



UOHSX009BDPI

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



PŘÍKAZ

Č. j.: ÚOHS-S0045/2017/VZ-03261/2017/551/OPa

Brno: 31. ledna 2017

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, jehož se měl dopustit účastník řízení

- zadavatel – Olomoucký kraj, IČO 606 09 460, se sídlem Jeremenkova 1191/40a, 779 00 Olomouc – Hodolany,

při zadávání veřejné zakázky „Zajištění dopravní obslužnosti Olomouckého kraje veřejnými službami v přepravě cestujících veřejnou linkovou dopravou – oblast Jesenicko“ v otevřeném řízení, jehož formulář „Oznámení o zakázce“ byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn dne 16. 6. 2016 pod evidenčním číslem zakázky 638024, ve znění oprav uveřejněných tamtéž dne 17. 6. 2016, dne 23. 6. 2016, dne 26. 7. 2016, dne 6. 9. 2016 a dne 16. 9. 2016,

vydává podle ustanovení § 150 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, tento

příkaz:

I.

Zadavatel – Olomoucký kraj, IČO 606 09 460, se sídlem Jeremenkova 1191/40a, 779 00 Olomouc – Hodolany – se při zadávání veřejné zakázky „Zajištění dopravní obslužnosti Olomouckého kraje veřejnými službami v přepravě cestujících veřejnou linkovou dopravou – oblast Jesenicko“ v otevřeném řízení, jehož formulář „Oznámení o zakázce“ byl ve Věstníku veřejných zakázek

uveřejněn dne 16. 6. 2016 pod evidenčním číslem zakázky 638024, ve znění oprav uveřejněných tamtéž dne 17. 6. 2016, dne 23. 6. 2016, dne 26. 7. 2016, dne 6. 9. 2016 a dne 16. 9. 2016, dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, tím, že postupoval v rozporu s § 111 odst. 1 citovaného zákona, když při vyřizování námitek ze dne 21. 11. 2016 podaných stěžovatelem ČSAD Ústí nad Orlicí, a.s., IČO 601 08 851, se sídlem Třebovská 330, 562 00 Ústí nad Orlicí, jež byly jmenovanému zadavateli doručeny téhož dne a jež směřovaly proti zadávacím podmínkám předmětné veřejné zakázky, o těchto námitkách (osobně) nerozhodl, když byl tento úkon učiněn osobou zastupující zadavatele ve smyslu § 151 odst. 1 citovaného zákona – Koordinátorem Integrovaného dopravního systému Olomouckého kraje, příspěvková organizace, IČO 725 56 064, se sídlem Jeremenkova 1191/40b, 779 11 Olomouc – Hodolany, přičemž osobě zastupující zadavatele podle § 151 odst. 1 citovaného zákona nesmí být podle § 151 odst. 2 citovaného zákona uděleno zmocnění k rozhodnutí o způsobu vyřízení námitek.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. se zadavateli – Olomoucký kraj, IČO 606 09 460, se sídlem Jeremenkova 1191/40a, 779 00 Olomouc – Hodolany – podle § 120 odst. 2 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, ukládá

pokuta ve výši 15 000 Kč (patnáct tisíc korun českých).

Pokuta je splatná do jednoho měsíce od nabytí právní moci tohoto příkazu.

ODŮVODNĚNÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), který je podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění (dále jen „zákon“), příslušný k dohledu nad postupem zadavatele při zadávání veřejných zakázek a soutěži o návrh a k projednání správních deliktů podle tohoto zákona, včetně ukládání sankce za jejich spáchání, obdržel dne 12. 12. 2016 návrh stěžovatele – ČSAD Ústí nad Orlicí, a.s., IČO 601 08 851, se sídlem Třebovská 330, 562 00 Ústí nad Orlicí (dále jen „stěžovatel“), na zahájení řízení o přezkoumání postupu zadavatele – Olomoucký kraj, IČO 606 09 460, se sídlem Jeremenkova 1191/40a, 779 00 Olomouc – Hodolany (dále jen „zadavatel“), při zadávání veřejné zakázky „Zajištění dopravní obslužnosti Olomouckého kraje veřejnými službami v přepravě cestujících veřejnou linkovou dopravou – oblast Jesenícko“ v otevřeném řízení, jehož formulář „Oznámení o zakázce“ byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn dne 16. 6. 2016 pod evidenčním číslem zakázky 638024, ve znění oprav uveřejněných tamtéž dne 17. 6. 2016, dne 23. 6. 2016, dne 26. 7. 2016, dne 6. 9. 2016 a dne 16. 9. 2016 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. V návrhu stěžovatel mimo jiné namítal, že jím podané námitky proti zadávacím podmínkám předmětné veřejné zakázky zadavatel nevyřídil. Dokument označený jako „Rozhodnutí o námitkách“ ze dne 1. 12. 2016 je dle stěžovatele neplatným/zdánlivým právním jednáním, protože dle zákona nesmí být zástupce zadavatele zmocněn k rozhodnutí o námitkách a nesmí takové rozhodnutí za zadavatele ani učinit. Přitom rozhodnutí o námitkách vydal a podepsal „za zadavatele“ Koordinátor Integrovaného dopravního systému Olomouckého kraje,

příspěvková organizace, a stěžovateli jej pak doručoval další zástupce Erste Grantika Advisory, a.s.

3. Shora uvedené skutečnosti svědčící o možném spáchání správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. g) zákona Úřad prověřil z vlastní činnosti.
4. Úřad od zadavatele obdržel dokumentaci v souvislosti se správním řízením vedeným pod sp. zn. S0747/2016/VZ a po přezkoumání jejího obsahu zjistil následující skutečnosti, které jsou součástí spisu v této věci vedeného pod sp. zn. S0045/2017/VZ.
5. Zadavatel se nechal ve smyslu § 151 zákona zastoupit při výkonu práv a povinností podle zákona souvisejících s předmětným zadávacím řízením jinou osobou – Koordinátorem Integrovaného dopravního systému Olomouckého kraje, příspěvková organizace, IČO 725 56 064, se sídlem Jeremenkova 1191/40b, 779 11 Olomouc – Hodolany (dále jen „KIDSOK“).
6. Z čl. II. zřizovací listiny KIDSOK, jež je součástí spisu, vyplývá, že byl zřízen zadavatelem jako jeho příspěvková organizace, jejímž účelem (hlavním předmětem činnosti) je zabezpečování zájmů a potřeb zřizovatele při vytváření, organizování a kontrole funkce systému veřejné osobní dopravy na území Olomouckého kraje. Mezi činnosti patřící do působnosti KIDSOK náleží dle bodu 9 čl. II. zřizovací listiny rovněž *„zajištění výběrových a nabídkových řízení na drážní a autobusové dopravce, kteří budou zajišťovat provoz na tratích a linkách na území Olomouckého kraje, a to i s případným přesahem na území sousedních krajů nebo příhraničního území sousedního státu“*.
7. Z čl. VIII. bodu 1 zřizovací listiny KIDSOK vyplývá, že je právnickou osobou vystupující v právních vztazích svým jménem a nesoucí odpovědnost z těchto vztahů plynoucí, pokud na základě zvláštních právních předpisů v konkrétních právních vztazích KIDSOK nezastupuje Olomoucký kraj na základě jím udělené plné moci nebo na základě této zřizovací listiny.
8. V čl. VIII. bodu 2 zřizovací listiny KIDSOK je uvedeno, že KIDSOK vykonává v souladu s touto zřizovací listinou práva a povinnosti, která zřizovateli vyplývají zejména ze zákona č. 129/2000 Sb., o krajích, v platném znění, a právních předpisů z oblasti dopravy.
9. Současně se z čl. VIII. bodu 3 zřizovací listiny KIDSOK podává, že zřizovatel (zadavatel předmětné veřejné zakázky) zmocňuje KIDSOK, aby jeho jménem a na jeho odpovědnost jednal při všech procesních a právních úkonech a jednáních potřebných při výkonu své činnosti a přijímal veškeré písemnosti, které se k těmto činnostem váží, přičemž se dané zmocnění nevztahuje na případy, kdy je na základě právních předpisů povinen jednat nebo učinit právní úkon přímo zřizovatel, resp. jeho příslušný orgán.
10. Z bodu I. „Zadávací dokumentace“ vyplývá, že se KIDSOK, jakožto osoba zastupující zadavatele podle § 151 odst. 1 zákona, nechal dále na základě příkazní smlouvy zastoupit při výkonu práv a povinností souvisejících se zadávacím řízením společností Erste Grantika Advisory, a.s., IČO 255 97 001, se sídlem Jánská 448/10, 602 00 Brno.
11. Podle bodu II.1.5) Oznámení o zakázce „Stručný popis zakázky nebo nákupu(ů)“ a dále bodu III. „Zadávací dokumentace“ je předmětem veřejné zakázky poskytování veřejných služeb v přepravě cestujících veřejnou linkovou dopravou s cílem zajištění dopravní obslužnosti Olomouckého kraje – oblast Jesenicko v délce trvání 10 let.

12. Z bodu II.2.1) Oznámení o zakázce „Celkové množství nebo rozsah“ vyplývá, že celková předpokládaná hodnota veřejné zakázky je zadavatelem stanovena ve výši 356 701 054 Kč bez DPH.
13. Lhůta pro podání nabídek byla zadavatelem stanovena do 16. 11. 2016, do 10:00 hodin.
14. Dne 21. 11. 2016 byly na podatelnu zadavatele doručeny námitky stěžovatele proti zadávacím podmínkám předmětné veřejné zakázky (dále jen „námitky“).
15. Vyřízeny byly přípisem ze dne 1. 12. 2016 označeným jako „Rozhodnutí o námitkách“ tak, že jsou v něm uvedeny identifikační údaje zadavatele a KIDSOK jako osoby zadavatele zastupující a dále je v rozhodnutí o námitkách v úvodu sdělováno, že „[z]adavatel v souladu s ustanovením § 111 ZVZ odst. 1 NEVYHOVUJE NÁMITKÁM stěžovatele...“. Následuje rekapitulace namítaných pochybení zadavatele tvořících obsah námitek a sdělení zadavatele, kterými jsou tato pochybení vyvracena. Za poučení podle § 111 odst. 2 zákona, místu a datu následuje textace „[z]a zadavatele Olomoucký kraj: Koordinátor Integrovaného dopravního systému Olomouckého kraje, příspěvková organizace“, přičemž je připojen podpis Mgr. Jaroslava Tomíka, ředitele KIDSOK.
16. Téhož dne, kdy bylo rozhodnutí o námitkách stěžovatele vytvořeno, bylo stěžovateli rovněž i odesláno, a to jak doporučeně poštou, tak elektronicky prostřednictvím e-mailu, jenž byl stěžovateli zaslán Mgr. Martinem Abrahámkem, poradcem pro výběrová řízení společnosti Erste Grantika Advisory, a.s.
17. Úřad konstatuje, že jsou dostatečně zjištěny skutkové okolnosti pro vydání příkazu, kdy podle § 150 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), lze povinnost v řízení z moci úřední a ve sporném řízení uložit formou písemného příkazu, přičemž příkaz může správní orgán vydat, považuje-li skutkové zjištění za dostatečné; vydání příkazu může být prvním úkonem v řízení.

Vyjádření zadavatele ze dne 22. 12. 2016

18. V souvislosti se shora uvedeným správním řízením zahájeným na návrh stěžovatele a vedeným pod sp. zn. S0747/2016/VZ doručil zadavatel Úřadu své vyjádření, jež svým obsahem dopadá též na zde šetřenou věc.
19. Zadavatel s odvoláním na čl. II. body 1 a 9 zřizovací listiny KIDSOK (ve znění dodatku č. 1, 2 a 3) uvádí, že byl tento zřízení mimo jiné za účelem „organizování a zajišťování komplexní dopravní obslužnosti kraje“ a „zajištění výběrových a nabídkových řízení na drážní a autobusové dopravce“, přičemž v této oblasti vykonává práva a povinnosti zřizovatele. Z uvedeného vyplývá, že KIDSOK, v souladu s pokyny zřizovatele, je pověřeným zadavatelem veřejných zakázek k zajištění dopravní obslužnosti. Pro tento účel byl taktéž jako příspěvková organizace *sui generis* zřízen, mj. i proto, aby vykonával všechna práva a povinnosti spojená i se zadáváním veřejných zakázek. Právě proto je KIDSOK personálně vybaven osobami, které rozumí dopravní obslužnosti, avšak s ohledem na rozsáhlost veřejné zakázky si vybral administrátora, a to společnost Erste Grantika Advisory, a.s.
20. Tento vztah se může zdát „rozostřený“ tím, že v zadávací dokumentaci předmětné veřejné zakázky je jako zadavatel uveden zřizovatel, tj. Olomoucký kraj, zatímco KIDSOK je toliko zastupující osoba, a to na základě plné moci ze dne 19. 8. 2014.

21. Ze zřizovací listiny lze však jednoznačně vyčíst projevenou vůli zřizovatele převést veškeré úkoly související se zajišťováním dopravní obslužnosti na KIDSOK, přičemž tak KIDSOK není „běžný“ zástupce toliko pro účely zadávacího řízení, tedy administrátor, jakým je u předmětné zakázky společnost Erste Grantika Advisory, a.s, ale osoba, na kterou zřizovatel zcela přenesl svá práva a povinnosti v této oblasti.
22. Nadto se ve vyjádření uvádí, že i pokud by Úřad mohl dospět k závěru, že KIDSOK nebyl oprávněn o námitkách rozhodovat, nemělo by to mít na platnost takového rozhodnutí bezprostřední negativní důsledky, neboť *„zrušení jednotlivých úkonů zadavatele bylo podle tehdy platných předpisů, které se aplikují i na přezkum této zakázky, možné jen za podmínky, že v důsledku pochybení zadavatele došlo k podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky“*, k čemuž ale není dán důvod, a to *„i vzhledem ke specifickému, možná neobvyklému vztahu mezi zřizovatelem a KIDSOK“*.

K postavení zadavatele

23. Podle § 2 odst. 2 písm. c) zákona je veřejným zadavatelem územní samosprávný celek nebo příspěvková organizace, u níž funkci zřizovatele vykonává územní samosprávný celek.
24. Úřad konstatuje, že Olomoucký kraj je územním samosprávným celkem podle zákona č. 129/2000 Sb., o krajích (krajské zřízení), ve znění pozdějších předpisů, proto je veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 2 písm. c) zákona, pročež se na něj vztahuje zákon o veřejných zakázkách.

K výroku I. tohoto příkazu

25. Podle § 110 odst. 1 zákona může při zadávání nadlimitních a podlimitních veřejných zakázek či v soutěži o návrh kterýkoliv dodavatel, který má nebo měl zájem na získání určité veřejné zakázky a kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech (dále jen „stěžovatel“), zadavateli podat zdůvodněné námitky.
26. Podle § 110 odst. 3 zákona musí námitky proti zadávacím podmínkám stěžovatel doručit zadavateli nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek.
27. Podle § 110 odst. 7 zákona se námitky podávají písemně. V námitkách musí stěžovatel uvést, kdo je podává, proti kterému úkonu zadavatele směřují a v čem je spatřováno porušení zákona. V námitkách podle odstavců 2, 3 a 5 musí být uvedeno, jaká újma stěžovateli v důsledku domnělého porušení zákona hrozí nebo vznikla a čeho se stěžovatel domáhá. Jde-li o námitky podle odstavce 2, musí stěžovatel v námitkách uvést též skutečnosti rozhodné pro stanovení okamžiku, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozvěděl. Námitky neobsahující náležitosti podle tohoto odstavce zadavatel odmítne a bezodkladně písemně uvědomí o této skutečnosti stěžovatele. Podání námitek řádně a včas je podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání postupu zadavatele ve stejné věci. Návrh na uložení zákazu plnění smlouvy podle § 114 odst. 2 zákona může stěžovatel podat bez předchozího podání námitek.
28. Podle § 111 odst. 1 zákona zadavatel přezkoumá podané námitky v plném rozsahu a do 10 dnů od obdržení námitek odešle stěžovateli písemné rozhodnutí o tom, zda námitkám vyhovuje či nikoliv, s uvedením důvodu. Vyhoví-li zadavatel námitkám, uvede v rozhodnutí způsob provedení nápravy.

29. Podle § 111 odst. 2 zákona platí, že pokud zadavatel námitkám nevyhoví, uvědomí stěžovatele v písemném rozhodnutí o možnosti podat ve lhůtě podle § 114 odst. 4 zákona návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu a doručit v téže lhůtě stejnopis návrhu zadavateli.
30. Podle § 111 odst. 3 zákona zadavatel o podaných námitkách a rozhodnutí o nich bezodkladně písemně informuje všechny uchazeče, a pokud neuplynula v době vyřízení námitek lhůta pro podání nabídek, všechny zájemce.
31. Podle § 111 odst. 4 zákona zadavatel nerozhoduje o námitkách, které byly podány opožděně nebo které vzal stěžovatel zpět. Tuto skutečnost zadavatel písemně oznámí stěžovateli. Vezme-li stěžovatel námitky zpět, není oprávněn podat ve stejné věci návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu.
32. Podle § 111 odst. 5 zákona platí, že pokud zadavatel podaným námitkám ve lhůtě podle odstavce 1 nevyhověl, nesmí zadavatel před uplynutím lhůty pro podání návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, a je-li tento návrh podán včas, ve lhůtě 45 dnů ode dne doručení námitek uzavřít smlouvu. Pokud zadavatel o námitkách nerozhodl ve lhůtě podle odstavce 1, platí, že námitkám nevyhověl. Je-li před uplynutím lhůty podle věty první řízení o přezkoumání úkonů zadavatele zastaveno, zákaz uzavřít smlouvu se ruší dnem zastavení řízení.
33. Podle § 151 odst. 1 zákona se zadavatel může při výkonu práv a povinností podle tohoto zákona souvisejících se zadávacím řízením nebo soutěží o návrh nechat zastoupit jinou osobou. Tato osoba musí splňovat požadavek nepodjatosti podle § 74 odst. 7 zákona a nesmí se účastnit příslušného zadávacího řízení.
34. Podle § 151 odst. 2 zákona nesmí být osobě zastupující zadavatele podle odstavce 1 uděleno zmocnění k zadání veřejné zakázky, vyloučení dodavatele z účasti v řízení, zrušení řízení, rozhodnutí o výběru nejvhodnějšího návrhu, zrušení soutěže o návrh či rozhodnutí o způsobu vyřízení námitek.
35. Podle § 151 odst. 3 zákona není ustanovením odstavce 1 dotčena odpovědnost zadavatele za dodržování tohoto zákona.
36. Podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že odmítne námitky v rozporu s § 110 zákona anebo postupuje při vyřizování námitek v rozporu s § 111 zákona.
37. Úřad nejprve obecně k vyřízení námitek uvádí, že zadavatel je podle § 111 odst. 1 zákona povinen přezkoumat obdržené námitky v plném rozsahu ve lhůtě 10 dnů od jejich doručení. V této lhůtě je zadavatel povinen odeslat stěžovateli písemné rozhodnutí obsahující způsob vyřízení námitek, kdy zadavatel rozhodne buď o vyhovění, či o zamítnutí námitek, přičemž je povinen své rozhodnutí náležitě odůvodnit. Podstatné je, aby byly námitky jednak vyřízeny některým se shora uvedených způsobů, aby bylo rozhodnutí zadavatele, kterým se tak stane, odůvodněno a zadavatel v takovém odůvodnění reagoval na veškeré námitky, ne pouze na některé z nich. Současně je povinen o podaných námitkách rozhodnout výlučně sám zadavatel.
38. Je tomu tak především proto, že institut námitek podle zákona má sloužit jako prostředek obrany proti domnělému porušení zákona úkonem zadavatele. Prostřednictvím rozhodnutí

o námitkách zadavatel stěžovatele seznamuje se svým pohledem na stěžovatelem vznesené argumenty, což může mít zásadní význam pro rozhodnutí stěžovatele o jeho dalším postupu, tj. zejména o tom, zda bude proti postupu zadavatele brojit návrhem u Úřadu či nikoliv. V případě, že se stěžovatel rozhodne návrh podat, jsou pak skutečnosti uvedené zadavatelem v rozhodnutí o námitkách významným podkladem pro náležitou formulaci a odůvodnění takového návrhu.

39. V předmětném zadávacím řízení obdržel zadavatel dne 21. 11. 2016 námitky stěžovatele, které byly s ohledem na lhůtu pro podání nabídek podány včas a které stěžovatel nevzal zpět. Za zadavatele námitky vyřídil dne 1. 12. 2016 jeho zástupce ve smyslu § 151 odst. 1 zákona, tedy KIDSOK.
40. Klíčová je přitom skutečnost, že rozhodnutí o námitkách ze dne 1. 12. 2016 bylo podepsáno nikoliv zadavatelem, ale ředitelem KIDSOK, a tedy je KIDSOKu v tomto smyslu rovněž přičitatelné. V očích Úřadu je irelevantní, zda jsou jednotlivé části rozhodnutí uvozeny souslovími typu „zadavatel rozhodl“ či „zadavatel uvádí“, neboť aby bylo možné rozhodnutí o námitkách považovat za úkon v zadávacím řízení učiněný zadavatelem, musel by jej podepsat orgán oprávněný jednat za zadavatele, tj. v tomto konkrétním případě hejtmán Olomouckého kraje, příp. osoba jím k tomu pověřená (např. na základě vnitřní organizační struktury), stále však v zaměstnaneckém poměru k zadavateli.
41. Jedna z podmínek pro naplnění povinností zadavatele ve vztahu k podaným námitkám podle § 111 odst. 1 zákona (viz výše bod 37 odůvodnění tohoto příkazu) tak nebyla naplněna, když o námitkách stěžovatele zadavatel vůbec nerozhodl (ač je tento úkon v zadávacím řízení zákonem svěřen výhradně jemu) a toto rozhodnutí namísto něho učinil KIDSOK.
42. Úřad uvádí, že zastoupení na základě § 151 odst. 1 zákona je možné vztáhnout prakticky na veškeré úkony, které by jinak činil sám zadavatel (vypracování zadávací dokumentace, příprava výzev ve vztahu k dodavatelům, příjem nabídek atp.), s výjimkou těch, které jsou taxativně vymezeny v § 151 odst. 2 zákona. Mezi tyto úkony, které jsou zákonem svěřeny výhradně zadavateli, patří mimo jiné i rozhodnutí o způsobu vyřízení námitek podle § 111 odst. 1 zákona.
43. Pokud zadavatel udělil jiné osobě oprávnění k provedení úkonů podle § 151 odst. 2 zákona, bylo nejen takové zmocnění, ale i na jeho základě učiněné právní jednání (tu rozhodnutí o námitkách stěžovatele ze dne 1. 12. 2016) absolutně neplatné pro rozpor se zákonem a takový úkon v rámci zadávacího řízení nemá ani žádné právní účinky, jako by tedy ani nebyl učiněn (k tomu viz PODEŠVA, V.; OLÍK, M.; JANOUŠEK, M.; STRÁNSKÝ, J. *Zákon o veřejných zakázkách. Komentář*. 2. Vydání. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2011, s. 560).
44. Úřad konstatuje, že je třeba při interpretaci ustanovení § 151 odst. 1 a 2 zákona vždy striktně rozlišovat mezi vlastním rozhodnutím o námitkách, které skutečně může učinit pouze zadavatel sám, a pouhým oznámením o tom, že toto rozhodnutí bylo zadavatelem vydáno a jak v něm zadavatel s námitkami stěžovatele naložil, které za zadavatele může učinit i pověřená osoba (k tomu viz např. rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 21. 12. 2011, č. j. ÚOHS-R134/2011/VZ-20468/2011/310/ASc/JSI). Vztaženo na právě šetřený případ, to, že bylo rozhodnutí o námitkách stěžovateli odesláno společností Erste Grantika Advisory, a.s., resp. jí k tomu pověřeným pracovníkem této společnosti, nelze považovat za porušení zákazu vyplývajícího z ust. § 151 odst. 2 zákona, naproti tomu skutečnost, že samotné rozhodnutí

o námitkách nepodepsal zadavatel, ale jeho zástupce pro zadávací řízení, a tedy toto rozhodnutí neučinil zadavatel sám, ale namísto něj KIDSOK, již porušením zákona je, a to konkrétně § 111 odst. 1, neboť ze skutkového stavu, s přihlédnutím k důsledkům postupu zadavatele uvedeným v bodu 43 odůvodnění tohoto příkazu, vyplývá, že o podaných námitkách nebylo zadavatelem *de facto* vůbec rozhodnuto.

45. K vyjádření zadavatele Úřad uvádí, že jím zmíněná „rozostřenost“ vztahu mezi ním a KIDSOK nabyla jasných obrysů v okamžiku, kdy zadavatel v zadávací dokumentaci veřejné zakázky uvedl, že KIDSOK je osobou ve smyslu § 151 odst. 1 zákona. Ačkoliv je ze zřizovací listiny zřejmé, že KIDSOK sám naplňuje znaky veřejného zadavatele podle § 2 odst. 2 písm. c) zákona, a tedy by mohl veřejnou zakázku nikoliv pouze „administrovat“, ale mohl by ji sám zadávat z pozice zadavatele, byl zadavatelem namísto toho Olomoucký kraj, který také, na rozdíl od KIDSOK, nesl za průběh zadávacího řízení a úkony v něm učiněné plnou odpovědnost. Chtěl-li zadavatel skutečně přenést veškerá práva spojená se zadáváním šetřené veřejné zakázky na KIDSOK, měl jej nechat předmětnou veřejnou zakázku „zadávat“, tj. být přímo jejím zadavatelem. Jedině za takových podmínek by měla zadavatelem zmíněná ustanovení zřizovací listiny KIDSOK svůj význam.
46. To, jak KIDSOK viděl zadavatel, tedy že jej považoval za „pověřeného zadavatele“, je při posouzení postupu zadavatele v předmětném zadávacím řízení zcela irelevantní, jelikož tato představa zadavatele se s reálným postavením KIDSOK tak, jak bylo určeno čl. I. zadávací dokumentace, rozchází. Byla-li představa zadavatele jakákoliv, nepromítla se již do zadávacích podmínek veřejné zakázky a nebyla tak ani zpřístupněna dodavatelům.
47. Dále, i kdyby zadavatel KIDSOK k rozhodnutí o námitkách zmocnil (a není přitom podstatné, zda by takové zmocnění vyplývalo přímo ze zřizovací listiny KIDSOK či z k tomu zvlášť vystavené plné moci), bylo by takové zmocnění i na jeho základě učiněné právní jednání absolutně neplatné pro rozpor se zákonem, tu konkrétně pro rozpor s § 151 odst. 2 zákona, jak již bylo Úřadem zkonstatováno výše. Z tohoto důvodu jsou odkazy zadavatele na jakákoliv jím provedená zmocnění učiněná ve prospěch KIDSOK a týkající se případného rozhodování o podaných námitkách nepatřičné.
48. Nadto i sama zřizovací listina KIDSOK obsahuje v čl. VIII. bodu 3 klauzuli, podle níž se zmocnění pro KIDSOK udělené jeho zřizovatelem (zadavatelem) pro výkon jeho činnosti, a tedy i na zajištění výběrových a nabídkových řízení na drážní a autobusové dopravce, nevztahuje na případy, kdy je na základě právních předpisů (zde podle § 111 odst. 1 ve spojení s § 151 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách) povinen jednat nebo učinit právní úkon přímo zřizovatel, resp. jeho příslušný orgán. Dosadil-li tak zadavatel KIDSOK do pozice osoby pověřené výkonem zadavatelských činností podle § 151 odst. 1 zákona, pak se v případě rozhodnutí o námitkách automaticky aktivoval č. VIII. odst. 3 zřizovací listiny KIDSOK a ani na jejím základě nebyl KIDSOK oprávněn za zadavatele o námitkách podaných stěžovatelem rozhodnout tak, jak učinil.
49. Nerozhodl-li zadavatel o podaných námitkách, aktivuje se § 111 odst. 5 zákona a s ním i nevyvratitelná právní domněnka, podle níž pokud zadavatel o námitkách nerozhodl ve lhůtě podle odstavce 1 tohoto ustanovení zákona (jako v případě šetřené veřejné zakázky), platí, že námitkám nevyhověl. Pokud by však zadavatel hodlal využít tuto konstrukci k tomu, aby suplovala jeho výslovné rozhodnutí o námitkách stěžovatele, jež má učinit a jež má

stěžovateli s odůvodněním rovněž i doručit, pak Úřad uvádí, že toto ustanovení rozhodně splnění povinností zadavatele podle § 111 odst. 1 zákona nenahrazuje a není ani jeho účelem vytvářet nástroj k jejich ignorování. Účel této domněnky je přesně opačný, neboť má sloužit zejména k ochraně dodavatelů právě v situaci, kdy zadavatel svoji zákonnou povinnost vyřídit námitky porušuje. Tento závěr je zřejmý i ze skutečnosti, že nedodržení postupu zadavatele při vyřizování námitek je v zákoně vymezeno jako samostatný správní delikt.

50. Pro úplnost Úřad dodává, že znakem skutkové podstaty správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona není [na rozdíl od skutkové podstaty dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona] alespoň potenciální vliv na výběr nejhodnější nabídky. Proto tuto skutečnost není potřeba ze strany Úřadu ani zkoumat.
51. Vzhledem k výše uvedenému Úřad konstatuje, že zadavatel postupoval v rozporu s § 111 odst. 1 zákona, když při vyřizování námitek stěžovatele ze dne 21. 11. 2016 o těchto námitkách (osobně) nerozhodl, když byl tento úkon učiněn osobou zastupující zadavatele ve smyslu § 151 odst. 1 zákona – KIDSOK, přičemž osobě zastupující zadavatele podle § 151 odst. 1 zákona nesmí být podle § 151 odst. 2 zákona uděleno zmocnění k rozhodnutí o způsobu vyřízení námitek, čímž se zadavatel dopustil spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto příkazu.

K výroku II. tohoto příkazu – uložení sankce

52. Úřad posoudil postup zadavatele a vzhledem ke zjištěným skutečnostem přistoupil k uložení pokuty, neboť zadavatel svým postupem naplnil skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona.
53. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm ne zahájil řízení do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán.
54. V návaznosti na to Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl na základě návrhu stěžovatele, který obdržel dne 12. 12. 2016. Správní řízení ve věci spáchání správního deliktu je zahájeno doručením tohoto příkazu. K protiprávnímu jednání zadavatele došlo dne 1. 12. 2016, tj. rozhodnutím o námitkách stěžovatele ze dne 21. 11. 2016, přičemž správní delikt byl dokonán tentýž den (1. 12. 2016), kdy bylo stěžovateli předmětné rozhodnutí o námitkách odesláno. Z výše uvedeného vyplývá, že k uplynutí lhůty vymezené zákonem pro zahájení správního řízení tedy nedošlo, přičemž v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.
55. Podle § 120 odst. 2 písm. b) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 20 000 000 Kč, jde-li o správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. b), e), f) nebo g) zákona.
56. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty právnické osobě přihlídnou k závažnosti správního deliktu, přičemž zákon demonstrativním výčtem vymezuje, co lze pod pojem závažnost správního deliktu podřadit (způsob jeho spáchání, jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchán). Při zvažování závažnosti správního deliktu pak Úřad zohlednil následující skutečnosti.
57. Ke způsobu spáchání správního deliktu Úřad uvádí, že pro zadavatele ze zákona jednoznačně vyplývá povinnost přezkoumat a vyřídit námitky proti jeho postupu v zadávacím řízení,

příčemž je tato povinnost nepřenositelná na jinou osobu a zadavatel o námitkách musí rozhodnout výhradně sám. Tuto jemu uloženou povinnost zadavatel v případě šetřené veřejné zakázky nesplnil, když námitky stěžovatele vyřídil a rozhodl o nich KIDSOK.

58. Při úvahách o následcích protiprávního jednání zadavatele Úřad zohlednil skutečnost, že na námitky stěžovatele bylo reagováno, a to v zákonem stanovené lhůtě, přičemž se stěžovateli dostalo na jím vznesené výtky k postupu zadavatele odpovědi, byť tato reakce vzešla nikoliv od zadavatele samotného, jak ukládá zákon, ale od osoby, která jej v zadávacím řízení zastupovala. Nelze tak hovořit o tom, že by byl základní účel rozhodnutí o námitkách (viz bod 38 odůvodnění tohoto příkazu) zcela potlačen. Je sice pravdou, že stěžovatel mohl díky způsobu vyřízení jeho námitek nabýt pochybnosti o tom, zda se v případě předmětného rozhodnutí o námitkách jedná o postoj samotného zadavatele, či zda takto o námitkách rozhodl výhradně KIDSOK, a to i bez zadavatelova vědomí, nicméně nelze odhlédnout od skutečnosti, že stěžovatel předmětné rozhodnutí o námitkách ze dne 1. 12. 2016 neignoroval, reagoval na něj podaným návrhem k Úřadu a se závěry v rozhodnutí uvedenými polemizoval. Postup zadavatele tak dle názoru Úřadu stěžovatele na jeho právech a možnosti jejich uplatnění přímo nezkrátil, což stupeň závažnosti správního deliktu snižuje.
59. Úřad dále jako polehčující okolnost shledal tu skutečnost, že zadavatel v rámci způsobu, jakým bylo k administraci předmětného zadávacího řízení z jeho strany přistoupeno, vycházel ze zřizovací listiny KIDSOK, kdy z postavení této jeho příspěvkové organizace mohl nabýt dojem (být mylně), že je KIDSOK k vyřízení námitek za všech okolností oprávněn. V postupu zadavatele tak lze spatřovat spíše omyl, nežli zřejmý úmysl.
60. Naproti tomu jako k okolnosti přitěžující přistoupil Úřad k předpokládané hodnotě veřejné zakázky (tu více než 356 mil. Kč bez DPH), neboť čím vyšší je potenciální závazek zadavatele hrazený z veřejných finančních prostředků, tím intenzivnější je zájem na tom, aby takové zadávací řízení probíhalo za dodržení všech pravidel, která je zadavatel na základě zákona povinen dodržovat.
61. Při určení výše pokuty Úřad přihlédl i k ekonomické situaci zadavatele, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. Nepřípustné jsou pak takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Ze chváleného návrhu rozpočtu Olomouckého kraje pro rok 2017 dostupného na adrese <https://www.kr-olomoucky.cz/rozpocet-olomouckeho-kraje-cl-105.html> vyplývá, že zadavatel hospodaří s příjmy v řádech miliard korun. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze v tomto případě považovat za likvidační, ani za nepřiměřeně zasahující ekonomickou podstatu zadavatele (a v tomto smyslu nespravedlivou).
62. Pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Po zvážení všech okolností případu Úřad při určení výměry uložené pokuty preferoval právě preventivní charakter uložení sankce a stanovenou pokutu vzhledem k souvislostem případu posoudil jako dostačující. Úřad uložil pokutu ve výši 15 000 Kč, která naplňuje dostatečně vzhledem k okolnostem případu obě funkce právní odpovědnosti.

63. Na základě výše uvedených skutečností a po zhodnocení všech okolností Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto příkazu.
64. Pokuta je splatná do jednoho měsíce od nabytí právní moci tohoto příkazu na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO zadavatele.

POUČENÍ

Proti tomuto příkazu je podle § 150 odst. 3 správního řádu možno podat odpor ve lhůtě 8 dnů ode dne jeho oznámení, a to u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Lhůta pro podání odporu běží ode dne následujícího po dni doručení tohoto příkazu. Zpětvzetí odporu není přípustné. Podáním odporu se příkaz ruší a řízení ve věci pokračuje. Lhůty pro vydání rozhodnutí začínají znovu běžet dnem podání odporu. Příkaz, proti němuž nebyl podán odpor, se stává pravomocným a vykonatelným rozhodnutím.

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží

Olomoucký kraj, Jeremenkova 1191/40a, 779 00 Olomouc – Hodolany

Vypraveno dne

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