



UOHSX0063ZL3

## PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R11/2014/VZ-14439/2014/310/LPa

Brno: 9. července 2014

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 2. 1. 2014, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 3. 1. 2014, jenž podal navrhovatel –

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

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S345/2012/VZ-24674/2013/524/MLi ze dne 17. 12. 2013 ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – **Všeobecné fakultní nemocnice v Praze**, IČ 00064165, se sídlem U Nemocnice 2, 128 08 Praha 2, učiněných při zadávání nadlimitní veřejné zakázky s názvem „**Dodávky dezinfekčních prostředků**“ v části 1. „**Alkoholové dezinfekční prostředky na dezinfekci kůže bez obsahu jódu – bezbarvé**“ a části 2. „**Alkoholové dezinfekční prostředky na dezinfekci kůže bez obsahu jódu – barevné**“, zadávané formou otevřeného zadávacího řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému veřejných zakázek uveřejněno dne 12. 8. 2011 pod ev. č. 60064111, ve znění oprav provedených dne 26. 9. 2011 a Úředním věstníku Evropské unie dne 13. 8. 2011 pod ev. č. 2011/S 155-258044, ve znění oprav provedených dne 28. 9. 2011,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S345/2012/VZ-24674/2013/524/MLi ze dne 17. 12. 2013

**potvrzuji**

a podaný rozklad

**z a m í t á m.**

## **ODŮVODNĚNÍ**

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

1. Zadavatel – Všeobecná fakultní nemocnice v Praze, IČ 00064165, se sídlem U Nemocnice 2, 128 08 Praha 2 (dále jen „**zadavatel**“) uveřejnil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)<sup>1</sup>, v informačním systému o veřejných zakázkách dne 12. 8. 2011 pod ev. č. 60064111, ve znění oprav uveřejněných dne 26. 9. 2011 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 13. 8. 2011 pod ev. č. 2011/S 155-258044, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 28. 9. 2011, oznámení otevřeného řízení za účelem zadání mj. části 1. „Alkoholové dezinfekční prostředky na dezinfekci kůže bez obsahu jódu – bezbarvé“ a části 2. „Alkoholové dezinfekční prostředky na dezinfekci kůže bez obsahu jódu – barevné“ nadlimitní veřejné zakázky „Dodávky dezinfekčních prostředků“ (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Na základě výsledků elektronické aukce konané dne 14. 3. 2012 určil zadavatel svým rozhodnutím o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 15. 3. 2012 jako nejvhodnější nabídku v části 1. a 2. veřejné zakázky nabídku společnosti SANICARE s.r.o., IČ 26892626, se sídlem Masarykovo náměstí 77, 664 71 Veverská Bitýška (dále jen „**navrhovatel**“).
3. Dne 11. 4. 2012 zaslal zadavatel uchazečům, jejichž nabídky byly v jednotlivých částech veřejné zakázky vybrány jako nejvhodnější, prostřednictvím e-mailu se zaručeným elektronickým podpisem zprávu, v níž je vyzval k zaslání návrhů smluv ve formátu MS Word a žádal je o přepočítání cen dle výsledků elektronické aukce. Vzhledem k tomu, že někteří z vybraných uchazečů na tuto zprávu nereagovali, zaslal zadavatel dne 24. 4. 2012 opětovnou výzvu, ve které uchazeče mimo jiné upozornil na to, že v případě jejího nesplnění bude zadavatel toto jednání považovat za neposkytnutí součinnosti a využije své zákonné možnosti uzavřít smlouvu s uchazečem druhým v pořadí.
4. Dne 9. 5. 2012 pak zaslal zadavatel další e-mailovou zprávu navrhovateli, ve které mu oznámil, že vzhledem k neposkytnutí řádné součinnosti navrhovatele k uzavření kupní smlouvy využil svého práva oslovit uchazeče, který se umístil jako druhý v pořadí. Proti tomuto úkonu zadavatele se navrhovatel bránil námitkami doručenými zadavateli dne 23. 5. 2012, ve kterých navrhovatel uvedl, že mu výzvy k uzavření smlouvy ze dne 11. 4. 2012 ani z 24. 4. 2012 nebyly doručeny a ohradil se tak proti stanovisku zadavatele, že neposkytl potřebnou součinnost nutnou k uzavření smluv. Zadavatel námitkám rozhodnutím ze dne 1. 6. 2012, které bylo navrhovateli doručeno dne 5. 6. 2012, nevyhověl.

---

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

5. Navrhovatel se s rozhodnutím zadavatele o námitkách neztotožnil, proto podal dopisem ze dne 14. 6. 2012 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „návrh“) k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“). Ve svém návrhu se navrhovatel domáhal toho, aby Úřad uložil zadavateli povinnost uzavřít smlouvu v části 1 a 2 veřejné zakázky s navrhovatelem, neboť jeho nabídka byla vybrána v těchto částech jako nejvhodnější. Součástí návrhu byl pak i návrh na vydání předběžného opatření, jímž měl být zadavateli uložen zákaz uzavřít smlouvu v jednotlivých šetřených částech veřejné zakázky a byla-li smlouva již uzavřena, zákaz plnění této smlouvy.

## II. Původní rozhodnutí Úřadu a přezkum v rámci správního řízení o rozkladu

6. Po provedení šetření vydal Úřad dne 22. 10. 2012 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S345/2012/VZ-20069/2012/521/JHn (dále jen „původní rozhodnutí Úřadu“), kterým ve výroku I. konstatoval, že zadavatel při zadávání předmětných částí veřejné zakázky nedodržel postup podle § 148 odst. 2 zákona tím, že navrhovatel jako vybranému uchazeči nedoručil výzvu k uzavření smlouvy prostřednictvím datové schránky, ačkoliv to povaha písemnosti umožňovala, přičemž tento postup podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy na plnění předmětných částí veřejné zakázky. Výrokem II. napadeného rozhodnutí byly jako nápravné opatření zrušeny úkony zadavatele – výzvy k uzavření smlouvy v části 1. a části 2. veřejné zakázky ze dne 11. 4. 2012 a 24. 4. 2012 zaslané navrhovatelovi a výzvy k uzavření smlouvy v části 1. a části 2. veřejné zakázky, směřující k uchazeči, který se umístil jako druhý v pořadí. Výrokem III. napadeného rozhodnutí pak byla zadavateli uložena povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000,-Kč.
7. Proti původnímu rozhodnutí Úřadu podal zadavatel rozklad, doručený Úřadu dne 12. 11. 2012, kterým brojil proti uvedenému rozhodnutí v celém rozsahu. Předseda Úřadu tedy po projednání tohoto rozkladu a spisového materiálu rozkladovou komisí svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-R328/2012/VZ-18597/2013/310/LPa ze dne 27. 9. 2013 ve znění opravného rozhodnutí č. j. ÚOHS-R328/2012/VZ-7191/2014/310/LPa ze dne 4. 4. 2014 (dále jen „původní rozhodnutí předsedy“) zrušil původní rozhodnutí Úřadu a věc vrátil k novému projednání. V odůvodnění předseda Úřadu konstatoval, že Úřad dospěl k nesprávnému závěru, že při posuzování úkonů zadavatele je nutno vycházet z právní úpravy účinné ke dni zahájení správního řízení. S ohledem na článek 40 odst. 6 ústavního zákona č. 2/1996 Sb., Listiny základních práv a svobod (dále jen „Listina“) však Úřad v době, kdy o šetřené věci rozhodoval, měl zkoumat, zda právní úprava, která v mezidobí mezi zahájením správního řízení a rozhodováním Úřadu nabyla účinnosti, není pro zadavatele příznivější. Předseda Úřadu tedy Úřad zavázal, aby po zrušení původního rozhodnutí Úřadu ve správním řízení pokračoval a vydal rozhodnutí, ve kterém bude respektovat jím učiněný závazný právní názor. Úřad měl především podrobit postup zadavatele spočívající v doručování výzev k uzavření smlouvy navrhovatelovi relevantním ustanovením zákona ve znění účinném za celou dobu od zahájení správního řízení až do rozhodnutí o návrhu navrhovatele orgánem dohledu. Úřad se také měl opětovně vypořádat 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.

### III. Napadené rozhodnutí

8. Úřad tedy opětovně přezkoumal na základě § 112 a násl. ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů v kontextu závazného právního názoru předsedy Úřadu vydal dne 17. 12. 2013 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S345/2012/VZ-24674/2013/524/MLi (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým zamítl návrh navrhovatele, neboť nezjistil důvody pro uložení nápravného opatření dle § 118 odst. 1 či 2 zákona.
9. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad nejprve dle instrukcí předsedy Úřadu srovnal právní úpravy účinné od zahájení správního řízení do rozhodnutí Úřadu, přičemž zjistil, že podle ust. § 148 odst. 2 zákona ve znění účinném do 31. 3. 2012 lze písemnosti doručit osobně, prostřednictvím osoby, která provádí přepravu zásilek, prostřednictvím držitele poštovní licence podle zvláštního právního předpisu, elektronickými prostředky prostřednictvím datové schránky, nebo jiným způsobem. Pokud to povaha písemností umožňuje, doručují se prostřednictvím datové schránky podle jiného právního předpisu. Podle totožného ustanovení zákona v aktuálně platném a účinném znění lze písemnosti doručit stejným způsobem, odpadá nicméně povinnost doručování prostřednictvím datové schránky. V kontextu pravidla zakotveného v článku 40 odst. 6 Listiny, který lze dle judikatury Nejvyššího správního soudu aplikovat i v případě věcí správních a nikoliv jen trestních, Úřad posoudil jednání zadavatele z pohledu právní úpravy účinné v době odeslání emailových výzev. Vzhledem k tomu pak, že v této době již zákon povinnost doručovat datovou schránkou nepřikazoval, Úřad zkonstatoval, že ze strany zadavatele v tomto ohledu k porušení zákona nedošlo.
10. Úřad dále v odůvodnění napadeného rozhodnutí hodnotil skutečnost, že zadavatel odeslal výzvu k zaslání návrhů kupních smluv na e-mail uvedený navrhovatelem v krycím listu nabídky dne 11. 4. 2012, což zadavatel doložil výpisem z informačního systému. Na tentýž e-mail byla odeslána i výzva ze dne 24. 4. 2012, přičemž ve výpise má zpráva přiděleno číslo 6892583 a jako status zprávy je uvedeno „odesláno“ a „zpráva akceptována“. Zadavatel taktéž 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, přičemž jako poslední je v tomto výčtu uveden e-mail poskytnutý navrhovatelem i s číselnou identifikací zprávy. Opět je ve výpisu přitom uvedeno „zpráva akceptována“. Úřad z uvedeného dospěl k závěru, že není důvodu pochybovat o skutečnosti, že alespoň výzva ze dne 24. 4. 2012 byla navrhovateli řádně doručena. Úřad přitom vzal v potaz i další skutečnost, tedy že doručení zprávy ze dne 9. 5. 2012, která byla doručována na stejnou e-mailovou adresu, jako předešlé výzvy, navrhovatel nijak nezpochybnil.
11. Úřad dále upozornil na to, že zákon v ustanovení § 82 odst. 4 nepředepisuje zadavateli žádný konkrétní způsob, jakým má vyzvat vybraného uchazeče k poskytnutí součinnosti k uzavření smlouvy. Podle názoru Úřadu se jedná o čistě neformální úkon, který by mohl být proveden např. i telefonicky či ústně. K závěru Úřad zhodnotil, že navrhovatel, jako vybraný uchazeč neposkytl zadavateli potřebnou součinnosti a návrh smlouvy neodeslal, ani se jinak nepokusil zadavatele kontaktovat. Ve skutečnosti, že zadavatel po uplynutí přiměřené lhůty oslovil uchazeče dalšího v pořadí s nabídkou uzavření smlouvy, neshledal Úřad porušení zákona.

#### IV. Námitky rozkladu

12. Dne 3. 1. 2014 obdržel Úřad rozklad navrhovatele ze dne 2. 1. 2014, který brojí proti napadenému rozhodnutí v celém jeho rozsahu. Poté, co navrhovatel ve svém rozkladu odcitoval odůvodnění napadeného rozhodnutí v části týkající se použité právní úpravy, vyjádřil se k uvedenému následovně. Nejprve navrhovatel zpochybnil způsob, jakým Úřad vyložil článek 40 Listiny, když nastolil otázku, zda nebylo porušeno jeho právo domáhat se svých práv, když Úřad rozhodl v jeho neprospěch. Podle navrhovatele došlo v rámci napadeného rozhodnutí k nedovolenému přehodnocení skutkového stavu a nikoliv pouze možnosti udělení sankce. Povinnosti vyplývající z právních předpisů jsou podle navrhovatele stále povinnostmi, kdy při změně právní úpravy by pouze mělo jejich porušení být sankcionováno podle mírnějšího ustanovení, nemělo by však být postupováno k tíži navrhovatele.
13. Dále navrhovatel uvedl, že i přesto, že zadavatel nebyl povinen doručit výzvy prostřednictvím datové schránky, byl povinen doručit je způsobem, u kterého by nevznikl důvod pochybnosti o jejich doručení. Úřad se podle názoru navrhovatele nezabýval otázkou, jakým způsobem zadavatel v zadávacím řízení doručoval ostatní dokumenty, když se podle něj bez zjevných důvodů změnil způsob doručování, čímž porušil zásadu předvídatelnosti a transparentnosti. Úřad se podle navrhovatele nezabýval taktéž otázkou, proč zadavatel poté, co nedoručil písemnost navrhovateli poprvé, nepokusil se doručit shodným způsobem, jakým doručoval ostatní dokumenty.
14. Poté, co navrhovatel v následující části rozkladu odcitoval další pasáže odůvodnění napadeného rozhodnutí, zpochybnil průkaznost listinných důkazů, ze kterých má Úřad za prokázané, že výzva zadavatele ze dne 24. 4. 2012 byla navrhovateli skutečně doručena. Upozornil přitom na tzv. logy ze serveru navrhovatele, resp. výpisy z poštovního serveru navrhovatele z klíčových dní, ze kterých je podle něj zřejmé, že kontaktní osobě nebyl od zadavatele doručen žádný z předmětných e-mailů. Navrhovatel dále podotknul, že se Úřad nezabýval jeho tvrzením, že kontaktní osoba kontaktovala telefonicky zadavatele ve věci podpisu smlouvy, přičemž mu nebyly potřebné informace poskytnuty. Navrhovatel uvedl, že jen stěží může jiným dokladem, nežli výpisem z poštovního serveru a kopií z e-mailu kontaktní osoby prokázat, že k doručení nedošlo. Je to podle navrhovatele naopak právě zadavatel, kdo by měl nade vší pochybnost prokázat doručení předmětných písemností. Úřad však tím, že se výpisem z logů nezabýval, porušil zásadu materiální pravdy a zásadu rovnosti přístupu k účastníkům správního řízení.
15. Navrhovatel dále ve svém rozkladu požaduje, aby Úřad ověřil, zda si zadavatel v souladu s § 148 odst. 4 zákona vede řádnou evidenci úkonů učiněných v rámci zadávacího řízení, ze které by bylo patrné doručení předmětných výzev a telefonátu s kontaktní osobou. Navrhovatel na podporu tvrzení, že zadávací řízení je vysoce formalizovaným procesem, cituje z rozhodnutí Nejvyššího správního soudu, které nedostatečně identifikuje jako rozhodnutí sp. z. Afs 64/2009. Uvádí dále vlastní myšlenku, že má-li být zadávací řízení formalizovaným procesem, musí existovat nade vší pochybnost doklad o jednotlivých úkonech zadavatele včetně doručení.

16. Co se týče absence součinnosti navrhovatele se zadavatelem, navrhovatel zpochybňuje, zda pouhá absence doručení výzvy, případně namítaná nečinnost, může být jednostranně zadavatelem vyhodnocena jako neposkytnutí součinnosti s následným uzavřením smlouvy s dalším uchazečem v pořadí. Neposkytnutí součinnosti podle navrhovatele musí představovat nezpochybnitelný nezáměr uchazeče uzavřít smlouvu a nemůže tak být založeno na pouhých domněnkách zadavatele. Navrhovatel upozornil na fakt, že uchazečům nejsou známy informace o počátcích a konci lhůt pro podání námitek proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky, které jsou odvislé od doručení rozhodnutí jednotlivým uchazečům a které jsou přímo spojeny s oprávněním zadavatele uzavřít smlouvu.

#### **Závěr rozkladu**

17. S ohledem na výše uvedené skutečnosti navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a vrátil prvostupňovému orgánu k novému projednání, kdy se bude Úřad zabývat všemi skutečnostmi nezbytnými pro vydání řádného rozhodnutí, přičemž dodrží zákonný postup.

#### **V. Řízení o rozkladu**

18. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle ustanovení § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a v souladu s ustanovením § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.

#### **Stanovisko předsedy Úřadu**

19. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech, jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal v celém rozsahu soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání tohoto rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy, jakož i správnost napadeného rozhodnutí, tu však toliko v rozsahu námitek uplatněných v rozkladu, popřípadě vyžadoval-li to veřejný zájem, přičemž jsem s přihlédnutím k závěru rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
20. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S345/2012/VZ-24674/2013/524/MLi ze dne 17. 12. 2013 zamítl návrh navrhovatele, neboť nezjistil důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 zákona, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

#### **VI. K námitkám rozkladu**

21. V první řadě konstatuji, že jsem se ztotožnil s napadeným výrokem rozhodnutí i jeho odůvodněním, které je plně srozumitelné a je z něj seznatelné, jakými skutečnostmi a úvahami se správní orgán při svém rozhodování řídil.
22. Dále podotýkám, že rozkladové námitky navrhovatele se v podstatě shodují s námitkami, které navrhovatel uvedl již dříve v rámci správního řízení a se kterými se již Úřad

v odůvodnění napadeného rozhodnutí plně vypořádal. Nadto navrhovatelova argumentace směřuje k tvrzení, že některé jím uvedené předchozí námitky nebyly napadeným rozhodnutím vyvráceny či se s nimi Úřad nedostatečně vypořádal, či se nedostatečně zabýval některými listinnými důkazy. Navrhovatel tak zcela ignoruje argumentaci Úřadu provedenou v rámci odůvodnění napadeného rozhodnutí, která přesvědčivě vyvrací navrhovatelovy námitky a je zcela srozumitelná a dostatečná. Nad rámec odůvodnění napadeného rozhodnutí k rozkladovým námitkám navrhovatele tedy sděluji následující.

23. Pokud navrhovatel v úvodu svého rozkladu uvádí, že je otázkou, zda způsobem, jakým Úřad vykládá Listinu, nebylo porušeno jeho právo domáhat se svých zákonných práv, nejedná se o relevantní námitku, která by byla způsobilá samostatného přezkumu, když jde ze strany navrhovatele zřejmě pouze o otázku filosofickou, absentující uvedení konkrétních skutečností a důkazů, kterými by bylo v rámci přezkumu napadeného rozhodnutí možno se zabývat. Není povinností předsedy Úřadu podávat výklady či řešit filosofické otázky účastníků správních řízení, ale zkoumat správnost a zákonnost rozkladem napadených rozhodnutí Úřadu.
24. K odkazu navrhovatele na ustanovení § 158 odst. 1 zákona ve vztahu k použitému znění zákona podotýkám, že podstatu procesních garancí spravedlivosti trestních, resp. správních řízení zakotvených v čl. 40 Listiny nelze vykládat z úrovně podústavní, je naopak vždy nutno mít na paměti, že ústavní právo a tedy i Listina základních práv a svobod jako součást ústavního pořádku České republiky určuje obsah norem práva podústavního, stojí nad nimi a má tedy před nimi přednost. Z uvedeného je tedy zřejmé, že výjimka z obecného zákazu retroaktivity trestních norem, vyplývající z druhé věty čl. 40 odst. 6 Listiny se uplatní i v posuzovaném případě. Tuto skutečnost navrhovatel nadto ani nerozporuje, jeho námitka směřuje proti postupu Úřadu, který podle příznivějšího ustanovení zákona posoudil nejen otázku trestu, v šetřeném případě nápravného opatření, ale posoudil i samotný skutkový stav šetřeného případu.
25. Pravidlo zákazu zpětné účinnosti právních norem, vyplývající z čl. 40 odst. 6 Listiny, je institutem zajišťujícím primárně jistotu jednotlivce žijícího v právním státě, že jednání, které koná či zamýšlí konat, nezavdává příčinu k aktivaci nástrojů trestního, resp. správního práva. Takovouto právní jistotu by byl způsobilý narušit zákon, jenž by stanovil možnost trestního, resp. správního postihu ve vztahu k minulým jednáním, která byla konána v době, kdy zákon vytyčoval jiné mantinely zákonnosti. K uvedenému je nicméně třeba doplnit, že příznivé důsledky případné změny zákona pro právní jistotu do budoucna riziko nepředstavují a proto jejich aplikaci Listina s ohledem na měnící se společenskou realitu umožňuje. Skutečnost pak, že příznivější právní úprava se použije nejen při úvahách o druhu a výměře trestu, nýbrž i v otázce samotné trestnosti (vztaženo na podmínky správního práva a ukládání nápravných opatření za porušení zákona) vyplývá jak z logiky věci, tak ale již ze samotného textu předmětného článku Listiny. Tento mluví o tom, že trestnost činu se posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době spáchání činu, a že pozdějšího zákona se při tomto procesu, myšleno jako celku, použije, pokud je to pro pachatele příznivější. Z uvedeného vyplývá, že nejen uložení sankce či nápravného opatření, ale i zkoumání, zda byl zákon skutečně porušen, je nutno provádět napříč všemi relevantními

právními úpravami. V tomto kontextu je taktéž vhodné připomenout zásadu nullum crimen sine lege, která přímo zakazuje odsouzení za jednání či opomenutí, které v době, kdy bylo spácháno, nebylo trestným činem. V kontextu čl. 40 odst. 6 Listiny pak lze učinit jednoznačný závěr, že odsoudit nelze ani za jednání či opomenutí, které podle příznivějšího zákona účinného později, trestným činem již nebylo, ač v době spáchání bylo trestným.

26. Ústavní soud se k předmětné otázce vyjádřil mimo jiné ve svém nálezu IV. ÚS 158/2000 ze dne 22. 1. 2001, kde uvedl, že: *„Jednání, za které může být pachatel uznán vinným a uložen mu trest, tedy musí být posouzeno podle souhrnu všech trestněprávních norem, které jsou relevantní pro výrok o vině a o trestu. Podle toho, zda souhrn takovýchto norem podle pozdějšího zákona je ve srovnání se souhrnem norem dřívějšího zákona jako celek pro pachatele příznivější, či nikoliv, lze rozhodnout o aplikaci pozdějšího zákona.“*
27. Z uvedených skutečností a úvah vyplývá, že pokud se tedy podle dřívějšího znění zákona zadavatel dopustil porušení povinnosti, která byla pozdějším zněním zákona zrušena, uplatní se na posouzení jeho jednání zákon pozdější jako pro zadavatele příznivější. Rozhodná je přitom právě příznivost pro zadavatele jako pro subjekt, jehož úkony jsou ve správním řízení posuzovány a námitka navrhovatele, že bylo rozhodnuto k jeho tíži tak není relevantní. K uvedené problematice závěrem konstatuji, že Úřad postupoval správně, když v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele použil pro posouzení jejich rozporu se zákonem pozdějšího znění zákona pro zadavatele příznivějšího.
28. Za nadbytečné považuji v souvislosti s výše uvedenými odstavci pojednávat o dopadu norem a pravidel výše uvedených na správní právo, když tento závěr jednoznačně vyplývá z předchozích rozhodnutí Úřadu stejně jako závěr o tom, že tato pravidla jsou aplikovatelná nejen na rozhodování o správních deliktech ale i na rozhodování o nápravných opatřeních. Uvedené platí tím spíše, že se navrhovatel proti těmto závěrům ve svém rozkladu nevyjádřil.
29. Nelze než odmítnout námitku navrhovatele, který ve svém rozkladu uvádí „standartní“ způsoby doručování zadavatele ostatních dokumentů s tím, že zasláním výzev prostřednictvím e-mailových zpráv porušil zadavatel zásadu předvídatelnosti, legitimního očekávání, resp. se zadávací řízení stalo netransparentním. K uvedené námitce připomínám to, co již přestřel Úřad v rámci odůvodnění napadeného rozhodnutí, a tedy, že zákon v relevantním ustanovení § 82 odst. 4 explicitně nestanoví formální požadavky na způsob, jakým má zadavatel vyzvat vybraného uchazeče k poskytnutí součinnosti ve věci uzavření smlouvy. Obecně lze říci, že zákon v souladu s evropskými zadávacími směrnici umožňuje, aby komunikace vedená mezi zadavatelem a dodavatelem byla méně formální. Komunikaci je tedy možné v případech předvídaných zákonem vést např. i telefonicky, jak ostatně usuzuje i Úřad v napadeném rozhodnutí. Předmětná součinnost při uzavírání smlouvy může taktéž vyvstat z iniciativy samotného vybraného uchazeče. Pokud tedy zákon až na některé výjimky nestanoví formu úkonu provedeného mezi zadavatelem a uchazečem, lze jen těžko vyčítat zadavateli, že se sám svobodně rozhoduje, jakou formou ten který úkon učiní, pokud ovšem budou zároveň naplněny případné formální či obsahové náležitosti té které formy úkonu. Nelze tedy v žádném případě zadavatele trestat a hovořit o porušení legitimního očekávání či zásady předvídatelnosti, pokud zadavatel nedoručuje dokumenty stále



totožným způsobem, jak požaduje navrhovatel. Navrhovatelova námitka, tedy že se Úřad nezabýval otázkou, jakým způsobem doručoval zadavatel ostatní dokumenty, se tedy jeví bezpředmětnou, když takovýto postup by na výsledek správního řízení nemohl mít vliv a byl by tak nadbytečný.

30. K námitkám navrhovatele, že se Úřad nezabýval všemi předloženými důkazy, uvádím, že ze spisového materiálu i z odůvodnění napadeného rozhodnutí je zřejmé, že se Úřad při posuzování věci zabýval veškerými relevantními důkazy a listinami, které účastníci správního řízení předložili. Jak sám navrhovatel nicméně ve svém rozkladu podotýká, je problematické prokázat, že k určité skutečnosti nedošlo, neboť nedošlo by-li k doručení e-mailových zpráv, výpisem doručené pošty, ve kterém předmětné e-maily nejsou zobrazeny, by jen stěží bylo možné beze všech pochybností prokázat jejich skutečné nedoručení. Lze souhlasit s tvrzením navrhovatele, že je to právě zadavatel, na jehož bedrech leží důkazní břemeno k prokázání rozhodných skutečností šetřeného zadávacího řízení a tedy i prokázání doručení předmětných výzev k poskytnutí součinnosti. Pakliže bylo řečeno, že tedy důkazy předložené navrhovatelem nemohou účinně sloužit k prokázání jím tvrzených skutečností, tedy že k doručení předmětných výzev nedošlo, nemohou tedy ani relevantním způsobem zpochybnit či vyvrátit důkazy předložené zadavatelem, které je možné považovat za spolehlivé. Ztotožňuji se v této otázce se závěrem Úřadu, že pokud zadavatel předložil dva dokumenty potvrzující, že výzva ze dne 24. 4. 2012 byla emailovou schránkou kontaktní osoby navrhovatele akceptována, je třeba této skutečnosti přisoudit větší váhu nežli např. výpisu ze serveru navrhovatele, kde o této skutečnosti záznam chybí.
31. Na základě výše uvedeného tedy konstatuji, že Úřad postupoval správně, pokud důkazním prostředkům předloženým navrhovatelem, jimiž mělo být prokázáno nedoručení výzev zadavatele k poskytnutí součinnosti, nepřiděлил takovou důkazní hodnotu, která by byla způsobila zpochybnit doručení výzvy ze dne 24. 4. 2012.
32. Pokud navrhovatel ve svém rozkladu uvádí, že Úřad opomněl jeho tvrzení, že sám kontaktoval zadavatele s otázkou ohledně uzavření smlouvy, přičemž mu nebylo k tomuto nic sděleno, poukazuji na skutečnost, že toto své tvrzení a otázku, zda k nějakému telefonickému kontaktu vůbec došlo, navrhovatel neprokázal a ani se ho nepokusil podložit v rámci dokazování. Úřad tedy postupoval správně, když se tímto tvrzením, jako skutečností, která by mohla mít vliv na výsledek správního řízení, dále nezabýval.
33. Co se týče požadavku navrhovatele, aby byl v rámci řízení o rozkladu předložen a prozkoumán písemný souhrn veškerých úkonů, když podle navrhovatele z odůvodnění napadeného rozhodnutí nevyplývá, že by o tento souhrn Úřad opřel výrok napadeného rozhodnutí, uvádím, že Úřad svá rozhodnutí opírá zásadně o veškeré skutečnosti a důkazy, které ve správním řízení vyjdou najevo a podklady k jejichž prokázání jsou součástí správního spisu. Co se týče v rozkladu zmiňovaných úkonů, učiněných zadavatelem, minimálně odeslání emailové zprávy ze dne 24. 4. 2012 a její doručení navrhovateli bylo v rámci správního řízení dostatečně prokázáno, existenci emailové zprávy ze dne 9. 5. 2012 navrhovatel sám připustil a její doručení nijak nerozporoval. Zadavatelem tvrzený telefonický kontakt s navrhovatelem se zadavateli nepodařilo v rámci správního řízení prokázat a Úřad

k němu z tohoto důvodu, obdobně jako v případě podobného úkonu navrhovatele, taktéž nepřihlížel.

34. Souhrn všech úkonů učiněných zadavatelem, jehož existenci žádá navrhovatel v rámci správního řízení o rozkladu prověřit, má v zadávacím řízení funkci toliko evidenční, s nižší úrovní vypovídací hodnoty, nežli dosahují důkazní prostředky, kterými byly ve správním řízení rozhodné skutečnosti prokazovány. K uvedenému je navíc nutno podotknout, že naplnění povinnosti zadavatele vyplývající z ustanovení § 148 odst. 3 zákona není předmětem tohoto správního řízení. Skutečnost, zda si zadavatel vedl písemnou evidenci úkonů tak není pro výsledek správního řízení zahájeného na návrh navrhovatele relevantní. Úřad na základě zhodnocení veškerých relevantních skutečností skutkového stavu případu rozhodl v rozsahu návrhu podaného navrhovatelem. Předmětné správní řízení bylo zahájeno na návrh navrhovatele ve věci vymezené právě tímto návrhem, přičemž je zřejmé, že je to právě navrhovatel, který svým návrhem určuje mantinely přezkumu úkonů zadavatele ve správním řízení zahájeném na návrh, přičemž Úřad je těmito mantinely vázán. V šetřeném případě Úřad dospěl ke správnému závěru, že se zadavatel nedopustil porušení zákona, když poté, co mu nebyla v souvislosti s uzavřením smlouvy ze strany navrhovatele jako vybraného uchazeče poskytnuta potřebná součinnost, oslovil dalšího uchazeče v pořadí. Pokud by se Úřad měl zabývat v předmětném případě i otázkou existence písemné evidence úkonů zadavatele vedené dle § 148 odst. 3 zákona, zabýval by se touto problematikou nad rámec návrhu navrhovatele, posuzoval by tedy tuto otázku z moci úřední. K tomuto poukazují na názor Ústavního soudu vyslovený v jeho usnesení sp. zn. II. ÚS 586/02 ze dne 8. 10. 2002: *„...lze souhlasit s názorem, že nemůže záležet na libovůli správního orgánu, zda řízení, které lze zahájit pouze z jeho vlastního podnětu, zahájí či nikoliv, neboť jeho činnost je ovládána mj. principem oficiality, podle kterého správní orgán má právo a povinnost zahájit řízení, jakmile nastane skutečnost předvídaná zákonem, bez ohledu na to, jak ji zjistí. Na druhé straně však neexistuje dle názoru Ústavního soudu žádné ústavně zaručené subjektivní právo fyzické nebo právnické osoby na to, aby vůči jinému subjektu bylo zahájeno správní řízení, v jehož rámci by byl tento subjekt za porušení právních předpisů stíhán“*. Ve svém dřívějším rozhodnutí č. j. ÚOHS-R181/2008/02-1905/2009/310/ZČt ze dne 19. 2. 2009 pak Úřad k této otázce uvedl, že: *„Zahájení správního řízení z moci úřední je věcí správního uvážení Úřadu a není na něj právní nárok.“* K uvedenému doplňuji, že stejně jako nelze deklarovat nárok účastníků řízení na zahájení řízení z moci úřední, které je výhradně věcí úvahy Úřadu, který k tomuto kroku přistoupí vždy, pokud pojme důvodné podezření, že ze strany zadavatele mohlo dojít k porušení zákona, nelze ani vyžadovat či nutit, aby Úřad rozšířil správní řízení, jehož rozsah je vytyčen návrhem účastníka řízení o posuzování dalších otázek, které předmětem návrhu nebyly a de facto s jádrem posuzované otázky nesouvisí, když správní řád tuto povinnost Úřadu nestanoví.
35. Výše uvedená skutečnost, že tedy Úřad nepřistoupil k rozšíření správního řízení nad rámec návrhu navrhovatele, nikterak nepředznamenává názor Úřadu ohledně této otázky. Obecně lze k tomuto uvést, že řízení zahájené z moci úřední může být zahájeno v důsledku kontrolní činnosti Úřadu vyplývající z ustanovení § 112 a následujících ustanovení zákona, na základě podnětu jakékoliv fyzické či právnické osoby, jako důsledek podaného návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele, který však nesplňuje zákonem stanovené náležitosti,

či mu z nějakého důvodu nemohlo být vyhověno. Společným jmenovatelem pro zahájení správního řízení z moci úřední je však ve všech těchto případech vždy důvodné podezření, že ze strany zadavatele došlo k porušení zákona. Pokud by tedy Úřad získal pochybnosti o souladu úkonů učiněných zadavatelem při zadávání veřejné zakázky se zákonem, tedy např. i o nesplnění povinnosti vést písemnou evidenci úkonů učiněných v zadávacím řízení, nelze mu upírat právo zahájit o této otázce z moci úřední samostatné správní řízení. V takovémto případě je pak třeba vyhovět požadavkům judikatury, vyjádřeným např. v rozsudku Vrchního soudu v Olomouci ze dne 8. 2. 2002 č. j. 2 A 9/2001 – 62, podle kterého: *„Úřad nemůže zahájit správní řízení z vlastního podnětu, nebylo – li ukončeno jiné, dříve zahájené správní řízení na základě návrhu uchazeče, jež se týkalo téže věci a identických účastníků řízení.“*

36. Pokud navrhovatel vznáší ve svém rozkladu námitku, že se zadavatel nepokusil zaslat, po prvním neúspěchu, výzvu k poskytnutí součinnosti jiný způsobem, opakují, že zákon žádnou takovou povinnost zadavateli nestanoví a nelze tedy výběr prostředku k doručení písemnosti v rámci právním předpisem daných možností jakkoliv zpochybňovat. Podstatnou skutečností v tomto případě je, že navrhovatel byl prokazatelně k poskytnutí součinnosti vyzván, a až po uplynutí přiměřené lhůty, jejíž přesnou délku zákon nestanoví a je tedy odvislá od úvahy zadavatele, oslovil uchazeče dalšího v pořadí. V této souvislosti je třeba taktéž upozornit na ustanovení § 82 odst. 4 zákona, který stanoví, že vybraný uchazeč je povinen poskytnout zadavateli řádnou součinnost potřebnou k uzavření smlouvy. Z uvedeného vyplývá, že navrhovatel v této fázi zadávacího řízení tedy není jen pasivním příjemcem informací od zadavatele, resp. nečeká pouze na to, až jej zadavatel k poskytnutí součinnosti vyzve, nýbrž se dá předpokládat, že jistou mírou iniciativy v rámci vůle uzavřít smlouvu projeví obě strany. Nic tedy nebránilo navrhovateli zaslat zadavateli písemný dotaz na termín uzavření smlouvy, kterým by byl navrhovatel sto řešenému sporu předejít. Ani námitka navrhovatele, že mu nejsou známy informace o lhůtách ve vztahu k ostatním uchazečům, nemůže jako obrana proti napadenému rozhodnutí obstát, když i za situace, kdy navrhovatel nemohl mít přehled o přesných datech doručení, rozhodných pro podání námitek jednotlivými uchazeči, vzhledem k tomu, že navrhovatel nebyl dle § 111 odst. 3 zákona o případném podání námitek informován, měl usoudit, že k podání námitek žádným z uchazečů o veřejnou zakázku nedošlo a mohl si tedy alespoň rámcově odvodit termín pro uzavření smlouvy.
37. Zatímco lze obecně nade vše pochybnost souhlasit s tvrzením navrhovatele, že zadávací řízení je vysoce formalizovaným procesem, názor Nejvyššího správního soudu navrhovatelem v tomto směru použitý v rozkladu na šetřenou situaci nedopadá. Skutečnost, že je zadavatel veřejné zakázky striktně vázán zákonem nijak nepodporuje skutečnost, že by výzva zadavatele k poskytnutí součinnosti nemohla být provedena méně formálním způsobem nežli písemně, tak jak tvrdí v napadeném rozhodnutí Úřad. Jak již totiž bylo uvedeno výše, zákon v ustanovení § 82 odst. 4 ani na jiném místě, nespécifikuje formu, jakou by bylo při komunikaci mezi zadavatelem a vybraným uchazečem třeba dodržet. Obecně lze konstatovat, že zákon obsahuje celou řadu úkonů, k jejichž realizaci je zapotřebí písemné formy a u kterých zákon takovou formu explicitně nařizuje. Právě z formalismu zadávacího řízení, na který upozorňuje navrhovatel ve svém rozkladu, v souvislosti s ustanovením

§ 40 zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, lze dovodit, že pokud zákonodárce pro některý z úkonů zadávacího řízení přesnou formu nespécifikuje, je účastník zadávacího řízení umožněno zvolit mezi prostředky více či méně formálními. Závěr Úřadu, zpochybňovaný navrhovatelem, tedy považuji za správný.

38. Co se týče navrhovatelovy námitky, že pouze zadavatelem namítaná nečinnost při poskytování součinnosti nemůže být jednostranným důvodem pro uzavření smlouvy s jiným uchazečem, a že neposkytnutí součinnosti musí být nezpochybnitelně vnímáno jako nezáměr vybraného uchazeče uzavřít smlouvu, uvádím následující. Ustanovení § 82 odst. 4 zákona hovoří o odmítnutí uzavřít se zadavatelem smlouvu, čemuž naroveň staví neposkytnutí řádné součinnosti jako důvodu pro uzavření smlouvy s dalším uchazečem v pořadí. Zákon přitom rozhodnutí, zda se v uvedených případech obrátí na dalšího uchazeče, ponechává na vůli zadavatele. Za neposkytnutí řádné součinnosti lze pak považovat takové omisivní jednání vybraného uchazeče, kdy hrozí, že smlouva nebude uzavřena včas nebo vůbec. Vzhledem k tomu, že ve správním řízení bylo prokázáno, že minimálně písemná výzva zadavatele ze dne 24. 4. 2012 byla doručena do emailové schránky kontaktní osoby navrhovatele, přičemž navrhovatel na ni nijak nereagoval, lze toto jeho opomenutí považovat za neposkytnutí řádné součinnosti odpovídající odmítnutí uzavřít se zadavatelem smlouvu a postup zadavatele tak lze posoudit jako souladný se zákonem.

## **VII. Závěr**

39. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zabýval se veškerými skutečnostmi, relevantními pro vydání napadeného rozhodnutí, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
40. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

## **POUČENÍ**

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
předseda  
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

### **Obdrží:**

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

### **Vypraveno dne:**

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