



UOHSX00AHEM3

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0111/2017/VZ-28366/2017/323/KKř

Brno 3. října 2017

V řízení o rozkladu ze dne 11. 7. 2017, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, který podal zadavatel –

- **Vodohospodářské sdružení Turnov**, IČO 49295934, se sídlem Antonína Dvořáka 287, 511 01 Turnov,

proti výroku I. a III. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 29. 6. 2017, č. j. ÚOHS-S0208/2017/VZ-19510/2017/553/VDy, vydanému ve správním řízení ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a dále též ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 269 odst. 2 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, výše jmenovaným zadavatelem v souvislosti s veřejnou zakázkou s názvem „Lomnice nad Popelkou - ‘Splašková kanalizace a vodovod pro 25 RD a 2 BD’“ zadávanou v jednacím řízení bez uveřejnění, které bylo zahájeno na základě „Výzvy k jednání – jednacím řízení bez uveřejnění“ ze dne 14. 11. 2015 a na níž byla dne 27. 1. 2016 uzavřena Smlouva o dílo se společností MIZERA – STAVBY a.s., IČO 28762070, se sídlem Smetanova 1366, 512 51 Lomnice nad Popelkou,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) 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-S0208/2017/VZ-19510/2017/553/VDy ze dne 29. 6. 2017 co do výroků I. a III.

r u š í m

a věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Vodohospodářské sdružení Turnov, IČO 49295934, se sídlem Antonína Dvořáka 287, 511 01 Turnov, (dále jen „**zadavatel**“) zahájilo na základě „Výzvy k jednání – jednacím řízení bez uveřejnění“ ze dne 14. 11. 2015 adresované společnosti MIZERA – STAVBY a.s., IČO 28762070, se sídlem Smetanova 1366, 512 51 Lomnice nad Popelkou, (dále jen „**vybraný uchazeč**“), zadávací řízení formou jednacím řízení bez uveřejnění na podlimitní veřejnou zakázku s názvem „Lomnice nad Popelkou - ‘Splašková kanalizace a vodovod pro 25 RD a 2 BD’“ (dále jen „**veřejná zakázka**“), na jejíž plnění byla dne 27. 1. 2016 s vybraným uchazečem uzavřena Smlouva o dílo (dále jen „**Smlouva**“). Smlouva byla na profilu zadavatele uveřejněna dne 9. 5. 2016.
2. Předmětem veřejné zakázky byla dle článku 2.1 Smlouvy komplexní realizace stavby splaškové kanalizace a vodovodu pro 25 rodinných domů a 2 bytových domů dle projektové dokumentace.
3. 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, po prošetření obdrženého podnětu získal pochybnost o tom, zda zadavatel svým postupem neporušil zákon, a to jednak tím, že zadal veřejnou zakázku vybranému uchazeči v rámci jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona a jednak tím, že Smlouvu uzavřenou dne 27. 1. 2016 uveřejnil na svém profilu až dne 9. 5. 2016 (zde je třeba porušením chápat porušení zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů).

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacím 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, pokud dále není uvedeno jinak.

II. Napadené rozhodnutí

4. Po posouzení všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 29. 6. 2017 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0208/2017/VZ-19510/2017/553/VDy (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým ve výroku I. konstatoval spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona zadavatelem tím, že tento při zadávání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky § 23 odst. 4 písm. a) zákona, neboť zadavatel neprokázal, že by veřejnou zakázku mohl z technických důvodů či z důvodu ochrany výhradních práv realizovat pouze vybraný uchazeč, ačkoliv na základě těchto důvodů veřejnou zakázku zadal, přičemž popsaný postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel na veřejnou zakázku Smlouvu. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval spáchání správního deliktu zadavatelem podle § 269 odst. 2 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v platném znění (dále jen „**ZZVZ**“) tím, že při zadávání veřejné zakázky nesplnil povinnost uveřejnění v souladu s § 219 odst. 1 ZZVZ, když neuveřejnil na profilu zadavatele Smlouvu v zákonné lhůtě 15 dnů od jejího uzavření, neboť zákonná lhůta pro uveřejnění Smlouvy na profilu zadavatele marně uplynula dne 11. 2. 2016, přičemž zadavatel předmětnou Smlouvu na svém profilu uveřejnil až dne 9. 5. 2016. Za spáchání shora popsaných správních deliktů Úřad prostřednictvím výroku III. napadeného rozhodnutí uložil zadavateli pokutu ve výši 90.000 Kč.
5. Úřad se následně v napadeném rozhodnutí věnoval odůvodnění jednotlivých výroků, přičemž mimo jiné uvedl řadu relevantních skutečností, pro něž konstatoval spáchání obou správních deliktů. Stejně tak Úřad přistoupil i k odůvodnění uložené pokuty, v níž zohlednil především závažnost správního deliktu, zejména způsob jeho spáchání, jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchán.
6. V rámci odůvodnění napadeného rozhodnutí – a to především v reakci na argumentaci zadavatele – pak Úřad dále uvedl, že ačkoliv je na úpravu obsaženou v § 151 v návaznosti na § 153 odst. 2 písm. e) a § 158 odst. 1 ZZVZ možno nahlížet jako na úpravu pro zadavatele příznivější, neboť předmětná veřejná zakázka může být ve smyslu ZZVZ považována za sektorovou veřejnou zakázku v oblasti vodárenství a s ní související, přičemž ZZVZ neobsahuje na rozdíl od zákona (viz § 2 odst. 7 věty druhé) výjimku, podle níž veřejný zadavatel nepostupuje podle ustanovení zákona vztahujících se na sektorového zadavatele, pokud vykonává relevantní činnost podle § 4 odst. 1 písm. d) a e) zákona (tj. v oblasti vodárenství a činnost s ní související), je nicméně třeba mít na paměti, že Úřad při posuzování předmětného postupu zadavatele v kontextu účinné právní úpravy obsažené v ZZVZ musí zohlednit znění celého ZZVZ, nikoli pouze vybraných ustanovení. K tomu Úřad dodal, že považoval za nutné přihlídnout k ustanovení § 4 odst. 4 ZZVZ, který obdobně jako § 26 odst. 5 zákona, stanoví povinnost zadavatele dodržet zákon ve vztahu k veřejné zakázce, k níž zahájil zadávací řízení, přestože k tomu nebyl povinen.

III. Námitky rozkladu

7. Dne 11. 7. 2017 obdržel Úřad rozklad zadavatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 29. 6. 2017. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.

8. Zadavatel v podaném rozkladu úvodem konstatoval, že je i přes závěry napadeného rozhodnutí přesvědčen, že v předmětném zadávacím řízení nemohl postupovat jinak, a to s ohledem na „nestandardní“ okolnosti celé věci, které nadto nemohl od počátku ovlivnit. Následně zadavatel rozporoval výši uložené pokuty a žádal o její snížení. V souvislosti s žádostí o ponížení sankce za konstatovaná pochybení zadavatel v rámci rozkladu poukazoval zejména na skutečnost, že jeho příjmy jsou fakticky cca o polovinu nižší, než je částka, ze které vycházel Úřad při stanovení pokuty. K tomu zadavatel dále doplnil, že finance vynaložené na úhradu sankce by mohl účelněji vynaložit na obnovu vodohospodářské infrastruktury.
9. V podaném rozkladu zadavatel rovněž ve vztahu k výroku I. napadeného rozhodnutí upozornil na to, že nová právní úprava zadávání veřejných zakázek ukotvená v ZZVZ je pro něj příznivější, poněvadž by ve smyslu této právní úpravy byl zadavatelem zadávajícím sektorovou veřejnou zakázku a nemusel by tedy vůbec postupovat podle zákonných ustanovení, tudíž by nemusel postupovat ani v rozporovaném jednacím řízení bez uveřejnění.
10. Z obsahu rozkladu dále vyplývá, že zadavatel nesouhlasí s tím, že by svým postupem jakkoliv zabránil konkurenčnímu prostředí, když každému z dodavatelů je zřejmé, jaké smluvní vztahy zadavatel v souvislosti s veřejnou zakázkou naplňuje. Co se týče konkrétně Smlouvy, pak zadavatel dle textu rozkladu výslovně uznává, že při plnění uveřejňovací povinnosti pochybil, avšak podotkl, že určité informace o její existenci byly dohledatelné na webových stránkách zadavatele.

Závěr rozkladu

11. Závěrem rozkladu zadavatel předem děkuje za případné snížení uložené sankce.

IV. Řízení o rozkladu

12. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

K rozsahu přezkumu v řízení o rozkladu

13. Rozklad zadavatele dle svého obsahu směřuje pouze do výroků I. a III. napadeného rozhodnutí a jeho výrok II. nebyl rozkladem zadavatele napaden. Dle § 82 odst. 3 správního řádu v případě, že odvolání směřuje jen proti některému výroku rozhodnutí nebo proti vedlejšímu ustanovení výroku, které netvoří nedílný celek s ostatními, pokud tím nemůže být způsobena újma některému z účastníků, nabývá zbytek výrokové části právní moci, umožňuje-li to povaha věci. Uvedené ustanovení se dle § 152 odst. 4 správního řádu použije i na řízení o rozkladu, nevylučuje-li to povaha věci.
14. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky nesplnil povinnost uveřejnění v souladu s § 219 odst. 1 ZZVZ, když neuveřejnil na profilu zadavatele Smlouvu v zákonné lhůtě 15 dnů od jejího uzavření, neboť zákonná lhůta pro uveřejnění Smlouvy na profilu zadavatele marně uplynula dne 11. 2. 2016, přičemž zadavatel předmětnou Smlouvu na svém profilu uveřejnil až dne 9. 5. 2016. Výrokem I. napadeného

rozhodnutí (jenž je napaden rozkladem zadavatele) přitom Úřad rozhodl o „samostatném“ deliktu zadavatele, když konstatoval, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, neboť veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Výrokem III. napadeného rozhodnutí, který je rovněž napaden rozkladem zadavatele, Úřad zadavateli uložil za spáchání obou správních deliktů pokutu ve výši 90.000 Kč. Předmětem přezkumu v řízení o rozkladu je s ohledem na „nezávislost“ výroku II. napadeného rozhodnutí na zbylých výrociích toliko výrok I. a III. napadeného rozhodnutí.

15. Přestože se na výrok II. napadeného rozhodnutí váže výrok III. napadeného rozhodnutí o uložení pokuty za deliktní jednání zadavatele konstatovaná ve výrociích I. a II. napadeného rozhodnutí, je zřejmé, že výrok II. napadeného rozhodnutí, jímž bylo konstatováno nesplnění povinnosti uveřejnění v souladu s § 219 odst. 1 ZZVZ, samostatně ob stojí. Výrok II. tedy není závislý na výroci I. a III. a z tohoto pohledu s nimi tak netvoří nedílný celek. Naplněna je i další podmínka § 82 odst. 3 správního řádu, neboť tím, že nenapadený výrok II. napadeného rozhodnutí nabude samostatně právní moci, nemůže vzniknout újma některému z účastníků správního řízení, když výrociem II. napadeného bylo samostatně konstatováno nedodržení zákona zadavatelem, přičemž zadavatel proti tomuto výroci napadeného rozhodnutí rozkladem nebrojil a zároveň výslovně v rozkladu uznal své pochybení.
16. Na základě uvedeného konstatuji, že napadené rozhodnutí, které bylo zadavateli doručeno dne 29. 6. 2017, ve výroci II. nebylo v zákonné lhůtě napadeno rozkladem. Za splnění podmínek stanovených v § 82 odst. 3 správního řádu tedy výrok II. napadeného rozhodnutí nabyl dne 15. 7. 2017 samostatně právní moci a přezkum napadeného rozhodnutí v rámci řízení o rozkladu je tedy v této části vyloučen.
17. Dále 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 č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů. 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.
18. 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 o veřejných zakázkách. Bez ohledu na již dříve zaslané „Sdělení k přípisu ze dne 11. 7. 2017“ a na potvrzené nabytí právní moci výroků I., II. a III. napadeného rozhodnutí byl zadavatelem podaný rozklad projednán v souladu se správním řádem, resp. bylo o něm rozhodnuto v rámci tohoto rozhodnutí, a to tak, jak je uvedeno ve výroci tohoto rozhodnutí.

V. K důvodům zrušení výroků I. a III. napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání

19. Podle § 19 odst. 1 zákona platí, že sektorový zadavatel postupuje podle zákona toliko v případě nadlimitních veřejných zakázek zadávaných v souvislosti s výkonem relevantní činnosti.
20. Za relevantní činnost se pro účely zákona považuje mimo jiné dle § 4 odst. 1 písm. d) a e) odvětví vodárenství (tj. poskytování vodovodu, sloužícího veřejné potřebě, pro účely provozování takového vodovodu podle zvláštního právního předpisu v souvislosti s výrobou nebo dodávkou pitné vody; provozování vodovodu sloužícího veřejné potřebě podle zvláštního právního předpisu v souvislosti s výrobou nebo dodávkou pitné vody, nebo dodávka pitné vody do vodovodu) a činnost osob vykonávajících relevantní činnost podle písmene d), pokud tato činnost souvisí s projekty vodního hospodářství, zavlažováním nebo odvodňováním půdy za předpokladu, že objem vody, který má být využit pro dodávky pitné vody, představuje více než 20 % celkového objemu vody, které uvedené projekty nebo zavlažovací či odvodňovací zařízení poskytují, a nebo souvisí s odváděním odpadních vod kanalizací sloužící veřejné potřebě nebo s čištěním odpadních vod.
21. Ustanovení § 2 odst. 7 věta druhá zákona pak stanoví, že veřejný zadavatel nepostupuje podle ustanovení vztahujících se na sektorového zadavatele, pokud vykonává relevantní činnost podle § 4 odst. 1 písm. d) a e) zákona.
22. Ustanovení § 151 odst. 1 ZZVZ definuje sektorovou veřejnou zakázku jako zakázku, kterou zadává veřejný zadavatel při výkonu relevantní činnosti. Relevantní činnost v oblasti vodárenství a s tím související pak § 153 odst. 1 písm. d) a e) ZZVZ vymezuje obdobně, jako zákon, a to tak, že za relevantní činnost se považuje v odvětví vodárenství poskytování nebo provozování vodovodu podle jiného právního předpisu či dodávka pitné vody do vodovodu a dále činnost zadavatele vykonávajícího relevantní činnost podle odstavce 1 písm. d) ZZVZ, pokud tato činnost souvisí s projekty děl vodního hospodářství, zavlažováním nebo odvodňováním půdy za předpokladu, že množství vody určené pro dodávky pitné vody představuje více než 20 % celkového množství vody, která má být takovými projekty nebo zavlažovacími či odvodňovacími zařízeními získána, nebo odvodem odpadních vod kanalizací nebo čištěním a úpravou odpadních vod.
23. Podle § 158 odst. 1 ZZVZ dále platí, že zadavatel není povinen v zadávacím řízení zadat sektorovou veřejnou zakázku, jejíž předpokládaná hodnota nedosahuje finanční limit pro nadlimitní veřejnou zakázku.
24. Na tomto místě předesílám, že obdobnou výjimku pro zadávání sektorové (podlimitní) veřejné zakázky související s výkonem relevantní činnosti v oblasti vodárenství v případě veřejného zadavatele, který dle zákona byl povinen postupovat v zadávacím řízení podle jeho ustanovení (viz § 2 odst. 7 věta druhá zákona), ZZVZ neukotvuje.
25. Podle čl. 10 ústavního zákona č. 1/1993 Sb., ÚSTAVA ČESKÉ REPUBLIKY, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „Ústava“), vyhlášené mezinárodní smlouvy, k jejichž ratifikaci dal Parlament souhlas a jimiž je Česká republika vázána, jsou součástí právního řádu; stanoví-li mezinárodní smlouva něco jiného než zákon, použije se mezinárodní smlouva.

26. Na mezinárodní úrovni lze poukázat na čl. 15 odst. 1 Mezinárodního paktu o občanských a politických právech publikovaného ve Sbírce zákonů jako vyhláška ministra zahraničních věcí č. 120/1976 Sb. (dále jen „**Mezinárodní pakt o občanských a politických právech**“), jímž je Česká republika vázána, kde je uvedeno, že nikdo nesmí být potrestán za čin, který nebyl trestný podle zákona v době, kdy byl spáchán. Pachateli nelze uložit vyšší trest, než dovoluje uložit zákon účinný v době, kdy byl trestný čin spáchán. Nový zákon má zpětnou působnost pouze tehdy, jestliže je pro pachatele příznivější.
27. Na vnitrostátní úrovni úpravy ochrany základních lidských práv je nutno upozornit na čl. 40 odst. 6 usnesení č. 2/1993 Sb., o vyhlášení LISTINY ZÁKLADNÍCH PRÁV A SVOBOD jako součásti ústavního pořádku České republiky, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**Listina**“), kde je stanoveno, že trestnost činu se posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán, avšak pozdějšího zákona se použije tehdy, je-li to pro pachatele příznivější. K tomu viz například rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 6 A 126/2002-29 ze dne 27. 10. 2004, v němž Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že *„trestání za správní delikty musí podléhat stejnému režimu jako trestání za trestné činy a v tomto smyslu je třeba vykládat všechny záruky, které se podle vnitrostátního práva poskytují obviněnému z trestného činu. 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 úprava stanoví mírnější sankce za stejné jednání (například nižší výměru pokuty).“* Obdobně se vyjádřil Nejvyšší správní soud i v rozsudku ze dne 31. 5. 2007, sp. zn. 8 Afs 17/2007 nebo ještě dříve Ústavní soud ČR v nálezu sp. zn. III. ÚS 611/01 ze dne 13. 6. 2002.
28. Důvodem uplatňování pravidla použití pozdější právní úpravy v případě, že je pro pachatele (v tomto správním řízení pro zadavatele) správního deliktu příznivější, je závazek České republiky vyplývající z Mezinárodního paktu o občanských a politických právech, a tomu odpovídající základní právo pachatele dle Listiny, řídit se v případě, že pozdější právní úprava hodnotí správní delikt příznivěji než úprava dřívější, právě touto pozdější právní úpravou a nikoli trvat na předchozím přísnějším posouzení. Úřad je tedy nejprve povinen čin zadavatele subsumovat pod relevantní ustanovení zákona a zjistit, zda nedošlo k jejich změně či zrušení. Pokud došlo ke změně právní úpravy, je třeba porovnat, která úprava je pro zadavatele příznivější.
29. Z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 7. 4. 2011, č. j. 1 As 24/2011-79 vyplývá, že *„na rozdíl od občanského soudního řádu (§ 154 odst. 1) a soudního řádu správního (§ 75 odst. 1) neobsahuje správní řád konkrétní ustanovení, jež by zakotvovala zásadu, že pro rozhodování správního orgánu je rozhodující skutkový a právní stav v době vydání rozhodnutí. (...) Rozhodování správního orgánu podle skutkového stavu v době vydání rozhodnutí tedy vyplývá přímo z povahy správního řízení, které směřuje k vydání konstitutivního správního rozhodnutí. Teprve právní mocí takového rozhodnutí vzniká, mění*

se či zaniká právo a povinnost. Tento postup je brán jako samozřejmý a zavedený v historii správního řízení". Změna právní úpravy je relevantní v době rozhodování Úřadu v prvním stupni i ve správním řízení o rozkladu, protože správní řízení tvoří jeden celek a správní orgán je povinen rozhodovat podle právního předpisu účinného v době svého rozhodování. Úřad je zároveň povinen až do vydání pravomocného rozhodnutí ve věci z moci úřední zkoumat, zda nenastaly okolnosti vylučující protiprávnost určitého jednání.

30. V právě posuzovaném případě Úřad výrokem I. napadeného rozhodnutí konstatoval spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona zadavatelem tím, že tento při zadávání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky § 23 odst. 4 písm. a) zákona, neboť zadavatel neprokázal, že by veřejnou zakázku mohl z technických důvodů či z důvodu ochrany výhradních práv realizovat pouze vybraný uchazeč, ačkoliv na základě těchto důvodů veřejnou zakázku zadal, přičemž popsany postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky a zadavatel uzavřel na veřejnou zakázku Smlouvu. S tímto závěrem Úřadu se věcně ztotožňuji, neboť zadavatel skutečně zadával předmětnou veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by pro tento postup byly splněny podmínky, jež předpokládá zákon, potažmo ZZVZ (zde je třeba upozornit na to, že byť § 23 odst. 4 písm. a) zákona doslovně nekoresponduje s § 63 odst. 3 ZZVZ, po obsahové stránce jde o de facto totožná ustanovení se stejnými podmínkami, které zákonodárce předpokládá pro oprávněné užití tohoto druhu zadávacího řízení; proto budu-li dále v tomto rozhodnutí hovořit o jednacím řízení bez uveřejnění obecně, bude uvedené platit jak pro dikci zákona, tak pro ZZVZ).
31. I když zadavatel explicitně nerozporuje úvahy Úřadu vztahující se k nenaplnění podmínek pro oprávněné uplatnění jednacím řízení bez uveřejnění, považuji za vhodné se alespoň stručně k jeho použití v předmětném případě vyjádřit, neboť tyto úvahy přímo odůvodňují výrok I. napadeného rozhodnutí, proti němuž zadavatel rozkladem brojil. Jak jsem již předdeslal, závěry Úřadu vztahující se k otázce nesprávně zvoleného druhu zadávacího řízení považuji za správné a formulované zcela v souladu se zněním zákona i ustálenou rozhodovací praxí, a to pro následující důvody.
32. Jednací řízení bez uveřejnění, jakožto typ zadávacího řízení, v němž zadavatel vyzývá k jednání jednoho zájemce nebo omezený okruh zájemců, je možné použít toliko ve výjimečných případech a za situace, jsou-li splněny veškeré podmínky stanovené zákonem. Výjimečnost použití jednacím řízení bez uveřejnění (tj. v zákonem taxativně vymezených případech) je odůvodněna mimo jiné tím, že jde o málo formalizovaný druh zadávacího řízení, kladoucí na zadavatele poměrně omezené požadavky a jako takový je relativně málo transparentním druhem zadávacího řízení. Z obecného hlediska je použití jednacím řízení bez uveřejnění vázáno na splnění omezujících podmínek v podobě dílčích předpokladů použití jednacím řízení bez uveřejnění, jež jsou uvedeny v jednotlivých odstavcích § 23 zákona, a to proto, aby tohoto typu zadávacího řízení nebylo ze strany zadavatelů zneužíváno. Vzhledem k tomu, že v jednacím řízení bez uveřejnění se může zadavatel obrátit na jednoho nebo více vybraných zájemců, s nimiž bude vyjednávat smluvní podmínky, aniž by tento záměr musel předem uveřejnit, lze hovořit o určitém omezení hospodářské soutěže, avšak ze zákonem akceptovatelných důvodů.

33. V nyní projednávaném případě zadavatel odkazuje na použití § 23 odst. 4 písm. a) zákona, tj. na možnost splnit veřejnou zakázku pouze určitým dodavatelem z technických důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv či z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu. K tomu je nutno nejprve obecně uvést, že aplikace § 23 odst. 4 písm. a) zákona je možná pouze v případě, kdy je objektivně a beze vší pochybnosti prokázáno, že předmět veřejné zakázky může být realizován pouze jediným dodavatelem, který disponuje určitými vlastnostmi, kterými nedisponuje žádný jiný dodavatel, z důvodu specifičnosti tohoto předmětu plnění či zvláštních okolností, za nichž je veřejná zakázka zadávána. Z uvedeného vyplývá, že musí být dána prokazatelná objektivní nemožnost ostatních dodavatelů, poskytnout zadavateli jím požadované plnění a pro zadavatele tedy neexistuje jiné řešení než veřejnou zakázku zadat pouze jednomu konkrétnímu dodavateli. V této souvislosti je přitom třeba zdůraznit, že zadavatel je povinen nezpochybnitelným způsobem prokázat a náležitě zdokumentovat, že objektivně neexistuje více než jeden dodavatel veřejné zakázky a to nejen z dodavatelů v rámci České republiky, ale i celého území Evropské unie. O aplikaci příslušného druhu zadávacího řízení tedy rozhoduje zadavatel, který současně za volbu správného způsobu zadání veřejné zakázky nese odpovědnost. Přitom k posouzení existence důvodů, na které pamatuje § 23 odst. 4 písm. a) zákona a jež vedou k možnosti plnění pouze jediným dodavatelem, musí zadavatel přistupovat zodpovědně, aby se použitím mimořádného způsobu zadání nedostal do rozporu se zákonem. Podstatná je pak povinnost zadavatele zajistit, aby objektivní existence důvodů, která vedla k aplikaci jednacích řízení bez uveřejnění, byla prokazatelná a přezkoumatelná ze strany orgánu dohledu.
34. Po posouzení veškerého spisového materiálu jsem však neshledal žádnou skutečnost technického, uměleckého či jiného rázu, jež by bylo možné podřadit pod § 23 odst. 4 písm. a) zákona, kterou by nadto zadavatel jakýmkoliv způsobem prokázal tak, jak je s ohledem na výše řečené nezbytné. Z komplikovaných smluvních vztahů doprovázejících zadávání předmětné veřejné zakázky přitom nelze dovozovat naplnění podmínek ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona, neboť tyto pod obsah pojmů, resp. podmínek § 23 odst. 4 písm. a) zákona jednoznačně nespádají – jak správně a v podrobnostech dovedl Úřad v rámci napadeného rozhodnutí. Proto na tomto místě v plné míře odkazuji na již řečené, a to zejména na body 73. až 82. odůvodnění napadeného rozhodnutí, neboť ve vztahu k nemožnosti podřazení „nastalé situace“ pod některou z podmínek § 23 odst. 4 písm. a) zákona bych se na tomto místě již pouze opakoval. Takový postup mi přitom dovoluje rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 31 Af 194/2013 ze dne 25. 11. 2015, kde bylo konstatováno, že *„[d]ospěje-li správní orgán vyšší instance k závěru, že jednotlivá východiska dalších úvah správního orgánu nižší instance a nadto i jeho závěry vyplývající z těchto východisek jsou opodstatněné, nic mu nebrání, aby v té části, v níž se s rozhodnutím vydaným v nižší instanci ztotožní, na příslušné závěry odkázal, vyslovil s nimi souhlas, a tím je do svého rozhodnutí převzal. Takový postup sám o sobě nečiní rozhodnutí vydané ve vyšší instanci nepřezkoumatelným [§ 76 odst. 1 písm. a) s. ř. s.]“* Nad rámec však v tomto kontextu ještě podotýkám, že „přísnost“ či restriktivnost právní úpravy tohoto druhu zadávacího řízení, potažmo též judikatura správních soudů, je důsledkem právě té skutečnosti, že jednacích řízení bez uveřejnění svým způsobem oslabuje transparentnost zadávacího řízení a ve svém důsledku též omezuje soutěžní prostředí.
35. Přestože tedy – jak právě dovozeno – Úřad učinil správný závěr ohledně problematiky (ne)oprávněnosti užití jednacích řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, byl

dále v souladu s výše uvedeným zároveň povinen ex officio posoudit, zda právní úprava účinná v době rozhodování o správním deliktu zadavatele není oproti právní úpravě účinné v době zahájení zadávacího řízení na veřejnou zakázku příznivější. Byť se Úřad v bodě 84. odůvodnění napadeného rozhodnutí zabýval otázkou příznivější právní úpravy obsažené v ZZVZ, mám za to, že tuto nevyhodnotil správně, a to pro důvody, které uvádím níže v tomto rozhodnutí.

36. Úřad k této problematice uvedl, že byť předmětná (podlimitní) veřejná zakázka může být ve smyslu ZZVZ považována za sektorovou veřejnou zakázku v oblasti vodárenství a s ní související a zadavatel by ji de facto nemusel zadávat v režimu ZZVZ (viz § 158 odst. 1 ZZVZ, a to když ZZVZ zároveň nestanoví výjimku podle § 2 odst. 7 druhé věty zákona), je třeba přihlídnout k ustanovení § 4 odst. 4 ZZVZ, jenž pro dobrovolné zahájení zadávacího řízení podle ZZVZ stanovuje povinnost ve vztahu k takto zahájené veřejné zakázce dodržet příslušná ustanovení ZZVZ. V tomto kontextu podotýkám, že nezpochybňuji výklad ustanovení § 4 odst. 4 ZZVZ, podle něž zahájil-li zadavatel zadávací řízení na veřejnou zakázku, aniž by k tomu byl povinen, zakládá to jeho povinnost ve vztahu k takové veřejné zakázce dodržovat ZZVZ. Naopak je třeba říci, že uváděné ustanovení je obdobou § 26 odst. 5 zákona, který určoval stejnou povinnost. Nicméně v daném případě nastala odlišná situace – tedy že zadavatel veřejnou zakázku za relevantního znění zákona nezadával v mantinelech zákona „dobrovolně“, nýbrž k tomu byl s ohledem na § 2 odst. 7 věta druhá zákona povinen, zatímco teprve nyní, za účinnosti ZZVZ by bylo na místě hovořit o dobrovolném zadávání podle ustanovení ZZVZ. Jinými slovy řečeno, právní úprava účinná v době zahájení zadávacího řízení na veřejnou zakázku nedávala zadavateli jinou možnost, než plnění předmětné veřejné zakázky (byť by případně mohlo být klasifikováno jako relevantní činnost) popotávat v rámci některého z druhů zadávacích řízení. To tedy znamená, že v právě posuzovaném případě nedošlo k „aktivaci“ § 26 odst. 5 zákona, ale naopak zadavatel měl povinnost zadat veřejnou zakázku podle zákona. Jestliže tedy zadavatel zadával veřejnou zakázku obligatorně podle zákona, pak to nelze srovnávat s dobrovolným zadáním veřejné zakázky ve smyslu § 4 odst. 4 ZZVZ (potažmo § 26 odst. 5 zákona).
37. Lze tedy říci, že zadavatel byl povinen dle relevantních ustanovení zákona (tj. § 2 odst. 7 věta druhá zákona) účinného v době zahájení zadávacího řízení zadávat veřejnou zakázku v odpovídajícím druhu zadávacího řízení dle zákona, aniž by se na něj vztahoval postup podle § 19 odst. 1 zákona. To znamená, že zadavatel nezadával veřejnou zakázku v rámci (nevhodně zvoleného) jednacích řízení bez uveřejnění dobrovolně ve smyslu § 26 odst. 5 zákona, nýbrž byl nucen zvolit příslušný postup podle zákona. Oproti tomu právní úprava obsažená v ZZVZ neobsahuje obdobu § 2 odst. 7 věta druhá zákona, ale bylo by na straně zadavatele zřejmě možné zadávat předmětnou veřejnou zakázku mimo režim zákona (ve smyslu § 158 odst. 1 ve spojení s § 151 odst. 1 a § 153 odst. 1 písm. d) a e) ZZVZ), zatímco pokud by zadával veřejnou zakázku i přesto v některém z druhů zadávacích řízení, pak by se teprve jednalo o dobrovolné zadávání podle zákona se všemi důsledky tak, jak stanoví § 4 odst. 4 ZZVZ. A právě zde shledávám prostor pro úvahu o příznivější právní úpravě v ZZVZ. Je totiž nepochybné, že pokud zadavatel byl povinen za účinnosti zákona zadávat veřejnou zakázku podle příslušných ustanovení zákona, zatímco za účinnosti ZZVZ by takovou povinnost neměl, přičemž v rámci „povinného“ postupu dle zákona se zadavatel dopustil deliktního jednání, pak lze hovořit o tom, že právní úprava obsažená v ZZVZ je pro zadavatele příznivější.

38. Ačkoliv nelze předjímat, jak by zadavatel při zadávání předmětné veřejné zakázky postupoval, byl-li by v době zahájení jejího zadávání účinný ZZVZ, je třeba při zohlednění výše uvedených pravidel přihlídnout alespoň k potenciální možnosti, že by zadavatel nezahájil jednacím řízením bez uveřejnění na veřejnou zakázku, neboť by byl oprávněn využít výjimky pro veřejného zadavatele zadávajícího sektorovou veřejnou zakázku (jak avizoval ve svém rozkladu), přičemž by se tedy z logiky věci nemohl dopustit správního deliktu, jak je tento konstatován ve výroku I. napadeného rozhodnutí. Pro zadavatele příznivější právní úpravu tedy nelze shledávat v tom, že by tento byl oprávněn zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění – to by naopak nebyl ani nyní, za účinnosti ZZVZ, neboť by nenaplnil zákonné předpoklady – mohl by však zřejmě s ohledem na současnou právní úpravu, resp. na úpravu účinnou v době, kdy bylo o deliktu zadavatele rozhodováno, zadat veřejnou zakázku postupem mimo ZZVZ (čehož si je zadavatel dle textu rozkladu vědom). Není přitom rozhodné, zda by zadavatel skutečně postupoval mimo režim ZZVZ, popřípadě zda by postupoval jinak správně/nesprávně, jelikož zde je alespoň teoretická možnost, že by nepoužil nevhodné jednacím řízení bez uveřejnění – neboť by nemusel volit jakýkoliv druh zadávacího řízení dle ZZVZ – což je možnost nesporně příznivější.
39. Stranou tohoto rozhodnutí jsem přitom ponechal otázku, zda by zadavatel skutečně a beze vší pochybnosti mohl postupovat podle § 158 odst. 1 ve spojení s § 151 odst. 1 a § 153 odst. 1 písm. d) a e) ZZVZ, a to z toho důvodu, že předmětnou otázku musí zodpovědět prvně orgán prvního stupně, neboť tato skutečnost byla v napadeném rozhodnutí Úřadem sice konstatována, avšak nebyla prokázána – k tomu viz bod 84. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Proto se Úřad v novém projednání věci bude primárně zabývat tím, zda zadavatel skutečně zadával veřejnou zakázku, kterou by bylo lze označit za sektorovou zakázku a zda by se na něj tedy bezesbytku vztahovala výjimka spočívající v autonomii vůle, ohledně zadání podlimitní „sektorové“ veřejné zakázky v rámci některého z druhů zadávacích řízení podle ZZVZ či nikoliv. Pokud Úřad dojde k závěru, že předmětná veřejná zakázka je sektorovou veřejnou zakázkou, pak je povinen s ohledem na všechny relevantní okolnosti věci přihlídnout ke skutečnosti, že zadavatel nyní (tj. za účinnosti ZZVZ) není povinen zadávat podlimitní veřejnou zakázku v oblasti vodárenství, jakožto relevantní činnosti ve smyslu § 153 odst. 1 písm. d) a e) ZZVZ podle ustanovení zákona, resp. ZZVZ.
40. Jelikož jsem napadené rozhodnutí co do výroku I. shledal nesprávným a nezákonným, a to z toho důvodu, že jím Úřad konstatoval spáchání správního deliktu, aniž by přihlédl k možné příznivější právní úpravě účinné v době vydání napadeného rozhodnutí (resp. tuto nesprávně vyložil), přistoupil jsem ke zrušení výroku I. napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k dalšímu řízení.
41. Nutno dodat, že výrok III. napadeného rozhodnutí je závislý na výroku I. i II. napadeného rozhodnutí, neboť výrokem III. napadeného rozhodnutí byla zadavateli za spáchání správních deliktů konstatovaných ve výroku I. a II. napadeného rozhodnutí uložena sankce, a to při zohlednění zásady absorpce, která se v daném případě projevila tak, že Úřad zadavateli uložil sankci za spáchání správního deliktu jmenovaného ve výroku II. napadeného rozhodnutí, přičemž ke správnímu deliktu konstatovanému ve výroku I. přihlédl jako k přitěžující okolnosti. S ohledem na skutečnost, že výrok III. napadeného rozhodnutí je výrokem o trestu, který nemůže stát samostatně a je závislý na výroku o vině, přičemž tento byl z hlediska výše sankce negativně ovlivněn, resp. zpřísněn Úřadem dovozeným pochybením

ve výroku I. napadeného rozhodnutí, jenž však byl zrušen tímto rozhodnutím a vrácen Úřadu k dalšímu řízení, byly splněny podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí i v tomto výroku. Proto jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí nejen ve výroku I. napadeného rozhodnutí – a to pro důvody formulované výše – ale i ve výroku III. napadeného rozhodnutí a k vrácení věci Úřadu k dalšímu řízení.

42. Při novém projednání věci Úřad v odůvodnění nově vydaného meritorního rozhodnutí uvede způsobem podle § 68 odst. 3 správního řádu důvody výroků rozhodnutí, podklady pro jeho vydání, úvahy, kterými se (v mezích závazného právního názoru předestřené v textu tohoto rozhodnutí) řídil při jejich hodnocení a při výkladu právních předpisů, a dále se bude zabývat námitkami rozkladu, jež v rámci nového rozhodnutí vypořádá.

Závěr

43. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že napadené rozhodnutí není v souladu s právními předpisy, jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro zrušení výroků I. a III. napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k dalšímu řízení.
44. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem shledal, že nastaly zákonné podmínky pro zrušení výroků I. a III. napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání, jsem rozhodl tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

Vodohospodářské sdružení Turnov, Antonína Dvořáka 287, 511 01 Turnov

Vypraveno dne:

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