UOHSX00AK0NL

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0253/2016/VZ-35403/2017/322/DJa Brno 4. prosince 2017

V řízení o rozkladu ze dne 6. 10. 2016 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 7. 10. 2016 navrhovatelem –

- **PPT POTRUBÍ TECHNIKA s.r.o.**, IČO 25203100, se sídlem Klatovská 515/169, Litice, 321 00 Plzeň, ve správním řízení zastoupeným na základě plné moci ze dne 30. 8. 2016 JUDr. Tomášem Samkem, ev. č. ČAK 10584, advokátem Holá, Janík, Samek, advokátní kancelář s.r.o., IČO 03250202, se sídlem Pražská 140, 261 01 Příbram,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0589/2016/VZ-40173/2016/511/KLi ze dne 30. 9. 2016 vydanému ve správním řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **město Holýšov**, IČO 00253367, se sídlem náměstí 5. května 32, 345 62 Holýšov, ve správním řízení zastoupeného na základě plné moci ze dne 12. 9. 2016 JUDr. Tomášem Nevečeřalem, ev. č. ČAK 11697, advokátem advokátní kanceláře Janstová, Smetana & Nevečeřal, IČO 71466126, se sídlem Vinohradská 404/19, 120 00 Praha,

učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Rekonstrukce stávajícího zdroje tepla a zajištění dodávek tepla města Holýšov**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno k uveřejnění dne 9. 5. 2016 a uveřejněno bylo dne 10. 5. 2016 pod ev. č. zakázky 633133, ve znění opravy ze dne 26. 7. 2016 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 14. 5. 2016 pod ev. č. 2016/S 093-166844, ve znění opravy ze dne 28. 7. 2016,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0589/2016/VZ-40173/2016/511/KLi ze dne 30. 9. 2016

r u š í m

a správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – město Holýšov, IČO 00253367, se sídlem náměstí 5. května 32, 345 62 Holýšov, ve správním řízení zastoupeného na základě plné moci ze dne 12. 9. 2016 JUDr. Tomášem Nevečeřalem, ev. č. ČAK 11697, advokátem advokátní kanceláře Janstová, Smetana & Nevečeřal, IČO 71466126, se sídlem Vinohradská 404/19, 120 00 Praha, učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „Rekonstrukce stávajícího zdroje tepla a zajištění dodávek tepla města Holýšov“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno k uveřejnění dne 9. 5. 2016 a uveřejněno bylo dne 10. 5. 2016 pod ev. č. zakázky 633133, ve znění opravy ze dne 26. 7. 2016 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 14. 5. 2016 pod ev. č. 2016/S 093-166844, ve znění opravy ze dne 28. 7. 2016,

z a s t a v u j i.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Dne 2. 9. 2016 obdržel Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)[1] k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, návrh navrhovatele – PPT POTRUBÍ TECHNIKA s.r.o., IČO 25203100, se sídlem Klatovská 515/169, Litice, 321 00 Plzeň, ve správním řízení zastoupeného na základě plné moci ze dne 30. 8. 2016 JUDr. Tomášem Samkem, ev. č. ČAK 10584, advokátem Holá, Janík, Samek, advokátní kancelář s.r.o., IČO 03250202, se sídlem Pražská 140, 261 01 Příbram (dále jen „**navrhovatel**“) – ze dne 31. 8. 2016 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – město Holýšov, IČO 00253367, se sídlem náměstí 5. května 32, 345 62 Holýšov ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 12. 9. 2016 JUDr. Tomášem Nevečeřalem, ev. č. ČAK 11697, advokátem advokátní kanceláře Janstová, Smetana & Nevečeřal, IČO 71466126, se sídlem Vinohradská 404/19, 120 00 Praha (dále jen „**zadavatel**“) – učiněných ve veřejné zakázce s názvem „Rekonstrukce stávajícího zdroje tepla a zajištění dodávek tepla města Holýšov“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno k uveřejnění dne 9. 5. 2016 a uveřejněno bylo dne 10. 5. 2016 pod ev. č. zakázky 633133, ve znění opravy ze dne 26. 7. 2016 a v Úředním

[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 zákon.*

věstníku Evropské unie dne 14. 5. 2016 pod ev. č. 2016/S 093-166844, ve znění opravy ze dne 28. 7. 2016 (dále jen „**veřejná zakázka**“).

2. Dne 2. 9. 2016, kdy byl Úřadu doručen návrh navrhovatele na přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 31. 8. 2016 (dále jen „**návrh**“), bylo podle § 113 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) zahájeno správní řízení.

3. Navrhovatel ve svém návrhu namítal porušení zásady transparentnosti, rovného zacházení a diskriminace dle § 6 odst. 1 zákona zadavatelem při stanovení zadávacích podmínek, dále porušení § 40 odst. 3 zákona ve spojení s § 39 odst. 3 písm. a) bod 1, a odst. 4 zákona tím, že zadavatel neprodloužil lhůtu pro podání nabídek, ačkoliv s ohledem na provedené změny zadávacích podmínek tak učinit měl, a dále porušení § 86 odst. 2 zákona ve spojení s § 1 písm. d) a § 2 vyhlášky č. 232/2012 Sb., o podrobnostech rozsahu odůvodnění účelnosti veřejné zakázky a odůvodnění veřejné zakázky, jelikož v předběžném oznámení ani v oznámení o zakázce neuvedl předpokládaný termín splnění veřejné zakázky.

4. Navrhovatel se současně v návrhu domáhal uložení předběžného opatření spočívajícího v zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení a předběžného opatření spočívajícího v pozastavení zadávacího řízení zadavateli.

II. Napadené rozhodnutí

5. Dne 30. 9. 2016 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0589/2016/VZ-40173/2016/511/KLi (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).

6. Výrokem napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že se správní řízení podle § 117a písm. d) zákona zastavuje, neboť k návrhu nebyl připojen doklad o doručení námitek zadavateli.

7. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že navrhovatel společně předložil Úřadu tři listiny, které mají prokazovat odeslání námitek zadavateli. Jedná se o námitky navrhovatele ze dne 15. 8. 2016 (dále jen „**námitky**“) zaslané prostřednictvím držitele poštovní licence, jejichž součástí je podací stvrzenka vystavená Českou poštou, s. p., IČO 47114983, se sídlem Politických vězňů 909/4, 225 99 Praha 1 (dále jen „**Česká pošta, s. p.**“) dne 15. 8. 2016, dále námitky navrhovatele zaslané prostřednictvím datové schránky, jejichž součástí je výpis z datové schránky navrhovatele a neoznačený dokument, jehož obsahem je emailová zpráva odeslaná právním zástupcem navrhovatele. Pokud jde o emailovou zprávu ze dne 15. 8. 2016 a podací stvrzenku České pošty, s. p. z téhož dne, v obou těchto případech Úřad posoudil, že se jedná o doklady prokazující pouze to, že námitky byly v příslušný den odeslány, nelze z nich však zjistit, zda a kdy byly zadavateli doručeny, tedy ani jeden z uvedených dokumentů nepředstavuje doklad o doručení námitek zadavateli ve smyslu § 114 odst. 3 zákona.

8. Pokud jde o doklad obsahující výpis z datové schránky navrhovatele, k tomu Úřad uvedl, že se jedná pouze o doklad prokazující, že datová zpráva obsahující námitky navrhovatele byla zadavateli odeslána, a dále je z něj zřejmé, že dne 15. 8. 2016 byla tato datová zpráva dodána do datové schránky zadavatele.

9. Úřad tedy dospěl k závěru, že v posuzovaném případě není možno z výše uvedených dokladů předložených navrhovatelem zjistit, kdy došlo k doručení dokumentu – námitek – dodaného

do datové schránky, tedy kdy se přihlásila osoba, která má s ohledem na rozsah svého oprávnění přístup do datové schránky. Ani jeden z předložených dokladů, tak nelze považovat za doklad o doručení námitek ve smyslu ustanovení § 114 odst. 3 zákona.

10. Dále Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že ani text námitek a rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele ze dne 28. 8. 2016 (dále jen „**rozhodnutí o námitkách**“), které navrhovatel zaslal jako přílohy návrhu, neprokazují okamžik doručení námitek zadavateli.

11. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatoval, že návrh navrhovatele nenaplnil všechny zákonné požadavky, když v rozporu s § 114 odst. 3 zákona nebyl součástí návrhu doklad o doručení námitek zadavateli.

III. Námitky rozkladu

12. Napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 3. 10. 2016. Dne 6. 10. 2016 podal navrhovatel proti napadenému rozhodnutí rozklad, který byl Úřadu doručen dne 7. 10. 2016. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě.

13. Navrhovatel nesouhlasí s postupem, kterým Úřad zastavil správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro údajnou absenci dokladu o doručení námitek zadavateli, a pro údajné nesplnění náležitostí návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele.

14. Navrhovatel namítá, že zákonem stanovenou podmínku splnil tím, že Úřadu předložil rozhodnutí zadavatele o námitkách, v němž zadavatel sám uvádí přesné datum doručení námitek a výslovně potvrzuje, že mu námitky navrhovatele byly řádně a včas doručeny.

15. Navrhovatel dále v rozkladu uvádí, že z předložených listin, které navrhovatel k návrhu připojil, bylo zřejmé, že navrhovatel své podání obsahující námitky proti zadávacím podmínkám veřejné zakázky odeslal zadavateli datovou zprávou i prostřednictvím poštovního přepravce dne 15. 8. 2016. Tedy z těchto podkladů bylo dle názoru navrhovatele zřejmé, že navrhovatel námitky doručil zadavateli nejpozději dne 16. 8. 2016, což pro posouzení včasnosti podání námitek pro potřeby dalšího řízení o přezkumu úkonů zadavatele plně postačuje.

16. Navrhovatel nesouhlasí s výkladem Úřadu v napadeném rozhodnutí, že potvrzení zadavatele o okamžiku doručení námitek, uvedené v textu listiny jakožto rozhodnutí zadavatele o námitkách, nelze považovat za doklad o doručení námitek, protože v něm obsažené tvrzení zadavatele o termínu doručení námitek je pouze „deklaratorní“. Takový výklad právního jednání je dle navrhovatele v rozporu s § 545 a násl. zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**NOZ**“) a to s ohledem na soukromoprávní charakter zadávacího řízení. Navrhovatel konstatuje, že rozhodnutí zadavatele o námitkách je listinou obsahující právní jednání ve smyslu § 545 NOZ a z uvedeného důvodu je na její obsah třeba hledět jako na celek. Navrhovatel dále podotýká, že právní jednání lze podle § 546 NOZ učinit jakýmkoliv způsobem, nevzbuzujícím pochybnost o tom, co jednající strana chtěla projevit.

17. Podle názoru navrhovatele se Úřad mýlí, pokud se domnívá, že účinky doručení námitek nastanou až převzetím zásilky obsahující námitky zadavatelem. Podle § 570 odst. 1 NOZ totiž zcela evidentně takové účinky nastanou už okamžikem, kdy je zásilka doručena (dodána)

do sféry vlivu příjemce, nikoliv jím převzata. Z hlediska doručování formou datových schránek nelze proto pojem „doručování“ užitý zákonem č. 300/2008 Sb., o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**ZEÚ**“) v jeho ust. § 17 a § 18a zaměňovat za pojem „dojití“ používaný ust. § 570 odst. 1 NOZ a pojem „doručení“ užívaný zákonem. V případě ust. § 17 a § 18a ZEÚ je pojem „doručení“ nutno spojit s převzetím zásilky jejím adresátem. Naproti tomu doručením námitek ve smyslu zákona se dle názoru navrhovatele rozumí okamžik, kdy jejich hmotněprávní účinky ve smyslu ust. § 570 odst. 1 NOZ nastanou vůči zadavateli, tedy okamžik „dojití“ zadavateli, což je podle navrhovatele jediný smysluplný výklad pojmu „doručení“ v rámci celého zákona.

18. Konečně navrhovatel v rozkladu namítá, že se Úřad nezabýval tím, že zadavatel je veřejnoprávní korporací – uzemním samosprávním cekem, resp. tím, že ke komunikaci prostřednictvím datových schránek používá ve smyslu § 7 odst. 1 ZEÚ datovou schránku orgánu veřejné moci. Dle názoru navrhovatele se pro doručování do datových schránek územních samosprávných celků aplikuje výhradně ust. § 18 ZEÚ, nikoliv, jak Úřad chybně usuzuje, ust. § 18a ZEÚ.

Závěr rozkladu

19. Navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

Další průběh správního řízení

20. Dne 30. 5. 2017 zaslal předseda Úřadu účastníkům správního řízení Sdělení k přípisu navrhovatele ze dne 6. 10. 2017 č. j. ÚOHS-16189/2017/322/DJa. Učinil tak s ohledem na skutečnost, že rozklad proti napadenému rozhodnutí nebyl opatřen uznávaným elektronickým podpisem a nebyl tedy učiněn v zákonem předvídané formě. Z toho důvodu se předseda Úřadu nemohl věcí zabývat. S ohledem na principy dobré správy předseda Úřadu v rámci svého dozorčího postavení předběžně posoudil, zda jsou či nejsou ohledně napadeného rozhodnutí dány důvody pro zahájení přezkumného řízení z moci úřední, eventuálně zda jsou splněny podmínky obnovy řízení nebo nového rozhodnutí ve věci.

21. Téhož dne předseda Úřadu účastníkům správního řízení sdělil, že po provedeném předběžném posouzení věci z moci úřední nedošel k závěru, že lze mít důvodně za to, že napadené rozhodnutí bylo vydáno v rozporu s právními předpisy, pročež nebyl dán prostor pro zahájení přezkumného řízení, v němž by bylo možné postupem podle § 94 a násl. správního řádu napadené rozhodnutí zrušit.

22. Dne 11. 9. 2017 obdržel Úřad rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 7. 9. 2017 č. j. 7 As 221/2017-40 týkající se výkladu ustanovení § 117c odst. 1 písm. b) zákona. Nejvyšší správní soud v něm sice přisvědčil Úřadu, že jedinou formou, kterou lze podle citovaného ustanovení zákona podat rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu, je elektronicky s uznávaným elektronickým podpisem. Přesto však Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že *„ze systematického i teleologického výkladu plyne, že smyslem vložení § 117c odst. 1 písm. b) do zákona o veřejných zakázkách byla elektronizace zasílání podání týkajících se rozkladu ve věcech řízení o přezkoumání úkonů zadavatele“* a že *„podání podle § 117c odst. 1 zákona o veřejných zakázkách bylo možné učiniti prostřednictvím datové*

schránky“ s tím, že není třeba dalšího potvrzování podání zasílaných prostřednictvím datové schránky pomocí elektronického podpisu.

23. Úřad plně respektuje tento nově poskytnutý výklad Nejvyššího správního soudu a v souladu se zásadou dobré správy přistoupil ke změně své ustálené rozhodovací praxe při výkladu ustanovení § 117c odst. 1 písm. b) zákona. Bez ohledu na již dříve provedené předběžné posouzení napadeného rozhodnutí v rámci zhodnocení předpokladů pro zahájení přezkumného řízení podle správního řádu je podaný rozklad proti napadenému rozhodnutí projednán v souladu s tímto zákonem.

24. Dne 27. 9. 2017 odeslal předseda Úřadu účastníkům správního řízení oznámení o pokračování správního řízení o rozkladu sp. zn. ÚOHS-R0253/2016/VZ podaném proti napadenému rozhodnutí.

IV. Řízení o rozkladu

25. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu, a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Procesní vývoj během řízení o rozkladu

26. Dne 5. 10. 2017 předseda Úřadu vyzval usnesením č. j. ÚOHS-R0253/2016/VZ-28494/2017/322/DJa zadavatele k vyjádření se k rozkladu. Dne 10. 10. 2017 obdržel předseda Úřadu vyjádření zadavatele k rozkladu, který oznámil, že rozhodnutím ze dne 18. 9. 2017 zrušil zadávací řízení na veřejnou zakázku (dále jen „**rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení**“). Rozhodnutí o zrušení zadávací řízení odůvodnil následovně: „*Zadávací podmínky předmětné veřejné zakázky, konkrétně návrh smlouvy o dílo, jež je součástí zadávacích podmínek, a jež měla být uzavřena s nejvhodnějším uchazečem, ve svém čl. IV, odst. 1 stanoví, že: ‚Instalace Zdroje bude ukončena a Zdroj bude uveden do provozu do 1. 10. 2016, přičemž dodávky tepla Pronajímateli budou zahájeny bezprostředně po uvedení Zdroje do provozu.‘ Vzhledem k nedostatkům obsaženým v nabídkách jednotlivých dodavatelů a s tím souvisejícím průtahům zadávacího řízení potom nebylo do dnešního dne možné zadávací řízení řádně ukončit a uzavřít smlouvu s nejvhodnějším uchazečem. Nastala tak situace, kdy objektivně není možné provést plnění veřejné zakázky, jelikož závazný termín zahájení plnění již uplynul. V popsané situaci, a s přihlédnutím k neúměrným průtahům zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku tak zadavateli nezbývá než zadávací řízení na veřejnou zakázku zrušit, jelikož se v průběhu zadávacího řízení vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval*.“

27. Zadavatel dále uvádí, že se správní řízení o rozkladu navrhovatele stalo bezpředmětným, neboť rozhodnutím o zrušení zadávacího řízení pominuly důvody pokračovat ve správním řízení. K tomuto uvedl závěr Nejvyššího správního soudu uvedený v rozsudku č. j 101/2014-76 ze dne 29. 5. 2015, ve kterém Nejvyšší správní soud mimo jiné konstatoval, že „*nelze nad rámec platné právní úpravy a zákonem stanovené pravomoci Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dovozovat jeho povinnost vést řízení i po zrušení zadávacího řízení, tj. poté, co odpadl předmět řízení, kterým je trvající zadávací řízení, neboť Úřad pro ochranu*

hospodářské soutěže by tak byl nucen vydat de facto deklaratorní rozhodnutí o tom, zda došlo či nedošlo ke kvalifikovanému porušení povinností zadavatele."

28. Přílohou vyjádření zadavatele k rozkladu bylo i samotné rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení.

29. Usnesením č. j. ÚOHS-R0253/2016/VZ-32982/2017/322/AHo ze dne 10. 11. 2017 určil předseda Úřadu účastníkům řízení v souladu s § 39 odst. 1 správního řádu ve spojení s § 117c odst. 3 zákona lhůtu sedmi kalendářních dnů k vyjádření se k podkladům rozhodnutí.

Stanovisko předsedy Úřadu

30. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.

31. Jelikož jsem v průběhu tohoto řízení o rozkladu zjistil, že ve smyslu § 90 odst. 4 správního řádu nastala skutečnost, která odůvodňuje zastavení řízení, bez dalšího jsem napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil.

32. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí o rozkladu jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení správního řízení.

V. K podmínkám řízení a dokladu o doručení námitek

33. Zadávací řízení na plnění předmětu veřejné zakázky přezkoumávané v této věci bylo již zrušeno. Návrh se tak stal bezpředmětným. Aby však bylo možno bezpředmětnost návrhu konstatovat a řízení pro bezpředmětnost zastavit, je nutné zabývat se splněním podmínek pro vedení řízení, v tomto případě tím, zda podaný návrh na přezkoumání úkonů zadavatele splňoval zákonné náležitosti ve smyslu ustanovení § 114 zákona

34. Návrh ze dne 31. 8 2016 byl doručen Úřadu dne 2. 9. 2016 do datové schránky. Návrh směřuje proti zadávacím podmínkám zadavatele. Navrhovatel podal námitky proti zadávacím podmínkám zadavateli ze dne 15. 8. 2016, o nichž bylo zadavatelem rozhodnuto dne 25. 8. 2016 tak, že jim nebylo vyhověno. Návrh na přezkoumání úkonů zadavatele byl podán v zákonné lhůtě.

35. Návrh obsahuje označení zadavatele, tvrzení toho, v čem je spatřováno porušení zákona, v jehož důsledku navrhovateli hrozí nebo vznikla újma na jeho právech, návrhy na provedení důkazů, a to, čeho se navrhovatel domáhá. Návrh tedy i svým obsahem dostál zákonným požadavkům.

36. Co se týká příloh návrhu, navrhovatel řádně složil kauci, přiložil své námitky, potvrzení o jejich doručení zadavateli jakož i další doklady k prokázání skutkových tvrzení. Rovněž tyto doklady považuji za řádné a naplňující požadavky ustanovení § 114 odst. 3 zákona. Jako doklad o doručení námitek je v tomto případě postačující rozhodnutí zadavatele o námitkách ze dne 25. 8. 2016, v němž zadavatel konstatuje, že mu byly námitky doručeny a uvádí i datum jejich doručení.

37. Na základě přezkoumání návrhu učiněného v předchozích odstavcích konstatuji, že návrh je včasným a řádným úkonem ve smyslu ustanovení § 114 zákona a podmínky řízení jsou tak splněny.

38. Úřad napadeným rozhodnutím zastavil správní řízení proto, že dle jeho názoru nebyl k návrhu na zahájení řízení řádně přiložen doklad o doručení námitek zadavateli. Jsem si vědom toho, že akceptace rozhodnutí zadavatele o námitkách jako dokladu o doručení námitek je změnou dosavadní praxe Úřadu. Proto považuji za nezbytné se k prokázání doručení námitek zadavateli podrobněji vyjádřit.

39. V bodu 9. odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad rekapituluje přílohy návrhu na zahájení řízení v této věci. Navrhovatel mj. přiložil doklad o dodání námitek do datové schránky zadavatele a rozhodnutí zadavatele o navrhovatelových námitkách. Rozhodnutí zadavatele obsahuje údaj o dataci námitek i dni jejich doručení.

40. Podstata napadeného rozhodnutí Úřadu sleduje dlouhodobé stanovisko Úřadu, dle něhož doklad o dodání námitek do datové schránky není dokladem o doručení námitek. Rovněž to, že zadavatel ve svém rozhodnutí o námitkách uvádí jak dataci námitek (námitky ze dne 15. 8. 2016), tak i datum jejich doručení (dne 16. 8. 2016), není z hlediska Úřadu dokladem o doručení námitek.

41. Jakkoliv Úřad otázku dokladu o doručení námitek vykládá dlouhodobě a jednotně způsobem aplikovaným i v posuzované věci, nelze přehlédnout změnu judikatorního přístupu k věci, zejm. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 18. 10. 2017, č. j. 30 Af 97/2016-84.

42. Jeho závěry jsou jednoznačné a stručně shrnuto Krajský soud v Brně považuje požadavky Úřadu na doklad o doručení námitek za příliš formální. Poukazuje na to, že doručenka není jediným důkazním prostředkem, který prokazuje, že byly námitky doručeny. Z hlediska Krajského soudu v Brně rozhoduje fakticita doručení (doručení v materiálním smyslu), nikoliv doklad.

43. V odkazovaném rozsudku se Krajský soud v Brně otázkou důkazů k doručení námitek podrobně zabývá a jeho závěry a argumentace jsou přesvědčivé. Z tohoto důvodu považuji za nutné poněkud revidovat přístup Úřadu k tomu, jaký důkaz o doručení námitek je akceptovatelný.

44. Dle ustanovení § 51 odst. 1 správního řádu lze k provedení důkazů užít všech důkazních prostředků, které jsou vhodné ke zjištění stavu věci. Zákon sám žádné požadavky na formu či podobu dokladu o doručení námitek zadavateli nestanovuje. Účelem požadavku přiložení dokladu o doručení námitek zadavateli k návrhu na přezkum úkonů zadavatele je prokázání, že řízení před Úřadem předcházelo jakési smírčí řízení mezi zadavatelem a navrhovatelem a že navrhovatel v tomto řízení učinil včasný a zákonem požadovaný úkon (podání námitek zadavateli).

45. Při posuzování toho, co lze jako doklad o doručení námitek akceptovat, je tak nutno vyjít z toho, že zákon neurčuje podobu tohoto dokladu, a z toho, že z tohoto dokladu musí být patrno, zda a kdy zadavatel námitky obdržel.

46. Jako důkazní prostředek k prokázání doručení námitek zadavateli je tedy coby přílohu návrhu nutno přijmout takový doklad, z něhož lze bez rozumných pochyb zjistit, že námitky byly zadavateli doručeny. Takovým dokladem může být, jako tomu je i v pojednávaném případě,

rozhodnutí zadavatele o námitkách, v němž zadavatel potvrzuje přijetí námitek a uvádí datum jejich doručení. Obsah takového dokladu však samozřejmě nemůže být v rozporu s jinými případně doloženými dokumenty, např. s dokladem o dodání námitek do datové schránky zadavatele, jinými slovy o doručení námitek zadavateli nemůže být pochyb.

47. Z hlediska důkazní relevance není racionální činit rozdíl mezi potvrzením zadavatele o doručení námitek např. na dodejce a potvrzením zadavatele obsaženém v rozhodnutí o námitkách. Žádný z těchto dokumentů není totiž formálně „nadřazený“, oba je především nutno považovat za správné, není-li tvrzen či prokazován opak. U obou se může vyskytnout chyba, aniž lze o některém z nich obecně tvrdit, že by byl chybný častěji. Tedy ani nedbalostní či úmyslná chyba v psaní nemůže být kritériem jejich důkazní hodnoty.

48. V této souvislosti však podotýkám, že **doklad o doručení námitek musí být nutně dokladem o tom, že námitky byly zadavateli doručeny**. Pouhý doklad o tom, že byly námitky dodány do datové schránky či doklad o tom, že byly dány k poštovní přepravě, neprokazuje sám o sobě to, že byly námitky zadavateli rovněž doručeny. Jinými slovy podací lístek či doklad o dodání námitek do datové schránky zadavatele jsou toliko dokladem o tom, že byly námitky odeslány, důkazem o doručení, natož včasném, však nejsou a důkazně mohou mít toliko podpůrný charakter v případě spornosti doručení.

49. Jmenuji-li v předchozím odstavci doklad o dodání námitek do datové schránky zadavatele, bez ohledu na nyní popisovanou změnu přístupu nadále tento izolovaný dokument za doklad o doručení námitek zadavateli nepovažuji. Je tomu tak proto, že doručování námitek dodavatele zadavateli je soukromoprávním aktem, dílčím aspektem jednání mezi zadavatelem a dodavatelem. Na zadavatele v tomto stádiu zadávacího řízení nelze hledět jako na orgán veřejné moci a účinky doručení nelze posuzovat podle § 18 ZEÚ. Rozlišovat v průběhu zadávacího řízení zadavatele na ty, kteří mají obecně postavení orgánu veřejné moci, a na ty, kteří orgány veřejné moci nejsou, by vedlo k naprosto nepřijatelné dichotomii způsobující v důsledku nerovné postavení dodavatelů napříč jednotlivými zadávacími řízeními. Doručování námitek zadavateli je doručováním soukromoprávním, na něž se vztahuje § 18a ZEÚ. Dokladem o takovém doručení tak není pouhý doklad o dodání datové schránky, nýbrž doručenka případně jiný doklad, z něhož je patrno, že námitky byly zadavateli řádně doručeny.

50. Závěrem ovšem podotýkám, že dosavadní Úřadem zastávaný výklad toho, co má být dokladem o doručení námitek zadavateli, formoval dlouhodobě očekávání účastníků řízení, jak zadavatelů, tak navrhovatelů, a založil na jejich straně určité legitimní očekávání. Součástí právního státu je pak právní jistota nejen stran zákazu retroaktivity právních norem, ale i stran zákazu retroaktivity jejich výkladu.

51. Co se týká možnosti změny zavedené praxe, je nutno mít na paměti, že součástí základních principů právního státu je nejen zákaz retroaktivity právních norem, ale i zákaz retroaktivity výkladu právních norem, viz např. nález Ústavního soudu sp. zn. IV. ÚS 215/94.

52. Zavedenou praxi je tedy možné změnit, avšak je principiálně nutno činit tak do budoucna. Změnu praxe připouští i Ústavní soud např. v nálezu sp. zn. IV. ÚS 610/06 ze dne 22. 6. 2009, vyhrazuje ji nicméně pro případy, v nichž má změna přispět k lepšímu dosažení právem chráněné hodnoty: „*Ústavní soud v nálezu sp. zn. I. ÚS 520/06 především zdůraznil, že ke znakům právního státu neodmyslitelně patří hodnota právní jistoty a z ní vyplývající*

princip ochrany důvěry občanů v právo, které jsou v nejobecnější podobě obsaženy v čl. 1 odst. 1 Ústavy ČR. Povaha materiálního právního státu přitom obsahuje rovněž s ním spjatou maximu, podle níž, jestliže někdo jedná v (oprávněné) důvěře v nějaký zákon (resp. v právo vůbec), nemá být v této své důvěře zklamán. Ochrana jednání učiněného v důvěře v právo pak předpokládá, že právnická nebo fyzická osoba jedná v důvěře nejen v text relevantního právního předpisu, ale zejména též v důvěře v trvající výklad takového předpisu orgány veřejné moci, včetně (zde) konstantní správní praxe správních úřadů a výkladu práva podávaného správními soudy. Přehodnocení výkladu ze strany správních úřadů nebo soudů za nezměněného stavu interpretovaných právních předpisů přitom není vyloučeno, avšak lze v něm spatřovat závažný zásah do právní jistoty a intenzitu tohoto zásahu je nutno vždy posuzovat ve světle konkrétní situace. Platí však, že změna dlouhodobé správní praxe nebo soudní judikatury, ale za nezměněného stavu právních předpisů, může nastat jen ze závažných důvodů směřujících k dosažení určité právem chráněné hodnoty; v žádném případě se však tak nesmí dít svévolně.“

53. Při posuzování náležitostí již došlých návrhů dochází ke kolizi několika chráněných zájmů (zákazu retroaktivního výkladu právních norem, ochraně právní jistoty a legitimního očekávání a zájmu na aplikaci nového výkladu směřujícího k rozšíření ochrany práv navrhovatelů). Bude třeba s použitím principu proporcionality aplikované principy uplatnit v maximální možné míře. Přednost tak dostane to právo, jež chrání nejdůležitější hodnotu, avšak s minimálním nutným omezením ostatních konkurujících práv, tak aby byla zachována úměrnost mezi jednotlivými právy, jež jsou v konfliktu.

54. V souladu s názorem Ústavního soudu tedy uzavírám, že nelze vyvozovat, že by přístup upřednostňující čistou prospektivitu byl použitelný univerzálně. Vždy musí jít o hledání obecně přijatelného řešení v závislosti na konkrétních okolnostech toho kterého případu. V této souvislosti mám za to, že obecně zájem na rozšíření ochrany práv navrhovatelů a potažmo tedy zájem na ochraně zákonnosti zadávacích řízení převažuje nad zájmem na tom, aby byla absolutně dodržena zásada zákazu retroaktivní změny výkladu zákona. Jinými slovy zájem dodavatelů na tom, že se reálně domohou přezkumu problematických zadávacích řízení, obecně převažuje nad zájmem zadavatelů na právní jistotě plynoucí z rigidního výkladu pojmu „doklad o doručení námitek“.

VI. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení správního řízení

55. Jak jsem již konstatoval výše, návrh na přezkum úkonu zadavatele v tomto řízení netrpí vadou, kterou mu vytýká napadené rozhodnutí. Z tohoto důvodu by bylo na místě napadené rozhodnutí ve smyslu ustanovení § 90 odst. b) správního řádu pro nesprávnost zrušit a věc vrátit k dalšímu řízení, meritornímu posouzení. V posuzovaném případě však došlo ke zrušení zadávacího řízení veřejné zakázky, což je skutečnost odůvodňující zastavení řízení. Po zvážení věci jsem se z důvodu procesní ekonomie rozhodl pro zastavení řízení ve druhém správním stupni, jak níže popíšu.

56. Podle § 118 odst. 1 zákona, nedodrží-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky nebo pro soutěž o návrh, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky nebo návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.

57. Podle § 152 odst. 1 správního řádu proti rozhodnutí, které vydal ústřední správní úřad, ministr nebo vedoucí jiného ústředního správního úřadu v prvním stupni, lze podat rozklad.

58. Podle § 152 odst. 5 správního řádu, nevylučuje-li to povaha věci, platí pro řízení o rozkladu ustanovení o odvolání.

59. Podle § 90 odst. 4 správního řádu, jestliže odvolací správní orgán zjistí, že nastala skutečnost, která odůvodňuje zastavení řízení, bez dalšího zruší napadené rozhodnutí a řízení zastaví, ledaže jiné rozhodnutí o odvolání může mít význam pro náhradu škody nebo pro právní nástupce účastníků.

60. Podle § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu správní orgán řízení o žádosti usnesením zastaví, jestliže se žádost stala zjevně bezpředmětnou.

61. Bezpředmětnost ve smyslu § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu je podle rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 20/2011-52 ze dne 16. 8. 2012, proti němuž směřující kasační stížnost byla rozsudkem Nejvyššího správního soudu č. j. 7 Afs 79/2012-37 ze dne 26. 6. 2013 zamítnuta, nutno vnímat jako „*stav, kdy jakýmkoliv rozhodnutím o žádosti, ať už kladným nebo záporným, nedojde k žádné změně v právním postavení žadatele*“.

62. K bezpředmětnosti žádosti, jakožto k důvodu pro zastavení správního řízení podle § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu, se vyjádřil např. Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 5 As 62/2009-68 ze dne 14. 10. 2010, v rozsudku č. j. 8 As 103/2011-92 ze dne 19. 3. 2012 a v rozsudku č. j. 7 Afs 79/2012-37 ze dne 26. 6. 2013 v nichž uvedl, že „*důvod pro zastavení řízení podle § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu je dán tehdy, pokud v průběhu řízení o žádosti dojde k takové změně okolností, že rozhodnutí správního orgánu o žádosti již nebude mít pro žadatele význam*.“ Takový navrhovatelem sledovaný význam je potřeba vnímat jako právě ten zamýšlený význam, který by mělo pro navrhovatele eventuální budoucí rozhodnutí Úřadu, nikoli význam jiný. Tento význam přitom vždy vyplývá již z původního obsahu návrhu a v zásadě se kryje s předmětem řízení o přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky, tj. s cílem uložit konkrétní nápravné opatření, tj. právě to, kterého se navrhovatel v návrhu domáhal.

63. Úřad zahájil toto správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele podle § 113 zákona na základě návrhu navrhovatele. V době podání návrhu bylo cílem navrhovatele, aby Úřad zadavateli zrušil zadávací řízení na veřejnou zakázku. Současně se navrhovatel svým návrhem domáhal vydání předběžného opatření podle § 117 odst. 1 písm. a) zákona spočívajícího v uložení zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení a současně vydání předběžného opatření podle § 117 odst. 1 písm. b) zákona spočívajícího v pozastavení zadávacího řízení na veřejnou zakázku. V průběhu vedení tohoto správního řízení však zadavatel dne 18. 9. 2017 rozhodl o zrušení zadávacího řízení, čímž bylo zadávací řízení veřejné zakázky skončeno.

64. V tomto správním řízení tak v průběhu řízení o rozkladu došlo k takové změně okolností, která zapříčinila, že návrh, který v době svého podání bezpředmětným nebyl, se jím stal, neboť po zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku již nelze dosáhnout cíle, ke kterému návrh směřoval.

65. I kdyby bylo možné v rámci tohoto správního řízení docílit pravomocného meritorního výroku Úřadu ve věci návrhu navrhovatele, nedošlo by ke změně v právním postavení navrhovatele a rozhodnutí Úřadu o návrhu navrhovatele by pro navrhovatele nemělo

význam, neboť naplnění významu navrhovatelem zamýšleného v době podání návrhu by již nebylo objektivně možné. Prvotního cíle, kterého chtěl navrhovatel podáním návrhu dosáhnout (uložení nápravného opatření), tedy již dosáhnout nelze a návrh navrhovatele se tak stal bezpředmětnou žádostí ve smyslu § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu.

66. Zastavením řízení pro zjevnou bezpředmětnost návrhu navrhovatele se Nejvyšší správní soud zabýval i např. v rozsudku ze dne 29. 5. 2015, č. j. 7 As 101/2014, ve kterém dospěl k závěru, že: „*v případě, že zadávací řízení bylo po podání návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele zrušeno, nelze aplikovat ust. § 118 odst. 5 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Proto stěžovatel a)* [Úřad, pozn. předsedy Úřadu] *postupoval správně, pokud řízení podle ust. § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu zastavil, neboť zákon o veřejných zakázkách neobsahuje vlastní úpravu zastavení řízení zahájeného na návrh a podle ust. § 118 odst. 5 lze postupovat pouze v případech zamítnutí návrhu z věcných důvodů nebo tehdy, je-li návrh podán neoprávněnou osobou*.“ Zrušením zadávacího řízení zadavatelem se návrh navrhovatele stal zjevně bezpředmětným, a tudíž nelze nad rámec platné právní úpravy a zákonem stanovené pravomoci Úřadu dovozovat jeho povinnost vést řízení o přezkoumání úkonů zadavatele i po zrušení zadávacího řízení, tedy poté, co odpadl předmět řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.

67. Obdobně se Nejvyšší správní soud vyjádřil i v rozsudku č. j. 5 As 74/2015- 56 ze dne 29. 3. 2016, ve kterém Nejvyšší správní soud dospěl ke stejnému závěru: „*Je-li k stěžovateli a)* [Úřad, pozn. předsedy Úřadu] *podán návrh na přezkum úkonu zadavatele, kterým zadavatel zrušil zadávací řízení, a zruší-li zadavatel tento svůj úkon v průběhu správního řízení vedeného stěžovatelem a), pak odpadl předmět řízení a stěžovatel a) je povinen řízení z procesních důvodů pro zjevnou bezpředmětnost návrhu zastavit podle § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu. V takovém případě je z povahy věci vyloučen meritorní přezkum. V řízení se proto stěžovatel a) nemůže věcně zabývat jakýmikoliv úkony zadavatele, a to ani dalším případným rozhodnutím zadavatele o zrušení zadávacího řízení*.“

68. Zrušení zadávacího řízení zapříčinilo stav, kdy zanikla možnost Úřadu uložit zadavateli nápravné opatření. V přezkoumávané věci by totiž případné rozhodnutí o rozkladu nesplnilo svůj účel, tj. i kdyby případně byly navrhovatelovy námitky shledány v řízení o rozkladu důvodnými. V takovém případě by totiž Úřad nemohl uložit žádné nápravné opatření v již ukončeném zadávacím řízení veřejné zakázky, tj. vyhovět návrhu navrhovatele, neboť již není zadávacího řízení, které by Úřad podle § 118 odst. 1 zákona mohl svým rozhodnutím zrušit.

69. Jelikož jsem z obsahu správního spisu zjistil, že rozklad směřuje proti rozhodnutí ve věci přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejné zakázky a dále, že rozhodnutím zadavatele bylo zrušeno zadávací řízení na veřejnou zakázku, dospěl jsem k závěru, že tím došlo k naplnění hypotézy § 90 odst. 4 ve spojení s § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu, a proto jsem postupem podle výše citovaných ustanovení napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil.

70. Vzhledem k tomu, že je z obsahu spisu tohoto správního řízení zřejmé, že žádný z účastníků netvrdil ani neprokázal, že by jiné rozhodnutí o rozkladu mohlo mít význam pro náhradu škody nebo pro právní nástupce účastníků je naplněna i poslední podmínka pro aplikaci § 90 odst. 4 správního řádu. K této problematice se rovněž vyjádřil Nejvyšší správní soud ve výše

citovaném rozsudku č. j. 4 As 249/2014-43 ze dne 31. 3. 2015, když konstatoval, že „*zrušení úkonu (rozhodnutí) zadavatele není nezbytným předpokladem pro uplatnění nároku na náhradu škody způsobené porušením povinností zadavatele při zadávání veřejné zakázky. Nejedná se odpovědnost státu ve smyslu zákona č. 82/1998 Sb., o odpovědnosti za škodu při výkonu veřejné moci rozhodnutím nebo nesprávným úředním postupem. Zadávání veřejných zakázek totiž není výkonem veřejné moci, jde o civilní kontraktační proces modifikovaný zvláštními předpisy závaznými pro veřejné zadavatele a další subjekty. Odpovědnost zadavatele za škodu způsobenou dodavateli či uchazeči o veřejnou zakázku je pak občanskoprávním odpovědnostním vztahem. Soudy rozhodující v občanském soudním řízení jsou pak kompetentní i k posouzení otázky, zda došlo k porušení povinností zadavatele vyplývajících z právních předpisů upravujících zadávání veřejných zakázek, což je jedním ze základních předpokladů vzniku odpovědnosti zadavatele za škodu*.“

VII. Závěr

71. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že nastala skutečnost, která odůvodňuje zastavení řízení, jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení správního řízení.

72. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem shledal důvody, pro které bylo nutno napadené rozhodnutí zrušit a správní řízení zastavit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 5 téhož zákona, nelze dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží
1. JUDr. Tomáš Nevečeřal, Vinohradská 404/19, 120 00 Praha
2. JUDr. Tomáš Samek, Pražská 140, 261 01 Příbram

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