst. 3 zákona (podle kterého nesmí být technické podmínky stanoveny tak, aby určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely neodůvodněné překážky hospodářské soutěži) připustit technicky a kvalitativně obdobné řešení, pokud je to možné; pokud to možné není, zadavateli taková povinnost nevzniká,*
 - b. *výjimečně, pokud zadavatel není schopen jejich předmět specifikovat pomocí technických podmínek ve smyslu §§ 45 a 46 zákona, mohou obsahovat odkaz*

nebo název, zadavatel v takovém případě musí u těchto položek připustit použití i jiných kvalitativně a technicky obdobných řešení,

- c. *v ostatních případech zadavatel musí k jejich specifikaci použít pouze technické podmínky ve smyslu §§ 45 a 46 zákona (tj. např. požadavky na výkon, funkci, vlastnosti, ...atd.), odkaz nebo název v takovém případě použít nemůže, protože by to vedlo nebo mohlo vést ke zvýhodnění nebo vyloučení určitých dodavatelů nebo výrobků, zadavatel v této souvislosti nemůže jako pomůcku připustit ani obdobné řešení, neboť to je podle zákona vázáno pouze a výlučně na situaci popsanou pod bodem b)“.*

66. Úřad dospěl k závěru, že dikce zákona upravuje tři možnosti popisu předmětu veřejné zakázky, a následně takto interpretované ustanovení § 44 odst. 11 zákona aplikoval při posouzení věci.
67. Vzhledem k tomu, že Úřad výše uvedenou interpretací ustanovení § 44 odst. 11 zákona vytvářel zcela nové hypotézy bez opory v citovaném ustanovení, trpí takový výklad zákona nesprávností; v důsledku takové nesprávnosti aplikace práva pak Úřad rozhodl nezákonně.
68. Správní orgány jsou povinny interpretovat zákon pouze v jeho mezích, nikdy nad či dokonce mimo jeho rámec. Samotná dikce ustanovení § 44 odst. 11 určuje dostatečně určitě práva a povinnosti zadavatele, není třeba vytvářet nové hypotézy výslovně v zákoně nezakotvené, a to ani vytrháváním jednotlivých ustanovení z celkového kontextu a jejich následným spojením, a to mimo dikci zákona.
69. Dle ustanovení § 44 odst. 11 věta první zákona nesmí zadávací dokumentace, zejména technické podmínky, obsahovat požadavky nebo odkazy na obchodní firmy, názvy nebo jména a příjmení, specifická označení zboží a služeb, které platí pro určitou osobu, popřípadě její organizační složku za příznačné, patenty na vynálezy, užité vzory, průmyslové vzory, ochranné známky nebo označení původu, není-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky, a pokud by to vedlo ke zvýhodnění nebo vyloučení určitých dodavatelů nebo určitých výrobků.
70. Citovaná dikce zákona upravuje zákaz zadavatele za tam stanovených podmínek uvádět v zadávací dokumentaci (ve znění účinném od 1. 4. 2012 v zadávacích podmínkách) požadavky nebo odkazy ve smyslu ustanovení § 44 odst. 11 zákona. Právně relevantním tedy je okolnost, zda zadavatel uvedl požadavek nebo odkaz ve smyslu ustanovení § 44 odst. 11 zákona v zadávací dokumentaci, zda uvedení odkazu je nebo není v konkrétním případě odůvodněno předmětem veřejné zakázky, a zda uvedení takového požadavku nebo odkazu by vedlo ke zvýhodnění nebo vyloučení určitých dodavatelů nebo určitých výrobků. Jestliže Úřad pak aplikuje na zjištěný stav věci citované ustanovení, musí zjistit všechny okolnosti právně významné dle dikce citovaného ustanovení.
71. Dle věty druhé ustanovení § 44 odst. 11 zákona platí, že odkaz lze výjimečně připustit, není-li popis předmětu provedený postupem podle ustanovení § 45 a § 46 zákona dostatečně přesný a srozumitelný. Dále citované ustanovení upravuje, za jakých podmínek lze odkaz připustit v rámci technických podmínek, a to odkaz, který je přípustný ve smyslu ustanovení § 44 odst. 11 věta první a contrario zákona. K citovanému ustanovení zákona konkrétně uvádím, že z jeho dikce a ani z jeho extenzivního výkladu nevyplývá, že připuštění

odkazu ve smyslu ustanovení § 44 odst. 11 zákona je odvislé od toho, zda zadavatel je nebo není *schopen* specifikovat předmět plnění veřejné zakázky dle ustanovení § 45 a § 46 zákona, jak interpretoval a následně aplikoval Úřad.

72. Jestliže Úřad následně zjišťoval a posoudil, že zadavatel byl schopen popsat předmět veřejné zakázky postupem dle ustanovení § 45 a dle ustanovení § 46 zákona, trpí napadené rozhodnutí nezákonností, neboť posouzení schopnosti nebo neschopnosti zadavatele nemá oporu v zákoně, a tudíž je zjišťování a posuzování takové okolnosti právně irelevantní. Naopak z dikce ustanovení § 44 odst. 11 věta druhá zákona vyplývá, že odkaz ve smyslu ustanovení § 44 odst. 11 zákona lze připustit v případě, že popis předmětu provedený postupem podle ustanovení § 45 a § 46 zákona není *objektivně* dostatečně přesný a srozumitelný. Právně relevantním v daném případě tedy je, zda popis předmětu veřejné zakázky provedený postupem podle ustanovení § 45 a § 46 zákona by byl či nebyl dostatečně přesný a srozumitelný; přičemž právně významným je i posouzení toho, podle které části ustanovení § 45 a § 46 zákona by byl zadavatel povinen postupovat při popisu předmětu veřejné zakázky.
73. Dle ustanovení § 44 odst. 11 věta in fine zákona dále platí, že zadavatel „*v takovém případě umožní pro plnění veřejné zakázky použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení*“. Jestliže by zadavatel uvedl v zadávací dokumentaci odkaz ve smyslu ustanovení § 44 odst. 11 zákona, a tento odkaz by byl přípustný (*tj. je odůvodněn předmětem veřejné zakázky, nevedl by ke zvýhodnění nebo vyloučení určitých dodavatelů, a zároveň popis předmětu veřejné zakázky by nebyl podle § 45 a § 46 zákona dostatečně přesný a srozumitelný*), byl by povinen umožnit uchazečům v nabídkách a posléze při plnění veřejné zakázky použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení.
74. Ustanovení § 44 odst. 11 zákona ve větě první zákona tedy upravuje generální (všeobecný) zákaz uvádět v zadávací dokumentaci (ve znění účinném od 1. 4. 2012 v zadávacích podmínkách) požadavky nebo odkazy na obchodní firmy, názvy nebo jména a příjmení, specifická označení zboží a služeb, které platí pro určitou osobu, popřípadě její organizační složku za příznačné, patenty na vynálezy, užité vzory, průmyslové vzory, ochranné známky nebo označení původu. Věta druhá citovaného ustanovení upravuje podmínky, za nichž lze takový odkaz v zadávací dokumentaci (v technických podmínkách) připustit. Věta poslední citovaného ustanovení ukládá zadavateli vždy v případě přípustného (zákonem dovoleného) odkazu ve smyslu věty první a contrario a věty druhé citovaného ustanovení zákona povinnost umožnit v nabídkách a při plnění veřejné zakázky použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení.
75. Tato interpretace ustanovení § 44 odst. 11 zákona odpovídá jeho jazykovému vyjádření, jeho obsahu, smyslu i účelu. Pro interpretaci je tedy významné nejen samotné vyjádření předmětného ustanovení slovy (jazykem), ale i systematika jednotlivých vět (norem) v tomto ustanovení, a jejich vzájemný logický vztah.
- K posouzení Úřadu toho, že použití odkazu ve smyslu ustanovení § 44 odst. 11 zákona není odůvodněno předmětem veřejné zakázky*
76. Z odůvodnění napadeného rozhodnutí (článek 36.) vyplývá, že Úřad konstatoval, že „*použití této formy specifikace není v daném případě předmětem veřejné zakázky odůvodněno, neboť zadavatel svůj postup v dokumentaci o veřejné zakázce ani v rámci správního řízení*

nedoložil a patřičně neodůvodnil". Další úvahy při posouzení toho, zda použití odkazu zadavatelem ve smyslu ustanovení § 44 odst. 11 zákona není odůvodněno předmětem plnění veřejné zakázky, Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí neučinil.

77. Dle ustanovení § 3 správního řádu nevyplývá-li ze zákona něco jiného, postupuje správní orgán tak, aby byl zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a to v rozsahu, který je nezbytný pro soulad jeho úkonu s požadavky uvedenými v ustanovení § 2 správního řádu. Z ustanovení § 50 odst. 3 správního řádu vyplývá, že v řízení, v němž má být z moci úřední uložena povinnost, je správní orgán povinen i bez návrhu zjistit všechny rozhodné okolnosti svědčící ve prospěch i v neprospěch toho, komu má být povinnost uložena.
78. Správní orgány v řízeních zahájených z moci úřední, kterým je i předmětné správní řízení, jsou povinny skutkově zjišťovat všechny rozhodné okolnosti svědčící ve prospěch i neprospěch v daném případě zadavatele, a následně jsou povinny, a to i bez návrhu, na takto zjištěný relevantní skutkový stav aplikovat platné právo. Správní řízení zahájené z moci úřední o správním deliktu je ovládáno zásadou vyšetřovací (*k této otázce také viz rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 4 Ads 44/2010-132 ze dne 30. 12. 2010*). V takovém správním řízení účastník, o jehož správním deliktu se správní řízení vede, nemá zákonnou povinnost tvrdit a dokazovat, a to ani ve svůj prospěch či neprospěch. Účastník má „pouze“ právo se vyjádřit k pokladům pro vydání rozhodnutí; v rámci tohoto vyjádření může tvrdit a dokazovat podle svého uvážení. Jestliže však takového práva nevyužije, nebo dokonce odmítne předložit listinu, která přispívá k vlastnímu obvinění, nesnižuje se tím povinnost Úřadu zjišťovat a posuzovat rozhodné skutečnosti v souladu se zásadou vyšetřovací.
79. Z obsahu napadeného rozhodnutí však nevyplývá, na základě čeho a jakou úvahou dospěl Úřad k závěru, že *„použití této formy specifikace není v daném případě předmětem veřejné zakázky odůvodněno“*. Z hlediska napadeného rozhodnutí to konkrétně znamená, že Úřad měl zjistit, a následně věcně a právně posoudit, zda použití odkazu bylo a je odůvodněno předmětem veřejné zakázky, přitom se vypořádat i s vyjádřením zadavatele k podkladům pro vydání rozhodnutí, uvést své úvahy v odůvodnění napadeného rozhodnutí, kterými se při tomto posouzení skutkového stavu a vyjádření zadavatele řídil. Uvedené však Úřad v napadeném rozhodnutí neučinil, a proto napadené rozhodnutí trpí nezákonností spočívající v porušení ustanovení § 3 správního řádu.
80. Jestliže pak Úřad interpretuje ustanovení § 44 odst. 11 zákona tak, že zadavatel je povinen uvést odůvodnění použití odkazu přímo v zadávací dokumentaci, tak uvádím, že taková interpretace nemá oporu v platné právní úpravě. Zákon neukládá zadavateli, aby v dokumentaci o veřejné zakázce zadavatel uvedl své odůvodnění toho, proč použil odkaz ve smyslu ustanovení § 44 odst. 11 zákona. Zákon v této souvislosti pouze stanovuje, že použití takového odkazu musí být odůvodněno předmětem veřejné zakázky. Jinými slovy, samotný předmět veřejné zakázky (jeho specifiky, povaha plnění apod.), jak jej stanovil zadavatel, musí odůvodňovat použití takového odkazu. Tyto důvody musí skutečně objektivně existovat. Úřad tuto objektivní existenci přezkoumává, a nemůže se spokojit s prostým zjištěním, zda je zadavatel uvedl v dokumentaci o veřejné zakázce či nikoliv.
81. Úřad samotnou existenci objektivních důvodů zjišťuje pomocí vhodných důkazních prostředků ve smyslu ustanovení § 51 a násl. správního řádu, přitom není oprávněn

bez zákonného zmocnění přenášet odpovědnost za zjištění stavu věci (důkazní břemeno) ani za jeho prokázání na zadavatele. Z odůvodnění napadeného rozhodnutí (článek 36.) však vyplývá, že Úřad spojil s tím, že zadavatel ve správním řízení „nedoložil a patřičně neodůvodnil“ použití předmětného odkazu v zadávací dokumentaci, negativní právní následky pro zadavatele, které spočívají v tom, že zadavatel neprokázal, že se nedopustil správního deliktu. Úřad tedy pochybil tím, když přenesl na zadavatele bez zákonné opory odpovědnost za zjištění stavu věci; takový postup Úřadu je nezákonný a v rozporu se zásadou vyšetřovací.

82. V této souvislosti uvádím, že zásada vyšetřovací jde ruku v ruce s článkem 40 odst. 2 Listiny základních práv a svobod, dle kterého každý, proti němuž je vedeno trestní řízení, je považován za nevinného, pokud pravomocným odsuzujícím rozsudkem soudu nebyla jeho vina vyslovena. Z uvedeného vyplývá, že zadavatel v tomto správním řízení nebyl povinen prokazovat, že neporušil zákon, resp. svoji „nevinu“, neboť ta se dle Listiny základních práv a svobod presumuje.

Posouzení Úřadu toho, zda zadavatel umožnil pro plnění veřejné zakázky použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení

83. Z článku 36. odůvodnění napadeného rozhodnutí vyplývá, že „zadavatel sice v rámci zadávací dokumentace v souvislosti se specifikací dodávky a montáže drenážního systému připustil použití obdobných řešení, ovšem v rámci jiného svazku zadávací dokumentace (mimo uvedenou Technickou zprávu), což Úřad nemůže považovat za dostatečné odůvodnění“. Jiné okolnosti v souvislosti s posouzením toho, zda zadavatel umožnil pro plnění veřejné zakázky použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení, Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí neuvedl.
84. Dle ustanovení § 68 odst. 3 správního řádu se v odůvodnění rozhodnutí uvedou důvody výroku nebo výroků rozhodnutí, podklady pro jeho vydání, úvahy, kterými se správní orgán řídil při jejich hodnocení a při výkladu právních předpisů, a informace o tom, jak se správní orgán vypořádal s návrhy a námitkami účastníků a s jejich vyjádřením k podkladům rozhodnutí.
85. Z uvedeného vyplývá, že v rozhodnutí musí být uvedena relevantní konkrétní skutková zjištění, která by následně Úřad posoudil tak, že zadavatel v zadávací dokumentaci umožnil pro plnění veřejné zakázky použití i jiných, obdobných řešení. Tento závěr o přezkoumatelnosti správních rozhodnutí vyplývá i z konstantní soudní judikatury (*rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 As 18/2004-68 ze dne 20. 9. 2005 a rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 4 Azs 55/2003-51 ze dne 22. 1. 2004*), která dospěla k závěru, že rozhodnutí správního orgánu, v jehož odůvodnění není uveden obsah důkazů, na jejichž podkladě správní orgán dovodil své závěry, je v rozporu se zákonem. Jestliže Úřad vůbec neuvedl v odůvodnění napadeného rozhodnutí konkrétní skutkové zjištění, není možné vůbec přezkoumat, zda Úřad věcně a právně správně posoudil, že zadavatel skutečně umožnil použití jiných, obdobných řešení; napadené rozhodnutí tak trpí nepřezkoumatelností.
86. K úvaze Úřadu, že zadavatel je povinen uvést, že umožňuje pro plnění předmětu veřejné zakázky použití i jiných, obdobných řešení, v témže svazku zadávací dokumentace, uvádím, že takový závěr nemá oporu v platné právní úpravě, a proto nelze po zadavatele

ani požadovat, aby umožnil použití obdobných řešení v téže kapitole, v témže článku, svazku zadávací dokumentace.

Posouzení Úřadu toho, zda by byl popis předmětu veřejné zakázky provedený postupem podle ustanovení § 45 a § 46 zákona dostatečně přesný a srozumitelný

87. Z článku 38. odůvodnění napadeného rozhodnutí vyplývá, že „v daném případě se dle názoru Úřadu nejednalo o situaci, kdy by zadavatele nebyl schopen předmět veřejné zakázky, resp. jeho jednotlivou část (položku), popsat pomocí technických podmínek ve smyslu §§ 45 a 46 zákona“. Citovaný závěr Úřad odůvodnil tak, že drenážní systém je často využívaný stavební prvek, technicky popsatelný způsobem dle ustanovení § 45 a ustanovení § 46 zákona; zadavatel mohl využít verbálního a výkresového popisu konstrukčního uspořádání.
88. K zjišťování schopnosti zadavatele popsat předmět veřejné zakázky a k irelevantnosti této okolnosti z hlediska zákona odkazují na své výše uvedené závěry (článek 71. a 72. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
89. Závěr o tom, zda drenážní systém je nebo není často využívaný stavební prvkem, a proto předmět veřejné zakázky v části poptávaného drenážního systému je popsatelný dle zákona, je právně irelevantní.
90. Okolnost, že zadavatelé v zadávacím řízení často postupují určitým způsobem, neznamená, že se tak děje v souladu se zákonem, ani to neznamená, že takto zavedená praxe má přednost před normativní, tedy obecně závaznou, právní úpravou, a že zadavatel porušil zákon, když nejednal způsobem, který vyplývá z takové „časté praxe“ jiných zadavatelů. Takový přístup nemá oporu v zákoně, neboť při takovém posouzení by mohly správní orgány dokonce uzavřít, že žádná taková praxe neexistuje, a tedy by nebylo možné dle této logiky ani ve věci rozhodnout. Úřad však dle správního řádu aplikuje pouze platné právo, nikoliv však častou (a nezjištěnou) praxi jiných zadavatelů.
91. Úřad uvedl, že „drenážní systém“ je často používaný stavební prvek, v daném případě se však Úřad nezabýval konkrétním drenážním systémem a jeho popisem pomocí technických podmínek.
92. V této souvislosti uvádím, že při posouzení toho, zda by popis předmětu veřejné zakázky byl provedený postupem podle ustanovení § 45 a ustanovení § 46 zákona dostatečně přesný a srozumitelný, je nezbytné posoudit, podle kterých ustanovení § 45 a ustanovení § 46 zákona by měl zadavatel při popisu předmětu veřejné zakázky postupovat, zvláště když samo ustanovení § 44 odst. 11 zákona na tato ustanovení odkazuje. Ustanovení § 45 odst. 1 a 2 zákona definují pro účely zákona technické podmínky pro veřejné zakázky na dodávky nebo služby a dále pro veřejné zakázky na stavební práce. Dle ustanovení § 45 odst. 4 zákona pak platí, že zadavatel formuluje technické podmínky jedním ze způsobů uvedených v ustanovení § 46 odst. 1, 2, 4 a 5 zákona. Teprve po posouzení toho, jakým způsobem by mohl a měl zadavatel provést popis předmětu veřejné zakázky ve smyslu ustanovení § 45 a ustanovení § 46 zákona, se lze zabývat tím, zda by byl popis předmětu veřejné zakázky dodatečně přesný a srozumitelný.
93. Úřad svůj závěr o tom, že zadavatel byl schopen popsat předmět veřejné zakázky dle ustanovení § 45 a § 46 zákona, založil také na úvaze, že zadavatel mohl využít verbálního

a výkresového popisu konstrukčního uspořádání. Úřad, který vykoná dohled nad postupem zadavatele při zadávací veřejných zakázek, rozhoduje pouze o tom, zda zadavatel při zadávací veřejné zakázce postupoval v souladu se zákonem.

94. Jestliže pak Úřad konstatuje, že zadavatel mohl postupovat určitým způsobem, musí z jeho úvahy vyplývat, na základě kterého ustanovení zákona měl tak zadavatel učinit. Dle ustanovení § 45 odst. 4 zákona formuluje zadavatel technické podmínky jedním ze způsobů uvedených v ustanovení § 46 odst. 1, 2, 4 a 5 zákona. Nadto z odůvodnění napadeného rozhodnutí není zřejmé, který z těchto zákonných způsobů představuje „verbální a výkresový popis konstrukčního uspořádání“, nebo zda se jedná o úplně jiný institut, např. ve smyslu ustanovení § 44 odst. 4 písm. a) zákona o projektovou dokumentaci, která obsahuje mimo jiné technickou zprávu a výkresovou část architektonicko-stavebního řešení a stavebně konstrukčního řešení.

95. Vzhledem k výše uvedenému uvádím, že napadené rozhodnutí trpí i z těchto důvodů nezákonností.

K posouzení toho, zda postup zadavatele podstatně mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky

96. Zadavatel v podaném rozkladu namítá, že Úřad zcela pominul ve svém rozhodnutí o správním deliktu a následně také o sankci vyjádření dodavatelů, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci, ale již nepodalí nabídku. Zadavatel má za to, že tato vyjádření svědčí v jeho prospěch, a dále vytýká, že Úřad neprokázal, zda mezi porušením zadavatele a omezením okruhu dodavatelů existuje jakákoliv příčinná souvislost.

97. K námitce zadavatele, že Úřad pominul ve svém rozhodnutí vyjádření dodavatelů, uvádím, že jsem přezkoumal napadené rozhodnutí i v tomto rozsahu, a dospěl jsem k závěru, že Úřad uvedl v napadeném rozhodnutí obsah předmětných vyjádření, ale dále je nijak nehodnotil.

98. Z ustanovení § 68 odst. 3 správního řádu vyplývá, že v odůvodnění rozhodnutí se uvedou také podklady pro jeho vydání, úvahy, kterými se správní orgán řídil při jejich hodnocení. Z ustanovení § 50 odst. 1 správního řádu pak vyplývá, že podkladem pro vydání rozhodnutí jsou mimo jiné důkazy.

99. Samotné hodnocení pokladů upravuje ustanovení § 50 odst. 4 správního řádu, dle kterého hodnotí správní orgán podklady, zejména důkazy, podle své úvahy; přitom pečlivě přihlíží ke všemu, co vyšlo v řízení najevo, včetně toho, co uvedli účastníci. Z uvedeného vyplývá, že přezkoumatelné rozhodnutí by mělo vždy obsahovat provedené důkazy, co z nich vyšlo najevo (tedy skutková zjištění z těchto důkazů vyvozená), a úvahy, kterými se správní orgán řídil při jejich hodnocení, a to i v případě, kdy takové důkazy nebudou předmětem následujícího právního posouzení věci.

100. Jestliže se tedy Úřad rozhodl, že ve správním řízení provede důkaz listinou – konkrétně předmětnými vyjádřeními dodavatelů, pak ve smyslu ustanovení § 50 odst. 4 správního řádu byl povinen nejen uvést obsah těchto důkazů, a co z nich vyšlo najevo, ale také úvahy, kterými se řídil při jejich hodnocení; následně tyto úvahy uvést v odůvodnění napadeného rozhodnutí dle ustanovení § 68 odst. 3 správního řádu. Uvedené úvahy však Úřad v napadeném rozhodnutí neuvedl. Z napadeného rozhodnutí tak není zřejmé, zda Úřad opomněl tyto důkazy zohlednit při posuzování správního deliktu zadavatele a sankci, nebo zda tyto důkazy byly pro rozhodnutí o správním deliktu zadavatele dle Úřadu

nadbytečné, a proto je nezohlednil při svém posuzování. Uvedené rozhodnutí tak trpí nepřezkoumatelností (*rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 6 Ads 87/2006-36 ze dne 28. 2. 2007*), kterou je možno zhojit v novém projednání tím, že Úřad všechny provedené důkazy bude hodnotit dle ustanovení § 50 odst. 4 správního řádu, a úvahy, jimiž se při jejich hodnocení bude řídit, uvede v odůvodnění rozhodnutí dle ustanovení § 68 odst. 3 správního řádu.

101. K námitce rozkladu o povinnosti Úřadu prokázat důkazy, zda nedodržení postupu stanoveného zákonem mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, uvádím následující.
102. Dokazování, jak je dosud upraveno v ustanovení § 51 a násl. správního řádu, slouží ke zjištění relevantního skutkového stavu. Skutkový stav ve správním řízení před Úřadem představují zjištěné okolnosti, které se staly v minulosti ve vnějším světě. Tyto se zjišťují pomocí důkazních prostředků (listinou, svědeckou výpovědí atd.). Okolnost, že mohl být ovlivněn výběr nejvhodnější nabídky, neznamena, že v minulosti byl skutečně ovlivněn výběr, ale že k tomu dojít mohlo. Žádný důkazní prostředek nemůže osvědčit, že mohlo dojít k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, protože závěr o možnosti je výsledek myšlenkového posouzení zjištěného stavu věci, tj. logické úvahy správního orgánu. Zákon sankcionuje již samotné nebezpečí toho, že by mohl být ovlivněn výběr nejvhodnější nabídky – to je podstata tzv. ohrožovacích deliktů. K odpovědnosti za správní delikt dle zákona postačí tedy „pouhá“ možnost ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky v důsledku porušení zadavatele, kterou z povahy věci nelze dokázat žádným důkazním prostředkem, neboť je a musí být výsledkem posouzení na základě zjištěného stavu věci.
103. Rovněž žádný důkaz neosvědčuje to, že existuje příčinný vztah (souvislost) mezi porušením zákona zadavatelem a možným vlivem na výběr nejvhodnější nabídky; příčinnou souvislost nelze dokázat ani znaleckým posudkem. Nalezení příčinného vztahu je logickou vahou, myšlenkovým posouzením skutkového stavu správního orgánu. Posouzení postupu zadavatele jako příčiny a možné ovlivnění výběru nevhodnější nabídky jako následku takového postupu zadavatele je nutno dovodit logickou úvahou ze zjištěného stavu věci.
104. Závěr o tom, že nezákonný postup zadavatele mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky je tedy výsledkem posouzení řádně zjištěného stavu věci, přičemž tyto úvahy v odůvodnění rozhodnutí Úřadu musí samozřejmě být srozumitelné a přezkoumatelné.

K formulaci výroku I. napadeného rozhodnutí

105. Úřad ve výroku I. napadeného rozhodnutí rozhodl tak, že zadavatel se dopustil správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že „*nedodržel postup stanovený v ustanovení § 44 odst. 11 zákona, když v zadávací dokumentaci k veřejné zakázce, v její technické zprávě v bodě 3.2.1.1.2 – Nové konstrukce, uvedl odkaz na obchodní firmu a typ nového drenážního systému, který bude po odstranění stávajícího systému osazen, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku*“. V odůvodnění napadeného rozhodnutí však Úřad uzavřel, že zadavatel porušil zákaz stanovený v ustanovení § 44 odst. 11 zákona, když v zadávací dokumentaci použil ke specifikaci podstatné části předmětu veřejné zakázky odkaz na specifické označení výrobku, které platí pro určitou osobu za příznačné, ačkoliv to nebylo odůvodněno předmětem veřejné zakázky.

106. Ze samotného výroku napadeného rozhodnutí tedy vyplývá, že Úřad klade za vinu zadavateli pouze to, že uvedl v zadávací dokumentaci odkaz ve smyslu ustanovení § 44 odst. 11 zákona. Z odůvodnění napadeného rozhodnutí naopak vyplývá, že zadavatel porušil ustanovení § 44 odst. 11 zákona tím, že v zadávací dokumentaci uvedl odkaz ve smyslu ustanovení § 44 odst. 11 zákona, ačkoliv to nebylo odůvodněno předmětem veřejné zakázky. Výrok a odůvodnění rozhodnutí tak nejsou totožné, obsahují různé řešení otázky, která byla předmětem řízení. Napadené rozhodnutí v důsledku takové vady tak trpí nepřezkoumatelností.
107. K popisu skutku ve výroku I. napadeného rozhodnutí uvádím, že není samo o sobě porušením zákona, když zadavatel uvede v zadávací dokumentaci odkaz na obchodní firmu nebo konkrétní výrobek apod., rozhodující dle ustanovení § 44 odst. 11 zákona je, zda použití takového odkazu bylo (nebo nebylo) odůvodněno předmětem veřejné zakázky ve smyslu účinné právní úpravy.
108. Z citovaného výroku napadeného rozhodnutí dále vyplývá, že zadavatel uvedl „*odkaz na obchodní firmu a typ nového drenážního systému*“. V odůvodnění Úřad naopak uvedl, že zadávací dokumentace obsahuje „*odkaz na konkrétní výrobek*“ (článek 36. odůvodnění napadeného rozhodnutí), dále „*konkrétní název nebo odkaz na nový drenážní systém...*“ (článek 38. odůvodnění napadeného rozhodnutí), „*odkaz na specifické označení výrobku, které platí pro určitou osobu za příznačné*“ (článek 40. odůvodnění napadeného rozhodnutí), „*odkaz na obchodní firmu a typ nového drenážního systému...*“ (článek 44. odůvodnění napadeného rozhodnutí). Odůvodnění napadeného rozhodnutí tak trpí nepřezkoumatelností spočívající v nesrozumitelnosti, když z napadeného rozhodnutí není zřejmé, jak Úřad právně kvalifikuje odkaz uvedený zadavatelem v zadávacích podmínkách.

VI. Závěr

109. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že rozhodnutí trpí vadami majícími vliv na jeho zákonnost, a že v dané věci bude nutné aplikovat ústavní zásadu dle článku 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod, nově skutkově zjistit a posoudit významné skutkové okolnosti, které nebyly Úřadem zjištěny, jsem dospěl k závěru, že nebyly splněny podmínky ustanovení § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu ve spojení s ustanovením § 152 odst. 5 písm. a) citovaného zákona pro to, abych rozkladem napadené rozhodnutí sám změnil, a proto jsem rozhodl o zrušení rozkladem napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání. V řízení o rozkladu nebyly nově pořizovány žádné podklady pro vydání rozhodnutí.
110. Při novém projednání věci Úřad zjistí relevantní skutkový stav rozhodný pro zákonnou aplikaci ustanovení § 44 odst. 11 zákona. Úřad bude zjišťovat okolnosti, které jsou uvedeny v hypotéze ustanovení § 44 odst. 11 zákona, a to v souladu s jazykovým vyjádřením citovaného ustanovení, případně v ustanoveních, na které ustanovení § 44 odst. 11 zákona odkazuje. Úřad s odkazem na článek 40 odst. 2 Listiny základních práv a svobod v řízení o správním deliktu nepřenáší odpovědnost na zadavatele za zjištěný stav věci, a to ani v případě, když Úřad dospěje k závěru, že jeho rozhodnutí závisí na posouzení skutečností, k nimž je třeba odborných znalostí, které úřední osoby nemají; zde postupuje dle ustanovení § 56 správního řádu o důkazu znaleckým posudkem. Předseda Úřadu nemůže jako odvolací orgán zavázat na tomto místě Úřad, jaké konkrétní důkazy má provést a jak je

má hodnotit; je sice oprávněn uložit Úřadu zjištění konkrétních skutkových okolností; jakými důkazními prostředky se tak stane, je však zcela v pravomoci Úřadu (*rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 165/2005-96 ze dne 28. 2. 2007*).

111. Při dokazování postupuje Úřad v souladu s ustanovením § 51 a násl. správního řádu, obsah provedených důkazů a skutková zjištění z nich vytěžená uvede v odůvodnění svého rozhodnutí, a rovněž i úvahy, kterými se při jejich hodnocení řídil dle ustanovení § 68 odst. 3 správního řádu, a to i v případě, kdy důkazy nebudou předmětem následujícího právního posouzení.
112. Jakmile Úřad řádně a zákonně zjistí stav věci, a jakmile by na jeho základě následně právně posoudil, že zadavatel skutečně porušil ustanovení § 44 odst. 11 zákona, bude dbát na to, aby skutek zadavatele byl dostatečně identifikován a konkretizován tak, aby nebyl zaměnitelný s jiným skutkem. Skutek uvedený ve výroku rozhodnutí a v jeho odůvodnění musí být totožný.
113. Při novém projednání věci Úřad také posoudí, které z aplikovatelných znění zákona od okamžiku spáchání správního deliktu zadavatelem do vydání rozhodnutí po vrácení věci je pro zadavatele příznivější ve smyslu článku 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod. Příznivějším zněním zákona se rozumí to, dle kterého by zadavatel v konkrétním případě vůbec nenesl odpovědnost za postup, jež je přezkoumáván ve správním řízení; dále to, které by jako celek bylo pro zadavatele v konkrétním případě příznivější (např. nižší sankce apod.), kdyby byl postup zadavatele nezákonný dle obou znění a zadavatel by nesl odpovědnost za takový postup dle obou znění. Při posuzování toho, které ze znění zákona je příznivější, aplikuje Úřad na zjištěný stav věci (postup zadavatele) dané znění vždy jako celek, tj. ustanovení zákona o správních deliktech včetně ustanovení o sankci za správní delikty.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle ustanovení § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s ustanovením § 152 odst. 4 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
Předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

1. Severočeská vodárenská společnost a.s., Přítkovská 1689, 415 50 Teplice,

Vypraveno dne

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