



UOHSX007N7MP

## PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R253,254/2014/VZ-44877/2015/321/TNo

Brno: 17. prosince 2015

Ve správním řízení o rozkladech ze dne 10. 7. 2014 a ze dne 11. 7. 2014 (doručených Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 11. 7. 2014), jež byly podány –

- zadavatelem – společností **ARRIVA MORAVA a.s.**, IČO 25827405, se sídlem Vítkovická 3133/5, 702 00 Ostrava – Moravská Ostrava, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 6. 2. 2014 Mgr. Janem Tomanem, advokátem, IČO 71457747, se sídlem Pařížská 1076/7, 110 00 Praha 1,
- vybraným uchazečem – společností **TELMAX s.r.o.**, IČO 27481166, se sídlem Na Stráni 511, 566 01 Vysoké Mýto, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 10. 7. 2014 Mgr. Michalem Trkalem, advokátem, IČO 71463623, se sídlem Plzeňská 168/27, 150 00 Praha 5 – Smíchov,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S68/2014/VZ-13658/2014/513/KSt ze dne 27. 6. 2014, ve věci možného spáchání správního deliktu a uložení zákazu plnění Smlouvy na nákup řídicího a odbavovacího vozidlového systému, uzavřené dne 27. 11. 2013 mezi společností ARRIVA MORAVA a.s., IČO 25827405, se sídlem Vítkovická 3133/5, 702 00 Ostrava – Moravská Ostrava, a společností TELMAX s.r.o., IČO 27481166, se sídlem Na Stráni 511, 566 01 Vysoké Mýto, jejíž uzavření bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 27. 12. 2013 pod ev. č. 377630 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 31. 12. 2013 pod ev. č. 2013/S 252-442967, a jejímž předmětem je realizace plnění předmětu veřejné zakázky „**Nákup odbavovacího vozidlového systému**“, zadané formou jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, kde dalším účastníkem správního řízení je –

- navrhovatel – společnost **Mikroelektronika spol. s r.o.**, IČO 15029221, se sídlem Dráby 849, 566 01 Vysoké Mýto, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 10. 1. 2014 Advokátní kanceláří Perthen, Perthenová, Švadlena a partneři s.r.o., IČO 27532640, se sídlem Velké náměstí 135/19, 500 03 Hradec Králové,

jsem rozhodl takto:

#### I.

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

rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S68/2014/VZ-13658/2014/513/KSt ze dne 27. 6. 2014 ve věci spáchání správních deliktů specifikovaných ve výrocích I., a II., a uložení sankce specifikované ve výroku III.

#### **potvrzuji**

a rozklad podaný zadavatelem – společností ARRIVA MORAVA a.s., IČO 25827405, se sídlem Vítkovická 3133/5, 702 00 Ostrava – Moravská Ostrava, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 6. 2. 2014 Mgr. Janem Tomanem, advokátem, IČO 71457747, se sídlem Pařížská 1076/7, 110 00 Praha 1

#### **zamítám.**

#### II.

Podle § 90 odst. 4 ve spojení s § 66 odst. 1 písm. g) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona,

rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S68/2014/VZ-13658/2014/513/KSt ze dne 27. 6. 2014 ve výroku IV.

#### **ruším**

a správní řízení ve věci návrhu na uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, spočívajícího v uložení zákazu plnění Smlouvy na nákup řídicího a odbavovacího vozidlového systému, jejíž uzavření bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 27. 12. 2013 pod ev. č. 377630 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 31. 12. 2013 pod ev. č. 2013/S 252-442967, uzavřené dne 27. 11. 2013 na veřejnou zakázku „Nákup odbavovacího vozidlového systému“

#### **zastavuji.**

#### III.

Podle § 92 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona,

rozklad vybraného uchazeče – společností TELMAX s.r.o., IČO 27481166, se sídlem Na Stráni 511, 566 01 Vysoké Mýto, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 10. 7. 2014 Mgr. Michalem Trkalem, advokátem, IČO 71463623, se sídlem Plzeňská 168/27, 150 00 Praha 5 – Smíchov, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S68/2014/VZ-13658/2014/513/KSt ze dne 27. 6. 2014 ve věci spáchání správních deliktů specifikovaných ve výrocích I., a II., a uložení sankce specifikované ve výroku III., jako nepřipustný

**z a m í t á m.**

## **ODŮVODNĚNÍ**

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)<sup>1</sup> k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel dne 24. 1. 2014 návrh navrhovatele – společnosti Mikroelektronika spol. s r.o., IČO 15029221, se sídlem Dráby 849, 566 01 Vysoké Mýto, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 10. 1. 2014 Advokátní kancelář Perthen, Perthenová, Švadlena a partneři s.r.o., IČO 27532640, se sídlem Velké náměstí 135/19, 500 03 Hradec Králové (dále jen „**navrhovatel**“) na přezkoumání postupu zadavatele – společnosti ARRIVA MORAVA a.s., IČO 25827405, se sídlem Vítkovická 3133/5, 702 00 Ostrava – Moravská Ostrava, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 6. 2. 2014 Mgr. Janem Tomanem, advokátem, IČO 71457747, se sídlem Pařížská 1076/7, 110 00 Praha 1 (dále jen „**zadavatel**“) – při zadávání veřejné zakázky s názvem „Nákup odbavovacího vozidlového systému“, zadané formou jednacímho řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 1 písm. a) zákona (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Zadavatel odeslal dne 27. 6. 2013 do Věstníku veřejných zakázek a následně v něm uveřejnil dne 9. 7. 2013 pod ev. č. 359681, ve znění oprav uveřejněných dne 28. 8. 2013 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejnil dne 11. 7. 2013 pod ev. č. 2013/S 133-229998, ve znění oprav uveřejněných dne 29. 8. 2013, oznámení otevřeného zadávacího řízení (dále jen „**otevřené zadávací řízení**“) za účelem zadání veřejné zakázky „Nákup řídicího a odbavovacího vozidlového systému“ (dále jen „**původní veřejná zakázka**“).
3. Rozhodnutím ze dne 1. 10. 2013 zrušil zadavatel otevřené zadávací řízení podle § 84 odst. 1 písm. a) zákona. Výzvou podle § 34 odst. 1 zákona k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění ze dne 31. 10. 2013 vyzval zadavatel dva zájemce k podání nabídky na veřejnou zakázku. Dne 15. 11. 2013 proběhlo jednání mezi zadavatelem a vyzvanými zájemci o veřejné zakázce, na kterém byly předvedeny a otestovány vzorky dodané zájemci. Dále zadavatel s jednotlivými zájemci sjednal změny obsahu smlouvy na nákup řídicího a odbavovacího vozidlového systému a byl dohodnut termín pro podání nabídek. Ve lhůtě pro podání nabídek obdržel zadavatel dvě nabídky. Po posouzení kvalifikace a hodnocení nabídek rozhodl dne 21. 11. 2013 zadavatel tak, že nejvhodnější nabídku podal uchazeč

---

<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, není-li uvedeno jinak.

TELMAX s. r. o., IČO 27481166, se sídlem Na Stráni 511, 566 01 Vysoké Mýto, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 10. 7. 2014 Mgr. Michalem Trkalem, advokátem, IČO 71463623, se sídlem Plzeňská 168/27, 150 00 Praha 5 – Smíchov (dále jen „**vybraný uchazeč**“). Dne 27. 11. 2013 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem Smlouvu na nákup řídicího a odbavovacího vozidlového systému, jejíž uzavření bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 27. 12. 2013 pod ev. č. 377630 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 31. 12. 2013 pod ev. č. 2013/S 252-442967 (dále jen „**Smlouva**“).

4. Z článku B. „Požadavky na způsob zpracování nabídkové ceny“, bodu 2 „Způsob fakturování“ zadávací dokumentace jak otevřeného zadávacího řízení, tak i jednacího řízení bez uveřejnění vyplývá, že „zadavatel nebude poskytovat zálohy na kupní cenu“. V článku 6 „Čas a místo plnění Smlouvy“, bodu 6.1.b) uzavřené Smlouvy bylo mezi zadavatelem a vybraným uchazečem sjednáno poskytnutí zálohy na dodávku odbavovacího zařízení na nákup 100 sad odbavovacího zařízení pro oblast Moravskoslezského kraje ve finančním objemu 4 733 200,- Kč bez DPH a 100 sad odbavovacího zařízení pro oblast Olomouckého kraje ve výši 4 733 200,- Kč bez DPH.
5. Podle článku 10. „Cena a platební podmínky“ bodu 10.2. Smlouvy měl vybraný uchazeč vystavit zadavateli zálohovou fakturu na dodávku plnění, jejíž výše a rozsah je specifikován v čl. 6.1.b) Smlouvy.
6. Dále z článku 15. „Pojištění a bankovní záruka“ bodu 15.4. Smlouvy vyplývá, že si smluvní strany sjednaly, že v případě poskytnutí zálohy zadavatelem dle bodu 10.2. Smlouvy bude záloha složena na vinkulovaný běžný účet. Finanční prostředky mají být z běžného účtu uvolněny za podmínek stanovených ve smlouvě o vinkulaci běžného účtu uzavřené mezi zadavatelem, vybraným uchazečem a bankou.
7. Z potvrzení o vinkulaci vyplývá, že vybraný uchazeč na účtu, na který mu podle zálohové faktury č. 130800003 zadavatel odeslal zálohu, vinkuluje ve prospěch zadavatele od 11. 12. 2013 částku ve výši 9 466 400,- Kč. Vinkulace může být podle potvrzení o vinkulaci zrušena po uplynutí doby, na kterou byla zřízena, nebo na základě žádosti majitele účtu, který současně vrátí potvrzení o vinkulaci a předloží písemný souhlas osoby, v jejíž prospěch byla vinkulace zřízena. Další možností zrušení vinkulace je na základě nařízení výkonu rozhodnutí příkázáním pohledávky z účtu.
8. Jak vyplývá z dokladů předložených Úřadu zadavatelem, odeslal zadavatel dne 10. 12. 2013 na účet vybraného uchazeče částku ve výši 11 454 344,- Kč a to na základě zálohové faktury č. 130800003 vystavené dne 2. 12. 2013 vybraným uchazečem. Z uvedené zálohové faktury vyplývá, že se jedná o zálohu dle článku 6.1.b) Smlouvy ve výši 9 466 400,- Kč bez DPH a ve výši 11 454 344,- Kč s DPH.
9. Vzhledem k tomu, že navrhovatel je přesvědčen o tom, že zadavatel porušil zákon tím, že uzavřel Smlouvu na základě jednacího řízení bez uveřejnění, podal dne 24. 1. 2014 k Úřadu návrh ze dne 23. 1. 2014 podle § 114 odst. 2 písm. a) zákona na uložení zákazu plnění Smlouvy (dále jen „**návrh**“).
10. Dne 2. 5. 2014 seznámil Úřad účastníky správního řízení pod č. j. UOHS-S68/2014/VZ-7509/2014/513/KSt s dalšími skutečnostmi ve správním řízení, které budou podkladem pro rozhodnutí a z moci úřední tak rozšířil předmět správního řízení o podezření ze spáchání

správních deliktů dle § 120 odst. 1 písm. a) a § 120 odst. 1 písm. c) zákona. Ve svém sdělení Úřad zejména uvedl, že na základě uvedených skutečností získal pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem, a to, zda zadavatel dodržel jednu z podmínek stanovenou v § 23 odst. 2 zákona a podstatným způsobem nezměnil zadávací podmínky jednacím řízení bez uveřejnění oproti zadávacím podmínkám otevřeného zadávacího řízení, když podle zadávacích podmínek neměl zadavatel poskytovat zálohy na kupní cenu a v jednacím řízení bez uveřejnění bylo v čl. 6.1.b) Smlouvy sjednáno poskytnutí zálohy a tato záloha byla fakticky i proplacena. V důsledku toho vzniklo podezření z možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona a to, zda byly pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění splněny zákonem stanovené podmínky. Dle sdělení Úřadu zároveň vzniklo podezření z možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona tím, že zadavatel uzavřel Smlouvu bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení podle § 146 odst. 1 zákona.

## II. Napadené rozhodnutí

11. Dne 27. 6. 2014 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S68/2014/VZ-13658/2014/513/KSt (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), jímž ve výroku I. rozhodl o tom, že se zadavatel dopustil spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) tím, že nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 v návaznosti na § 23 odst. 2 a v návaznosti na § 34 odst. 4 zákona, když veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, ačkoliv pro daný druh zadávacího řízení nebyly splněny podmínky stanovené zákonem, když podstatně změnil zadávací podmínku uvedenou v článku B. bodu 2 „Způsob fakturování“ zadávací dokumentace předmětné veřejné zakázky a dohodl se s vybraným uchazečem na ustanovení čl. 10. „Cena a platební podmínky“ Smlouvy, kterým umožnil poskytnutí zálohy na předmět plnění veřejné zakázky, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel dne 27. 11. 2013 s tímto vybraným uchazečem Smlouvu na nákup řídicího a odbavovacího vozidlového systému.
12. Ve výroku II. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl o tom, že zadavatel se dopustil spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona tím, že uzavřel Smlouvu bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení podle § 146 odst. 1 citovaného zákona, ačkoliv byl podle citovaného ustanovení zákona povinen toto oznámení uveřejnit.
13. Ve výroku III. napadeného rozhodnutí Úřad zadavateli uložil za spáchání výše uvedených správních deliktů pokutu ve výši 300 000,- Kč. Ve výroku IV. napadeného rozhodnutí Úřad zadavateli uložil zákaz plnění ze Smlouvy.
14. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že se primárně zabýval otázkou, zda změnu platebních podmínek v podobě sjednání poskytnutí zálohy v jednacím řízení bez uveřejnění oproti nemožnosti poskytnutí zálohy v otevřeném zadávacím řízení, lze považovat za podstatnou změnu zadávacích podmínek, díky které by zadavatel nebyl oprávněn zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění.
15. K poskytnutí zálohy Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že když zadavatel provedl změnu zadávacích podmínek spočívající v poskytnutí zálohu na dodávku 200 sad odbavovacího zařízení, tato změna rozhodně znamená výhodnější platební podmínky, než které byly stanoveny v zadávacích podmínkách otevřeného zadávacího řízení,

u nichž bylo stanoveno, že nebudou poskytovány dodavateli žádné zálohy. Uvedená změna zadávacích podmínek prakticky znamená, že dodavatel nemusí v průběhu plnění zakázky realizovat předmět šetřené veřejné zakázky pouze ze svých finančních prostředků, protože již před započítáním realizace předmětu veřejné zakázky je mu známo, že bude mít v průběhu realizace předmětu veřejné zakázky k dispozici minimálně částku ve výši 9 466 400,- Kč bez DPH, představující zálohu na dodávku. Úřad pak v odůvodnění napadeného rozhodnutí uzavřel, že poskytnutí zálohy na realizaci plnění předmětu zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění oproti zadávací podmínce v otevřeném zadávacím řízení, že zadavatel nebude na realizaci předmětu veřejné zakázky poskytovat žádné zálohy, je třeba považovat za podstatnou změnu zadávacích podmínek.

16. V souvislosti s výrokem II. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že má za prokázané, že zadavatel neuveřejnil informace ve Věstníku veřejných zakázek ve smyslu § 146 odst. 1 zákona, a že tak zadavatel ve Věstníku veřejných zakázek neuveřejnil dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu ve smyslu ustanovení § 146 odst. 2 zákona. Úřad tak dospěl k závěru, že zadavatel se dopustil spáchání správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. c) zákona.
17. Co se týče pokuty, Úřad v bodech 167 až 199 napadeného rozhodnutí odůvodnil její výši, přičemž při posuzování této výše vycházel z premisy, že pokuta uložená zadavateli za zjištěné porušení zákona má obecně plnit dvě základní funkce, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem a funkci preventivní, která směřuje k předcházení jeho porušování, resp. k jednání, které je s ním v souladu. Po zvážení všech okolností šetřeného případu a uvážení všech argumentů Úřad při určení výměry uložené pokuty posoudil její výši stanovenou na 300 000,- Kč, což je ve výši cca 6,5% z maximální možné výše pokuty, vzhledem k souvislostem případu a ve vztahu k výše uvedenému, a to zejména s ohledem na okolnosti, za nichž byly správní delikty spáchány, jako dostačující. Úřad tak shledal, že stanovená výše pokuty naplňuje dostatečně obě výše uvedené funkce právní odpovědnosti.
18. Ohledně výroku IV. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí shledal důvody pro vyhovění návrhu navrhovatele, neboť byly naplněny podmínky dle § 118 odst. 2 zákona a následně konstatoval, že zadavatel dostatečně neprokázal existenci důvodů hodných zvláštního zřetele, pro které by mu neměl být zákaz plnění Smlouvy uložen.

### **III. Námitky rozkladů**

19. Proti napadenému rozhodnutí podali rozklad zadavatel a vybraný uchazeč, přičemž rozklad zadavatele byl datován dnem 10. 7. 2014 a rozklad vybraného uchazeče byl datován dnem 11. 7. 2014 a Úřadu byly oba rozklady doručeny dne 11. 7. 2014. Ze správního spisu vyplývá, že zadavatel napadené rozhodnutí převzal dne 27. 6. 2014 a vybraný uchazeč dne 28. 6. 2014. Rozklady tedy byly podány v zákonné lhůtě.

*Námitky rozkladu zadavatele (sp. zn. ÚOHS-R253/2014/VZ)*

20. Zadavatel v rozkladu předně uvádí, že Úřad se v napadeném rozhodnutí nevypořádal s námitkou, že návrh na zahájení předmětného správního řízení nebyl podán oprávněnou osobou. K tomu zadavatel odkazuje na rozhodnutí Úřadu ze dne 31. 1. 2014 č. j. ÚOHS-S663/2013/VZ-2244/2014/522/MBa, ve kterém dle názoru zadavatele Úřad takový závěr

učinil. Dle zadavatele měl navrhovatel brojit již proti rozhodnutí zadavatele o zrušení otevřeného zadávacího řízení, což vede k důsledku, že neuplatnil svá práva k přezkoumání skutečností, které se snažil ex post přezkoumávat až v rámci návrhu týkajícího se zadání veřejné zakázky v režimu jednacího řízení bez uveřejnění.

21. Zadavatel v rozkladu dále uvádí, že Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S530/2013/VZ-19336/2013/514/AŠu ze dne 10. 10. 2013 zastavil správní řízení, v němž byl přezkoumáván postup zadavatele při zadávání původní veřejné zakázky podle § 66 odst. 1 písm. g) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), protože žádost (návrh) navrhovatele se stala zjevně bezpředmětnou. Navrhovatel proti tomuto usnesení nepodal rozklad a zadavatel tedy nemohl předjímat, že by po zrušení otevřeného řízení nemohl postupovat podle § 23 odst. 1 písm. a) zákona.
22. Podle zadavatele Úřad nemohl rozhodnout podle § 118 odst. 2 písm. a) zákona, když uložil zákaz plnění smlouvy na základě návrhu podle § 114 odst. 2 zákona. Dle zadavatele mohl Úřad uložit zákaz plnění pouze na základě § 118 odst. 2 písm. a) zákona, to však v návrhu navrhovatele není uvedeno. Navrhovatel sice požadoval přezkoumání postupu zadavatele v jednacím řízení bez uveřejnění, nicméně nepodal návrh proti uzavření smlouvy bez předchozího uveřejnění zadávacího řízení. Dle zadavatele toto údajné doplnění návrhu bylo odvozeno až Úřadem, což je podle názoru zadavatele v rozporu s obsahem návrhu. Navrhovatel byl účastníkem otevřeného zadávacího řízení, ale nebyl účastníkem jednacího řízení bez uveřejnění. Tím, že se sám zbavil procesních práv nevyužitím opravných prostředků v rámci zrušeného otevřeného řízení a nepodal rozklad proti zastavení správního řízení vedeného pod sp. zn. ÚOHS-S530/2013/VZ, nemůže dle názoru zadavatele být oprávněnou osobou k podání návrhu v rámci navazujícího jednacího řízení bez uveřejnění.
23. Co se týče interpretace podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, zadavatel namítá, že Úřad nepochopil důvod pro poskytnutí zálohy v bodě 6.1b) Smlouvy a současně nevzal v úvahu na něj navazující bod 15.4 Smlouvy, ve kterém byla upravena vinkulace částky na bankovním účtu. Poskytnutá záloha neměla dle zadavatele sloužit na předfinancování realizace předmětu plnění veřejné zakázky, přičemž Úřad podle názoru zadavatele nedostatečně zjistil skutkový stav, v důsledku čehož nesprávně posoudil skutkový stav a napadené rozhodnutí je tak postiženo vadou nepřezkoumatelnosti pro nedostatek důvodů.
24. Zadavatel v rozkladu nesouhlasí s výkladem pojmu podstatné změny, jak jej provedl Úřad v napadeném rozhodnutí. Dle zadavatele je změna nepodstatná, pokud umožňuje odstranění problému, na kterém předchází otevřené řízení ztroskotalo. Zadavatel může změnit nepodstatnou zadávací podmínku, kterou žádný z dodavatelů v předchozím zadávacím řízení nesplnil. Dle zadavatele je podstatná taková změna, díky níž se změní předmět veřejné zakázky, který byl náplní předchozích zadávacích řízení. Úprava dílčí otázky, jako například poskytnutí zálohy, musí být podle zadavatele logicky možná a přípustná. Nelze vyvozovat přípustnost změny automatickou aplikací obecné definice, aniž se posoudí konkrétní dopady takové změny. Změny v jednacím řízení bez uveřejnění nemohou mít vliv na okruh uchazečů, neboť ten je dán výzvou zadavatele k účasti. Tím, že je změna prováděna přímo v jednacím řízení bez uveřejnění, je provázaná s výběrem uchazečů a nelze tak hovořit o riziku ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Dle zadavatele tak nelze uložit zákaz plnění smlouvy na základě obecné definice o možném dopadu provedené změny bez zohlednění charakteru jednacího řízení bez uveřejnění.

25. Ohledně výroku II. napadeného rozhodnutí zadavatel namítá, že je nezákonný. Postupuje-li zadavatel v rámci jednacího řízení bez uveřejnění tak, že ke dni zahájení zadávacího řízení byly podmínky podle § 21 odst. 2 zákona a § 23 odst. 2 zákona naplněny, není možné, aby byl jeho postup považován za správní delikt porušení povinnosti uveřejnění informací dle § 146 zákona. Zadavatel dle svého vyjádření nebyl povinen uveřejňovat informace dle § 146 zákona, neboť byly dány důvody pro použití jednacího řízení bez uveřejnění.
26. Co se týče výše udělené pokuty, zadavatel ji považuje za nepřiměřenou, ať už s ohledem na obdobná řízení, tak s ohledem na výši pokut udělovanou jiným zadavatelům při závažnějších pochybeních. Dle zadavatele Úřad nevzal v potaz, že před zahájením jednacího řízení bez uveřejnění realizoval zadavatel dvě otevřená řízení.
27. Pokud jde o zákaz plnění smlouvy, je zadavatel toho názoru, že se jedná o zásadní zásah do smluvní volnosti s dopadem do finanční situace zadavatele. Pokud by zadavatel připustil, že k porušení zákona došlo, tak jsou dle jeho názoru v šetřené věci splněny liberační důvody dle § 118 odst. 5 písm. b) zákona, neboť existují důvody hodné zvláštního zřetele spojené s veřejným zájmem vyžadujícím pokračování smlouvy na veřejnou zakázku.
28. Zadavatel svůj rozklad doplnil podáním ze dne 25. 7. 2014, kde uvedl, že Úřad nezohlednil čl. 15.4 Smlouvy, kde je upravena vinkulace částky na bankovním účtu. Dle zadavatele Úřad nepřihlédl ke skutečnosti, že finanční prostředky byly poskytnuty na vinkulovaný účet a nezjišťoval, do jaké míry s nimi mohl vybraný uchazeč disponovat. Dle zadavatele se nejednalo o výhodnější platební podmínky, což potvrzuje i rozklad vybraného uchazeče, který uvedl, že s vinkulovanými prostředky nedisponoval.
29. Podle zadavatele Úřad při posuzování nezhodnotil důvody, které vedly zadavatele k dojednání předmětné změny smluvních podmínek, které údajně spočívaly v ohrožení realizace projektu obnovy odbavovacího zařízení realizovaného ve spolupráci se zadavateli dopravních služeb. Pokud by byl vybrán jiný uchazeč, zadavatel by učinil tutéž změnu, a dle zadavatele Úřad neověřil časovou souslednost kroků vedoucích ke sjednání předmětné změny. Této situaci mohl zadavatel předejít již v rámci zadávací dokumentace, ale dle svého vyjádření byl vázán principem, že podstatně nezmění zadávací podmínky, aby mohl postupovat podle § 23 odst. 2 zákona. Proto tedy zadavatel vyzval uchazeče k účasti v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by změnil zadávací podmínky, přičemž změnu připustil v rámci aplikace § 34 odst. 4 zákona. Dle svého vyjádření zadavatel neměl jinou možnost a poskytnutí zálohy převést do smlouvy, aby nepřišel o přislíbenou dotaci. Dle zadavatele tak v napadeném rozhodnutí chybí odpovídající argumentace týkající se posouzení změny zadávacích podmínek, díky čemuž je napadené rozhodnutí nepřezkoumatelné.
30. Ohledně stanovení pokuty zadavatel doplňuje, že nebyl naplněn znak správního deliktu spočívající v ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Dle Úřadu se v šetřené věci jednalo o podstatnou změnu zadávacích podmínek, avšak ta dle zadavatele nemohla mít vliv na účast dalších dodavatelů a potažmo soutěžní prostředí.
31. Ve svém doplnění se následně zadavatel obsírně věnuje důvodům hodným zvláštního zřetele spojených s veřejným zájmem vyžadujícím pokračování plnění smlouvy.



*Námítky rozkladu vybraného uchazeče (sp. zn. ÚOHS-R254/2014/VZ)*

32. Vybraný uchazeč stejně jako zadavatel brojí proti napadenému rozhodnutí ve všech jeho výrocích. Vadu výroku I. napadeného rozhodnutí vidí vybraný uchazeč ve skutečnosti, že i když byl podle Úřadu spáchán správní delikt spočívající v provedení jednacích řízení bez uveřejnění, protože k tomu nebyly splněny zákonné podmínky, je zřejmé, že ke sporné úpravě zadávacích podmínek došlo až v průběhu samotného jednacích řízení bez uveřejnění.
33. Podle vybraného uchazeče je změna platebních podmínek změnou nepodstatnou, neboť se nejedná o prostředky, kterými mohl disponovat. Dále se nejedná o změnu, která by rozšiřovala okruh možných uchazečů, a fakticky se jednalo o změnu, která byla k tíži vybranému uchazeči, neboť i když s poskytnutou zálohou nemohl disponovat, musel z ní odvést odpovídající DPH z vlastních zdrojů. Vybraný uchazeč dále v rozkladu uvedl, že se účastnil prvního otevřeného řízení, ve kterém nebyla možnost čerpat zálohu, a měl tedy zajištěno financování podle zadávacích podmínek bez zálohy, proto by změna zadávacích podmínek byla provedena s jakýmkoliv jiným uchazečem a nemohla tak mít vliv na okruh možných uchazečů.
34. Vybraný uchazeč vadu ve výroku II. napadeného rozhodnutí spatřuje v tom, že namítané porušení zákona je již obsaženo ve výroku I. napadeného rozhodnutí a není mu jasné, proč Úřad konstatoval, že nedošlo ke splnění uveřejňovací povinnosti, když zákon u jednacích řízení bez uveřejnění takovou povinnost nestanoví.
35. Ve výroku IV. napadeného rozhodnutí nevzal dle vybraného uchazeče Úřad v potaz všechny podstatné skutečnosti, ani okolnosti hodné zvláštního zřetele na straně zadavatele.

**Závěry rozkladů**

36. Zadavatel, stejně jako vybraný uchazeč ve svých rozkladech požadují, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí v celém rozsahu zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

**IV. Řízení o rozkladu**

37. Úřad neshledal důvody pro postup podle § 87 správního řádu a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.

**Vyjádření navrhovatele k rozkladům**

38. K námitce, že navrhovatel nebyl aktivně legitimován k podání návrhu v šetřené věci, uvedl, že zadavatelem uvedený odkaz na rozhodnutí Úřadu ze dne 31. 1. 2014 č. j. ÚOHS-S663/2013/VZ-2244/2014/522/MBa není aplikovatelný, neboť toto rozhodnutí posuzovalo situaci, kdy na zrušené otevřené řízení navazovalo jednacích řízení s uveřejněním, což je jiný druh zadávacích řízení, na jehož použití zákon stanovuje odlišné podmínky.
39. K námitce, že měl v předchozím otevřeném řízení podat návrh na zahájení řízení o přezkoumání postupu zadavatele při zrušení otevřeného řízení, navrhovatel uvedl, že v rámci předchozího otevřeného řízení podal návrh na přezkoumání zadávacích podmínek tohoto otevřeného řízení, na jehož základě Úřad zahájil správní řízení sp. zn. ÚOHS-S530/2013/VZ, ve kterém bylo nařízeno předběžné opatření spočívající v zákazu uzavřít smlouvu, přičemž po jeho nařízení zadavatel zadávacích řízení zrušil. Proto by dle navrhovatele bylo nadbytečné brojit proti zrušení zadávacích řízení, především s ohledem na skutečnost,

že zrušení zadávacího řízení bylo záměrem navrhovatele z důvodu nastavení diskriminačních zadávacích podmínek.

40. Ohledně podstatné změny zadávacích podmínek navrhovatel uvádí, že podstatných změn existovalo více, nicméně v případě, kdy Úřad dovedl nejzásadnější změnu zadávacích podmínek, nebylo třeba se vyjadřovat k ostatním změnám a nelze se tak dovolávat nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí, jak činí zadavatel a vybraný uchazeč.
41. Navrhovatel nesouhlasí s názorem zadavatele, že v jednacím řízení bez uveřejnění lze provést jakékoli změny, neboť změna prováděná přímo v jednacím řízení je provázána s výběrem uchazečů, kterým zadavatel zaslal výzvu. Jakákoliv změna zadávacích podmínek musí i nadále splňovat předpoklady pro použití jednacích řízení bez uveřejnění, přičemž tuto povinnost zadavatel dle navrhovatele nedodržel a zaměňuje výkladovou praxi k jednacím řízením s uveřejněním s výkladovou praxí k jednacím řízením bez uveřejnění.
42. K neuveřejnění zadávacího řízení navrhovatel uvedl, že zadavatel byl povinen zadávat předmětnou veřejnou zakázku v jiném druhu zadávacího řízení, u kterého mělo dojít k uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení ve Věstníku veřejných zakázek.
43. V závěru svého vyjádření navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu rozklad zadavatele i rozklad vybraného uchazeče zamítl a napadené rozhodnutí jako věcně správné potvrdil.

#### **Ukončení plnění Smlouvy**

44. Dne 3. 3. 2015 Úřad obdržel podání zadavatele, jehož obsahem bylo sdělení, že plnění ze Smlouvy bylo ukončeno ke dni 16. 12. 2014.
45. Dne 8. 10. 2015 vydal předseda Úřadu usnesení č. j. ÚOHS-R253,254/2014/VZ-32624/2015/321/TNo, kterým vyzval zadavatele, aby ve lhůtě pěti dnů od doručení tohoto usnesení doložil ukončení plnění ze Smlouvy.
46. Dne 19. 10. 2015 Úřad obdržel od zadavatele dokument s názvem „Doložení ukončení plnění ze smlouvy na nákup řídicího a odbavovacího vozidlového systému“, jehož součástí byly jednotlivé akceptační protokoly, ze kterých vyplynulo, že plnění ze Smlouvy bylo ukončeno ke dni 16. 12. 2014.
47. Dne 29. 10. 2015 vydal předseda Úřadu usnesení č. j. ÚOHS-R253,254/2014/VZ-35906/2015/321/TNo, jímž stanovil účastníkům řízení lhůtu pěti dnů ode dne doručení tohoto usnesení, ve které se podle § 36 odst. 3 správního mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
48. Ve stanovené lhůtě se žádný z účastníků k novým podkladům pro vydání rozhodnutí nevyjádřil.

#### **Stanovisko předsedy Úřadu**

49. Po projednání rozkladů 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 a řízení, jež mu předcházelo, s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu zadavatele, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícím závěrům.

50. V šetřené věci došlo k rozšíření předmětu řízení z moci úřední o podezření ze spáchání správních deliktů ve smyslu § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Úřad tedy v rámci správního řízení odděleně posuzoval jednak spáchání správních deliktů, které jsou vymezeny ve výrocích I. a II. napadeného rozhodnutí a ve výroku III. za ně uložil sankci. Zároveň však posuzoval i důvody k uložení nápravného opatření dle § 118 odst. 2 a toto nápravné opatření ve výroku IV. napadeného rozhodnutí uložil. Z výše uvedeného tedy plyne, že výroky I. až III. a výrok IV. napadeného rozhodnutí musí být vzájemně oddělitelné. Výroky I. až III. o vině a trestu za spáchání předmětných správních deliktů obstojí samostatně bez vazby na výrok IV. o návrhu na uložení nápravného opatření, jelikož platnost výroku IV. nemá vliv na to, zda byl či nebyl spáchán správní delikt. Totéž pochopitelně nelze konstatovat obráceně, tedy ve smyslu tvrzení, že výrok IV. nezávisí na spáchání správních deliktů, neboť z dikce § 118 odst. 2 jasně vyplývá, že zákaz plnění smlouvy lze uložit, pouze pokud se zadavatel dopustí správního deliktu či více správních deliktů. V nyní šetřené věci jsou však výroky I. až III. potvrzovány a bezpředmětnost výroku IV. na ně nemá žádný vliv.
51. Úřad postupoval správně a v souladu se zákonem, když rozhodl tak, jak je uvedeno ve výrocích I. až III. napadeného rozhodnutí. Ve vztahu k výroku IV., tedy ve věci návrhu na uložení nápravného opatření je třeba napadené rozhodnutí zrušit a správní řízení zastavit, neboť návrh navrhovatele na uložení zákazu plnění smlouvy mezi zadavatelem a vybraným uchazečem se v mezidobí stal zjevně bezpředmětným. Zároveň vybraný uchazeč nebyl osobou oprávněnou podat ve věci spáchání správních deliktů rozklad a jako takový je ho třeba zamítnout. V odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou dále uvedeny důvody, které mne vedly k zamítnutí rozkladu zadavatele a potvrzení napadeného rozhodnutí ve výrocích I. až III., ke zrušení výroku IV. a k zastavení správního řízení v části s výrokem IV. související, jakožto i k zamítnutí rozkladu vybraného uchazeče ve smyslu § 92 odst. 1 správního řádu.

## **V. K námitkám rozkladu**

### *K důvodům pro použití jednacího řízení bez uveřejnění*

52. Podle § 23 odst. 1 zákona může zadavatel zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění, jestliže
- a) v předchozím otevřeném řízení, užším řízení, zjednodušeném podlimitním řízení či jednacím řízení s uveřejněním, a v případě veřejných zakázek v oblasti obrany nebo bezpečnosti rovněž v předchozím soutěžním dialogu, nebyly podány žádné nabídky,
  - b) v předchozím otevřeném řízení, užším řízení, zjednodušeném podlimitním řízení či jednacím řízení s uveřejněním, a v případě veřejných zakázek v oblasti obrany nebo bezpečnosti rovněž v předchozím soutěžním dialogu, byly podány pouze nevhodné nabídky podle § 22 odst. 1 písm. a) zákona, nebo nebyly podány žádné žádosti o účast v užším řízení či jednacím řízení s uveřejněním a v případě veřejných zakázek v oblasti obrany nebo bezpečnosti rovněž v soutěžním dialogu.
53. Při splnění podmínek uvedených v odstavci 1 může zadavatel podle § 23 odst. 2 zákona zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění za předpokladu, že podstatně nezmění zadávací podmínky a zahájí jednací řízení bez uveřejnění bezodkladně po zrušení předchozího zadávacího řízení.

54. Důvodem pro zákonnou úpravu uvedenou v § 23 odst. 2 zákona je snaha zákonodárce o to, aby jednací řízení bez uveřejnění nebylo neoprávněně zneužíváno, ale aby zároveň zadavatel v situaci, kdy v předchozím zadávacím řízení neobdržel žádnou nabídku nebo obdržel pouze nabídky nevhodné, mohl zhojit tento nežádoucí stav formou administrativně méně náročného jednacího řízení bez uveřejnění, aniž by musel zahajovat nové, administrativně náročnější, otevřené řízení, užší řízení, zjednodušené podlimitní řízení či jednací řízení s uveřejněním. Smyslem daného ustanovení je však současně i to, aby formou změny zadávacích podmínek nemohlo dojít k ovlivnění okruhu možných uchazečů v původní zakázce, potažmo k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky.
55. V šetřené věci bylo nutno posoudit, zda byly naplněny podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění ve smyslu § 23 odst. 1 zákona ve spojení s § 23 odst. 2 zákona, kde je stanoveno, že v případě postupu podle § 23 odst. 1 zákona zadavatel nesmí podstatně změnit zadávací podmínky.
56. Jak Úřad dovodil v napadeném rozhodnutí, v případě postupu podle § 23 odst. 1 zákona je třeba, aby kumulativně byly splněny podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, které spočívají v tom, že v předchozím otevřeném řízení nebyly podány žádné nabídky, zadavatel podstatně nezmění zadávací podmínky a jednací řízení zahájí bezodkladně po zrušení předchozího zadávacího řízení. Úřad se v napadeném rozhodnutí nejprve zabýval tím, zda v šetřené věci byla splněna podmínka toho, že v předchozím zadávacím řízení nebyly podány žádné nabídky a dovodil, že tato podmínka splněna byla s ohledem na důvody uvedené v oznámení o zrušení zadávacího řízení, které bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 15. 10. 2013. Úřad dále dovodil i splnění další podmínky spočívající v tom, že jednací řízení bez uveřejnění bylo zahájeno bezodkladně po skončení původního řízení, neboť jednací řízení bylo zahájeno dne 1. 11. 2013, kdy zadavatel zaslal dvěma vybraným zájemcům výzvu k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění ze dne 31. 10. 2013.
57. V bodech 138 až 154 napadeného rozhodnutí poté Úřad dovodil, že nebyla splněna třetí podmínka pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, spočívající v tom, že zadavatel podstatně nezmění zadávací podmínky. Úřad v této souvislosti konstatoval, že zadavatel umožnil podstatnou změnu zadávacích podmínek a nebyly tak dány důvody pro použití jednacího řízení bez uveřejnění ve smyslu § 23 odst. 1 zákona. Podstata této změny spočívá v tom, že v z článku B. „Požadavky na způsob zpracování nabídkové ceny“, bodu 2 „Způsob fakturování“ zadávací dokumentace jak otevřeného zadávacího řízení, tak i jednacího řízení zadavatel stanovil, že *„zadavatel nebude poskytovat zálohy na kupní cenu“*. Avšak z článku 6 „Čas a místo plnění Smlouvy“, bodu 6.1.b) Smlouvy, kterou zadavatel uzavřel, vyplývá, že bylo mezi zadavatelem a vybraným uchazečem sjednáno poskytnutí zálohy na dodávku odbavovacího zařízení na nákup 100 sad odbavovacího zařízení pro oblast Moravskoslezského kraje ve finančním objemu 4 733 200,- Kč bez DPH a 100 sad odbavovacího zařízení pro oblast Olomouckého kraje ve výši 4 733 200,- Kč bez DPH. Dále podle článku 10. „Cena a platební podmínky“ bodu 10.2. Smlouvy měl vybraný uchazeč vystavit zadavateli zálohovou fakturu na dodávku plnění, jejíž výše a rozsah je specifikován v čl. 6.1.b) Smlouvy. O těchto skutečnostech není sporu, neboť je ani zadavatel v rozkladu nerozporuje. Pro šetřenou věc je tedy za nynějšího skutkového stavu klíčová skutečnost, zda se v případě změny zadávací podmínky spočívající v poskytování zálohy jedná o změnu

podstatnou či nikoliv, a zda Úřad v napadeném rozhodnutí správně posoudil spáchání správních deliktů vymezených ve výrocích I. a II. napadeného rozhodnutí.

58. K pojmu podstatné změny smluvních (zadávacích) podmínek se jako první vyslovil tehdejší Evropský soudní dvůr (dnes Soudní dvůr Evropské unie, dále jen „SDEU“) v rozsudku C-454/06 ze dne 19. 6. 2008 ve věci *Presstext Nachrichtenagentur GmbH* proti Rakousku (dále jen „**rozsudek Presstext**“), kde uvedl případy, kdy lze považovat změnu smlouvy za podstatnou. Podmínkou pro konstatování, že změna smlouvy byla podstatná je A) uskutečnění změny během doby trvání veřejné zakázky, SDEU ve zmiňovaném rozsudku uvedl: *„Změnu veřejné zakázky během doby trvání lze považovat za podstatnou (...)“* Zároveň však musí dojít k naplnění podmínky B) *„pokud by zavedla podmínky, které by umožnily, pokud by se vyskytovaly v původním postupu při zadávání veřejné zakázky, připuštění jiných uchazečů než těch, kteří byli původně připuštěni, nebo pokud by umožnily přijmout jinou nabídku než tu, která byla původně přijata.“* nebo podmínky C) *„značnou měrou zakázku rozšiřuje o služby, které původně nebyly předpokládány“* nebo podmínky D) *„mění způsobem, který nebyl v podmínkách původní zakázky předpokládán, hospodářskou rovnováhu smlouvy ve prospěch poskytovatele, jemuž byla zakázka zadána.“* Rovněž z rozsudku SDEU ze dne 29. 4. 2004 ve věci C-496/99 Komise proti CAS Succhi di Frutta SpA plyne, že SDEU považuje za podstatné podmínky smlouvy ty, na jejichž základě by uchazeči mohli předložit zásadně rozdílnou nabídku, pokud by byly uvedeny v původní výzvě k účasti nebo v původní zadávací dokumentaci (SDEU v citovaném rozsudku uvedl: *„Although, therefore, any tender which does not comply with the specified conditions must, obviously, be rejected, the contracting authority nevertheless may not alter the general scheme of the invitation to tender by subsequently proceeding unilaterally to amend one of the essential conditions for the award, in particular if it is a condition which, had it been included in the notice of invitation to tender, would have made it possible for tenderers to submit a substantially different tender.“*). Obdobné závěry SDEU judikoval i později ve svém rozsudku C-91/08 *Wall* ze dne 13. 4. 2010.
59. Výše uvedené závěry SDEU se následně projeví v § 82 odst. 7 zákona, kde je stanoveno, že zadavatel nesmí umožnit podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, kterou uzavřel s vybraným uchazečem. Za podstatnou se považuje taková změna, která by
- a) rozšířila předmět veřejné zakázky; tím není dotčeno ustanovení § 23 odst. 5 písm. b) a § 23 odst. 7,
  - b) za použití v původním zadávacím řízení umožnila účast jiných dodavatelů,
  - c) za použití v původním zadávacím řízení mohla ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, nebo
  - d) měnila ekonomickou rovnováhu smlouvy ve prospěch vybraného uchazeče.
60. Podle § 17 písm. l) zákona se zadávacími podmínkami rozumí veškeré požadavky zadavatele uvedené v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení, zadávací dokumentaci či jiných dokumentech obsahujících vymezení předmětu veřejné zakázky.
61. V šetřené věci se sice nejedná o změnu smlouvy ve smyslu § 82 odst. 7 zákona, nicméně závěry ohledně toho, zda se jedná o změnu podstatnou či nikoliv, lze beze zbytku aplikovat i na nyní šetřenou věc, neboť se zde stejně jako v případě § 82 odst. 7 zákona jedná o změnu smluvních podmínek, byť jsou při postupu zadavatele podle § 23 odst. 2 zákona považovány

za zadávací podmínky. Platební podmínky obsažené ve Smlouvě jsou totiž jednoznačně požadavky zadavatele obsažené v dokumentu, který obsahuje vymezení předmětu veřejné zakázky, jak je uvedeno v § 17 písm. l) zákona.

62. Ustanovení § 23 odst. 2 zákona tedy částečně souvisí s § 82 odst. 7 zákona co do „podstatnosti“ změny smluvních (zadávacích) podmínek. Zásadní rozdíl mezi těmito ustanoveními spočívá v tom, kdy k případné změně ve smluvních podmínkách dojde. Z této souvislosti vyplývá, že zadavatel v obecné rovině nemůže provádět takové změny smlouvy, které jsou podstatné, ani v případě, kdy se uchýlí k použití jednacímho řízení bez uveřejnění, kde jsou smluvní podmínky součástí zadávacích podmínek, které v takovém případě taktéž nesmí být podstatně měněny. Předmětná změna spočívající v umožnění poskytování záloh ze strany zadavatele je tedy jak smluvní podmínkou, tak zadávací podmínkou a jako taková dále nesmí představovat podstatnou změnu ve prospěch vybraného uchazeče. Zároveň pokud je smlouva součástí zadávacích podmínek, lze uplatnit závěry aplikační praxe týkající se podstatných změn smlouvy tím spíše i na změny zadávacích podmínek, včetně podstatných změn zadávacích podmínek, jejichž zákaz je předpokládán v § 23 odst. 2 zákona.
63. Obecně lze za podstatné považovat všechny změny smluvních, potažmo zadávacích podmínek, které fakultativně splňují některou z podmínek B), C) nebo D) citované v rozsudku Pressetext. Pokud v otevřeném řízení zadavatel výslovně vyloučil poskytování záloh a v samotném textu smlouvy poskytování záloh umožnil, lze tuto změnu považovat za změnu platebních podmínek.
64. Co se týče povahy změny zadávacích podmínek, je evidentní, že se jedná o změnu práv a povinností mezi smluvními stranami, kdy původně zadavatel neumožňoval poskytnutí zálohy a ve smlouvě zálohovou platbu umožnil. Jak dovodil Úřad v napadeném rozhodnutí, není vyloučeno, že taková změna smluvních podmínek může zapříčinit rozšíření okruhu možných dodavatelů, kteří by mohli podat nabídku v otevřeném řízení a de facto tak není ani vyloučeno ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Nutno dodat, že v šetřené věci díky předmětné změně zadávacích, resp. smluvních podmínek mohlo dojít i k vychýlení ekonomické rovnováhy ve prospěch vybraného uchazeče, neboť v bodě 6.1. odst. b) uzavřené Smlouvy je výslovně uvedeno, že zadavatel umožní *„poskytnutí zálohy na dodávku odbavovacího zařízení dle čl. 10.3 a) této Smlouvy na nákup 100 sad odbavovacího zařízení pro oblast Moravskoslezského kraje ve finančním objemu ve finančním objemu 4 733 200,- Kč bez DPH a 100 sad odbavovacího zařízení pro oblast Olomouckého kraje ve výši 4 733 200,- Kč bez DPH“*. Dle oznámení ve Věstníku veřejných zakázek měla být původní zakázka realizována v období od 1. 12. 2013 do 1. 12. 2014. Pokud tedy zadavatel poskytne na dodání výše specifikovaných 200 sad odbavovacího zařízení zálohu, díky tomu, že celková doba plnění trvá rok, vzniká vybranému uchazeči jednoznačně ekonomická výhoda, neboť zcela jistě disponoval finančními prostředky poskytnutými od zadavatele na základě zálohové faktury ještě v průběhu plnění celého předmětu veřejné zakázky, tedy dříve než v případě, kdyby zadavatel zálohu neposkytl. S ohledem na výše uvedené jsou tedy splněny podmínky B) i D) podle rozsudku Pressetext.
65. Tato nová smluvní podmínka bezpochyby mohla ovlivnit okruh možných uchazečů a zároveň stanovovala podstatně výhodnější finanční situaci pro vybraného uchazeče. Na tom nic nemění ani fakt, že v bodě 15.4. Smlouvy je uvedeno, že *„v případě poskytnutí zálohy objednatel dle 10.2 této Smlouvy, bude tato záloha složena na vinkulovaný běžný účet.*

*Dodavatel se zavazuje vyzvat objednatele nejpozději do 5 pracovních dní od podpisu této Smlouvy k podpisu dohody o vinkulaci na běžném účtu. Finanční prostředky budou z běžného účtu uvolněny pouze za podmínek stanovených ve smlouvě o vinkulaci z běžného účtu uzavřené mezi Objednatelem, Dodavatelem a bankou“.*

66. Z formulace bodu 15.4. Smlouvy pouze vyplývá, že zadavatel a vybraný uchazeč mimo smluvní vztah založený v předmětném řízení upraví výplatu finančních prostředků na vinkulovaném běžném účtu. Podstatné je, že toto ujednání nikterak nevyvrací skutečnost, že zadavatel umožnil poskytnutí zálohy na část předmětu plnění a tím podstatně změnil zadávací podmínky.
67. Zadavatel namítá, že ke změně zadávacích podmínek došlo až po zahájení jednacího řízení bez uveřejnění, tudíž před jeho zahájením byly splněny podmínky pro jeho použití a Úřad tak v napadeném rozhodnutí nesprávně dovodil změnu smluvních podmínek v rozporu s § 23 odst. 2 zákona. S touto námitkou se nelze ztotožnit, neboť není důvodná. V šetřené věci nezáleží na tom, ve kterém okamžiku k předmětné změně zadávacích podmínek došlo, zákon stanoví podmínku, že zadavatel může „zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění za předpokladu, že podstatně nezmění zadávací podmínky“. To znamená, že v okamžiku, kdy zadavatel podstatně změní zadávací podmínky, přičemž je lhostejno kdy, přestane být tato podmínka splněna a zároveň přestanou být splněny podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, což znamená, že zadavatel přestane být oprávněn takto zadat veřejnou zakázku, jak se stalo v nyní šetřené věci. Zákonná podmínka v § 23 odst. 2 zákona spočívající v tom, že v novém zadávacím řízení nesmí dojít k podstatné změně zadávacích podmínek, musí zásadně platit po celou dobu zadávání veřejné zakázky, tedy až do okamžiku uzavření smlouvy, která pochopitelně nesmí obsahovat ujednání, která by s touto podmínkou byla v rozporu. To však v šetřeném případě s ohledem na výše uvedené nebylo splněno, neboť Úřad v napadeném rozhodnutí jasně dovodil, že uzavřením Smlouvy došlo k podstatné změně smluvních, resp. zadávacích podmínek. V případě, že by se taková změna projevila až po uzavření smlouvy, například ve formě dodatku ke smlouvě, zadavatel by se dopustil jiného správního deliktu, jelikož by umožnil podstatnou změnu smlouvy v rozporu s § 82 odst. 7 zákona.
68. Z časového hlediska tedy není relevantní, kdy k podstatné změně dojde. Pokud by byla přijata argumentace zadavatele a vybraného uchazeče ohledně § 23 odst. 2 zákona, nutně by vedla k závěru, že postačí, pokud zadavatel prokáže, že ke dni zahájení jednacího řízení neprováděl žádné změny zadávacích podmínek a posléze by mu bylo beztretně umožněno de facto provádět jakékoliv změny. Tuto interpretaci § 23 odst. 2 zákona je tak třeba odmítnout, neboť zcela jistě nekoresponduje s účelem tohoto ustanovení zamýšleným zákonodárcem. Ten lze spatřovat zejména v tom, že § 23 odst. 2 zákona má zajistit, aby zadavatel nemohl formou podstatné změny zadávacích podmínek ovlivnit okruh možných uchazečů o veřejnou zakázku, což však nelze vyloučit v případě předmětné změny v nyní šetřené věci.
69. Co se týče námitky ohledně nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí z důvodu, že Úřad v napadeném rozhodnutí nedostatečně zjistil skutkový stav, neboť nezohlednil způsob vinkulace v bodě 15. 4 Smlouvy, konstatuji, že pro posouzení šetřené věci není tato skutečnost určující. Rozhodné je postavit najisto, zda zadavatel umožnil či neumožnil podstatnou změnu zadávacích podmínek a zda byly dány důvody pro použití jednacího řízení

bez uveřejnění. Jak bylo uvedeno výše, pokud v původních zadávacích podmínkách zadavatel výslovně vyloučil poskytování záloh a v následně uzavřené Smlouvě poskytnutí záloh umožnil, jedná se jednoznačně o podstatnou změnu zadávacích podmínek a zadavatel nebyl oprávněn použít jednací řízení bez uveřejnění. Skutečnost, zda vybraný uchazeč disponoval finančními prostředky vinkulovanými na běžném účtu, nesouvisí se změnou zadávacích podmínek, která spočívá v umožnění placení záloh, jedná se pouze o způsob úhrady samotné zálohy a zajištění plnění předmětné veřejné zakázky, přičemž podstatná pro šetřenou věc je samotná změna smluvních podmínek a nikoliv způsob úhrady po provedení této změny a zajištění plnění ze smlouvy.

70. Co se týče námitky zadavatele ohledně toho, že nebyl naplněn znak správního deliktu spočívající v ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, konstatuji, že není důvodná, neboť z napadeného rozhodnutí jasně vyplývá, že tím, že zadavatel podstatně změnil zadávací podmínky, mohlo dojít ke změně okruhu možných dodavatelů a tím i k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky.
71. Jak tedy Úřad dovodil v bodě 149 napadeného rozhodnutí, nelze vyloučit skutečnost, že pokud by dodavatelé ze zadávacích podmínek otevřeného zadávacího řízení věděli o poskytnutí výše uvedené zálohy, pak by mohli podat nabídky v otevřeném řízení.
72. V šetřené věci zároveň postačí pouze skutečnost, že tato možnost není vyloučena. Z výše uvedeného vyplývá, že byly naplněny podmínky pro to, aby změna zadávacích podmínek mohla být považována za podstatnou, neboť podmínky B) a D) uvedené v rozsudku *Presstext* byly naplněny, což vedlo Úřad ke správnému závěru, že pokud není vyloučena možnost obdržet nabídky, není vyloučena ani možnost ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, a je tak naplněn znak správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona spočívající v tom, že postup zadavatele v zadávacím řízení mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Jak vyplývá z napadeného rozhodnutí, zbývající dva znaky správního deliktu spočívající v nedodržení postupu podle zákona a uzavření smlouvy na veřejnou zakázku byly taktéž splněny a nelze tedy jinak než souhlasit s posouzením Úřadu v rámci napadeného rozhodnutí, že se zadavatel dopustil správního deliktu vymezeného v jeho výroku I.

*K povinnosti uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení*

73. Zadavatel ve svém rozkladu namítá, že se nemohl dopustit správního deliktu uvedeného ve výroku II. napadeného rozhodnutí, protože dle jeho názoru byly splněny podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění a zadavatel tak neměl povinnost uveřejnit oznámení o zakázce ve Věstníku veřejných zakázek ani v Úředním věstníku Evropské unie podle § 146 odst. 1 písm. b) zákona.
74. Výše uvedená námitka zadavatele je nedůvodná, neboť Úřad v napadeném rozhodnutí správně konstatoval, že nebyly naplněny podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, a za takové situace byl zadavatel jednoznačně povinen předmětnou veřejnou zakázku zadat v jiném druhu zadávacího řízení pro nadlimitní veřejné zakázky ve smyslu § 21 zákona. Jestliže tedy zadavatel nebyl oprávněn předmětnou veřejnou zakázku zadat v jednacím řízení bez uveřejnění, musel nutně použít druh zadávacího řízení, s jehož zahájením je spojena povinnost uveřejnit oznámení otevřeného řízení, užšího řízení nebo jednacího řízení s uveřejněním sektorovým zadavatelem podle § 26 odst. 2 písm. b)



a § 26 odst. 4 zákona. Z toho důvodu není rozkladová námitka týkající se uveřejňovací povinnosti důvodná a jako takovou je třeba ji odmítnout.

*K výši uložené sankce*

75. Jelikož výrok III. napadeného rozhodnutí, jímž je stanovena výše pokuty, je co do obsahu důsledkem výroků I. a II. napadeného rozhodnutí, byl k podání rozkladu v této části napadeného rozhodnutí oprávněn pouze zadavatel, jak je uvedeno dále v tomto rozhodnutí.
76. Co se týče uložené sankce, námitky zadavatele je třeba taktéž jako nedůvodné odmítnout. Zákon v § 121 odst. 2 uvádí hlavní kritérium rozhodné pro určení výměry pokuty, kterým je závažnost spáchaného správního deliktu. Demonstrativním výčtem pak zákon v témže ustanovení toto hlavní kritérium definuje, když uvádí, že je třeba přihlídnout zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl správní delikt spáchán.
77. Jak je patrné z bodů 167 až 199 odůvodnění napadeného rozhodnutí, Úřad se zabýval každým z výše uvedených kritérií - závažností správního deliktu, a také přitěžujícími okolnostmi a jejich následky, kde Úřad konstatoval, že následky spáchání předmětného správního deliktu lze spatřovat zejména v neumožnění účasti dalších dodavatelů ve výběrovém řízení a narušení soutěžního prostředí, důsledkem čehož mohl být výběr nabídky, která nemusela být pro zadavatele nejvýhodnější.
78. Zadavatel dále namítá, že Úřad při ukládání pokuty nepřihlédl k tomu, že zadavatel provedl dvě předchozí otevřená řízení. Zadavatel však v rozkladu neuvádí, jaký vliv má tato skutečnost na výši pokuty. Nejedná se o okolnost, která by měla vliv na stanovení výše pokuty, a nejedná se ani o přitěžující či polehčující okolnost. Zadavatel má zákonnou povinnost při zadávání nadlimitních veřejných zakázek postupovat v souladu se zákonem, proto neshledávám žádný důvod pro to, aby předchozí plnění zákonných povinností zadavatele mohlo jakkoli ovlivnit stanovení výše pokuty Úřadem. Proto je třeba tuto rozkladovou námitku zadavatele jako nedůvodnou odmítnout.
79. Výrok III. napadeného rozhodnutí a jeho odůvodnění jsem přezkoumal dle § 89 odst. 2 správního řádu a konstatuji, že jak tento výrok, tak i odůvodnění týkající se uložení sankce shledávám v souladu s právními předpisy. Postup Úřadu při stanovení výše pokuty shledávám na jedné straně konformní se zněním § 120 odst. 2 písm. a) zákona, na straně druhé plně příslušným specifickým daného případu. S ohledem na výše uvedené je postup Úřadu v souladu s pravidly logického usuzování, když předpoklady takového úsudku byly zjištěny zákonným procesním postupem. Úřad při stanovení výše pokuty nevybočil ze zákonem stanovených mezí správního uvážení při současném respektování základních zásad správního trestání. Proto shledávám postup Úřadu při uložení sankce a stanovení její výše za zákonný. V souvislosti s uložení sankce se tedy plně ztotožňuji s napadeným rozhodnutím a neshledal jsem pochybení, jež by mělo vliv na jeho správnost či zákonnost.

*Ke zrušení výroku IV. napadeného rozhodnutí a zastavení správního řízení*

80. Podle § 152 odst. 4 správního řádu nevylučuje-li to povaha věci, platí pro řízení o rozkladu ustanovení o odvolání.

81. Podle § 90 odst. 4 správního řádu jestliže odvolací správní orgán zjistí, že nastala skutečnost, která odůvodňuje zastavení řízení, bez dalšího zruší napadené rozhodnutí a řízení zastaví, ledaže jiné rozhodnutí o odvolání může mít význam pro náhradu škody nebo pro právní nástupce účastníků.
82. Podle § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu správní orgán řízení o žádosti usnesením zastaví, jestliže se žádost stala zjevně bezpředmětnou.
83. Předmětné správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele podle § 113 zákona bylo zahájeno doručením návrhu navrhovatele dne 24. 1. 2014. Návrhem se navrhovatel u Úřadu domáhal uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 2 zákona v podobě uložení zákazu plnění Smlouvy.
84. Dne 19. 10. 2015 prokázal zadavatel v dokumentu s názvem „Doložení ukončení plnění smlouvy na nákup řídicího a odbavovacího vozidlového systému“ Úřadu, že plnění z uzavřené Smlouvy již bylo dokončeno, což vyplývá z akceptačních protokolů, které jsou součástí „Doložení ukončení plnění smlouvy na nákup řídicího a odbavovacího vozidlového systému“.
85. Úřad ve výroku IV. napadeného rozhodnutí rozhodl tak, že se zadavateli ukládá zákaz plnění Smlouvy, což odůvodnil tím, že byly splněny zákonné podmínky pro uložení zákazu plnění Smlouvy a zároveň zadavatel neprokázal naplnění důvodů hodných zvláštního zřetele vyžadujících pokračování plnění Smlouvy. Jelikož byl rozkladem napaden i tento výrok napadeného rozhodnutí, měl by být taktéž podroben přezkumu ze strany předsedy Úřadu. Zadavatel však dne 3. 3. 2015 zaslal Úřadu sdělení o ukončení plnění Smlouvy. Úřad na základě tohoto sdělení ověřil stav plnění tím, že si od zadavatele vyžádal další podklady a má za prokázané, že plnění Smlouvy bylo ke dni 16. 12. 2014 ukončeno, jak vyplývá z akceptačních protokolů, které Úřad obdržel dne 19. 10. 2015.
86. Bezpředmětností návrhu ve smyslu § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu se rozumí situace, kdy v průběhu správního řízení nastane důvod, v důsledku kterého nelze o návrhu rozhodnout věcně, tzn. nelze ho zamítnout, ani mu vyhovět. K bezpředmětnosti návrhu, jakožto k důvodu pro zastavení správního řízení podle § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu, se vyjádřil Nejvyšší správní soud například v rozsudku č. j. 5 As 62/2009-68 ze dne 14. 10. 2010, v rozsudku č. j. 8 As 103/2011-92 ze dne 19. 3. 2012 a v rozsudku č. j. 7 Afs 79/2012-37 ze dne 26. 6. 2013 v nichž uvedl, že *„důvod pro zastavení řízení podle § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu je dán tehdy, pokud v průběhu řízení o žádosti dojde k takové změně okolností, že rozhodnutí správního orgánu o žádosti již nebude mít pro žadatele význam.“* Takový navrhovatelem sledovaný význam je potřeba vnímat jako právě ten zamýšlený význam, který by mělo pro navrhovatele eventuální budoucí rozhodnutí Úřadu, nikoli význam jiný. Tento význam přitom vždy vyplývá již z obsahu návrhu a v zásadě spočívá v požadavku na úpravu vztahů mezi zadavatelem a vybraným uchazečem, tj. s cílem uložit zákaz plnění Smlouvy, tj. právě to, čeho se navrhovatel v návrhu domáhal.
87. Nejprve musí existovat smlouva, která doposud není splněna vybraným uchazečem, aby bylo možno uložit zákaz jejího plnění podle § 118 odst. 2 zákona. Tato podmínka však v nyní šetřené věci již není splněna, neboť smlouva, jejíž plnění požadoval navrhovatel zakázat, již byla završena právem předpokládaným způsobem, tj. jejím splněním. Ze strany Úřadu tedy již nemůže být uloženo požadované nápravné opatření spočívající v uložení zákazu plnit

smlouvu. S ohledem na splnění předmětu smlouvy na předmětnou veřejnou zakázku a po posouzení věci z hlediska zákonných podmínek bezpředmětnosti, konstatuji, že návrh navrhovatele se stal bezpředmětným, neboť Úřad již z logiky věci nemůže vyhovět návrhu navrhovatele na uložení zákazu plnění ze Smlouvy, neboť tato povinnost již není vykonatelná. Nastala tak skutečnost, která odůvodňuje zastavení správního řízení podle § 90 odst. 4 ve spojení s § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu.

88. Návrh se tak stal v průběhu vedení tohoto správního řízení zjevně bezpředmětnou žádostí ve smyslu § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu, neboť již bylo splněno, k čemu se vybraný uchazeč v uzavřené Smlouvě zavázal. Ustanovení § 90 odst. 4 správního řádu výslovně normativně určuje postup odvolacího správního orgánu v podobě zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení řízení bez dalšího, přičemž v případě, že se důvod pro zrušení napadeného rozhodnutí dle § 90 odst. 4 správního řádu vyskytuje pouze ve vztahu k jednomu z jeho výroků, je třeba toto ustanovení aplikovat pouze v souvislosti s tímto výrokem napadeného rozhodnutí, přičemž ostatních výroků se tato aplikace nedotkne, neboť obstojí i samy bez vazby na výrok IV. napadeného rozhodnutí.
89. Jelikož jsem z obsahu správního spisu zjistil, že rozklady směřují i proti výroku IV. rozhodnutí, ve kterém bylo zadavateli uloženo nápravné opatření spočívající v zákazu plnění smlouvy podle § 118 odst. 2 zákona, dospěl jsem k závěru, že tím došlo k naplnění hypotézy § 90 odst. 4 správního řádu. Proto jsem napadené rozhodnutí ve výroku IV. zrušil a správní řízení ve věci návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy bez dalšího zastavil.
90. Co se týče námitek zadavatele shrnutých v bodech 15. až 17. tohoto rozhodnutí, které se týkají jednak aktivní legitimace navrhovatele k podání návrhu na zahájení správního řízení a dále pak postupu Úřadu v souvislosti s tímto návrhem, konstatuji následující. Jelikož se s ohledem na výše uvedené návrh navrhovatele stal zjevně bezpředmětným, nelze tak již věcně potvrdit či zrušit výrok IV. napadeného rozhodnutí, není nadále účelné se vyjadřovat k věcným námitkám souvisejícím s částí tohoto správního řízení, týkající se návrhu navrhovatele na uložení zákazu plnění smlouvy. V této souvislosti zároveň dodávám, že ani případné vyhovění či nevyhovění námitkám zadavatele by nemělo žádný vliv na výsledek řízení o rozkladu, neboť jím je rozhodováno pouze o výrocích I. až III. týkajících se správních deliktů, přičemž tyto výroky byly vydány v řízení zahájeném z moci úřední.

#### **VI. K zamítnutí rozkladu vybraného uchazeče**

91. Podle § 92 odst. 1 správního řádu opožděné nebo nepřipustné odvolání odvolací správní orgán zamítne. Jestliže rozhodnutí již nabylo právní moci, následně zkoumá, zda nejsou dány předpoklady pro přezkoumání rozhodnutí v přezkumném řízení, pro obnovu řízení nebo pro vydání nového rozhodnutí. Shledá-li předpoklady pro zahájení přezkumného řízení, pro obnovu řízení nebo pro vydání nového rozhodnutí, posuzuje se opožděné nebo nepřipustné odvolání jako podnět k přezkumnému řízení nebo žádost o obnovu řízení nebo žádost o vydání nového rozhodnutí.
92. Podle § 116 zákona účastníkem řízení je zadavatel a v řízení zahájeném na návrh též navrhovatel; je-li předmětem řízení přezkoumání rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky nebo rozhodnutí o výběru nejvhodnějšího návrhu, je účastníkem řízení též vybraný uchazeč

nebo vybraný účastník soutěže o návrh. V řízení o spáchání správního deliktu je účastníkem osoba podezřelá z jeho spáchání.

93. Jak již bylo uvedeno výše, správní řízení bylo zahájeno doručením návrhu navrhovatele, nicméně Úřad z moci úřední rozšířil předmět řízení o podezření ze spáchání správních deliktů ve smyslu § 120 odst. 1 písm. a) a písm. c) zákona. Úřad tedy v rámci jednoho správního řízení paralelně rozhodoval jednak o návrhu navrhovatele na uložení zákazu plnění Smlouvy a dále o spáchání správních deliktů, přičemž v obou částech se napadené rozhodnutí týkalo různých účastníků řízení. Zatímco ve věci spáchání předmětných správních deliktů je účastníkem řízení pouze zadavatel, ve věci návrhu navrhovatele jsou účastníky řízení zadavatel, navrhovatel a vybraný uchazeč. Výše uvedené vyplývá ze znění § 116 zákona, důsledkem čehož byl k podání rozkladu proti výrokům I. až III. napadeného rozhodnutí oprávněn pouze zadavatel, neboť v této části Úřad rozhodoval pouze o spáchání předmětných správních deliktů zadavatelem, de facto tedy svým rozhodnutím zasáhl pouze do sféry práv a povinností zadavatele a nikoliv ostatních účastníků správního řízení.
94. Obě výše uvedené skupiny výroků napadeného rozhodnutí jsou na sobě závislé v tom smyslu, že zákon v § 118 odst. 2 mimo jiné spojuje uložení zákazu uzavření smlouvy na veřejnou zakázku se spácháním správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona. Z toho vyplývá, že přestože se jedná o správní řízení zahájené na návrh, ze strany Úřadu musí dojít ke konstatování správního deliktu, v důsledku čehož může být uloženo nápravné opatření spočívající v zákazu plnění smlouvy. Samotné výroky I. až III. o vině a trestu za spáchání správních deliktů však v rámci napadeného rozhodnutí obstojí samostatně a je také nutné je v případě podání rozkladu zadavatelem samostatně přezkoumat. Zároveň výroky I. až III. nemohou být závislé na výroku IV. napadeného rozhodnutí, kterým je uložen zákaz plnění Smlouvy, neboť tento zákaz je důsledkem naplnění zákonné podmínky uvedené v § 118 odst. 2 písm. a) zákona, kde je uvedeno, že Úřad uloží zákaz plnění smlouvy, pokud dojde ke spáchání správního deliktu zadavatelem podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona. Podstatou výše uvedeného je skutečnost, že jednotlivé výroky zasahují do práv a povinností různých účastníků. Jelikož v případě předmětných správních deliktů je rozhodováno o právech a povinnostech pouze zadavatele, neboť ten se svým jednáním dopustil spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) a c) zákona, je evidentní, že k podání rozkladu proti těmto výrokům bude oprávněn pouze a jedině zadavatel. Z výše uvedeného pak logicky vyplývá i omezené právo vybraného uchazeče podat rozklad pouze proti výroku IV. napadeného rozhodnutí, a nikoliv proti jeho výrokům I. až III.
95. Nepřípustným odvoláním (rozkladem) ve smyslu § 92 odst. 1 správního řádu se rozumí rozklad podaný osobou, která nemá postavení účastníka řízení, bez ohledu na to, zda s takovou osobou správní orgán jako s účastníkem řízení jednal či nikoliv.
96. Vybraného uchazeče v souladu s § 116 zákona nelze považovat ve věci spáchání předmětných správních deliktů za účastníka řízení, neboť tím je pouze zadavatel. Vybraný uchazeč tak není osobou oprávněnou k podání rozkladu proti výrokům I. až III. napadeného rozhodnutí a je tak naplněna hypotéza § 92 odst. 1 správního řádu, kdy Úřad obdržel nepřípustný rozklad a je tak povinen rozklad vybraného uchazeče ve věci spáchání správních deliktů bez dalšího zamítnout, aniž by došlo k přezkumu napadeného rozhodnutí v rozsahu skutečností namítaných v rozkladu vybraného uchazeče.

## VII. Závěr

97. Ve smyslu § 89 odst. 2 správního řádu jsem tedy ve výrocích I. až III. přezkoumal zákonnost napadeného rozhodnutí a jeho věcnou správnost v rozsahu vznesených námitek a současně jsem přezkoumal i zákonnost postupu Úřadu, když jsem v těchto výrocích napadené rozhodnutí shledal zákonným a věcně správným. Úřad ve správním řízení dostatečně zjistil skutkový stav věci tak, aby mohl posoudit, zda se v daném případě zadavatel dopustil porušení zákona a zda toto porušení bylo způsobilé ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
98. Současně Úřad všechny podklady pro vydání rozhodnutí řádně označil a uvedl závěry, které z těchto podkladů zjistil a které ho vedly k závěru, že nebyly splněny podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, neboť nebyl splněn předpoklad uvedený v § 23 odst. 2 zákona spočívající v tom, že zadavatel podstatně nezmění zadávací podmínky.
99. Co se týče výroku IV. napadeného rozhodnutí, kde Úřad zadavateli uložil zákaz plnění ze smlouvy, uzavírám, že po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že plnění ze Smlouvy již bylo prokazatelně ukončeno, jsem dospěl k závěru, že nastala skutečnost, která v části týkající se návrhu navrhovatele na uložení zákazu plnění Smlouvy co do výroku IV. odůvodňuje zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení řízení.

## 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. Mgr. Jan Toman, advokát, Pařížská 1076/7, 110 00 Praha 1
2. Advokátní kancelář Perthen, Perthenová, Švadlena a partneři s.r.o., Velké náměstí 135/19, 500 03 Hradec Králové
3. Mgr. Michal Trkal, advokát, Plzeňská 168/27, 150 00 Praha 5 – Smíchov

### Vypraveno dne:

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