



UOHSX008ZROQ

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0234/2016/VZ-50466/2016/321/EDo

Brno 2. ledna 2017

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 30. 8. 2016 (doručeném téhož dne Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže) podaném zadavatelem -

- **Česká průmyslová zdravotní pojišťovna**, IČO 47672234, se sídlem Jeremenkova 161/11, 703 00 Ostrava, zastoupena na základě plné moci ze dne 2. 11. 2015 společností JUSTITIA LEGAL PARTNERS, s.r.o., IČO 03135837, se sídlem Půtova 1219/3, 110 00 Praha 1,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0423/2016/VZ-32797/2016/541/PDz ze dne 5. 8. 2016, ve věci možného spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) a g) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, výše specifikovaným zadavatelem v části 1 „**Zpracování dokladů – podací místo Ostrava**“ veřejné zakázky „**Zpracování dokladů**“ zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném na základě výzvy k podání nabídky a prokázání kvalifikace ze dne 27. 11. 2015,

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

I.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0423/2016/VZ-32797/2016/541/PDz ze dne 5. 8. 2016 ve výroku I. podle § 90 odst. 1 písm. c) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona

m ě n í m

tak, že tento nově zní:

Zadavatel – Česká průmyslová zdravotní pojišťovna, IČO 47672234, se sídlem Jeremenkova 161/11, 703 00 Ostrava – se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že při zadávání části 1 „Zpracování dokladů – podací místo Ostrava“ veřejné zakázky „Zpracování dokladů“ ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném na základě výzvy k podání nabídky a prokázání kvalifikace ze dne 27. 11. 2015 nedodržel postup stanovený v § 77 **odst. 6** citovaného zákona v návaznosti na zásadu rovného zacházení **a zásadu transparentnosti** stanovenou v § 6 odst. 1 citovaného zákona, když posoudil zdůvodnění výše nabídkové ceny uchazeče OVISION CZ a.s., IČO 02834154, se sídlem Malešická 655/59c, 108 00 Praha 10, pro část 1 „Zpracování dokladů – podací místo Ostrava“ předmětné veřejné zakázky ve vztahu k předmětu plnění této části veřejné zakázky jako neopodstatněné a jmenovaného uchazeče následně rozhodnutím ze dne 11. 1. 2016 vyloučil z účasti v zadávacím řízení na tuto část veřejné zakázky z důvodu, že nabídkovou cenu kalkuloval na základě předpokládaného objemu plnění, avšak současně v rozporu se zásadou rovného zacházení **a zásadou transparentnosti** zdůvodnění výše nabídkové ceny vybraného uchazeče – Jindřiška Krausová, IČO 46551182, se sídlem 28. října 1044/192, 709 00 Ostrava – Mariánské Hory – pro část 1 „Zpracování dokladů – podací místo Ostrava“ předmětné veřejné zakázky ve vztahu k předmětu plnění této části veřejné zakázky posoudil jako opodstatněné, přestože jmenovaný vybraný uchazeč v rámci zdůvodnění své nabídkové ceny taktéž kalkuloval své propočty s ohledem na předpokládaný objem plnění předmětné části veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel dne 9. 3. 2016 na plnění části 1 „Zpracování dokladů – podací místo Ostrava“ předmětné veřejné zakázky smlouvu se jmenovaným vybraným uchazečem.

II.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0423/2016/VZ-32797/2016/541/PDz ze dne 5. 8. 2016 ve výroku II. a III. 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

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

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 ustanovení § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, zahájil na základě podnětu dne 17. 6. 2016 správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) a g) zákona zadavatelem - Česká průmyslová zdravotní pojišťovna, IČO 47672234, se sídlem Jeremenkova 161/11, 703 00 Ostrava, zastoupena na základě plné moci ze dne 2. 11. 2015 společností JUSTITIA LEGAL PARTNERS, s.r.o., IČO 03135837, se sídlem Půtova 1219/3, 110 00 Praha 1 (dále jen „**zadavatel**“) v případě části 1 „Zpracování dokladů – podací místo Ostrava“ veřejné zakázky „Zpracování dokladů“ zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném na základě výzvy k podání nabídky a prokázání kvalifikace ze dne 27. 11. 2015 (dále jen „**část 1 veřejné zakázky**“ nebo také „**veřejná zakázka**“).
2. Úřad si na základě skutečností uvedených v podnětu vyžádal od zadavatele veškerou dokumentaci související s předmětnou veřejnou zakázkou a jeho vyjádření k obsahu podnětu. Na základě posouzení obsahu podnětu a dokumentace zaslané zadavatelem získal Úřad pochybnosti o tom, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem, proto zahájil správní řízení z moci úřední, kde za účastníka označil zadavatele.

II. Napadené rozhodnutí

3. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 5. 8. 2016 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0423/2016/VZ-32797/2016/541/PDz (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), v jehož výroku I. konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání části 1 veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 77 odst. 1 zákona v návaznosti na zásadu rovného zacházení stanovenou v § 6 odst. 1 zákona, když posoudil zdůvodnění výše nabídkové ceny uchazeče OVISION CZ a.s., IČO 02834154, se sídlem Malešická 655/59c, 108 00 Praha 10, (dále jen „**uchazeč OVISION**“) pro část 1 veřejné zakázky ve vztahu k předmětu plnění této části veřejné zakázky jako neopodstatněné a uchazeče OVISION následně rozhodnutím ze dne 11. 1. 2016 vyloučil z účasti v zadávacím řízení na tuto část veřejné zakázky z důvodu, že nabídkovou cenu kalkuloval na základě předpokládaného objemu plnění, avšak současně v rozporu se zásadou rovného zacházení zdůvodnění výše nabídkové ceny uchazeče Jindřiška Krausová, IČO 46551182, se sídlem 28. října 1044/192, 709 00 Ostrava – Mariánské Hory, (dále jen „**vybraný uchazeč**“) pro část 1 veřejné zakázky ve vztahu k předmětu plnění této části veřejné zakázky posoudil jako opodstatněné, přestože vybraný uchazeč v rámci zdůvodnění své nabídkové ceny taktéž kalkuloval své propočty s ohledem na předpokládaný objem plnění předmětné části veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil výběr nejhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel dne 9. 3. 2016 na plnění části 1 veřejné zakázky smlouvu s vybraným uchazečem.

¹ Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 26 zákona v návaznosti na ustanovení § 158 odst. 1 a 2 zákona, podle tohoto znění se posuzují úkony zadavatele a uchazečů v zadávacím řízení. Zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek se nepoužije s ohledem na ustanovení § 273 odst. 1 tohoto zákona.

4. Úřad ve výroku II. napadeného rozhodnutí konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona tím, že v rozporu s ustanovením § 111 odst. 1 zákona nepřezkoumal v plném rozsahu námitky ze dne 22. 1. 2016 podané dne 25. 1. 2016 zadavateli uchazečem OVISION v zadávacím řízení na část 1 veřejné zakázky, když výše citované námitky stěžovatele dne 26. 1. 2016 odmítl jako opožděné, ačkoliv byly podány ve lhůtě podle § 110 odst. 4 zákona, tj. do dne 25. 1. 2016, což byl poslední den desetidenní lhůty pro doručení námitek proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení z účasti v zadávacím řízení ze dne 11. 1. 2016.
5. Za výše uvedené správní delikty byla zadavateli výrokem III. uložena pokuta ve výši 100 000 Kč.
6. Úřad k výroku I. napadeného rozhodnutí uvedl, že s ohledem na skutečnost, že vybraný uchazeč v části 1 veřejné zakázky výši jím předložené nabídkové ceny prokazatelně kalkuloval rovněž s ohledem na předpokládaný rozsah zadavatelem poptávaného plnění, což jednoznačně vyplývá z tabulky uvedené v jím předloženém zdůvodnění výše jím předložené nabídkové ceny, má Úřad za prokázané, že zadavatel v případě posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny uchazeče OVISION a vybraného uchazeče v části 1 veřejné zakázky nepostupoval v souladu se zásadou rovného zacházení zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona, když zdůvodnění nabídkové ceny uchazeče OVISION posoudil jako neopodstatněné a vyloučil jej z účasti v zadávacím řízení na část 1 veřejné zakázky a zdůvodnění nabídkové ceny vybraného uchazeče v části 1 veřejné zakázky naproti tomu posoudil jako opodstatněné. Uvedeným postupem zadavatele došlo k nedůvodnému rozdílnému zacházení ze strany zadavatele vůči oběma zmiňovaným uchazečům.
7. Úřad k výroku I. napadeného rozhodnutí dále uvedl, že stanovení předpokládaného objemu prací nebo služeb je pro konstrukci nabídkové ceny uchazeče stěžejní, a to právě s ohledem na konstrukci nabídkové ceny uchazečů, neboť pouze tak mohou být nabídkové ceny jednotlivých uchazečů zpracovány jednotným způsobem. Předpokládaný rozsah plnění je jedním z klíčových faktorů, jež berou uchazeči o veřejnou zakázku v potaz při kalkulaci svých nabídkových cen, o čemž nasvědčuje rovněž skutečnost, že zadavatel v bodě 3 čl. 6 „Předmět veřejné zakázky“ zadávací dokumentace uvedl k oběma částem veřejné zakázky předpokládané průměrné množství fakturovaných položek měsíčně. Byť je tedy uvedené množství položek pouze orientační a nemusí odpovídat reálnému výslednému rozsahu předmětného plnění, je pochopitelné, že jednotliví uchazeči o veřejnou zakázku budou k tomuto zadavatelem uvedenému předpokládanému množství dokladů při kalkulaci svých nabídkových cen zajisté přihlížet. V případě, že by uchazeči při konstrukci nabídkových cen nebrali v potaz zadavatelem stanovený předpokládaný objem plnění, resp. nepotřebovali by tyto údaje k výpočtu nabídkové ceny, postrádalo by stanovení předpokládaného objemu plnění zcela smysl. Nabídky uchazečů by se přitom v důsledku nepromítnutí tohoto údaje do skladby nabídkové ceny staly vzájemně neporovnatelnými, neboť by nezohledňovaly základní parametr, z něhož je při tvorbě ceny nutno vycházet. Na základě výše uvedeného lze konstatovat, že kalkulace výše nabídkových cen uchazečů s ohledem na předpokládaný rozsah předmětného plnění není ničím neobvyklým a nelze ji tak bez dalšího vnímat jako vadu při tvorbě nabídkové ceny některého z uchazečů.
8. Úřad k výroku I. napadeného rozhodnutí rovněž uvedl, že k zadavatelem zaslanému vyjádření ze dne 19. 7. 2016, jehož obsahem bylo konstatování, že zadavatel dne 27. 6. 2016

zrušil svá rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky v části 1 veřejné zakázky ze dne 11. 1. 2016, rozhodnutí o vyloučení uchazeče OVISION z účasti v zadávacím řízení na část 1 veřejné zakázky ze dne 11. 1. 2016 a rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky v části 2 veřejné zakázky ze dne 11. 1. 2016, konstatuje, že zrušení citovaných rozhodnutí zadavatelem až po uzavření smlouvy nemůže nikterak zhojit jeho pochybení učiněná v průběhu zadávacího řízení na veřejnou zakázku, neboť zadávací řízení je ukončeno právě okamžikem uzavření smlouvy s vybraným uchazečem. Pokud by zadavatel přistoupil ke zrušení citovaných rozhodnutí ještě v průběhu zadávacího řízení na veřejnou zakázku, mohl ve svém postupu účinně sjednat nápravu a vybrat jako nejvhodnější nabídku jiného uchazeče, se kterým by následně uzavřel smlouvu na plnění veřejné zakázky. Jelikož tak zadavatel v šetřeném případě neučinil a jím zrušené úkony až po zadání veřejné zakázky již fakticky nemohou nikterak ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, či plnění předmětu dané veřejné zakázky, nelze k tomuto postupu zadavatele přihlídnout jako k důvodu pro zastavení správního řízení z důvodu odpadnutí jeho předmětu, neboť stěžejní pro posouzení postupu zadavatele je v šetřeném případě skutečnost, že předmět správního řízení existoval v době zadávání veřejné zakázky ve smyslu § 17 písm. m) zákona. V daném případě tak postup zadavatele pouze dokládá, že i on sám nepovažuje jím provedené rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky za souladné se zákonem.

9. Ve vztahu k výroku II. napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že v šetřeném případě bylo rozhodnutí zadavatele ze dne 11. 1. 2016 o vyloučení uchazeče OVISION z účasti v zadávacím řízení na část 1 veřejné zakázky dne 13. 1. 2016 uveřejněno na profilu zadavatele. Desetidenní lhůta ve smyslu § 110 odst. 4 zákona pro doručení námitek proti výše citovanému rozhodnutí zadavatele tedy uplynula dne 23. 1. 2016. Jelikož však konec uvedené lhůty připadl na sobotu, došlo dle § 607 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, (dále jen „**občanský zákoník**“) k posunu uvedené lhůty na nejbližší následující pracovní den, tedy na pondělí dne 25. 1. 2016. S ohledem na uvedené je tedy zřejmé, že námítka uchazeče OVISION, které byly dne 25. 1. 2016 uloženy u provozovatele poštovní licence z důvodu nezastižení zadavatele, byly podány v zákonné lhůtě dle § 110 odst. 4 zákona a zadavatel se tak jejich odmítnutím pro opožděnost dopustil porušení § 111 odst. 1 zákona, neboť se v daném případě nejednalo o opožděně doručené námítka ve smyslu § 111 odst. 4 zákona. Zadavatel tedy měl dle § 111 odst. 1 zákona povinnost přezkoumat námítka podané uchazečem OVISION v plném rozsahu a do 10 dnů od jejich obdržení, tedy do dne 4. 2. 2016, odeslat uchazeči OVISION písemné rozhodnutí o tom, zda námitkám vyhovuje či nikoliv, s uvedením důvodu, což zadavatel v šetřeném případě neučinil.
10. Co se týče uložené sankce, Úřad v souladu se zásadou absorpce přistoupil k uložení pokuty za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. napadeného rozhodnutí, přičemž spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku II. napadeného rozhodnutí vzal Úřad v úvahu jako přitěžující okolnost, přičemž polehčující okolnosti neshledal. Co se týče závažnosti správního deliktu, Úřad konstatoval, že s ohledem na skutečnost, že k porušení zákona zadavatelem došlo až v průběhu posouzení nabídkových cen uchazečů, lze konstatovat, že zadavatel zcela nerezignoval na postup dle zákona a nedošlo tak k nejzávažnějšímu porušení zákona, kterým je naprosté vyloučení hospodářské soutěže. Přesto je nutno postup zadavatele považovat za závažný, neboť v důsledku jeho nerovného přístupu k uchazečům v rámci posouzení nabídkových cen z hlediska mimořádně nízké

nabídkové ceny došlo k výběru nabídky uchazeče a následně k uzavření smlouvy s uchazečem, jenž by v případě postupu zadavatele v souladu se zákonem nebyl vybrán. Úřad posoudil stanovenou výši pokuty za dostačující a naplňující současně preventivní i represivní charakter uložení sankce. Úřad rovněž vzal v potaz ekonomickou situaci zadavatele.

III. Námitky rozkladu

11. Proti napadenému rozhodnutí podal zadavatel rozklad ze dne 30. 8. 2016 doručený Úřadu téhož dne. Napadené rozhodnutí zadavatel obdržel dne 15. 8. 2016, rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě. Dne 19. 9. 2016 obdržel Úřad doplnění rozkladu zadavatele z téhož dne.
12. Zadavatel se domnívá, že § 77 odst. 1 zákona neporušil, když hodnotící komise posoudila výši nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky a když si vyžádala od uchazečů písemné zdůvodnění těch částí nabídky, které jsou pro výši nabídkové ceny podstatné. Jak je v dokumentaci o zadání veřejné zakázky dle zadavatele doloženo, zadavatel obě povinnosti (posouzení ceny a vyžádání si zdůvodnění) splnil. Zadavatel má za to, že závěr Úřadu o tom, že porušil § 77 odst. 1 zákona, nemá oporu v žádném z důkazů, kterými Úřad disponuje. Zadavatel má rovněž za to, že v odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad neuvádí, v čem spatřuje jeho porušení § 77 odst. 1 zákona.
13. Zadavatel shledává zdůvodnění nabídkové ceny uchazečem OVISION jako neobjektivní, proto je nevzal v úvahu, je tak přesvědčen, že zásadu rovného zacházení dle § 6 odst. 1 zákona neporušil. Nabídková cena uchazeče OVISION dle zadavatele nezohlednila nákladovost a pracnost zpracování jednotlivých typů dokladů, když uchazeč OVISION promítl do ceny za zpracování dokladu „Hromadné oznámení zaměstnavatele s adresou“ (dále jen „**doklad HOZ s adresou**“) množstevní slevu, což dle zadavatele zadávací podmínky (konkrétně čl. 6 odst. 3 písm. a) a b) zadávací dokumentace) neumožňují, když počet kusů dokladů zde uvedený je pouze orientační. Zadavatel tak má za to, že by stanovení ceny množstevní slevou v případě, že by počet zpracovaných dokladů nedosahoval množství, s kterým uchazeč OVISION podání nabídky kalkuloval, způsobilo u smlouvy na dobu neurčitou tlak na cenu a ze strany uchazeče by byla vyžadována její změna, což zadávací podmínky neumožňují, a to by vedlo k ukončení smluvního vztahu. Zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny uchazeče OVISION proto zadavatel neshledal dané objektivními příčinami na rozdíl od vybraného uchazeče, který při kalkulaci ceny množstevní slevu neuplatňuje a jeho zdůvodnění shledal proto objektivním. Úřad se dle zadavatele v napadeném rozhodnutí nevypořádal s argumentací stanovení nabídkové ceny ze strany uchazeče OVISION pro zpracování „dokladu HOZ s adresou“ s využitím množstevní slevy, v čemž spatřuje zadavatel nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí.
14. Zadavatel se dále domnívá, že Úřad v napadeném rozhodnutí rozhodl o jiném předmětu, než byl předmět správního řízení vymezený v oznámení o zahájení správního řízení č. j. ÚOHS-S0423/2016/VZ-23796/2016/541/PDz ze dne 7. 6. 2016. Úřad rozhodl o tom, že zadavatel porušil zásadu rovného zacházení, když v části 1 veřejné zakázky vyloučil uchazeče OVISION z další účasti v zadávacím řízení a vybraného uchazeče nikoli, avšak Úřad dle mínění zadavatele vymezil v řečeném oznámení o zahájení správního řízení předmět správního řízení jako porušení zásady rovného zacházení zadavatele při posuzování zdůvodnění nabídkové ceny uchazeče OVISION v části 1 a části 2 předmětu veřejné zakázky. Zadavatel doplnil, že pokud jde o předmět správního řízení, pak zásadu rovného zacházení k uchazeči

OVISION v části 1 a části 2 předmětu veřejné zakázky tak, jak její porušení specifikoval Úřad v oznámení o zahájení správního řízení, neporušil, neboť dle § 98 odst. 4 zákona, je-li veřejná zakázka rozdělena na části, vztahují se ustanovení tohoto zákona týkající se postupů zadavatele v zadávacím řízení či práv a povinností dodavatele na každou jednotlivou část, nikoliv mezi částmi.

15. Zadavatel tvrdí, že mu nebyla dána možnost vyjádřit se k podkladům rozhodnutí, tedy že před vydáním napadeného rozhodnutí neobdržel od Úřadu výzvu k seznámení se s podklady, čímž Úřad dle jeho mínění zkrátil jeho práva jakožto účastníka řízení garantovaná zákonem č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, (dále jen „**správní řád**“).
16. Zadavatel dále uvádí, že vyloučení uchazeče OVISION nemělo vliv na výběr nejvhodnější nabídky, jelikož existují i jiné důvody pro jeho vyloučení ze zadávacího řízení. Uchazeč OVISION dle zadavatele mj. také nesplnil požadavky na předmět plnění části 1 veřejné zakázky vymezené v čl. 6 odst. 2 zadávací dokumentace, když nenabídl přepis údajů z dokladů do datového souboru, ale jejich skenování. Nabídka uchazeče OVISION tedy byla dle zadavatele z další účasti v zadávacím řízení vyloučena oprávněně, a tedy nemohla být i přes tvrzení Úřadu vybrána jako nejvhodnější.
17. Zadavatel rovněž uvádí, že své rozhodnutí o vyloučení uchazeče OVISION a rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky vybraného uchazeče zrušil, a tedy svůj postup dle svého mínění zhojil, čímž dle něj odpadl předmět správního řízení. Zadavatel nesouhlasí s názorem Úřadu, že zadávací řízení končí uzavřením smlouvy, a odvolává se na blíže neupřesněné tvrzení „R. Jurčíka“, že „nedílnou součástí zadávacího řízení jako celku je i přezkumné řízení“. Má proto za to, že dle § 111 odst. 6 zákona svým zrušením uvedených dokumentů přijal opatření k nápravě v průběhu zadávacího řízení. Zadavatel dále odkazuje na institut odstoupení od smlouvy, jejíž účinky nastupují ex tunc. Zadavatel tvrdí, že institut odstoupení od smlouvy využil, a tak smlouva nikdy uzavřena nebyla.
18. Zadavatel za okamžik doručení (obdržení) námitek považuje okamžik, kdy se námítka dostanou do faktické dispozice zadavatele, a tento moment dle něj v přezkoumávaném případě nastal až dne 26. 1. 2016 (tj. v den dodání zásilky zadavateli, pozn. předsedy Úřadu), tudíž má za to, že ani správní delikt dle výroku II. napadeného rozhodnutí nespáchal. Odkaz Úřadu v napadeném rozhodnutí na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R138/2015/VZ-22069/2016/321/OHo ze dne 24. 5. 2016 nepovažuje zadavatel za případný, neboť řeší komunikaci ze strany zadavatele s dodavatelem, nikoli naopak. Zadavatel považuje napadené rozhodnutí ve věci odmítnutí dle zadavatele opožděných námitek uchazeče OVISION za nepřezkoumatelné, jelikož se v něm Úřad nevypořádal s argumentací zadavatele rozsudkem Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Ca 9/2009 ze dne 1. 7. 2010, v němž se dle zadavatele praví, že ve lhůtě pro podání námitek musí být námítka doručena zadavateli, tj. zadavatel je musí získat do své dispozice, nestačí námítka toliko podat k poštovní přepravě. Zadavatel dále odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 30 Af 138/2012-96 ze dne 19. 2. 2015, na který bylo též odkázáno v napadeném rozhodnutí a o kterém se zadavatel domnívá, že mu dává plně za pravdu a z něhož cituje: „*Obecně je však nutno konstatovat, že § 110 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách hovoří výslovně o „doručení“ a § 111 odst. 1 téhož zákona o „obdržení“ námitek. Jediným rozumným výkladem těchto pojmů je takový závěr, že za okamžik doručení (obdržení) námitek je potřeba považovat okamžik, kdy se námítka dostanou do faktické dispozice zadavatele (...) je nutné posoudit, zda*

písemnost byla skutečně v dispozici toho, komu byla doručována (...).“ Úřad tedy tím, že nevzal na zřetel ani rozsudek Krajského soudu v Brně 62 Ca 9/2009 ze dne 1. 7. 2010 ani rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 30 Af 138/2012 ze dne 19. 2. 2015 porušil dle zadavatele zásadu legitimního očekávání.

19. Závěrem má zadavatel za to, že Úřad při stanovení pokuty porušil zásadu absorpce sazeb, když sankci za správní delikt dle výroku I. napadeného rozhodnutí dle mínění zadavatele zvýšil o sankci za správní delikt dle výroku II. napadeného rozhodnutí. Zadavatel se domnívá, že Úřad uložil zvlášť pokutu za oba správní delikty, není přitom dle zadavatele podstatné, že tuto skutečnost Úřad „formálně schovává za přitěžující okolnost“. Podle principu absorpce sazeb platí, že přísnější trest pohlcuje mírnější a nikoliv, jak to dle zadavatele aplikoval Úřad, že při stanovení přísnějšího trestu se tento trest zvyšuje (je při jeho stanovení zohledněn) o trest (jeho část) mírnější.

Závěr rozkladu

20. Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil.

IV. Řízení o rozkladu

21. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí v rámci ustanovení § 87 správního řádu a v souladu s ustanovením § 88 odst. 1 správního řádu věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.

Stanovisko předsedy Úřadu

22. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle ustanovení § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
23. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0423/2016/VZ-32797/2016/541/PDz ze dne 5. 8. 2016, rozhodl výrokem I. tak, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání části 1 veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 77 odst. 1 zákona v návaznosti na zásadu rovného zacházení stanovenou v § 6 odst. 1 zákona, když posoudil zdůvodnění výše nabídkové ceny uchazeče OVISION pro část 1 veřejné zakázky ve vztahu k předmětu plnění této části veřejné zakázky jako neopodstatněné a uchazeče OVISION následně rozhodnutím ze dne 11. 1. 2016 vyloučil z účasti v zadávacím řízení na tuto část veřejné zakázky z důvodu, že nabídkovou cenu kalkuloval na základě předpokládaného objemu plnění, avšak současně v rozporu se zásadou rovného zacházení zdůvodnění výše nabídkové ceny vybraného uchazeče pro část 1 veřejné zakázky ve vztahu k předmětu plnění této části veřejné zakázky posoudil jako opodstatněné, přestože vybraný uchazeč v rámci zdůvodnění své nabídkové ceny taktéž kalkuloval své propočty s ohledem na předpokládaný objem plnění předmětné části veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel dne 9. 3. 2016 na plnění části 1 veřejné zakázky smlouvu s vybraným uchazečem, nerozhodl správně a v souladu se zákonem, když tak došlo k naplnění podmínek stanovených v § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu pro změnu napadeného rozhodnutí v tomto výroku. Dále Úřad tím,

že výrokem II. napadeného rozhodnutí konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona tím, že v rozporu s ustanovením § 111 odst. 1 zákona nepřezkoumal v plném rozsahu námitky podané zadavateli uchazečem OVISION v zadávacím řízení na část 1 veřejné zakázky, když výše citované námitky odmítl jako opožděné, ačkoliv byly podány ve lhůtě podle § 110 odst. 4 zákona, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Úřad rovněž tím, že výrokem III. napadeného rozhodnutí uložil zadavateli pokutu za správní delikty ve výši 100 000 Kč, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem přistoupil ke změně napadeného rozhodnutí v jeho výroku I. a k potvrzení jeho výroku II. a III., a proč jsem nepřistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

24. Podle § 89 odst. 2 správního řádu odvolací správní orgán přezkoumává soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy. Správnost napadeného rozhodnutí přezkoumává jen v rozsahu námitek uvedených v odvolání, jinak jen tehdy, vyžaduje-li to veřejný zájem. K vadám řízení, onichž nelze mít důvodně za to, že mohly mít vliv na soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy, popřípadě na jeho správnost, se nepřihlíží; tímto ustanovením není dotčeno právo na náhradu škody způsobené nesprávným úředním postupem.

K námitkám týkajícím se výroku I. napadeného rozhodnutí a k důvodu jeho změny

25. K námitce zadavatele zpochybňující své porušení § 77 zákona v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona a k související námitce nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí pro zadavatelem dovozovanou absenci vypořádání se s argumentací stanovení nabídkové ceny uchazečem OVISION pro zpracování „dokladu HOZ s adresou“ s využitím množstevní slevy ze strany Úřadu uvádím, že se s ní neztotožňuji. Otázka přezkoumatelnosti rozhodnutí byla opakovaně řešena i soudní judikaturou, například Krajský soud v Brně ve svém rozsudku č. j. 30 Af 102/2013 - 165 ze dne 10. 12. 2015 mimo jiné konstatoval: *„Nepřezkoumatelnost rozhodnutí může nastat z důvodu jeho nesrozumitelnosti nebo nedostatku důvodů rozhodnutí. Obecně lze za nesrozumitelné považovat takové rozhodnutí, z jehož výroku nelze zjistit, jakým způsobem bylo rozhodnuto, jehož výrok je vnitřně rozporný nebo nelze rozeznat, co je výrok a co odůvodnění, dále takové rozhodnutí, z něhož není patrné, které osoby jsou jeho adresátem a kdo byl rozhodnutím zavázán, apod. V případě nepřezkoumatelnosti pro nedostatek důvodů pak soud posuzuje, zda se žalovaný v rozhodnutí vypořádal se všemi žalobcem uplatněnými okolnostmi a zda srozumitelným způsobem uvedl, jaké skutečnosti vzal při svém rozhodování za prokázané a kterým naopak nepřisvědčil, jakými úvahami byl ve svém rozhodování veden, o které důkazy opřel svá skutková zjištění a které důvody jej vedly k vyslovení závěrů obsažených ve výsledném rozhodnutí.“* Obdobně se vyjádřil i Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku č. j. 7 As 291/2015 – 26 ze dne 2. 6. 2016: *„Má-li být soudní rozhodnutí přezkoumatelné, musí z něj být zřejmé, jaký skutkový stav vzal správní soud za rozhodný a jak uvážil o pro věc podstatných skutečnostech, resp. jakým způsobem postupoval při posuzování těchto skutečností. Uvedené musí nalézt svůj odraz v odůvodnění dotčeného rozhodnutí. Je tomu tak proto, že jen prostřednictvím odůvodnění lze dovodit, z jakého skutkového stavu správní soud vyšel a jak o něm uvážil.“* Zde citované soudní závěry

jsou plně aplikovatelné i na napadené rozhodnutí, které shledávám plně přezkoumatelným, neboť je postaveno na zákonných ustanoveních, obsahuje důkazy pro podporu tvrzených skutečností a úvahy Úřadu v něm obsažené jsou zcela zřejmé, logické a konzistentní.

26. V souvislosti s přezkumem posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny ve smyslu § 77 zákona je předně nutno upozornit na to, že s odkazem na konstantní judikaturu týkající se posuzování jednání hodnotící komise je třeba mít na paměti, že Úřad ze své pozice orgánu dohledu nesmí vstupovat do myšlenkových pochodů členů hodnotící komise. Tento závěr vyplývá již z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 3. 2004 č. j. 2 A 9/2002 – 62, kde je uvedeno, že *„přezkumná činnost orgánu dohledu spočívá v kontrole, zda byly řádně dodrženy předepsané postupy a úkony zajišťující rámec pro vlastní posouzení a hodnocení nabídek. Žalobkyně však v podané žalobě zpochybňuje zákonnost vlastního posouzení nabídky, resp. nevhodnost nabídky vybraného uchazeče. Přitom právě zde je hranice, kterou žalovaný (tj. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže) nesmí překročit, neboť potom by se stal hodnotitelem jednotlivých nabídek. Jeho pravomoci sahají do úrovně těch činností zadavatele, které vytvářejí prostor pro fair podmínky pro účast uchazečů v soutěži, ale končí tam, kde nastupuje vlastní úvaha o tom, která nabídka splnila konkrétní kritérium a v jaké kvalitě. Nelze přezkoumávat úvahy členů hodnotící komise, neboť tím by se žalovaný ve svých důsledcích sám stylizoval do role zadavatele a určoval by, která zakázka má vyhovět zadaným kritériím a také v soutěži zvítězit. Orgán dohledu nemůže přebírat zodpovědnost za výběr nejvhodnější nabídky, neboť k tomu nemá ani odborné předpoklady, totéž nelze požadovat ani po soudu. Úkolem obou je kontrola rámce, v němž se výběr provádí, nikoliv samotné kvality výběru. V opačném případě by se totiž výběr nejvhodnější nabídky mohl stát záležitostí znaleckých posudků a pak by existence zákona postrádala smysl“.*
27. Na výše uvedené pak Nejvyšší správní soud navazuje například v rozsudku ze dne 6. 11. 2009 č. j. 5 Afs 75/2009-100, kde je uvedeno, že *„pravomoci (Úřadu) končí tam, kde nastupuje vlastní úvaha o tom, která nabídka splnila konkrétní kritérium a v jaké kvalitě. Úřad však dbá na to, aby byla splněna jedna ze základních zásad zadávání veřejných zakázek, a to zásada transparentnosti celého procesu zadávání veřejných zakázek“*, a taktéž rozsudku ze dne 21. 6. 2007 č. j. 5 Afs 6/2007-92, kde je uvedeno, že Úřad *„...není oprávněn při své přezkumné činnosti vstupovat do myšlenkových pochodů jednotlivých hodnotitelů, tedy členů hodnotící komise, a tyto myšlenkové pochody jakkoliv přezkoumávat, hodnotit či dokonce nahrazovat vlastním správním uvážením, neboť zákon konstruuje hodnotící komisi jako kolegium odborně způsobilých osob, kterým jedině je zákonem svěřena pravomoc posoudit veškeré odborné otázky, související s procesem hodnocení nabídek. Posouzení přiměřenosti či nepřiměřenosti údajů v nabídkách mezi takové odborné otázky bezpochyby náleží...“.*
28. I když Úřad nebyl oprávněn ke kontrole kvalitativního posouzení zdůvodnění ze strany zadavatele, zcela jistě však byl nadán pravomocí k přezkumu rámce, ve kterém k tomuto posouzení došlo, což mimo jiné znamená, že úkolem Úřadu v této souvislosti bylo přezkoumání toho, zda se zadavatel se zdůvodněním uchazeče OVISION a vybraného uchazeče vypořádal způsobem, který je v souladu se základní zásadami uvedenými v § 6 odst. 1 zákona – zejména se zásadou rovného zacházení a **zásadou transparentnosti**, a který je v souladu s dikcí § 77 zákona, jak bude podrobněji pojednáno dále.
29. Posouzení zdůvodnění nabídkových cen uchazečů tak ze strany zadavatele nesmí vykazovat rozpor se zásadou transparentnosti. *„Požadavek transparentnosti je přitom považován*

za splněný v případě, že v postupu zadavatele nejsou shledány takové prvky, které by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným, nebo by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele“, jak se vyslovil Nejvyšší správní soud například ve svém rozsudku č. j. 1 Afs 45/2010 ze dne 15. 9. 2010. Tím se tedy v souvislosti s nyní šetřenou věcí rozumí zejména skutečnost, že veškeré související úvahy hodnotící komise a potažmo zadavatele musí být zachyceny v dokumentaci o veřejné zakázce a musí být odůvodněné a přezkoumatelné. Přezkoumatelnost v této souvislosti znamená, že veškeré úvahy a závěry zadavatele jsou podloženy důvody, ze kterých bude vyplývat, proč zadavatel akceptoval nebo neakceptoval zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny dotčených uchazečů.

30. Podle § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu jestliže odvolací správní orgán dojde k závěru, že napadené rozhodnutí je v rozporu s právními předpisy nebo že je nesprávné, napadené rozhodnutí nebo jeho část změnit; změnu nelze provést, pokud by tím některému z účastníků, jemuž je ukládána povinnost, hrozila újma z důvodu ztráty možnosti odvolat se; podle § 36 odst. 3 se postupuje, pouze pokud jde o podklady rozhodnutí nově pořízené odvolacím správním orgánem; je-li to zapotřebí k odstranění vad odůvodnění, změnit odvolací správní orgán rozhodnutí v části odůvodnění; odvolací správní orgán nemůže svým rozhodnutím změnit rozhodnutí orgánu územního samosprávného celku vydané v samostatné působnosti.
31. Výše uvedené ustanovení správního řádu umožňuje odvolacímu správnímu orgánu provést změnu rozhodnutí vydaného 1. stupněm za situace, kdy dospěje k závěru, že je napadené rozhodnutí v rozporu s právními předpisy nebo je nesprávné, tedy pokud po přezkoumání napadeného rozhodnutí dospěje k odlišnému právnímu závěru na skutková zjištění obsažená ve správním spisu či zjištěná v průběhu odvolacího řízení. Za takového stavu je oprávněn změnit napadené rozhodnutí tak, že celé výroky či jejich část nahradí vlastním rozhodnutím. Je však nutno poznamenat, že ke změně není odvolací správní orgán oprávněn přistoupit kdykoliv, neboť je v této možnosti omezen. Například tak nemůže dojít ke změně napadeného rozhodnutí za situace, kdy by byla účastníku řízení odňata možnost odvolat se proti změněnému rozhodnutí. K této problematice se obdobně vyjadřuje i odborná literatura, např. publikace Jemelka, L., Pondělíčková, K., Bohadlo, D.: Správní řád. Komentář. 5. vydání. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 503 a násl. k § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu: *„Odvolací orgán tak nahradí některé výroky či celou výrokovou část svým rozhodnutím, vycházející z odlišného právního názoru na skutková zjištění obsažená v předloženém spisovém materiálu či doplněná odvolacím orgánem. Jak je již uvedeno výše, změna rozhodnutí by měla být odvolacím orgánem preferována před zrušením rozhodnutí a vrácením věci k novému projednání, pokud jsou k tomu splněny zákonné předpoklady. Pokud správní orgán změnit jen část napadeného rozhodnutí, musí je ve zbytku potvrdit dle odstavce 5 věty druhé tohoto ustanovení a nemůže například konstatovat, že další části rozhodnutí ponechává beze změny. Omezující podmínkou, kdy změnu nelze provést, je situace, kdy by změnou rozhodnutí některému z účastníků, jemuž je ukládána povinnost, hrozila újma z důvodu ztráty možnosti odvolat se. Toto omezení zabraňuje tzv. překvapivým rozhodnutím, kdy by například odvolací správní orgán rozšířil sankční řízení na další skutkové podstaty správních deliktů, neboť proti „přidaným“ skutkovým podstatám správních deliktů by již účastník neměl možnost podat odvolání, což je v rozporu se zásadou dvojinstančnosti správního řízení. Vyloučeno ovšem není například upřesnění napadeného výroku rozhodnutí, jehož obsah zůstává v kontextu jeho odůvodnění nezměněn (srov. např. NSS 8 As 6/2013).“*

32. Co se týče změn výroku I. napadeného rozhodnutí, které budou podrobněji specifikovány níže, v první řadě konstatuji, že se nejedná o změnu právního posouzení jednání zadavatele nebo změnu skutku samotného, nýbrž o opravu podřazení pod na skutek zadavatele lépe dopadající odstavce Úřadem jinak správně zvoleného zákonného ustanovení a doplnění další základní zásady, jejíž porušení se zadavatel svým postupem v rozporu s Úřadem správně citovaným ustanovením § 6 odst. 1 zákona též dopustil. Zadavateli zároveň nemohla v důsledku této změny vzniknout žádná újma, naopak takový postup je plně v souladu se zásadou rychlosti a hospodárnosti správního řízení zakotvené v § 6 správního řádu. Takový postup je zároveň v souladu s názorem Krajského soudu v Brně, jenž ve svém rozsudku č. j. 30 Af 42/2014-71 ze dne 20. 6. 2016 uvedl: „*Ustanovení § 152 odst. 5 písm. a) správního řádu totiž primárně cílí na změnu podstaty rozhodnutí, například pokud by v posuzovaném případě došlo ke změně skutku, rozšíření jeho popisu, apod. V projednávané věci ovšem došlo pouze ke konkretizaci způsobu jednání žalobce, nikoliv ke změně skutku či dokonce jeho právní kvalifikace. Jednalo se pořád o tentýž skutek, jeho popis byl toliko vycizelován, nikoli fakticky změněn či rozšířen. ... Odvolací řízení, jehož parametry obecně platí (pokud to nevyklučuje povaha věci) i na řízení o rozkladu, je – z hlediska způsobu vyřízení věci – vystavěno na apelačním principu, který umožňuje odvolacímu orgánu rozhodnout o věci samé v případě, že shledal nedůslednost na straně správního orgánu I. stupně tak, jak tomu bylo v této věci“.* V nyní šetřené věci nebyla předmětnou změnou nijak dotčena podstata napadeného rozhodnutí a tato změna tak nemůže mít ani vliv na jeho zákonnost a jako taková je přípustná a v souladu s účelem ustanovení správního řádu vztahujícím se ke změně rozhodnutí správního orgánu vydaném v prvostupňovém správním řízení.
33. Po přezkoumání napadeného rozhodnutí jsem dospěl k závěru, že je zde dán důvod pro změnu napadeného rozhodnutí v jeho výroku I., neboť mám za to, že zadavatel nedodržel postup podle § 77 **odst. 6** zákona, když posoudil zdůvodnění nabídkové ceny uchazeče OVISION jako neopodstatněné a jeho nabídku vyřadil. Úřad ve výroku I. napadeného rozhodnutí podřadil nezákonný postup zadavatele pod § 77 odst. 1 zákona, avšak v tomto odst. 1 zákona je pouze dána povinnost zadavatele vyžádat si zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, na tuto povinnost potom navazuje odst. 2 téhož ustanovení zákona stanovující příkladný výčet možných objektivních příčin mimořádně nízké nabídkové ceny a teprve řečený odst. 6 tohoto ustanovení zákona přímo dopadá na postup zadavatele v přezkoumávaném případě. Úřad všechna zmíněná ustanovení, tedy § 77 odst. 1, 2 i 6 zákona, v napadeném rozhodnutí správně citoval (viz body 94 až 96 napadeného rozhodnutí), vytýkané pochybení zadavatele však věcně odpovídá právě § 77 odst. 6 zákona, proto je třeba, aby bylo ve výroku I. napadeného rozhodnutí výslovně podřazeno právě pod tuto právní kvalifikaci, když zadavatel posoudil zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny uchazeče OVISION jako neopodstatněné a jeho nabídku vyřadil. Nicméně mám za to, že stěžejní pro posouzení správnosti předmětných závěrů Úřadu je podrobné odůvodnění napadeného rozhodnutí, které zcela správně popisuje, jakého jednání se zadavatel dopustil, a že se tedy jedná o pochybení zadavatele slovním vyjádřením v napadeném rozhodnutí plně odpovídající § 77 odst. 6 zákona. Rovněž v oznámení o zahájení správního řízení č. j. ÚOHS-S0423/2016/VZ-23796/2016/541/PDz ze dne 7. 6. 2016 bylo Úřadem slovně správně popsáno, jakého jednání se měl zadavatel s ohledem na jeho možné porušení § 77 zákona dopustit. Zadavatel tak bezpochyby po celou dobu správního řízení věděl, jaké pochybení je mu vytýkáno a k jakému svému jednání se má vyjádřit, což také i činil.

34. V návaznosti na výše uvedené konstatuji, že nesprávné podřazení pochybení zadavatele ve výroku I. napadeného rozhodnutí pod odst. 1 ustanovení § 77 zákona namísto pod odst. 6 téhož ustanovení nemá vliv na práva a povinnosti účastníka řízení, tj. zadavatele, když jmenovaný z obsahu oznámení o zahájení správního řízení, ze slovního popisu u výroku I. napadeného rozhodnutí, jakož i z jeho odůvodnění měl zjevně veškeré informace ohledně jemu vytýkaného jednání. Zmíněná vada napadeného rozhodnutí tak nemá povahu vady, která by mohla způsobit jeho nezákonnost, proto jsem přistoupil k jeho změně, jelikož se nejedná o změnu, která by mohla mít vliv na práva a povinnosti zadavatele.
35. Po přezkoumání napadeného rozhodnutí jsem dále dospěl k závěru, že je zde dán důvod pro změnu napadeného rozhodnutí rovněž v jeho výroku I., neboť mám za to, že zadavatel při posouzení odůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče nepostupoval transparentně, jelikož není zřejmé, z jakého důvodu posoudil jeho odůvodnění za opodstatněné. Bez toho aniž by byly Úřadu důvody takového posouzení známy, nelze samostatně konstatovat porušení zásady rovného zacházení. Podrobněji řečeno, zadavatel porušil § 6 odst. 1 zákona, a to z toho důvodu, že svým postupem při posouzení nabídkové ceny dle § 77 zákona vyhověl vybranému uchazeči, aniž by tento svůj postoj v protokolu o jednání hodnotící komise v části 1 veřejné zakázky ze dne 8. 1. 2016 (a ani v jiném dokumentu) dostatečně odůvodnil, když pouze uvedl, že *„k mimořádně nízké nabídkové ceně a jejímu zdůvodnění uchazeče Jindřiška Krausová (tj. vybraného uchazeče, pozn. předsedy Úřadu) komise konstatovala, že uchazeč nabídkovou cenu objektivně zdůvodnil. Komise zdůvodnění ceny uchazeče Jindřiška Krausová vzala v úvahu.“* Naopak uchazeče OVISION po posouzení jeho nabídkové ceny vyloučil ze zadávacího řízení a přitom obsah odůvodnění jeho nabídkové ceny nevykazoval podstatné rozdíly oproti odůvodnění vybraného uchazeče. Z postupu zadavatele tak není seznatelné, proč vybranému uchazeči vyhověl a uchazeči OVISION nikoli, což nasvědčuje rovněž porušení zásady transparentnosti ze strany zadavatele. Jelikož důvody odlišného posouzení nabídkových cen zmíněných dvou uchazečů zadavatel dostatečně nevyjevil, dopustil se rovněž porušení zásady transparentnosti a teprve s tím souvisejícího porušení zásady rovného zacházení, když se dvěma uchazeči v obdobné situaci zacházel odlišně bez transparentního zdůvodnění takového svého postupu.
36. K nutnosti podrobného odůvodnění postupů zadavatele v zadávacím řízení v návaznosti na základní zásady zadávacího řízení se vyjádřil i Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 92/2015-85 ze dne 15. 11. 2016, kde uvedl: *„Podle § 6 odst. 1 ZVZ je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. ... Jestliže v posuzované věci žalobce nastavil komplexní způsob hodnocení založený na dílčích hodnotících kritériích konkretizovaných sledovanými (hodnocenými) parametry v různých ohledech, pak to klade zvýšené požadavky nejen na kvalitu samotného hodnocení, nýbrž také na kvalitu jeho písemného zachycení. K naplnění zákonných požadavků na odůvodnění způsobu hodnocení nabídek je třeba, aby toto odůvodnění dosáhlo určité kvalitativní úrovně, jež především umožní, aby bylo lze zpětně přezkoumat, zda bylo skutečně hodnoceno podle pravidel stanovených zadávacími podmínkami a zda toto hodnocení proběhlo korektně a srozumitelně, a tedy z pohledu § 6 ZVZ transparentně, aniž by zároveň bylo smyslem přezkumu jednotlivé členy hodnotící komise v jejich hodnocení opravovat.“* Z citovaného rozsudku zdůrazňuji, že z odůvodnění postupu zadavatele v zadávacím řízení musí být patrný jeho úvahy a jsou tedy kladeny zvýšené požadavky na jejich písemné zachycení, aby odůvodnění postupu zadavatele mělo

dostatečnou úroveň. Na dopad citovaného judikátu v přezkoumávaném případě nemá vliv, že se v tomto judikátu jednalo o odůvodnění způsobu hodnocení nabídek zadavatelem, když klíčové myšlenky ohledně povinnosti transparentního odůvodnění jednání zadavatele jsou obecně platné, a tedy využitelné i v případě posouzení odůvodnění mimořádně nízkých nabídkových cen uchazeče OVISION a vybraného uchazeče.

37. Ačkoliv jsem dospěl k závěru, že byly splněny podmínky pro změnu napadeného rozhodnutí v jeho výroku I. a pro změnu v odpovídající části odůvodnění napadeného rozhodnutí, je třeba současně vypořádat otázku, zda změnou napadeného rozhodnutí nemůže být zadavateli způsobena újma spočívající v tom, že by mu byla odňata možnost podat proti takové změně odvolání, případně zda se nejedná o tzv. překvapivé rozhodnutí.
38. K možné překvapivosti provedené změny nejprve v obecné rovině uvádím, že za překvapivé rozhodnutí může být považováno takové, které je pro účastníka řízení s ohledem na stav řízení a dokazování a s ohledem na uplatněné námitky překvapivé. K problematice překvapivosti vydaného správního rozhodnutí se vyslovil i Nejvyšší správní soud např. v rozsudku č. j. 8 Afs 59/2005-83, ze dne 20. 7. 2007, v němž uvedl, že: *"(...) překvapivost rozhodnutí pro jeho adresáta je přitom chápána jako projev nepředvídatelnosti rozhodování. Ústavní soud se otázkou předvídatelnosti rozhodování opakovaně zabýval v souvislosti s řízením soudním. Zde sluší zmínit např. náleze ze dne 24. 2. 2004, sp. zn. I. ÚS 654/03 (in Sbírka nálezů a usnesení Ústavního soudu, svazek č. 32, náleze č. 27, strana 255). Ústavní soud zde označil za projev libovůle a porušení práva na spravedlivý proces situaci, kdy je rozhodnutí „pro účastníka řízení s ohledem na dosavadní stav řízení, stav dokazování, existující procesní situaci a především uplatněné právní námitky překvapivé“. Jakkoli Ústavní soud tyto závěry vyslovil v souvislosti s rozhodováním soudů, lze je, dle názoru Nejvyššího správního soudu, nepochybně vztáhnout i na řízení správní. Za explicitní vyjádření této kautely v jednoduchém právu lze považovat ustanovení § 2 odst. 4 správního řádu z roku 2004 (zákon č. 500/2004 Sb., správní řád);(...)"* Jak lze dále dovodit ze závěrů uvedeného rozsudku Nejvyššího správního soudu, nelze za překvapivé rozhodnutí považovat takové, které nepředstavuje zásadní změnu v právním posouzení dané věci.
39. Mám tedy za to, že nelze změnu ve výroku I. napadeného rozhodnutí a v příslušné části odůvodnění označit za překvapivou, neboť touto změnou nedošlo k zásadní změně právní kvalifikace, když jednání zadavatele je i nadále posouzeno jakožto porušující § 6 odst. 1 zákona, a to z toho důvodu, že zadavatel svým postupem při posouzení nabídkové ceny dle § 77 zákona vyhověl vybranému uchazeči, aniž by tento svůj postoj v protokolu o jednání hodnotící komise ani v jiném dokumentu dostatečně odůvodnil, a přitom uchazeče OVISION po posouzení jeho nabídkové ceny vyloučil ze zadávacího řízení, aniž by z jeho postupu bylo zřejmé, proč vybranému uchazeči vyhověl a uchazeči OVISION nikoli, čímž zadavatel porušil zásadu transparentnosti a rovněž zásadu rovného zacházení, když se dvěma uchazeči v obdobné situaci zacházel odlišně bez transparentního zdůvodnění takového svého postupu. K tomu dále uvádím, že při přezkoumání napadeného rozhodnutí jsem vycházel ze skutkového stavu, tak jak byl zjištěn Úřadem ve správním řízení, když tento skutkový stav nebyl zadavatelem zpochybňován.
40. S ohledem na to, že Úřad na základě správního právního posouzení vyplývajícího z jeho slovního vyjádření týkajícího se porušení § 77 odst. 6 zákona zadavatelem provedl ve výroku I. napadeného rozhodnutí nesprávné právní podřazení tohoto postupu zadavatele pod § 77

odst. 1 zákona a že Úřad v této souvislosti rovněž ve výroku I. napadeného rozhodnutí konstatoval porušení § 6 odst. 1 zákona s ohledem na zásadu rovného zacházení, aniž by zároveň uvedl i zásadu transparentnosti, mám za to, že došlo k naplnění předpokladu stanoveného v § 90 odst. 1 písm. c) zákona, a proto jsem přistoupil ke změně napadeného rozhodnutí ve výroku I., a to náhradou odstavce 1 ustanovení § 77 zákona odstavcem 6 téhož ustanovení zákona a doplněním porušení zásady transparentnosti postupem zadavatele s tím, že výše uvedeným textem je současně nahrazeno a doplněno odůvodnění napadeného rozhodnutí v části týkající se posouzení porušení § 77 odst. 6 zákona zadavatelem a nedodržení zásady transparentnosti v projednávaném případě, neboť mám za to, že z hlediska účelnosti a efektivity vedeného správního řízení nebylo nutné napadené rozhodnutí rušit a věc vracet Úřadu k novému projednání, přičemž k tomu odkazuji na závěry vyplývající z odborné literatury uvedené výše.

41. Z pohledu právní kvalifikace jednání zadavatele, tak nicméně nedošlo ke změně, neboť toto je stejně jako dříve kvalifikováno jakožto správní delikt dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, současně nedošlo k rozšíření nebo změně skutku, v němž je správní delikt spatřován a nedošlo ani k rozšíření počtu správních deliktů, které by zadavateli byly kladeny za vinu. S ohledem na výše uvedené tak mám za to, že nejsou dána omezení pro změnu napadeného rozhodnutí v provedeném rozsahu, a proto jsem ke změně napadeného rozhodnutí v uvedeném rozsahu přistoupil. K věcnému přezkumu námitek zadavatele týkajících se výroku I. napadeného rozhodnutí dále dodávám následující.
42. Úvodem předesílám, že Úřad v napadeném rozhodnutí v případě posouzení aplikace § 77 zákona zadavatelem správně ocitoval relevantní pasáže soudní judikatury, konkrétně potom rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 88/2012 – 75 ze dne 21. 11. 2013 (který byl potvrzen rozsudkem Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 103/2013 – 61 ze dne 10. 6. 2014), z něhož vyzdvihuji tvrzení, že *„má-li hodnotící komise podle § 77 odst. 1 ZVZ povinnost posoudit, zda konkrétní nabídka konkrétního uchazeče neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, pak jí povinnost vyjádřit se věcně, srozumitelně a korektně k důvodům, pro které nepokládá konkrétní nabídkovou cenu za mimořádně nízkou, nutně již ze samotné logiky věci vzniká za situace, že reálné podezření na mimořádně nízkou nabídkovou cenu v průběhu zadávacího řízení vznikne.“*
43. Konkrétně tedy k námitce zadavatele, že ustanovení § 77 zákona neporušil, když „hodnotící komise posoudila výši nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky a když si vyžádala od uchazečů písemné zdůvodnění těch částí nabídky, které jsou pro výši nabídkové ceny podstatné“, uvádím, že tyto skutečnosti spočívající v uvedeném formálním postupu zadavatele Úřad v napadeném rozhodnutí nerozporuje, nicméně jedná se právě o faktický způsob posouzení nabídkových cen uchazeče OVISION a vybraného uchazeče ze strany zadavatele, který Úřad zadavateli v napadeném rozhodnutí vytýká. Jinými slovy, pochybení zadavatele spočívá v tom, že se dopustil porušení § 77 odst. 6 zákona v kontextu § 6 odst. 1 zákona, s čímž se ztotožňuji. Zadavatel nabídkové ceny těchto dvou uchazečů neposoudil objektivně, když neodůvodněně upřednostnil vybraného uchazeče, jemuž zdůvodnění nabídkové ceny uznal, před uchazečem OVISION, kterému naopak zdůvodnění nabídkové ceny neuznal, ačkoli obě uvedená zdůvodnění byla obdobného obsahu, to je podstatou argumentace Úřadu v napadeném rozhodnutí proti postupu zadavatele, se kterou souhlasím.

44. Jak Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, předmětem plnění veřejné zakázky bylo administrativní zpracování dokladů zadavatele „Hromadné oznámení zaměstnavatele“ (dále jen „**doklad HOZ**“) a „Přehledy o platbě pojistného na zdravotní pojištění zaměstnavatelů“ (dále jen „**doklad 76**“), přičemž zpracováním dokladů se rozumí přepsání údajů obsažených v dokladech HOZ a dokladech 76 do datového souboru. Zadavatel stanovil k části 1 veřejné zakázky předpokládané průměrné množství fakturovaných položek měsíčně následovně: „*doklad HOZ – včetně adresní položky: 12 994 ks, bez adresní položky: 1 417 ks, doklad 76 – 41 031 ks*“. Přičemž zadavatel uvedl, že jím uvedená množství dokladů nejsou závazná a budou přizpůsobena provozním požadavkům zadavatele.
45. Jak Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí rovněž uvedl, uchazeč OVISION kalkuloval pro položku doklad HOZ s adresou jednotkovou nabídkovou cenu 1,50 Kč, pro doklad HOZ bez adresy cenu 3,50 Kč a pro doklad 76 cenu 1,00 Kč, vybraný uchazeč potom nabídl pro doklad HOZ s adresou s adresou jednotkovou cenu 1,66 Kč, pro doklad HOZ bez adresy cenu 1,20 Kč a pro doklad 76 cenu 1,20 Kč (všechny ceny jsou zde uvedeny bez DPH, pozn. předsedy Úřadu). Přičemž oba zmínění uchazeči při kalkulaci výše jím nabídnutých jednotkových cen totožně vycházeli z předpokládaného objemu požadovaných dokladů, které orientačně stanovil zadavatel, jak jednoznačně vyplývá z bodů 103 a 104 napadeného rozhodnutí.
46. Rovněž slovní odůvodnění kalkulace nabídkových cen těchto uchazečů (uvedené také v bodech 103 a 104 napadeného rozhodnutí) je obdobného charakteru, když uchazeč OVISION uvedl, že výpočet jeho nabídkové ceny zohledňuje nízké provozní náklady v lokalitě fyzického zpracování dokumentů, využití pokročilého softwarového vybavení nebo využití zvýhodněných podmínek zaměstnávání osob se zdravotním postižením. Jím nabízená nabídková cena pak dle jeho tvrzení odpovídá souhrnu nákladů na technickou infrastrukturu a implementaci řešení, zabezpečení pracoviště, provoz objektu, nákladů na logistiku a mzdových nákladů včetně vedení projektu. Vybraný uchazeč potom odůvodnil výši jím předložené nabídkové ceny svou dlouholetou praxí v daném oboru, kvalitou výpočetní techniky a softwaru a zvýhodněným zaměstnáváním osob zdravotně postižených, dále uvedl rozpad celkových měsíčních nákladů, v rámci jejichž výpočtu vycházel z předpokládaného objemu zadavatelem požadovaných dokladů, na mzdy, nájem kanceláře, energie, paušál za služební automobil, telefon a poštovné. V těchto zdůvodněních nabídkových cen neshledávám spolu s Úřadem takových odlišností, které by mohly oprávněně vést zadavatele k vyloučení uchazeče OVISION ze zadávacího řízení na rozdíl od vybraného uchazeče.
47. V návaznosti na výše uvedené k námitce zadavatele, který shledává zdůvodnění nabídkové ceny uchazečem OVISION jako neobjektivní, když uchazeč OVISION promítl do ceny za zpracování „dokladu HOZ s adresou“ dle zadavatele množstevní slevu, když počet kusů dokladů zadavatelem uvedený je pouze orientační, proto zadavatel toto zdůvodnění nechal v úvahu, a tvrdí, že zásadu rovného zacházení dle § 6 odst. 1 zákona neporušil, uvádím, že se s ní neztotožňuji. Zásada rovného zacházení je jednou ze základních zásad uvedených v § 6 odst. 1 zákona, je tak zcela zřejmé, že zadavatel musí postupovat tak, aby byl jeho postup nejen transparentní a nediskriminační, ale i rovný ke všem dodavatelům, čemuž ale postup zadavatele v přezkoumávaném případě nenasvědčuje. K zásadě rovnosti při zadávání veřejných zakázek přitom uvedl Krajský soud v Brně v rozsudku sp. zn. 62 Ca 91/2008 ze dne 3. 5. 2010 následující: „*Při zadávání veřejných zakázek má tedy zvláštní význam zásada*

rovného zacházení. Tato zásada v sobě obsahuje rovnost příležitostí všech uchazečů a zadavatel ji musí dodržovat v každé fázi procesu zadávání veřejné zakázky. Jejím cílem je podporovat rozvoj zdravé a účinné hospodářské soutěže mezi subjekty, které se zúčastní řízení o zadání veřejné zakázky, a proto ukládá, aby všichni uchazeči měli při vypracování znění jejich nabídek stejné příležitosti.“

48. Jak již bylo popsáno výše, zadavatel požádal o zdůvodnění výše nabídkové ceny, která se mu jevila mimořádně nízká, uchazeče OVISION a vybraného uchazeče, přičemž z jejich zdůvodnění vyplynulo, že oba při tvorbě jednotkové nabídkové ceny za předmětné plnění části 1 veřejné zakázky vycházeli z předpokládaného objemu plnění stanoveného zadavatelem. Ačkoliv oba uchazeči postupovali při kalkulaci nabídkových cen stejným postupem, zadavatel posoudil zdůvodnění výše nabídkové ceny uchazeče OVISION ve vztahu k předmětu části 1 veřejné zakázky jako neopodstatněné, což vedlo následně k jeho vyloučení z účasti v zadávacím řízení na část 1 veřejné zakázky, avšak zdůvodnění výše nabídkové ceny předložené vybraným uchazečem ve vztahu k části 1 veřejné zakázky naopak posoudil jako opodstatněné. Přestože oba uchazeči postupovali při kalkulaci nabídkové ceny předmětu plnění části 1 veřejné zakázky shodným způsobem, tedy na základě zadavatelem stanoveného předpokládaného objemu plnění, a jejich nabídkové ceny za předmět plnění v části 1 veřejné zakázky se lišily pouze nepatrně, zadavatel postupoval při posouzení jím předložených zdůvodnění zadavatelem požadovaných částí nabídky diametrálně odlišným způsobem. Uvedený postup zadavatele tak nelze považovat za takový, který by byl v souladu se zásadou rovného zacházení uvedenou v § 6 odst. 1 zákona, jak správně konstatoval Úřad v bodě 107 napadeného rozhodnutí. Zadavatel navíc svůj nerovný přístup vůči zmíněným uchazečům nikterak přezkoumatelně neodůvodnil, čímž rovněž porušil zásadu transparentnosti dle § 6 odst. 1 zákona, jak již bylo konstatováno výše.
49. Na výše uvedeném závěru Úřadu nic nemůže změnit ani fakt, že uchazeč OVISION ve svém vysvětlení nejasnosti nabídky ze dne 5. 1. 2016 mimo jiné také uvedl: *„V jednotkové ceně za zpracování je nedílnou a zásadní součástí cena za metodiku implementace a nastavení systému přepisu včetně potřebných kontrol, která je z hlediska nákladů obdobná pro všechny tři typy dokumentů a je vždy zahrnuta v dílčí nabídkové ceně za jednotlivý typ dokumentu, proto je v nabídce uchazeče nejlevnější položka ta, která má dle zadávací dokumentace nejvyšší předpokládaný měsíční objem a nejdražší položka ta, která má předpokládaný měsíční objem nejnižší“* (viz bod 17 napadeného rozhodnutí). Jak vhodně konstatoval Úřad v bodě 111 napadeného rozhodnutí, v případě, že by uchazeči při konstrukci nabídkových cen nebrali v potaz zadavatelem stanovený předpokládaný objem plnění, resp. nepotřebovali by tyto údaje k výpočtu nabídkové ceny, postrádalo by stanovení předpokládaného objemu plnění zcela smysl. Nabídky uchazečů by se přitom v důsledku nepromítnutí tohoto údaje do skladby nabídkové ceny staly vzájemně neporovnatelnými, neboť by nezohledňovaly základní parametr, z něhož je při tvorbě ceny nutno vycházet. Kalkulace výše nabídkových cen uchazečů s ohledem na předpokládaný rozsah předmětného plnění tedy není ničím neobvyklým a nelze ji tak bez dalšího vnímat jako vadu při tvorbě nabídkové ceny některého z uchazečů.
50. V této souvislosti znovu opakují, že je zcela zjevné, že jak uchazeč OVISION, tak i vybraný uchazeč kalkulovali své jednotkové nabídkové ceny právě s ohledem na předpokládaný objem plnění předesílaný zadavatelem. Tvrzení zadavatele, že by stanovení ceny množstevní

slevou v případě, že by počet zpracovaných dokladů nedosahoval množství, s kterým uchazeč OVISION podání nabídky kalkuloval, způsobilo u smlouvy na dobu neurčitou tlak na cenu a ze strany uchazeče by byla vyžadována její změna, což zadávací podmínky neumožňují, tak by to vedlo k ukončení smluvního vztahu, protože zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny uchazeče OVISION zadavatel neshledal dané objektivními příčinami na rozdíl od vybraného uchazeče, považuji za nepřítomné a zcela spekulativní, když navíc rovněž vybraný uchazeč při stanovení své nabídkové ceny vycházel ze zadavatelem předběžně stanoveného objemu plnění, o čemž není v přezkoumávaném případě žádného sporu. Při takovém pojetí možného postojů uchazečů ze strany zadavatele po uzavření smlouvy by vzhledem k faktu, že i nabídková cena vybraného uchazeče vycházela z předpokládaného objemu plnění, nebylo možné ani u vybraného uchazeče vyloučit zadavatelem naznačené tendence v případě, že by skutečný počet dokladů nedosahoval předvídaného objemu, protože je třeba takové nepodložené předjímání budoucího možného postupu kteréhokoli uchazeče ze strany zadavatele již v zadávacím řízení odmítnout. Zadavatel se tak každopádně vůči uchazeči OVISION dopustil nerovného zacházení, jak podrobně popsal Úřad v bodech 103 až 111 napadeného rozhodnutí, jejichž obsah tak zcela vyvrací námitku zadavatele ohledně údajně nepřezkoumatelné argumentace Úřadu týkající se porušení § 77 odst. 6 zákona v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona ze strany zadavatele. Nadto se domnívám, že s ohledem na to, co bylo uvedeno výše, lze dospět k závěru, že postupem zadavatele nebyla z jeho strany dodržena ani zásada transparentnosti podle § 6 odst. 1 zákona.

51. K námitce zadavatele, že vyloučení uchazeče OVISION nemělo vliv na výběr nejvhodnější nabídky, jelikož existují i jiné důvody pro jeho vyloučení ze zadávacího řízení, a tedy jeho nabídka nemohla být vybrána jako nejvhodnější, uvádím v první řadě, že pro posouzení ze strany Úřadu jsou relevantní pouze takové důvody vyloučení kteréhokoli uchazeče ze zadávacího řízení, které jsou výslovně uvedeny v rozhodnutí zadavatele o takovém vyloučení (resp. v jeho odůvodnění), a proto se zadavatel zpětně ve správním řízení na žádné jiné další, avšak neuvedené důvody vyloučení uchazeče zásadně odvolávat nemůže a jejich obsah nemůže být předmětem přezkumu u Úřadu ve správním řízení v 1. stupni ani v řízení o rozkladu. Jak také vyplývá z § 76 odst. 6 zákona, uchazeče, jehož nabídka byla při posouzení nabídek hodnotící komisí vyřazena, vyloučí zadavatel bezodkladně z účasti v zadávacím řízení. Vyloučení uchazeče, včetně důvodů vyloučení, zadavatel uchazeči bezodkladně písemně oznámí. V dokumentu zadavatele „Oznámení rozhodnutí o vyloučení“ ze dne 12. 1. 2016 adresovaném uchazeči OVISION jsou uvedeny pouze důvody vyloučení vztahující se k odůvodnění nabídkové ceny tohoto uchazeče, tudíž na žádné další zadavatelem zpětně dovozované důvody vyloučení uchazeče OVISION nemůže být brán vůbec zřetel.
52. K vlivu uvedeného postupu zadavatele na výběr nejvhodnější nabídky se Úřad podrobně vyjádřil v bodech 116 až 122 napadeného rozhodnutí, kde vyčíslil celkovou cenu (která měla být předmětem hodnocení nabídek dle kritéria nejnižší nabídkové ceny) uchazeče OVISION jako nižší než cenu vybraného uchazeče, tedy pokud by uchazeč OVISION nebyl vyloučen ze zadávacího řízení, umístil by se v pořadí před vybraným uchazečem a jeho nabídka by tak byla vybrána jako nejvhodnější, s čímž se ztotožňuji. Nezákonný postup zadavatele tak měl reálný dopad na výběr nejvhodnější nabídky.

53. V návaznosti na výše uvedené konstatuji, že byly naplněny znaky správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona spočívající v nedodržení postupu podle § 77 zákona v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona a v tom, že postup zadavatele v zadávacím řízení ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku. Nelze tedy jinak než souhlasit se slovním posouzením Úřadu v rámci napadeného rozhodnutí, že se zadavatel dopustil správního deliktu vymezeného ve výroku I. napadeného rozhodnutí s tím, že zadavatel nedodržel postup podle § 77 odst. 6 zákona (namísto § 77 odst. 1 zákona) a navíc nejen, že nedodržel zásadu rovného zacházení, ale i zásadu transparentnosti.

K námitce týkající se výroku II. napadeného rozhodnutí

54. K námitce zadavatele deklarující jeho přesvědčení, že mu byly námitky uchazeče OVISION doručeny opožděně, tudíž že jednal v souladu se zákonem, když je odmítl věcně přezkoumat, uvádím, že se s ní neztotožňuji. Jak je v bodě 141 napadeného rozhodnutí (citovaného i v bodě 9 tohoto rozhodnutí) přehledně popsáno, rozhodnutí zadavatele ze dne 11. 1. 2016 o vyloučení uchazeče OVISION ze zadávacího řízení bylo dne 13. 1. 2016 uveřejněno na profilu zadavatele. Desetidenní lhůta ve smyslu § 110 odst. 4 zákona pro doručení námitek proti tomuto rozhodnutí zadavatele uplynula dne 23. 1. 2016. Jelikož konec uvedené lhůty připadl na sobotu, došlo dle § 607 občanského zákoníku k posunu uvedené lhůty na nejbližší následující pracovní den, tedy na pondělí dne 25. 1. 2016. Jak dokládá obsah dokumentu „Detailní informace k zásilkám“ od provozovatele poštovní licence, námitky uchazeče OVISION byly dne 25. 1. 2016 doručovány zadavateli, avšak z důvodu jeho nezastižení byly rovněž dne 25. 1. 2016 uloženy u provozovatele poštovní licence, dne 26. 1. 2016 potom došlo k dodání těchto námitek zadavateli prostřednictvím provozovatele poštovních služeb, jinými slovy zadavatel si v tento den řečené námitky u provozovatele poštovní licence vyzvedl.
55. Ohledně výše popsaného chronologického postupu týkajícího se doručování námitek uchazeče OVISION zadavateli prostřednictvím provozovatele poštovních služeb není sporu. Klíčovým je tak posouzení okamžiku doručení námitek zadavateli, když Úřad v napadeném rozhodnutí konstatuje, že tato skutečnost nastala již dne 25. 1. 2016, tedy poslední den lhůty pro doručení těchto námitek, avšak zadavatel je přesvědčen, že mu námitky byly doručeny až dne 26. 1. 2016, tedy po uplynutí zákonné lhůty. V tomto sporu se přikláním na stranu Úřadu a souhlasím s jeho argumentací uvedenou v bodech 134 až 141 napadeného rozhodnutí, k čemuž uvádím následující.
56. Zadavatel zpochybňuje odkazování Úřadu v napadeném rozhodnutí na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R138/2015/VZ-22069/2016/321/OHo ze dne 24. 5. 2016, jelikož je zde dle zadavatele řešena komunikace ze strany zadavatele s dodavatelem, nikoli naopak. Tento argument zadavatele však ve světle řešené situace není relevantní, neboť závěry v tomto rozhodnutí předsedy Úřadu jsou plně aplikovatelné i na situaci, kdy dodavatel doručuje své námitky zadavateli. Jde totiž o charakter tohoto vztahu, který má povahu soukromoprávní, ať už se jedná o zasílání písemností dodavatele zadavateli či zadavatele dodavatel. Jak správně odkázal Úřad v bodě 134 napadeného rozhodnutí na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 2/2013 – 46 ze dne 24. 4. 2013, který tento závěr jednoznačně potvrzuje, když uvádí: „V této souvislosti se Nejvyšší správní soud ztotožnil s názorem krajského soudu a stěžovatele, že vztah mezi dodavatelem a zadavatelem je primárně vztahem soukromoprávním.“

57. Soukromoprávní režim vztahu dodavatele a zadavatele nerozporuje ovšem ani zadavatel, když se odvolává na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Ca 9/2009 ze dne 1. 7. 2010, z něhož poukazuje na tvrzení, že ve lhůtě pro podání námitek musí být námítka doručena zadavateli, tj. zadavatel je musí získat do své dispozice, nestačí námítka toliko podat k poštovní přepravě. S tímto závěrem krajského soudu však obsah napadeného rozhodnutí zcela souzní, jelikož právě v tezi tohoto rozsudku uvedené samotným zadavatelem spočívá podstata „soukromoprávnosti“ vztahu dodavatele a zadavatele čili jde o to, že v případě doručování námitek dodavatele zadavateli má lhůta podle § 110 odst. 2 zákona povahu hmotněprávní, použijí se proto pro ni obecná pravidla stanovená v občanském zákoníku, jak konstatoval Úřad v bodě 137 napadeného rozhodnutí, když zároveň v bodě 138 napadeného rozhodnutí ocitoval ustanovení § 570 odst. 1 občanského zákoníku, v němž je uvedeno, že právní jednání působí vůči nepřítomné osobě od okamžiku, kdy jí projev vůle dojde; zmařili vědomě druhá strana dojití, platí, že řádně došlo.
58. Okamžik doručení námitek dodavatele zadavateli dle § 110 odst. 2 zákona nastává tedy v souladu s § 570 odst. 1 občanského zákoníku tehdy, když námítka dodavatele „dojdou“ zadavateli. V definici okamžiku „dojití“ čili doručení námitek zadavateli se Úřad v napadeném rozhodnutí a zadavatel ve svých rozkladových námitkách rozcházejí, byť paradoxně oba odkazují na totožný rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 30 Af 138/2012-96 ze dne 19. 2. 2015, v němž se mimo jiné praví, že *„za okamžik doručení (obdržení) námitek je potřeba považovat okamžik, kdy se námítka dostanou do faktické dispozice zadavatele. Tento výklad totiž dle soudu odpovídá obecným představám o významu výše uvedených pojmů. Okamžik doručení (obdržení) námitek zároveň není možné ponechávat na libovůli zadavatele.“*
59. Otázku, kdy se námítka dostanou do „faktické dispozice zadavatele“ vykládá Úřad v bodě 135 napadeného rozhodnutí v souladu s tzv. teorií dojití, přičemž zde odkazuje na rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 32 Odo 442/2003 ze dne 15. 1. 2004, z něhož cituje: *„Z povahy adresovaných právních úkonů vyplývá, že ke své perfekci (vzniku) vyžadují, aby byly seznatelné těmi osobami, kterým jsou určeny (uplatňuje se tzv. teorie dojití). Nedošel-li projev vůle jednajícího do sféry adresáta, právní úkon není perfektní. Projev vůle dojde adresátovi, jakmile se dostane do sféry jeho dispozice, tzn. v okamžiku, kdy adresát nabude objektivní možnost seznámit se s obsahem projevu vůle. Dojití projevu vůle do sféry adresáta dovršuje proces vzniku jednostranného právního úkonu. Z použití teorie dojití vyplývá i závěr, že od okamžiku dojití projevu vůle do sféry adresáta je právní úkon pro jednající subjekt závazný a nelze jej jednostranně odvolat. Není přitom nezbytné, aby se adresát seznámil s obsahem právního úkonu, dostačuje, že měl objektivně možnost seznat jeho obsah.“*
60. V návaznosti na uvedenou citaci judikátu Nejvyššího soudu Úřad v bodě 141 napadeného rozhodnutí uzavírá, že námítka uchazeče OVISION byly zadavateli doručeny dne 25. 1. 2016, kdy byly uloženy u provozovatele poštovní licence z důvodu nezastížení zadavatele. Odkazování Úřadu na výše citovaný rozsudek Nejvyššího soudu je zcela korektní, jelikož jak bylo popsáno výše, lhůta pro doručení námitek dodavatele zadavateli má hmotněprávní povahu a aplikuje se pro posouzení jejího dodržení soukromoprávní předpis obecné povahy, a to občanský zákoník. Nicméně zadavatel za moment dojití námitek do své dispozice považuje až den dodání zásilky zadavateli, tj. den 26. 1. 2016, kdy si zadavatel námítka uchazeče OVISION u provozovatele poštovní licence vyzvedl. Mohu konstatovat, že se

v tomto sporu příkláním na stranu Úřadu, neboť právě jeho výklad odpovídá smyslu tzv. teorie dojití, která našla svůj odraz v konstantní soukromoprávní judikatuře, do jejíž sféry uvedená problematika náleží. Není tedy pravdou, když zadavatel tvrdí, že Úřad při posuzování této otázky porušil zásadu legitimního očekávání.

61. Výklad tzv. teorie dojití, který provádí zadavatel, nemá (na rozdíl od výkladu Úřadu) oporu v právní teorii ani v soudní rozhodovací praxi, když například kromě výše uvedeného rozsudku Nejvyššího soudu i v dalších rozsudcích tohoto soudu je prováděn výklad dané problematiky zcela souladný s jejím pojetím Úřadem v napadeném rozhodnutí. Např. v rozsudku Nejvyššího soudu sp. zn. 23 Cdo 2926/2009 ze dne 1. 12. 2010 je uvedeno: *„Jako důvod dovolání uplatnil dovolatel nesprávné právní posouzení věci ve smyslu § 241a odst. 2 písm. b) o. s. ř., když má především za nesprávný výklad a aplikaci ustanovení o doručování v č. I. Xi všeobecných pojistných podmínek (jako součásti pojistné smlouvy) v souvislosti s ustanovením § 45 odst. 1 obč. zák. a § 574 odst. 2 obč. zák. Podle ustanovení § 45 odst. 1 obč. zák. projev vůle působí vůči nepřítomné osobě od okamžiku, kdy jí dojde. Podle článku XI. bod 1 a 2 všeobecných pojistných podmínek, nebyl-li adresát zastížen, uloží se písemnost na poště a adresát se vhodným způsobem vyzve, aby si ji vyzvedl. Písemnost se považuje za doručenou dnem, kdy byla uložena, i když se adresát o uložení nedozvěděl. Dovolatelův právní názor, že uvedená ustanovení všeobecných pojistných podmínek jsou v rozporu se zákonem, a proto podle § 39 obč. zák. neplatná, není správný. Předmětná smluvní ustanovení o doručování a jejich právní účinky mají standardní povahu a svou podstatou se neliší od obdobných ustanovení zákona o doručování, zejména kupř. ustanovení § 45 an. o. s. ř. a zvláště ustanovení § 46 o. s. ř. o doručování fyzickým osobám. Daná smluvní ustanovení nejsou v rozporu ani s judikaturou. Nedošel-li adresovaný projev vůle jednajícího do sféry adresáta, právní úkon není perfektní. Projev vůle dojde adresátovi, jakmile se dostane do sféry jeho dispozice, tzn. v okamžiku, kdy adresát nabude objektivní možnost seznámit se s obsahem projevu vůle. Od okamžiku dojití projevu vůle do sféry adresáta je právní úkon pro jednající subjekt závazný a nelze jej jednostranně odvolat. Není přitom nezbytné, aby se adresát seznámil s obsahem právního úkonu; dostačuje, že měl objektivně možnost seznat jeho obsah (Sou R NS č. 28 C 2437. dále viz též rozsudek NS z 19. 11. 2008, sp. zn. 26 Cdo 238/2008, popř. usnesení NS z 30. 6. 2008, sp. zn. 28 Cdo 2622/2006).“*
62. Obdobné pojetí doručování, kdy právní účinky nastanou již dnem uložení dané písemnosti na poště bez ohledu na to, zda a kdy si adresát danou písemnost vyzvedl, je obsaženo i v rozhodnutí Nejvyššího soudu sp. zn. 26 Cdo 278/2011 ze dne 8. 6. 2011: *„Je-li jednostranný hmotněprávní úkon doručován prostřednictvím držitele poštovní licence adresátovi v místě, kde se zdržuje, má tak objektivní příležitost seznámit se s jeho obsahem a nemůže být právně významné, zda tak (ne)učinil. ... Jestliže v projednávané věci žalovaní měli na základě oznámení pošty objektivně možnost vyzvednout si uloženou zásilku obsahující výpověď z nájmu bytu a seznámit se s jejím obsahem dříve, než se nevyzvednutá zásilka vrátila zpět, pak hmotněprávní účinky výpovědi nastaly v okamžiku, kdy i přes oznámení o uložení zásilky této objektivní možnosti seznámit se s obsahem zásilky (a tudíž i s výpovědí z nájmu bytu) nevyužili. Tímto okamžikem se stal hmotněprávní úkon perfektním (srovnej např. usnesení Nejvyššího soudu ze dne 22. 9. 2010, sp. zn. 26 Cdo 4074/2009, již citované rozsudky sp. zn. 26 Cdo 238/2008 a sp. zn. 26 Cdo 864/2004).“*

63. Také Ústavní soud ve svém usnesení sp. zn. IV.ÚS 2876/11 ze dne 9. 5. 2012 shledal právní výklad považující soukromoprávní písemnost za doručenou jejím uložením na poště bez jejího skutečného vyzvednutí adresátem za právně konformní, když uvedl následující: *„Jestliže v posuzované věci byly obě zásilky s výpovědí z nájmu bytu, adresované stěžovatelům do místa bydliště, uloženy na poště a stěžovatelé byli o uložení uvědoměni oznámením, právní účinky výpovědi nastaly vhozením oznámení o uložení zásilky do poštovní schránky stěžovatelů, což bylo dne 12. 7. 2007, jak obdobně judikoval Ústavní soud v usnesení sp. zn. I. ÚS 177/04 ze dne 28. 6. 2005 (dostupné na <http://nalus.usoud.cz>). ... Uvedený výklad a aplikace ustanovení § 45 odst. 1 o. z. nejsou ani v rozporu s ustanovením § 711 odst. 3 o. z., jak vyložil i Nejvyšší soud, na jehož argumentaci postačí odkázat. Pokud stěžovatelé v ústavní stížnosti tvrdí, že se Nejvyšší soud napadeným rozhodnutím naprosto odchýlil od svých předchozích rozhodnutí, pak Ústavní soud tomuto jejich názoru nemohl přisvědčit. Stejně jako ve stěžovateli citovaných dřívějších rozhodnutích vyslovil Nejvyšší soud jednoznačně i v nyní napadeném usnesení, že stěžovatelé měli na základě oznámení pošty objektivně možnost vyzvednout si uloženou zásilku obsahující výpověď z nájmu bytu a seznámit se s jejím obsahem dříve, než se nevyzvednutá vrátila zpět. Stěžovateli tvrzená interpretační pochybení obecných soudů tak nebyla Ústavním soudem shledána, neboť výklad podaný obecnými soudy v uvedeném směru není zjevně svévolný, nepostrádá racionální základ a je adekvátně odůvodněn.“*
64. V předchozích bodech citovaných judikátech je vyslovena totožná myšlenka jako uvedená v bodě 59 tohoto rozhodnutí, a vyplývá z ní, že námitky uchazeče dojdou zadavateli v okamžiku, kdy zadavatel nabude objektivní možnost se s nimi seznámit, tj. v době, kdy jsou námitky uloženy u provozovatele poštovní licence, není přitom nezbytné, aby se s nimi zadavatel skutečně seznámil, tedy si je fakticky na poště vyzvedl, tuto možnost má ode dne jejich uložení na poště dānu a je zcela na něm, zda a kdy jí využije. Takový závěr je zcela správný a logický. Jedná se totiž o situaci analogickou momentu doručení písemnosti prostým vhozením do poštovní schránky, také tímto aktem dojde písemnost do sféry adresāta, je považována za doručenou, i když si adresāt poštovní schránku nevybere, tudíž se s písemností fakticky neseznámí, možnost seznámit se s takto doručeným dokumentem však má od okamžiku, kdy se písemnost ve schránce ocitne. Účelem tohoto pojetí je eliminovat situace, kdy by si adresāt úmyslně nevybíral poštovní schránku či nevyzvedával písemnosti na poště, čímž by de facto znemožňoval, aby účinky doručení takové písemnosti v soukromoprávním vztahu vůbec kdy nastaly, což je v rozporu s požadavkem právní jistoty druhé strany tohoto vztahu.
65. Na výše uvedených soudních závěrech ohledně praktických dopadů soukromoprávního doručování nic nemění ani fakt, že se týkaly zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, který pozbyl účinnosti dne 31. 12. 2013. Závěry jsou totiž aplikovatelné i po rekodifikaci soukromého práva za účinnosti stávajícího občanského zákoníku ode dne 1. 1. 2014. Rovněž není podstatná ani skutečnost, že v citovaných soudních rozhodnutích byla řešena jinā problematika než otázky zadávacího řízení a vztahu dodavatel – zadavatel, jelikož zde jde o podstatu pojetí soukromoprávního doručování, které se uplatní obdobně jako v citovaných judikátech i v přezkoumávaném případě.
66. Na podporu řečených závěrů lze odkázat i na „Komentář k NOZ“ (novému občanskému zákoníku, tj. stávajícímu občanskému zákoníku, pozn. předsedy Úřadu) doc. JUDr. Michaely

Zuklínové (Hendrychové), CSc. z Katedry občanského práva Právnické fakulty UK v Praze (dostupné na <http://www.pravniprostor.cz/clanky/rekodifikace/komentar-k-noz-pravni-jednani-vuci-nepřítomné-osobe>), kde se praví: *„Právní jednání působí vůči nepřítomné osobě od okamžiku, kdy jí projev vůle dojde. Totiž od okamžiku, kdy vůle navenek projevená, anebo spíš projev vůle, dojde nepřítomné osobě. Jedná se o víceméně pregnantní a jednoduché vyjádření tzv. teorie dojití. Je to teorie - u nás a v kontinentálním právu obvykle - rozhodná pro všechna tzv. adresovaná právní jednání, to jest taková, která nejenže mají svého adresáta, tj. jsou adresována určité osobě, resp. osobám, ale jsou perfektní, hotová, dovršená teprve dnem doručení právního jednání osobě adresáta. Teorie žádá, aby právní jednání došlo do „sféry dispozice“ adresáta, tj. tak, aby bylo pro adresáta snadno dosažitelné, protože jde o místo, resp. prostor, kterým adresát může disponovat, tj. který ovládá (dopis ve schránce, popř. oznámení o uložení zásilky na poště zanechané ve schránce atp.). Dosažitelnost adresátovi umožňuje, aby se seznámil s obsahem projevené vůle. A pak je jen otázkou dostatečné péče adresáta, zda využije toho, že má právní jednání k dispozici, a může se s jeho obsahem seznámit a následně jednat podle své vlastní vůle. ... V okamžiku dojití také právní jednání – zásadně – nabývá účinnosti, tj. právní následky právního jednání nastávají nejdříve okamžikem dojití adresovaného právního jednání do dispoziční sféry adresáta.“*

67. V návaznosti na výše uvedené lze uzavřít, že námitky uchazeče OVISION byly doručeny zadavateli již dne 25. 1. 2016, a tedy byly podány v zákonné lhůtě dle § 110 odst. 4 zákona a zadavatel se tak jejich odmítnutím pro opožděnost dopustil porušení § 111 odst. 1 zákona, čímž byly naplněny znaky skutkové podstaty správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona. Souhlasím proto s posouzením Úřadu v rámci napadeného rozhodnutí, že se zadavatel dopustil správního deliktu vymezeného ve výroku II. napadeného rozhodnutí.

K dalším námitkám zadavatele

68. K námitce zadavatele, že mu ve správním řízení vedeném Úřadem v 1. stupni nebyla dána možnost vyjádřit se k podkladům rozhodnutí, tedy že před vydáním napadeného rozhodnutí neobdržel od Úřadu výzvu k seznámení se s podklady, čímž Úřad dle jeho mínění zkrátil jeho práva jakožto účastníka řízení garantovaná správním řádem, uvádím, že takovému tvrzení zadavatele nic nenasvědčuje. Naopak, jak vyplývá z bodu 33 napadeného rozhodnutí a jak jsem též ověřil ze správního spisu vedeného pod sp. zn. ÚOHS-S0423/2016/VZ, usnesením č. j. ÚOHS-S0423/2016/VZ-27264/2016/541/PDz ze dne 29. 6. 2016, které bylo zadavateli, resp. jeho právnímu zástupci, doručeno dne 9. 7. 2016, určil Úřad zadavateli lhůtu, v níž se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Zadavatel nebyl nikterak zkrácen na svém právu seznámit se s podklady pro vydání rozhodnutí. Zadavatel byl řádně poučen o svém právu seznámit se s podklady pro vydání rozhodnutí dle § 36 odst. 3 správního řádu, a to v době, kdy již byly všechny podklady shromážděny. Současně bylo zadavateli dáno na srozuměnou, že své právo dle § 36 odst. 3 správního řádu může nepochybně využít do sedmi dnů od doručení napadeného usnesení. V opačném případě by Úřad vycházel z toho, že zadavatel svého práva dle § 36 odst. 3 správního řádu využít nechce a překročil by k vydání rozhodnutí ve věci.
69. Zadavateli tedy byla dána možnost k provedení procesních úkonů, jenž správní řád v § 36 účastníkům řízení přiznává, když Úřad zadavateli doručil usnesení ze dne 29. 6. 2016, jímž byl zadavatel vyzván k možnosti vyjádřit se k podkladům rozhodnutí. Úřad tedy nezatížil správní

řízení procesní vadou, neboť zadavatel měl možnost seznámit se s podklady rozhodnutí a vyjádřit se k nim. Nad rámec uvádím, že zadavatel měl i další možnost, jak se seznámit s podklady pro vydání rozhodnutí, když mohl kdykoliv během řízení nahlédnout do správního spisu, v němž byly založeny všechny podklady pro vydání rozhodnutí. Dle rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 8 Afs 21/2009-243 ze dne 26. 2. 2010 „[v]ždy je třeba zkoumat, zda poté, kdy účastník v souladu s poučením postupoval, byl správní spis následně doplňován či nikoli, a zda tak účastník měl faktickou možnost se s úplným správním spisem seznámit.“

70. S ohledem na výše uvedené mám za prokázané, že Úřad umožnil zadavateli před vydáním meritorního rozhodnutí vyjádřit se k podkladům pro vydání rozhodnutí v souladu s § 36 odst. 3 správního řádu, jejichž shromažďování bylo ukončeno (tedy s úplným správním spisem) a stanovil mu k tomu přiměřenou lhůtu.
71. K námitce zadavatele, že Úřad v napadeném rozhodnutí rozhodl o jiném předmětu, než byl předmět správního řízení vymezený v oznámení o zahájení správního řízení č. j. ÚOHS-S0423/2016/VZ-23796/2016/541/PDz ze dne 7. 6. 2016, sděluji, že s ní nesouhlasím a uvádím následující.
72. V otázce vymezení předmětu správního řízení odkazuji na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 58/2009 - 541 ze dne 31. 3. 2010, v němž uvedl, že „[p]ředmět řízení musí být v oznámení o zahájení řízení identifikován dostatečně určitě tak, aby účastníkovi řízení bylo zřejmé, jaké jeho jednání bude posuzováno, a aby bylo zaručeno jeho právo účinně se v daném řízení hájit“. K vymezení skutku v oznámení o zahájení správního řízení se dále vyjádřil Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 5 A 73/2002 ze dne 20. 11. 2003 nebo Vrchní soud v Praze v rozsudku č. j. 6 A 100/1994 ze dne 28. 1. 1996, kde dospěly k závěru, že „vyrozumění účastníka řízení o zahájení správního řízení (...) musí obsahovat přinejmenším stejné náležitosti jako podání účastníka směřující k zahájení řízení na návrh. Musí tedy i z oznámení správního úřadu být patrné, kdo je činí, které věci se týká a – mutatis mutandis – co se navrhuje...“ a dále, že „vymezení skutku, pro který je řízení podle správního řádu zahájeno musí být konkrétní, stejně tak jako musí být z oznámení řízení (...) zřejmé, co bude jeho předmětem a o čem bude v řízení rozhodováno; v sankčním řízení je potom vhodné uvést, jaký postih za dané jednání hrozí...“. Mohu konstatovat, že Úřad v rámci předmětného správního řízení požadavky zde citovaných judikátů bezpochyby naplnil, když předmět řízení identifikoval dostatečně určitě a srozumitelně způsobem zcela odpovídajícím i příslušným výrokům napadeného rozhodnutí.
73. K vymezení předmětu řízení doplňuji, že z náležitostí výrokové části rozhodnutí a z obecné definice rozhodnutí (podle které se rozhodnutím rozhoduje o právech a povinnostech konkrétních osob v konkrétní věci), lze dojít k závěru, že předmětem řízení je rozhodování o právech a povinnostech účastníků řízení na základě zjištěného skutkového stavu. Pokud se tedy vymezuje předmět řízení, je zde třeba uvést, co tvoří skutkový stav, který má být v řízení podroben bližšímu zkoumání a právně kvalifikován (např. konkrétní jednání nebo opomenutí účastníka řízení), a dále uvedení, o jakých právech nebo povinnostech má být v řízení rozhodováno, přičemž Úřad dostatečně vymezil předmět řízení v oznámení o zahájení správního řízení č. j. ÚOHS-S0423/2016/VZ-23796/2016/541/PDz ze dne 7. 6. 2016, jež je součástí správního spisu.

74. Mohu potvrdit, že Úřad v oznámení ze dne 7. 6. 2016 vymezil předmět správního řízení způsobem, který zcela odpovídá vymezení skutku ve výroku I. i II. napadeného rozhodnutí, k žádnému posunu vymezení předmětu správního řízení při jeho zahájení a poté v napadeném rozhodnutí ze strany Úřadu nikterak nedošlo. Konkrétně k vymezení předmětu správního řízení týkajícího se výroku I. napadeného rozhodnutí, do kterého námitka zadavatele ohledně vymezení jeho skutku Úřadem směřuje, mohu uvést, že Úřad ve svém oznámení ze dne 7. 6. 2016 vyslovil pochybnosti o tom, zda „zadavatel dodržel postup stanovený v § 77 odst. 1 zákona v návaznosti na zásadu rovného zacházení stanovenou v § 6 odst. 1 zákona, když posoudil zdůvodnění výše nabídkové ceny uchazeče OVISION v části 1 veřejné zakázky ve vztahu k předmětu části 1 veřejné zakázky jako neopodstatněné a tohoto uchazeče vyloučil z účasti v zadávacím řízení na část 1 veřejné zakázky z důvodu, že nabídkovou cenu kalkuloval na základě předpokládaného objemu plnění, avšak současně zdůvodnění výše nabídkové ceny zasláné vybraným uchazečem v části 1 veřejné zakázky ve vztahu k předmětu části 1 veřejné zakázky posoudil jako opodstatněné, přestože tento uchazeč při jeho zdůvodnění taktéž kalkuloval své propočty s ohledem na předpokládaný objem plnění“. Jak je z obsahu citovaného oznámení ze dne 7. 6. 2016 patrné, Úřad definoval uvedený skutek zadavatele skrze jeho rozdílný postup vůči uchazeči OVISION a vybranému uchazeči právě a výhradně v části 1 veřejné zakázky tak, jak je i uvedeno ve výroku I. napadeného rozhodnutí, nikoli jak naznačuje zadavatel, skrze rozdílný postup zadavatele vůči uchazeči OVISION v části 1 a části 2 veřejné zakázky. Takovéto tvrzení zadavatele nemá oporu ani v citovaném oznámení Úřadu ze dne 7. 6. 2016 ani v napadeném rozhodnutí.
75. S ohledem na výše uvedené tedy nelze přisvědčit námitce zadavatele, že by v předmětném správním řízení bylo vydáno rozhodnutí (napadené rozhodnutí) o něčem, co nebylo definováno předmětem řízení vymezeným již v oznámení o zahájení správního řízení, jež je součástí správního spisu.
76. K námitce zadavatele, že své rozhodnutí o vyloučení uchazeče OVISION a rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky vybraného uchazeče zrušil, a tedy svůj postup dle svého mínění zhojil, čímž dle něj odpadl předmět správního řízení, uvádím, že vznik deliktní odpovědnosti zadavatele je spojen s protiprávním jednáním, kterým je nesplnění povinnosti zadavatele stanovené zákonem. Deliktní odpovědnost za spáchané protiprávní jednání trvá nezávisle na zákonem aprobované nápravě předchozího nezákonného úkonu zadavatele. Následné zrušení nezákonného úkonu zadavatele zakládajícího deliktní odpovědnost nic nemění na vzniku, resp. trvání této deliktní odpovědnosti. Z logiky věci plyne, že k protiprávnímu jednání, se kterým je spojen vznik odpovědnosti za správní delikt, již došlo a nelze je proto dodatečně rušit či měnit. V daném případě je tedy správním trestem postihován správní delikt způsobený protiprávním jednáním zadavatele, tedy v případě výroku I. napadeného rozhodnutí nedodržením postupu stanoveného v § 77 odst. 6 zákona v návaznosti na zásadu rovného zacházení stanovenou v § 6 odst. 1 zákona ze strany zadavatele, když posoudil zdůvodnění výše nabídkové ceny uchazeče OVISION a vybraného uchazeče neodůvodněně rozdílným způsobem.
77. V návaznosti na výše uvedené tak plně souhlasím se závěrem Úřadu uvedeným v bodě 113 napadeného rozhodnutí, z něhož vyplývá, že zrušení výše citovaných rozhodnutí zadavatele ex post po uzavření smlouvy nemůže nic změnit na závěru Úřadu, že se zadavatel svým

jednáním v rozporu se zákonem dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Zrušení citovaných rozhodnutí zadavatelem až po uzavření smlouvy nemůže nikterak zhojit jeho pochybení učiněná v průběhu zadávacího řízení na veřejnou zakázku, neboť zadávací řízení je ukončeno právě okamžikem uzavření smlouvy s vybraným uchazečem. Zadavatelova negace závěru Úřadu, že „zadávací řízení končí uzavřením smlouvy“, a jeho odkaz na blíže neupřesněné tvrzení „R. Jurčíka“, že „nedílnou součástí zadávacího řízení jako celku je i přezkumné řízení“, jsou zcela zavádějící, jelikož tato myšlenka byla vyslovena v souvislosti s přezkumným řízením ze strany Úřadu iniciovaným na návrh navrhovatele v době, kdy zadávací řízení stále běží, jelikož právě ještě nedošlo k uzavření smlouvy ze strany zadavatele s vybraným uchazečem. Konkrétně se jedná o komentář „R. Jurčíka“ k § 115 týkajícímu se kauce, doklad o jejímž včasném složení je právě nedílnou součástí návrhu, a jeho plné znění zní následovně: *„Kauce je druhem peněžité záruky zabezpečující skutečnost, že návrh na zahájení řízení nebude podáván bezdůvodně za účelem prodlužování zadávacího řízení, jehož je přezkumné řízení součástí, a právní nejistoty účastníků zadávacího řízení“* (Jurčík, R. Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. 3. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, str. 678).

78. Jak je z výše uvedené úplné citace zřejmé, zadavatel její závěry „vytrhl z kontextu“, který je zcela odlišný od přezkoumávaného případu, v němž se jedná o správní řízení o deliktu zadavatele po uzavření smlouvy s vybraným uchazečem, tedy až po ukončení zadávacího řízení uzavřením smlouvy na plnění veřejné zakázky, kdy již náprava pochybení ze strany zadavatele není možná. Jak správně konstatoval Úřad v bodě 112 napadeného rozhodnutí, pokud by zadavatel přistoupil ke zrušení citovaných rozhodnutí ještě v průběhu zadávacího řízení na veřejnou zakázku, mohl ve svém postupu účinně sjednat nápravu a vybrat jako nejvhodnější nabídku jiného uchazeče, se kterým by následně uzavřel smlouvu na plnění veřejné zakázky. Jelikož tak zadavatel v šetřeném případě neučinil a jím zrušené úkony až po zadání veřejné zakázky již fakticky nemohou nikterak ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, či plnění předmětu dané veřejné zakázky, nelze k tomuto postupu zadavatele přihlídnout jako k důvodu pro zastavení správního řízení z důvodu odpadnutí jeho předmětu, neboť stěžejní pro posouzení postupu zadavatele je v šetřeném případě skutečnost, že předmět správního řízení existoval v době zadávání veřejné zakázky ve smyslu § 17 písm. m) zákona.
79. S ohledem na výše uvedené nelze přisvědčit ani námitce zadavatele, že svůj postup zrušením svých uvedených rozhodnutí zhojit, k čemuž dodávám, že výše řečené platí stejně i v případě oznámení zadavatele doručeného Úřadu dne 12. 10. 2016 týkajícího se jeho sdělení, že rozhodl o zrušení předmětného zadávacího řízení, kteroužto skutečnost uveřejnil zadavatel dne 11. 10. 2016 ve Věstníku veřejných zakázek pod ev. č. F2016-000276.

K uložení pokuty

80. Co se týče uložené pokuty, u níž se zadavatel domnívá, že Úřad při jejím stanovení porušil zásadu absorpce sazeb, když dle zadavatele uložil zvlášť pokutu za oba správní delikty, aniž by bylo podstatné, že tuto skutečnost Úřad slovy zadavatele „formálně schovává za přitěžující okolnost“, uvádím, že toto zadavatelovo tvrzení neshledávám opodstatněným.
81. Jak je patrné z bodů 148 až 154 napadeného rozhodnutí, Úřad se uložením pokuty za spáchání správních deliktů zabýval dostatečně podrobně zejména právě s ohledem na zásadu absorpce, která se uplatní při postihu souběhu správních deliktů a jejíž podstata

tkví v absorpci sazeb (přísnější trest pohlcuje mírnější), včetně odkazu na příslušnou judikaturu Nejvyššího správního soudu (viz rozsudek sp. zn. 1 As 28/2009-62 ze dne 18. 6. 2009 či rozsudek sp. zn. 5 Afs 9/2008-328 ze dne 31. 10. 2008). Úřad tedy v napadeném rozhodnutí pojednal o zásadě absorpce nejen v teoretické rovině, ale tuto zásadu i zcela správně prakticky aplikoval, když specifikoval, že z hlediska výše sankce (v obou případech do 20 000 000 Kč) lze oba správní delikty, tj. delikt dle výroku I. i II. napadeného rozhodnutí, považovat za stejně závažné, proto přistoupil k uložení pokuty za spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí a ke správnímu deliktu uvedenému ve výroku II. tohoto rozhodnutí přihlédl v rámci přitěžujících okolností.

82. Výše popsany postup Úřadu je zcela standardní a je aplikován vždy, pokud Úřad deklaruje spáchání více správních deliktů, kdy vždy uloží pokutu za spáchání pouze jednoho z těchto deliktů a ke spáchání ostatních deliktů přihlédne jako k přitěžující okolnosti, což ovšem pochopitelně neznamená, že k pokutě stanovené podle sazby pro vybraný správní delikt „přičítá“ i sazby za ostatní správní delikty, jak nepřipadně dovozuje zadavatel. V přezkoumávaném případě bylo možné jen za správní delikt uvedený ve výroku I. napadeného rozhodnutí uložit pokutu až do výše 20 000 000 Kč, tudíž skutečně uložená pokuta ve výši 100 000 Kč za tento správní delikt je stanovena vysoce pod její maximální možnou horní hranici, tudíž mi není zřejmé, z čeho zadavatel usuzuje, že je v této pokutě obsažena i sankce za správní delikt uvedený ve výroku II. napadeného rozhodnutí. Tato úvaha zadavatele se tak naprosto nezakládá na skutečnostech popsanych v napadeném rozhodnutí.
83. Zákon v ustanovení § 121 odst. 2 uvádí hlavní kritérium rozhodné pro určení výměry pokuty, tedy závažnost spáchaného správního deliktu. Demonstrativním výčtem pak zákon v témže ustanovení toto hlavní kritérium definuje, když uvádí, že je třeba přihlédnout zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl správní delikt spáchán. Jak je patrné zejména z napadeného rozhodnutí, Úřad se zabýval výše uvedenými kritérii závažnosti správního deliktu, když v bodě 159 napadeného rozhodnutí konstatoval, že s ohledem na skutečnost, že k porušení zákona zadavatelem došlo až v průběhu posouzení nabídkových cen uchazečů, lze konstatovat, že zadavatel zcela nerezignoval na postup dle zákona a nedošlo tak k nejzávažnějšímu porušení zákona, kterým je naprosté vyloučení hospodářské soutěže. Přesto je nutno postup zadavatele považovat za závažný, neboť v důsledku jeho nerovného přístupu k uchazečům v rámci posouzení nabídkových cen z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny došlo k výběru nabídky uchazeče a následně k uzavření smlouvy s uchazečem, jenž by v případě postupu zadavatele v souladu se zákonem pravděpodobně nebyl vybrán. Jako následek nezákonného postupu zadavatele označil Úřad výběr nabídky pro zadavatele méně výhodné, resp. pokud by zadavatel při posouzení nabídkových cen z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny postupoval v souladu se zákonem, mohly být veřejné prostředky vynaloženy hospodárněji.
84. Spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku II. napadeného rozhodnutí vzal Úřad v úvahu jako přitěžující okolnost, přičemž polehčující okolnosti neshledal. Úřad posoudil stanovenou výši pokuty za dostačující a naplňující současně preventivní i represivní charakter uložení sankce, když v šetřeném případě zohlednil zejména preventivní charakter uložení sankce. Lze přisvědčit, že při uložení pokuty v nižší výši by tak již sankce s ohledem na rozsah

protiprávního jednání zadavatele neodpovídala jeho povaze. Úřad rovněž v bodě 164 napadeného rozhodnutí přihlédl k ekonomické situaci zadavatele.

85. Zdůrazňuji, že rozhodnutí o uložení pokuty je nepřezkoumatelné, je-li její výše odůvodněna pouhým zopakováním skutkových zjištění a konstatováním zákonných kritérií pro uložení pokuty či funkcí pokuty, aniž by bylo zřejmé, zda, a jakým způsobem byla tato kritéria správním orgánem hodnocena. Z judikatury Nejvyššího správního soudu vyplývá, že jakkoliv má správní orgán při ukládání pokuty volnost správního uvážení, je vázán základními principy správního rozhodování (viz např. rozsudek NSS č. j. 8 As 5/2005-53 ze dne 29. 6. 2005). Mezi tyto principy pak jistě patří i úplnost, resp. dostatečná odůvodněnost rozhodnutí správního orgánu, která v konečném důsledku vyvolá i jeho přesvědčivost. Úřad tak při rozhodování o výši pokuty musí zohlednit všechny skutečnosti, které výši pokuty mohou v konkrétním případě ovlivnit, řádně se s nimi v odůvodnění svého rozhodnutí vypořádat a přesvědčivě odůvodnit, ke které okolnosti přihlédl, a jaký vliv měla na konečnou výši pokuty. Výše uložené pokuty tak musí být v každém rozhodnutí zdůvodněna způsobem, který nepřipouští rozumné pochybnosti o tom, že právě taková výše pokuty odpovídá konkrétním okolnostem individuálního případu.
86. Z napadeného rozhodnutí je zřejmé, že výše pokuty uložená v tomto případě uvedeným požadavkům vyhovuje. Sankci za spáchání správního deliktu lze chápat jako právní následek porušení zákona, který pro pachatele znamená určitou majetkovou újmu nebo omezení jeho práva. Účelem jejího ukládání je působit na pachatele správního deliktu takovým způsobem, aby se již v budoucnosti nedopouštěl protiprávního jednání. Sankce má tak působit výchovně a preventivně. Domnívám se, že výše uložené pokuty splňuje obě tyto funkce. Zároveň mám za to, že represivní funkce, tedy postih za porušení zákonem stanovené povinnosti byla uplatněna přiměřeně, když při maximální možné pokutě ve výši 20 000 000 Kč byla tato uložena při spodní hranici možné výše.
87. K tomuto odkazuji na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 14/2013 ze dne 23. 10. 2014, kde *„Soud zde považuje za nutné zdůraznit též funkci postihu; konkrétní forma postihu (pokuta) a jeho výše musí působit natolik silně, aby od podobného jednání odradila i jiné nositele obdobných povinností, jaké svědčí žalobci, zároveň musí být postih dostatečně znatelný v žalobcově materiální sféře, aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl ovšem pro žalobce likvidačním. V opačném případě by totiž postih delikventa smysl postrádal.“*
88. Výše pokuty uložená Úřadem v napadeném rozhodnutí je přiměřená a Úřad při jejím ukládání postupoval zcela v mezích správního uvážení, které dle rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Azs 105/2004 – 72 ze dne 19. 7. 2004 spočívá v tom, že zákon *„poskytuje volný prostor k rozhodování v hranicích, které stanoví.“* S ohledem na maximální možnou výši uložené pokuty v posuzovaném případě, byla pokuta uložena při spodní hranici maximální možné výše.
89. Ukládání trestu je založeno na dvou základních principech - principu zákonnosti trestu a individualizace trestu. Z judikatury Nejvyššího správního soudu přitom vyplývá, že při posuzování zákonnosti uložené sankce správní soud k žalobní námitce přezkoumá, zda správní orgán při stanovení výše sankce zohlednil všechna zákonem stanovená kritéria, zda jeho úvahy o výši pokuty jsou racionální, ucelené, koherentní a v souladu se zásadami logiky,

zda správní orgán nevybočil z mezí správního uvážení nebo jej nezneužil, ale rovněž, zda uložená pokuta není likvidační [srov. např. usnesení rozšířeného senátu ze dne 20. 4. 2010, č. j. 1 As 9/2008 - 133, publikované pod č. 2092/2010 Sb. NSS, www.nssoud.cz, nebo nálezy Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 3/02 ze dne 13. 8. 2002 (N 105/27 SbNU 177; 405/2002 Sb.), nebo sp. zn. Pl. ÚS 38/02 ze dne 9. 3. 2004 (N 36/32 SbNU 345; 299/2004 Sb.)]. Není přitom důvodu, aby obdobným způsobem při přezkoumávání pokuty nepostupoval také odvolací správní orgán. S ohledem na shrnutí závěrů Úřadu ve vztahu k pokutě uvedených v odůvodnění napadeného rozhodnutí, ale i s ohledem na to, že Úřad správně posoudil i možnou likvidačnost pokuty pro zadavatele, je možné uzavřít, že se Úřad v napadeném rozhodnutí zabýval odůvodněním výše uložené pokuty velice pečlivě, přičemž při splnění povinnosti dle § 89 odst. 2 správního řádu jsem ve vztahu k zákonnosti výroku III. napadeného rozhodnutí neshledal, že by Úřad nenaplnil požadavky, jež jsou na odůvodnění pokuty kladeny jak § 121 odst. 2 zákona, tak § 68 odst. 3 správního řádu.

90. V souvislosti s určením výměry pokuty poukazují na nález Ústavního soudu Pl. ÚS 3/2002 ze dne 13. 8. 2002. Podle výkladu uvedeného nálezu je při ukládání pokut vyloučen takový zásah do majetku podnikatele, v důsledku kterého by byla zničena *majetková základna* pro další podnikatelskou činnost. Nepřípustné jsou takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Ústavní soud se v nálezu Pl. ÚS 3/2002 ze dne 13. 8. 2002 zabýval ukládáním pokut právníckým a fyzickým osobám podnikajícím. Úřad přesto postupoval správně, když při stanovení výše pokuty zohlednil v bodě 164 napadeného rozhodnutí ekonomickou situaci zadavatele, pokud uvedl, že aktiva zadavatele za rok 2014 dosahovala celkové výše 8 229 555 000 Kč. Proto ani ve vztahu k tomuto hospodářskému výsledku zadavatele není možné mít za to, že pokuta ve výši 100 000 Kč by vůbec mohla mít likvidační charakter a jeví se jako přiměřená.
91. S ohledem na výše uvedené tedy uzavírám, že Úřad v napadeném rozhodnutí řádně posoudil všechny okolnosti případu a uložil pokutu přiměřenou těmto okolnostem za současné individualizace trestu.
92. S ohledem na závěry vyslovené v odůvodnění napadeného rozhodnutí mám za to, že Úřad postupoval zcela v souladu s § 121 odst. 2 zákona, když při určení výše pokuty za spáchaný správní delikt přihlédl jak k závažnosti spáchaného správního deliktu, tak i k jeho následkům, a dále i k okolnostem jeho spáchání, přičemž tyto okolnosti řádně v odůvodnění napadeného rozhodnutí označil, uvedl závěry, na základě nichž posoudil, zda se jedná o polehčující a přitěžující okolnosti a následně tyto při samotném určení výše pokuty zohlednil, a to včetně ekonomické situace zadavatele.

Posouzení z hlediska pozdější právní úpravy

93. Dne 1. 10. 2016 nabyl účinnosti zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „**ZZVZ**“).
94. Podle čl. 40 odst. 6 ústavního zákona č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod (dále jen „**Listina**“) se trestnost činu posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán. Pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější. Shodný princip je vyjádřen i v § 2 odst. 1 zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**trestní zákoník**“). Toto pravidlo zakládá výjimku z jinak obecného zákazu retroaktivity trestních norem, která se uplatní v případě,

kdy je pozdější právní úprava pro pachatele příznivější. Tato výjimka se dle konstantní judikatury Nejvyššího správního soudu aplikuje rovněž v oblasti správního trestání.

95. V souvislosti s citovaným článkem Listiny uvádím, že konstantní soudní judikatura (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 6 A 126/2002-27 ze dne 27. 10. 2004) dospěla k závěru, že „[t]restání za správní delikty musí podléhat stejnému režimu jako trestání za trestné činy a v tomto smyslu je třeba vykládat všechny záruky, které se podle vnitrostátního práva poskytují obviněnému z trestného činu. Je totiž zřejmé, že rozhraničení mezi trestnými (a tedy soudem postižitelnými) delikty a delikty, které stíhají a trestají orgány exekutivy, je výrazem vůle suverénního zákonodárce; není odůvodněno přirozenoprávními principy, ale daleko spíše je výrazem trestní politiky státu (...) Pro české právo to pak znamená, že i ústavní záruka článku 40 odst. 6 Listiny o tom, že je nutno použít pozdějšího práva, je-li to pro pachatele výhodnější, platí jak v řízení soudním, tak v řízení správním (...) Přijetí tohoto principu pak znamená, že nelze trestat podle starého práva v době účinnosti práva nového, jestliže nová právní úprava konkrétní skutkovou podstatu nepřevzala; analogicky to platí i tehdy, jestliže nová právní úprava stanoví mírnější sankce za stejné jednání“. K totožnému závěru dospěl Nejvyšší správní soud též v rozsudku č. j. 8 Afs 17/2007-135 ze dne 31. 5. 2007 a dalších.
96. K posouzení příznivější právní úpravy ve vztahu ke konkrétním okolnostem případu uvádím následující. Deliktní odpovědnost zadavatele konstatovaná napadeným rozhodnutím ve výroku I. se opírá o závěr Úřadu, že v daném případě zadavatel nedodržel postup stanovený v § 77 odst. 6 zákona v návaznosti na zásadu rovného zacházení a zásadu transparentnosti stanovenou v § 6 odst. 1 zákona, když odlišně posoudil zdůvodnění výše nabídkové ceny uchazeče OVISION a vybraného uchazeče, přestože oba kalkulovali své propočty s ohledem na předpokládaný objem plnění předmětné části veřejné zakázky. Dle § 6 odst. 1 ZZVZ zadavatel při postupu podle tohoto zákona musí dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti a dle § 6 odst. 2 ZZVZ ve vztahu k dodavatelům musí zadavatel dodržovat zásadu rovného zacházení a zákaz diskriminace, z čehož je zřejmé, že zásada rovného zacházení a zásada transparentnosti jsou zcela obdobně zakotveny v obou právních úpravách, tj. v zákoně i ZZVZ. Jak potom vyplývá z § 113 odst. 4 ZZVZ, zadavatel požádá účastníka zadávacího řízení o písemné zdůvodnění způsobu stanovení mimořádně nízké nabídkové ceny. Žádost o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny se považuje za žádost podle § 46 ZZVZ, lze ji doplňovat a vznést opakovaně. Jak dále vyplývá z § 46 odst. 1 ZZVZ, zadavatel může pro účely zajištění řádného průběhu zadávacího řízení požadovat, aby účastník zadávacího řízení v přiměřené lhůtě objasnil předložené údaje, doklady, vzorky nebo modely nebo doplnil další nebo chybějící údaje, doklady, vzorky nebo modely. Podle § 48 odst. 2 písm. b) ZZVZ zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení, pokud údaje, doklady, vzorky nebo modely předložené účastníkem zadávacího řízení, nebyly účastníkem zadávacího řízení objasněny nebo doplněny na základě žádosti podle § 46 ZZVZ. Ani tato právní úprava aplikovatelná na objasnění mimořádně nízké nabídkové ceny není rozporná právní úpravě v § 77 odst. 6 zákona v případě její aplikace v kontextu vytýkaného postupu zadavatele, jimž došlo k porušení základních zásad zákona i ZZVZ z jeho strany, proto lze konstatovat, že k žádné změně právní úpravy, jež by byla pro zadavatele příznivější, v dané věci nedošlo.

97. Deliktní odpovědnost zadavatele konstatovaná napadeným rozhodnutím ve výroku II. se opírá o závěr Úřadu, že v daném případě zadavatel v rozporu s ustanovením § 111 odst. 1 zákona nepřekročil v plném rozsahu námitky uchazeče OVISION, když je odmítl jako opožděné, ačkoliv byly podány ve lhůtě podle § 110 odst. 4 zákona, a to v poslední den desetidenní lhůty pro doručení námitek proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení z účasti v zadávacím řízení. Jak vyplývá z § 242 odst. 2 ZZVZ, námitky proti úkonům oznamovaným v dokumentech, které je zadavatel povinen podle tohoto zákona uveřejnit či odeslat stěžovateli, musí být doručeny zadavateli do 15 dnů od jejich uveřejnění či doručení stěžovateli. Dle § 245 odst. 1 ZZVZ zadavatel do 15 dnů od doručení námitek odešle rozhodnutí o námitkách stěžovateli. V rozhodnutí uvede, zda námitkám vyhovuje nebo je odmítá; součástí rozhodnutí musí být odůvodnění, ve kterém se zadavatel podrobně a srozumitelně vyjádří ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách. Pokud zadavatel námitkám vyhoví, sdělí v rozhodnutí současně, jaké provede opatření k nápravě. Dle § 245 odst. 3 písm. b) ZZVZ zadavatel odmítne rovněž námitky, které jsou podány opožděně. Z výše citovaných ustanovení ZZVZ je zřejmé, že ani právní úprava vyřizování námitek nedoznala takové změny, která by měla vliv na posouzení postupu zadavatele, který odmítl námitky uchazeče OVISION, ačkoli nebyly opožděně podané. Nová právní úprava není vůči zadavateli mírnější, naopak dává stěžovateli delší lhůtu k doručení námitek zadavateli v délce 15 dnů (oproti 10 dnům u zjednodušeného podlimitního řízení dle předchozího zákona).
98. Z uvedeného vyplývá, že i podle pozdější právní úpravy by se v případě výroku I. napadeného rozhodnutí jednalo o správní delikt dle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ, kterým zadavatel nedodržel zásadu zákazu rovného zacházení v § 6 odst. 2 ZZVZ a zásadu transparentnosti v § 6 odst. 1 ZZVZ a zároveň by nepostupoval v souladu s § 113 odst. 4 ZZVZ v návaznosti na § 46 odst. 1 ZZVZ a § 48 odst. 2 písm. b) ZZVZ, když odlišně posoudil zdůvodnění výše nabídkové ceny uchazeče OVISION a vybraného uchazeče, přestože oba kalkulovali své propočty s ohledem na předpokládaný objem plnění předmětné části veřejné zakázky, přičemž tímto postupem ovlivnil výběr dodavatele.
99. Rovněž podle pozdější právní úpravy by se v případě výroku II. napadeného rozhodnutí jednalo o správní delikt dle § 268 odst. 1 písm. d) ZZVZ, když zadavatel postupoval při vyřizování námitek uchazeče OVISION v rozporu s § 245 odst. 1 a 2 ZZVZ.
100. Co se výroku III. napadeného rozhodnutí, jakožto výroku o trestu týká, uvádím, že ZZVZ v § 268 odst. 2 stanoví výši pokuty za správní delikt podle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ a rovněž podle § 268 odst. 1 písm. d) ZZVZ ve stejné výši (do 20 000 000 Kč) jako § 120 odst. 2 zákona. Pozdější právní úprava tak ani ve vztahu k výroku III. napadeného rozhodnutí není pro zadavatele příznivější.
101. Ve světle výše uvedeného konstatuji, že v šetřeném případě nelze aplikovat výjimku ze zákazu retroaktivity, neboť právní úprava dle ZZVZ není pro zadavatele právní úpravou příznivější, tudíž je třeba správní delikty posuzovat podle právní úpravy účinné v době jeho spáchání, tedy dle zákona. Šetřené správní delikty zadavatele naplňují stejné znaky skutkové podstaty, přičemž i výše sazby pokuty a kritéria závažnosti jsou totožná, jak dle ZZVZ, tak i podle zákona.

VI. Závěr

102. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že nastaly důvody pro změnu napadeného rozhodnutí ve výroku I., a pro potvrzení napadeného rozhodnutí ve zbývajících částech a zamítnutí podaného rozkladu, rozhodl jsem tak, jak je uvedeno ve výrocích tohoto rozhodnutí.

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:

JUSTITIA LEGAL PARTNERS, s.r.o., Půtova 1219/3, 110 00 Praha 1

Vypraveno dne:

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