



UOHSX005KUPU

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S345/2012/VZ-24674/2013/524/MLi

Brno 17. prosince 2013

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 14. 6. 2012 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Všeobecná fakultní nemocnice v Praze, IČO 00064165, se sídlem U Nemocnice 2, 128 08 Praha 2,
- navrhovatel – SANICARE s.r.o., IČO 26892626, se sídlem Masarykovo náměstí 77, 664 71 Veverská Bítýška,

ve věci 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“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno 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,

rozhodl takto:

Návrh navrhovatele SANICARE s.r.o., IČO 26892626, se sídlem Masarykovo náměstí 77, 664 71 Veverská Bítýška se podle § 118 odst. 4 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **se zamítá**, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 cit. zákona.

ODŮVODNĚNÍ

I. Průběh zadávacího řízení

1. Zadavatel – Všeobecná fakultní nemocnice v Praze, IČO 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“), 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. Předmět plnění veřejné zakázky v oznámení o zakázce vymezil zadavatel jako „*Dodávky dezinfekčních prostředků podle podmínek uvedených v příloze 3 zadávací dokumentace*“. Zadavatel stanovil v zadávací dokumentaci předpokládanou hodnotu části 1. veřejné zakázky ve výši 472 000 Kč bez DPH a části 2. veřejné zakázky ve výši 86 000 Kč bez DPH.
3. Jako základní hodnotící kritérium pro zadání veřejné zakázky zadavatel v oznámení o zakázce uvedl nejnižší nabídkovou cenu a jako prostředek pro hodnocení nabídek využil zadavatel elektronickou aukci.
4. Z rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 15. 3. 2012 vyplývá, že zadavatel vycházel z výsledku elektronické aukce, která se uskutečnila dne 14. 3. 2012, a jako nejvhodnější nabídku v části 1. veřejné zakázky a v části 2. veřejné zakázky vybral nabídku společnosti SANICARE s.r.o., IČO 26892626, se sídlem Masarykovo náměstí 77, 664 71 Veverská Bítýška (dále jen „navrhovatel“).
5. Dne 11. 4. 2012 zaslal zadavatel uchazečům, jejichž nabídky byly vybrány jako nejvhodnější i v jiných částech veřejné zakázky, prostřednictvím e-mailu se zaručeným elektronickým podpisem zprávu, v níž je vyzývá k zaslání návrhů smluv ve formátu MS Word a žádal je o přepočítání cen dle výsledků elektronické aukce. Dne 24. 4. 2012 zaslal zadavatel opětovnou výzvu, ve které uvádí: „*V souladu s ust. § 82 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách si Vás dovoluji požádat o zaslání kupních smluv ve formátu word, aby mohlo dojít k jejich uzavření. V opačném případě bude zadavatel toto jednání považovat za neposkytnutí součinnosti a využije své zákonné možnosti uzavřít smlouvu s uchazečem druhým v pořadí*“.
6. Zadavatel dne 9. 5. 2012 zaslal navrhovateli v pořadí třetí e-mailovou zprávu, v níž je popsán mj. průběh vyzývání vybraných uchazečů k uzavření smluv a zadavatel v ní cituje ust. § 82 odst. 3 zákona o povinnosti vybraného uchazeče k poskytnutí součinnosti potřebné k uzavření smlouvy. Následně zde zadavatel shrnuje, že „*vzhledem k tomu, že na základě výše popsaných skutečností došlo z Vaší strany k neposkytnutí součinnosti k uzavření kupní smlouvy a porušení zákonné povinnosti vyplývající z § 82 odst. 3, využil zadavatel své zákonné možnosti a oslovil uchazeče, který se umístil jako druhý v pořadí*“. Doručení této zprávy navrhovatel nerozporuje a reaguje na ni podáním námitek ze dne 22. 5. 2012.
7. Dne 23. 5. 2012 obdržel zadavatel námítky navrhovatele, v nichž navrhovatel uvádí, že mu nebyly doručeny výzvy k uzavření smlouvy ze dne 11. 4. 2012 a 24. 4. 2012 a odmítá

stanovisko zadavatele, podle kterého zadavateli neposkytl součinnost při uzavírání smluv. Zadavatel námitkám rozhodnutím ze dne 1. 6. 2012, které bylo navrhovateli doručeno dne 5. 6. 2012, nevyhověl.

8. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, doručil dne 14. 6. 2012 návrh na přezkoumání úkonů zadavatele Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“).

II. Obsah návrhu

9. Navrhovatel v návrhu uvádí, že zadavatel postupoval v rozporu se zákonem a v důsledku toho hrozí navrhovateli újma ve výši nabídkové ceny. Navrhovatel cituje znění e-mailové zprávy, kterou obdržel od zadavatele dne 9. 5. 2012, v níž zadavatel reaguje na telefonát navrhovatele, dle kterého navrhovatel žádá, aby s ním zadavatel uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku. Zadavatel v e-mailové zprávě též uvedl, že ze strany navrhovatele nedošlo k poskytnutí součinnosti k uzavření kupní smlouvy, a proto zadavatel oslovil uchazeče, který se umístil jako druhý v pořadí.
10. Navrhovatel konstatuje, že mu zadavatel e-mail s výzvou k uzavření smlouvy nikdy nedoručil a tvrdí, že se zadavatel pokusil veřejnou zakázku zmanipulovat. Navrhovatel uvádí, že kontaktoval zadavatele telefonicky a nikdy mu nebyla sdělena informace k uzavření smlouvy, přičemž dne 9. 5. 2012 obdržel e-mailovou zprávu, že s navrhovatelem nebyla uzavřena smlouva, neboť neposkytl součinnost. Navrhovatel dle svého vyjádření má eminentní zájem spolupracovat a nemá důvod dělat vše pro to, aby veřejnou zakázku získal a následně odmítl smlouvu 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.
11. Dále navrhovatel cituje z ust. § 148 odst. 2 zákona způsoby, kterými je zadavatel povinen doručovat písemnosti. Navrhovatel je přesvědčen, 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 ust. § 148 a § 6 zákona. Navrhovatel uvádí, že mu nikdy nezaniklo právo uzavřít smlouvu.
12. Navrhovatel dále cituje z rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele ze dne 1. 6. 2012 a konstatuje, že trvá na svém stanovisku uvedeném v námitkách. Navrhovatel upozorňuje, že i když zadavatel tvrdí, že navrhovatel téměř měsíc a půl nejevil zájem o uzavření smlouvy, je zadavatel oprávněn uzavřít smlouvu až po uplynutí lhůt pro podání námitek proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Navrhovatel je toho názoru, že zadavatel účelově opomněl, že navrhovatel neměl možnost tuto lhůtu zjistit a ve většině případů nezbyvá nic jiného než vyčkat na informování zadavatelem. Zadavatel podle navrhovatele uzavřel smlouvu v rozporu se zákonem s uchazečem, jehož nabídka nebyla vybrána jako nejvhodnější. Navrhovatel dále uvádí podezření z uměle vytvořené korespondence o zaslání výzvy. Opakuje, 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.

13. V závěru navrhovatel uvádí, že považuje za absurdní argument zadavatele, že se nejedná o první účast navrhovatele v zadávacím řízení u zadavatele, tudíž si je navrhovatel v tomto ohledu vědom praxe zadavatele. Navrhovatel považuje jednání zadavatele za diskriminační a netransparentní. Navrhovatel se domáhá, aby byla zadavateli nařízena povinnost uzavřít smlouvu s navrhovatelem, neboť jeho nabídka byla vybrána jako nejvhodnější.

III. Vyjádření zadavatele k návrhu

14. Zadavatel se k návrhu vyjádřil dopisem ze dne 19. 6. 2012, v němž odkazuje na své rozhodnutí o námitkách navrhovatele ze dne 1. 6. 2012 a dále zdůvodňuje, proč námitkám navrhovatele nevyhověl.
15. K tvrzení navrhovatele, že nemohl vědět, kdy uplyne lhůta pro podání námitek proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, zadavatel uvádí, že konec této lhůty sleduje zadavatel a uchazeči jej nemusí znát. Zdůrazňuje, že si je vědom své zákonné povinnosti informovat ostatní uchazeče o případných obdrženích námitek. Uchazeči by tak museli vědět, kdyby se lhůta pro uzavření smlouvy prodloužila z důvodu podaných námitek. Dále zadavatel uvádí, že v části 1. a 2. veřejné zakázky námitky podány nebyly, v opačném případě by byl navrhovatel informován.
16. Zadavatel konstatuje, že dne 11. 4. 2012 zaslal vítězným uchazečům včetně navrhovatele, elektronickou výzvu k zaslání smluv ve formátu MS Word. 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 podle 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 uvádí, že kontaktní osoba navrhovatele – pan Martin Mareš, potvrdil přijetí výzvy telefonicky. Zadavatel konstatuje, 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, považuje zadavatel za dostatečně dlouhé a uvádí, 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 kontraktní povinnost dodržel.
17. Ve stanovisku zadavatel rovněž uvádí, že smlouva na plnění části 1. a 2. veřejné zakázky nebyla dosud uzavřena, a tedy nemohla být uzavřena v rozporu se zákonem jak tvrdí navrhovatel.
18. K formě komunikace zadavatel uvádí, 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 cituje z ust. § 148 odst. 2 zákona a z komentáře k tomuto ustanovení z nakladatelství ASPI, autorů Olík M., Podešva, V., Šebesta M., kde je uváděno, že „zákon umožňuje, aby se doručování uskutečňovalo prakticky jakýmkoliv způsobem a všemi dostupnými prostředky. Zadavatel i dodavatel by však měli být vždy schopni prokázat odeslání dokumentu či informace.“ Zadavatel opakuje, že způsob vyzývání vítězných uchazečů elektronickými prostředky, případně telefonicky volí z důvodu rychlosti a ekonomičnosti a ze zákona nevyplývá

povinnost doručovat v tomto případě např. v listinné podobě. Vzhledem k tomu, že ostatní vítězní uchazeči uvedené výzvy obdrželi a reagovali na ně, neměl zadavatel důvod pochybovat o jejich doručení. V případě druhé výzvy zadavatel obdržel elektronický doklad o doručení zprávy.

19. Zadavatel v závěru stanoviska opakuje, že přestože navrhovatel popírá doručení obou výzev, bylo zadavateli doručení potvrzeno telefonicky a bylo prokázáno i tím, že došlo k jejich doručení ostatním subjektům, kterým byly adresovány. Zadavatel konstatuje, že postupoval v souladu s § 6, § 82 a § 148 zákona i dalšími ustanoveními a neměl důvod navrhovatele jakkoliv diskriminovat.

IV. Dosavadní řízení před Úřadem

20. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou
 - zadavatel,
 - navrhovatel.
21. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům správního řízení dopisem č. j. ÚOHS-S345/2012/VZ-11933/2012/550/JHn ze dne 28. 6. 2012. Současně Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S345/2012/VZ-11963/2012/550/JHn z téhož dne účastníkům řízení stanovil lhůtu, v níž mohli navrhovat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit své stanovisko v řízení, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Usnesením byla dále zadavateli stanovena lhůta k podání informace Úřadu o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení.
22. Vzhledem k tomu, že po předběžném přezkoumání dokumentace o veřejné zakázce získal Úřad pochybnosti o souladu úkonů a postupů zadavatele se zákonem, uložil zadavateli na návrh navrhovatele 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.

V. Rozhodnutí ve věci a přezkum v rámci řízení o rozkladu

23. Po provedeném šetření vydal Úřad dne 22. 10. 2012 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S345/2012/VZ-20069/2012/521/JHn, kterým rozhodl, že zadavatel nedodržel postup stanovení v ustanovení § 148 odst. 2 zákona, když v části 1. a části 2. veřejné zakázky nedoručil výzvu k uzavření smlouvy navrhovateli prostřednictvím datové schránky, ačkoli to povaha písemnosti umožňovala, přičemž tento postup podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky a dosud nebyla uzavřena smlouva. Jako opatření k nápravě podle § 118 odst. 1 zákona zrušil Úřad úkony výzvy k uzavření smlouvy v části 1. a 2. veřejné zakázky ze dne 11. 4. 2012 a 24. 4. 2012 zaslané navrhovateli a úkon výzvy k uzavření smlouvy části 1. a 2. veřejné zakázky směřující k uchazeči, který se umístil jako druhý v pořadí. Podle § 119 odst. 2 zákona v návaznosti na § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, bylo zadavateli uloženo uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.
24. Proti výše uvedenému rozhodnutí podal zadavatel dne 8. 11. 2012 rozklad, který Úřad obdržel dne 12. 11. 2012.

25. Předseda Úřadu rozhodnutím č. j. ÚOHS R328/2012/VZ-18597/2013/310/LPa ze dne 27. 9. 2013 rozhodl o zrušení rozhodnutí č. j. ÚOHS-S345/2012/VZ-20069/2012/521/JHn ze dne 22. 10. 2012 a vrátil věc Úřadu k novému projednání, přičemž v odůvodnění rozhodnutí uvedl, že po zrušení napadeného rozhodnutí bude Úřad ve správním řízení pokračovat a v tomto řízení vydá rozhodnutí, ve kterém bude respektovat závazný právní názor učiněný ve výše uvedeném rozhodnutí předsedy Úřadu. Z odůvodnění dále vyplývá, že v novém projednání podrobí Úřad postup zadavatele spočívající v doručování výzev k uzavření smlouvy navrhovateli relevantním ustanovením zákona ve znění účinném za celou dobu od zahájení správního řízení až do rozhodnutí o návrhu navrhovatele orgánem dohledu. Úřad dle závěrů vyplývajících z tohoto rozhodnutí musí v novém správním řízení, v souladu se závazným právním názorem předsedy Úřadu, respektovat ústavní princip vyplývající z ustanovení článku 40 odst. 6 zákona č. 2/1993 Sb., Listiny základních práv a svobody, a postup zadavatele posuzovat podle práva pro něj příznivějšího. Úřad se také opětovně vypořádá s otázkou doručení e-mailové zprávy jako autorizovaným způsobem doručení předvídaným zákonem ve smyslu ustanovení § 148 odst. 2 zákona a otázkou možnosti jednoznačně prokázat její doručení. V novém projednání věci Úřad doplní odůvodnění svého postupu, proč nepovažoval za nezbytné provést navrhovatelem navržené důkazy směřující k prokázání doručení předmětných písemností.

VI. Nové projednání věci před Úřadem

26. O pokračování správního řízení byli účastníci správního řízení vyrozuměni oznámením č. j. ÚOHS-S345/2012/VZ-18941/2013/524/MLi ze dne 3. 10. 2013. Úřad účastníkům řízení usnesením č. j. ÚOHS-S345/2012/VZ-18947/2013/524/MLi ze dne 3. 10. 2013 stanovil lhůtu, v níž mohli navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit své stanovisko a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
27. Dne 16. 10. 2013 obdržel Úřad vyjádření zadavatele ze dne 14. 10. 2013, ve kterém uvádí, že odkazuje na svá dřívější vyjádření, která v průběhu správního řízení učinil. Dne 15. 10. 2013 obdržel Úřad vyjádření navrhovatele, který setrval na svém stanovisku, že mu e-mailové zprávy nebyly doručeny a on tak neměl možnost se s jejich obsahem seznámit.
28. Dne 1. 11. 2013 stanovil Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S345/2012/VZ-21155/2013/524/MLi účastníkům lhůtu pro předložení důkazů na podporu svých tvrzení. Na žádost navrhovatele ze dne 7. 11. 2013 Úřad tuto lhůtu prodloužil usnesením č. j. ÚOHS-S345/2012/VZ-21922/2013/524/MLi.
29. Dne 7. 11. 2013 obdržel Úřad požadované důkazy od zadavatele (výpisy o doručení e-mailové zprávy), dne 15. 11. 2013 doručil důkazy Úřadu navrhovatel (printscreensy přijatých e-mailových zpráv).
30. Usnesením ze dne 28. 11. 2013 č. j. ÚOHS-S345/2012/VZ-23325/2013/524/MLi stanovil Úřad účastníkům lhůtu pro seznámení s podklady pro vydání rozhodnutí.

VII. Závěry Úřadu

31. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o zadání veřejné zakázky, vyjádření předložených účastníky řízení a na základě vlastního zjištění

konstatuje, že ve věci postupu zadavatele při doručování písemností podle § 148 odst. 2 zákona nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 zákona.

K použití pozdějšího znění zákona

32. Podle ust. § 148 odst. 2 zákona ve znění účinném do 31. 3. 2012 lze písemnosti podle tohoto zákona 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 tohoto zákona prostřednictvím datové schránky podle jiného právního předpisu.
33. Podle ust. § 148 odst. 2 zákona v platném a účinném znění lze písemnosti podle tohoto zákona 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.
34. Podle ust. § 158 odst. 1 zákona se při posuzování úkonů zadavatele vychází z právního předpisu, který byl platný a účinný ke dni zahájení zadávacího řízení.
35. Článek 40 odst. 6 ústavního zákona č. 2/1993 Sb., Listina základních práv a svobod (dále jen „Listina“) stanoví, že *„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.“*
36. Podle judikatury vyšších soudů je v otázce použití pozdější právní úpravy příznivější pro pachatele přípustná analogie mezi soudním (trestněprávním) a správním trestáním. Pro trestní řízení je princip možného retroaktivního působení zákona ve prospěch pachatele zakotven na ústavní úrovni ve shora zmíněném čl. 40 odst. 6 Listiny a na úrovni mezinárodního práva v čl. 15 odst. 1 Mezinárodního paktu o občanských a politických právech. Jako příklad lze uvést rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 13. 6. 2008 pod č. j. 2 As 9/2008-77 z něhož vyplývá, že *„jakkoliv totiž Listina výslovně hovoří pouze o trestných činech, stejně jako český překlad Mezinárodního paktu o občanských a politických právech, podle ustálené judikatury českých soudů a mezinárodních soudních orgánů, stejně jako podle převažujících doktrinárních názorů, lze aplikovat zásady trestního práva i pro účely správního práva trestního (...) Toto stanovisko potvrzuje i judikatura Ústavního soudu a Nejvyššího správního soudu (viz např. nálezy Ústavního soudu sp. zn. III. ÚS 611/01 a II. ÚS 192/05, in: <http://nalus.usoud.cz>; obdobně viz rozsudky zdejšího soudu sp. zn. 6 A 126/2002, 2 A 1018/2002-OL-29 a 2 As 69/2003).“* Nejvyšší správní soud se dále odkazuje na rozhodnutí ze dne 27. 10. 2004, sp. zn. 6 A 126/2002, ve kterém konstatoval, že *„také trestání za správní delikty musí podléhat stejnému režimu jako trestání za trestné činy a v tomto smyslu je třeba vykládat všechny záruky, které se podle vnitrostátního práva poskytují obviněnému z trestného činu ... Z těchto důvodů – a přinejmenším 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.“* K tomu dále Nejvyšší správní soud uvádí: *„Ve stejném duchu se nesou rozhodnutí Evropského soudu pro lidská práva, který soustavně vykládá ustanovení čl. 6 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod jako dopadající i na správní právo trestní.“*

37. V rozhodnutí č. j. ÚOHS-S345/2012/VZ-20069/2012/521/JHn ze dne 22. 10. 2012 bylo zadavateli uloženo nápravné opatření spočívající ve zrušení některých úkonů zadavatele. Podle § 118 odst. 1 zákona lze zadavateli uložit nápravné opatření, pokud nedodržel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky nebo pro soutěž o návrh, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky nebo návrhu a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Vadný postup zadavatele v zadávacím řízení lze napravit jedním ze zákonem předvídaných způsobů, a to bez uložení sankce zadavateli. Podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona pokud zadavatel nedodržel postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky nebo pro soutěž o návrh, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a uzavře smlouvu, spáchá svých jednáním správní delikt. Nápravné opatření tedy již nelze v tomto případě uložit, lze pouze konstatovat spáchání správního deliktu a případně uložit pokutu. Z uvedeného vyplývá, že rozdíl mezi postupem Úřadu, kdy za stejné chování zadavateli pouze uloží nápravné opatření a kdy uloží trest za spáchání deliktu, spočívá pouze ve skutečnosti, zda již byla uzavřena smlouva. Pokud podle výše uvedených rozhodnutí vyšších soudů lze aplikovat výjimku z ústavního principu zakotveného v čl. 40 odst. 6 Listiny na správní trestání, lze stejnou výjimku analogicky použít i pro případy nápravných opatření, která jsou jakousi mírnější formou postihu zadavatele za nezákonné jednání, které lze navíc napravit.
38. Zásada použití právní úpravy příznivější pro pachatele (zakotvená v čl. 40 odst. 6 Listiny) je použitelná nejen pro soudní trestání, tedy uložení sankce za spáchání trestného činu, ale dle výše zmíněných rozsudků soudů ji lze aplikovat také na případy správního trestání, tedy uložení sankce za spáchání správního deliktu. Zadavatel svým jednáním v řešené věci nespáchal správní delikt, jednal pouze v rozporu se zákonem způsobem, který může být sankcionován pouze uložení nápravného opatření. Jak však již Úřad uvedl v bodu 37 rozhodnutí, hlavním rozdílem v možnosti uložení nápravného opatření nebo sankce je pouze skutečnost, zda již byla uzavřena smlouva na veřejnou zakázku. S ohledem na výše uvedené dospěl Úřad k závěru, že lze na daný případ analogicky použít úpravu správního trestání, která následně umožňuje použít analogii s trestním řízením, a proto bude Úřad posuzovat chování zadavatele, spočívající v zaslání výzev k součinnosti při uzavření smlouvy e-mailovou a nikoli datovou zprávou, podle právní úpravy účinné v době odeslání těchto výzev.
39. Zadavatel odeslal navrhovateli výzvy k poskytnutí součinnosti při uzavření smlouvy dne 11. 4. 2012 a 24. 4. 2012, tedy v době účinnosti znění zákona, který již povinnost o doručování písemnosti datovou zprávou neobsahoval. Úřad proto konstatuje, že odesláním výzev k poskytnutí součinnosti při uzavření smlouvy prostřednictvím e-mailové zprávy nedošlo ze strany zadavatele k porušení zákona.

K oprávnění zadavatele oslovit uchazeče dalšího v pořadí

40. Podle ustanovení § 82 odst. 2 zákona „[p]okud nebyly ve stanovené lhůtě podány námítky podle § 110 odst. 4, uzavře zadavatel smlouvu s vybraným uchazečem do 15 dnů po uplynutí lhůty pro podání námitek. Smlouvu uzavře zadavatel v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče, popřípadě upraveným podle § 32.“
41. Ustanovení § 82 odst. 4 zákona uvádí: „Vybraný uchazeč je povinen poskytnout zadavateli řádnou součinnost potřebnou k uzavření smlouvy tak, aby byla smlouva uzavřena ve lhůtě podle odstavce 2. Odmítne-li vybraný uchazeč uzavřít se zadavatelem smlouvu nebo

neposkytne-li řádnou součinnost, aby mohla být smlouva ve lhůtě podle odstavce 2 uzavřena, může uzavřít zadavatel smlouvu s uchazečem, který se umístil jako druhý v pořadí.“

42. Z dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že dne 11. 4. 2012 zaslal zadavatel uchazečům, jejichž nabídky byly vybrány jako nejvhodnější, prostřednictvím e-mailu se zaručeným elektronickým podpisem zprávu, v níž je vyzývá k zaslání návrhů smluv ve formátu MS Word a žádá je o přepočítání cen dle výsledků elektronické aukce. Vzhledem k tomu, že někteří vybraní uchazeči, včetně navrhovatele, na tuto zprávu nereagovali, zaslal zadavatel dne 24. 4. 2012 e-mailem opětovnou výzvu, ve které uvádí, že „[v] souladu s ust. § 82 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách si Vás dovoluji požádat o zaslání kupních smluv ve formátu word, aby mohlo dojít k jejich uzavření. V opačném případě bude zadavatel toto jednání považovat za neposkytnutí součinnosti a využije své zákonné možnosti uzavřít smlouvu s uchazečem druhým v pořadí“. Na druhou zprávu zadavatele již reagovali všichni ostatní vybraní uchazeči kromě navrhovatele.
43. V pořadí třetí e-mailové zprávě zasílané navrhovateli jako vybranému uchazeči, která byla navrhovateli doručena dne 9. 5. 2012 (což navrhovatel nepopírá a následně na doručený e-mail reagoval), je popsán mj. průběh vyzývání vybraných uchazečů k uzavření smluv a zadavatel v ní cituje ust. § 82 odst. 3 zákona o povinnosti vybraného uchazeče k poskytnutí součinnosti potřebné k uzavření smlouvy. Následně zde zadavatel shrnuje, že „vzhledem k tomu, že na základě výše popsaných skutečností došlo z Vaší strany k neposkytnutí součinnosti k uzavření kupní smlouvy a porušení zákonné povinnosti vyplývající z § 82 odst. 3, využil zadavatel své zákonné možnosti a oslovil uchazeče, který se umístil jako druhý v pořadí“.
44. Dne 23. 5. 2012 byly zadavateli doručeny námitky navrhovatele, v nichž navrhovatel uvádí, že mu výzvy k uzavření smlouvy ze dne 11. 4. 2012 a 24. 4. 2012 doručeny nebyly a nesouhlasí se zadavatelem, že by neposkytl součinnost při uzavírání smluv. Zadavatel námitkám rozhodnutím ze dne 1. 6. 2012 nevyhověl a konstatoval v něm, že „[v]zhledem k tomu, že ani v následujícím týdnu zadavatel neobdržel požadovanou smlouvu ani jinou reakci či žádost o posečkání ze strany stěžovatele, vyzval v souladu s § 82 odst. 2 zákona uchazeče, který se umístil jako druhý v pořadí“.
45. Úřad uvádí, že zadavatel je povinen uzavřít smlouvu s vybraným uchazečem ve lhůtě stanovené zákonem. Zákon však nepředepisuje, jakým způsobem má zadavatel vybraného uchazeče vyzvat k poskytnutí součinnosti s uzavřením smlouvy. V šetřeném případě se zadavatel rozhodl vyzvat vybrané uchazeče prostřednictvím e-mailové zprávy ze dne 11. 4. 2012 a ze dne 24. 4. 2012. Jelikož ustanovení § 82 zákona nepředepisuje formu pro doručování výzvy k součinnosti s uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku, je nutno vycházet z obecného ustanovení, týkajícího se komunikace mezi zadavatelem a dodavatelem. Jedná se o ust. § 148 odst. 2 zákona, které vyjmenovává jednotlivé formy, které lze využít pro komunikaci mezi zadavatelem a dodavatelem.
46. Podle výše citovaného ustanovení § 148 odst. 2 zákona lze písemnosti podle zákona doručit osobně, kurýrní službou, držitelem poštovní licence, datovou schránkou či jiným způsobem. V šetřeném případě zvolil zadavatel komunikaci prostřednictvím e-mailu.
47. Zadavatel odeslal výzvu k zaslání návrhů kupních smluv na e-mail uvedený navrhovatelem v krycím listu nabídky (martin.mares@hartmann.info) dne 11. 4. 2012, což zadavatel doložil

výpisem z informačního systému. Na tentýž e-mail byla odeslána i výzva ze dne 24. 4. 2012. V tomto výpisu má zpráva odeslaná na e-mail poskytnutý navrhovatelem přidělené číslo 6892583, jako status zprávy je uvedeno „odesláno“ a „zpráva akceptována“. Zadavatel předložil Úřadu kopii zprávy od Mail Delivery System (zpráva o doručení e-mailové adresy do zadaných e-mailových schránek) ze dne 24. 4. 2012, která uvádí výčet e-mailových adres, na které byla výzva ze dne 24. 4. 2012 doručena, jako poslední je v tomto výčtu uveden e-mail poskytnutý navrhovatelem i s číselnou identifikací zprávy, opět je ve výpisu uvedeno „zpráva akceptována“. Podstatné je v tomto případě doručení do sféry vlivu adresáta, tedy prokázání, že se adresát s písemností mohl seznámit, což v daném případě zadavatel nepochybně splnil. Z výše uvedeného je patrné, že Úřad nemá důvod pochybovat o skutečnosti, že alespoň výzva ze dne 24. 4. 2012 byla navrhovateli řádně doručena.

48. Trvat na doručení výzvy k součinnosti s uzavřením smlouvy pouze do datové schránky vybraného uchazeče, neboť výzva je pouze neformálním úkonem, který by mohl být proveden i jinou formou komunikace. Smyslem této výzvy je uzavření smlouvy mezi zadavatelem a vybraným uchazečem, za standardního běhu událostí by tak postačovalo např. vybraného uchazeče kontaktovat telefonicky či osobně a výzvu k uzavření smlouvy mu sdělit ústně.
49. Jelikož nebyly zadavateli doručeny námitky proti výběru nevhodnější nabídky, měl zadavatel uzavřít smlouvu do 15 dnů od uplynutí lhůty pro podání námitek, tedy do 14. 4. 2012. Zadavatel odeslal první výzvu 11. 4. 2012, tedy 3 dny před uplynutím zákonné lhůty. Z důvodu, že vybraný uchazeč nijak nereagoval na odeslanou výzvu (nelze však vyloučit, že tato doručena nebyla, neboť v tomto případě zadavatel výpis o doručení neposkytl), odeslal zadavatel navrhovateli další výzvu k poskytnutí součinnosti, která mu již prokazatelně byla doručena. Zákon nestanoví pro zadavatele žádnou sankci v případě nedodržení lhůty uvedené v § 82 odst. 2 zákona, je však nepochybně vždy v zájmu zadavatele i vybraného uchazeče, a v souladu se zásadou právní jistoty, uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku v co nejkratším možném období po výběru nevhodnější nabídky. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nereagoval na doručenu výzvu celých 14 dnů, rozhodl se zadavatel kontaktovat uchazeče, který se umístil jako další v pořadí, a o tomto rozhodnutí navrhovatele informoval prostřednictvím e-mailové zprávy, která byla odeslána dne 9. 5. 2012 na stejnou e-mailovou adresu jako předchozí dvě výzvy. Doručení této zprávy navrhovatel nijak nepopírá ani ve svých námitkách, které odeslal dne 23. 5. 2012.
50. I přesto, že byla navrhovateli doručena výzva k zaslání návrhu smlouvy zadavatelem, neposkytl navrhovatel jako vybraný uchazeč potřebnou součinnosti a návrh smlouvy nedeslal, ani se jinak nepokusil zadavatele kontaktovat. Zadavatel po uplynutí přiměřené lhůty, během které neobdržel od navrhovatele žádnou zprávu, oslovil uchazeče dalšího v pořadí s nabídkou uzavření smlouvy. V takovém postupu nespátňuje Úřad porušení zákona, neboť zadavatel poskytl navrhovateli přiměřeně dlouhou dobu k poskytnutí součinnosti s uzavřením smlouvy. Navrhovatel poskytl Úřad printscreen obrazovky, který má zobrazovat veškerou přijatou e-mailovou korespondenci kontaktní osoby v předemětných dnech. Tento důkaz má však nižší důkazní hodnotu než důkaz zadavatele, neboť nemůže jednoznačně a bez pochybností prokázat, že shora uvedené výzvy nebyly doručeny do e-mailové schránky navrhovatele, resp. kontaktní osoby – nelze prokázat skutečnost, která se nestala. Úřad

konstatuje, že zadavatel v tomto případě unesl důkazní břemeno prokázání doručení e-mailové zprávy obsahující výzvu k součinnosti při uzavření smlouvy navrhovateli.

51. Vzhledem k výše uvedenému Úřad konstatuje, že zadavatel v zadávacím řízení postupoval v souladu se zákonem, když po absenci reakce na výzvu k součinnosti při uzavření smlouvy ze strany navrhovatele s nabídkou uzavření smlouvy oslovil uchazeče, který se umístil jako druhý v pořadí. Z tohoto důvodu Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí a návrh podle ust. § 118 odst. 5 písm. a) zákona zamítl.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 7, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

v z. Mgr. Michal Kobza

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

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 Bítýška

Vypraveno dne:

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