



UOHSX009HQWU

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



PŘÍKAZ

Č. j.: ÚOHS-S0104/2017/VZ-09510/2017/551/DBo

Brno: 16. března 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 – VÍTKOVICE ARÉNA, a. s., IČO 259 11 368, se sídlem Ruská 3077/135, 700 30 Ostrava - Zábřeh

při zadávání veřejné zakázky „**Dodávka dieselagregátu pro Městský stadion Ostrava**“, v otevřeném řízení, jehož formulář „Oznámení o zakázce“ byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn dne 7. 3. 2016 pod evidenčním číslem zakázky 630551, ve znění oprav uveřejněných tamtéž dne 18. 4. 2016,

vydává podle ustanovení § 150 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, v rozhodném znění, tento

příkaz:

I.

Zadavatel – VÍTKOVICE ARÉNA, a. s., IČO 259 11 368, se sídlem Ruská 3077/135, 700 30 Ostrava - Zábřeh – se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, tím, že při vyřizování námitek uchazeče PRONIX s. r. o., IČO 480 27 944, se sídlem U Kněžské louky 2145/28, 130 00 Praha 3 ze dne 19. 12. 2016, podaných v zadávacím řízení na veřejnou zakázku „**Dodávka dieselagregátu pro Městský stadion Ostrava**“ zadávanou v otevřeném řízení, jehož formulář „Oznámení o zakázce“ byl ve Věstníku veřejných

zakázek uveřejněn dne 7. 3. 2016 pod evidenčním číslem zakázky 630551, ve znění oprav uveřejněných tamtéž dne 18. 4. 2016, postupoval v rozporu s ustanovením § 111 odst. 1 citovaného zákona, když nepřezkoumal námitky proti rozhodnutí o vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení ze dne 19. 12. 2016 uvedené na straně 2 a 3 směřující do nesplnění technických parametrů požadovaných zadavatelem na předmět plnění veřejné zakázky, když se k nim nijak v rozhodnutí zadavatele o námitkách ze dne 29. 12. 2016 nevyjádřil, čímž námitky podané uvedeným uchazečem nepřezkoumal v plném rozsahu.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. se zadavateli – VÍTKOVICE ARÉNA, a. s., IČO 259 11 368, se sídlem Ruská 3077/135, 700 30 Ostrava - Zábřeh – podle § 120 odst. 2 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, ukládá

pokuta ve výši 20.000 Kč (dvacet 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 10. 1. 2017 návrh stěžovatele PRONIX s. r. o., IČO 480 27 944, se sídlem U Kněžské louky 2145/28, 130 00 Praha 3 (dále též „stěžovatel“), na zahájení řízení o přezkoumání postupu zadavatele – VÍTKOVICE ARÉNA, a. s., IČO 259 11 368, se sídlem Ruská 3077/135, 700 30 Ostrava - Zábřeh (dále jen „zadavatel“) – při zadávání veřejné zakázky „Dodávka dieselagregátu pro Městský stadion Ostrava“ v otevřeném řízení, jehož formulář „Oznámení o zakázce“ byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn dne 7. 3. 2016 pod evidenčním číslem zakázky 630551, ve znění oprav uveřejněných tamtéž dne 18. 4. 2016.
2. V návrhu bylo mimo jiné namítáno možné porušení zákona tím, že zadavatel ve svém rozhodnutí o námitkách nerozhodl v souladu se zákonem, a to jak z pohledu včasnosti, tak z pohledu věcného vyčerpání námitky.
3. Shora uvedené skutečnosti svědčí 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. S0018/2017/VZ a po přezkoumání jejího obsahu zjistil následující skutečnosti, které jsou součástí spisu v této věci vedeného pod sp. zn. S0104/2017/VZ.
5. Předmětem veřejné zakázky je podle bodu II.1.5) „Stručný popis zakázky nebo nákupu (ů)“ v Oznámení o zakázce dodávka dieselagregátu včetně montážních a případných stavebních prací (úpravy prostor), přičemž dodávce bude předcházet demontáž (odpojení) stávajícího nevyhovujícího dieselagregátu.
6. Zadavatel zahájil zadávací řízení odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění dne 25. 2. 2016 do Věstníku veřejných zakázek. Lhůtu pro podání nabídek zadavatel stanovil dle bodu IV.3.4) Oznámení o zakázce, jakož i bodu 11 Zadávací dokumentace do 26. 4. 2016 do

10:30 hodin. Z důvodu provedených úprav zadávacích podmínek a s přihlédnutím k povaze těchto úprav zadavatel prodloužil lhůtu pro podání nabídek v souladu s § 40 odst. 3 zákona do 7. 6. 2016 do 10:30 hodin.

7. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla dle bodu II.2.1) Oznámení o zakázce stanovena ve výši 6.000.000 Kč bez DPH.
8. Ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 4. 11. 2016, na jejímž základě byl stěžovatel vyloučen ze zadávacího řízení, zadavatel v bodu 3. uvedl, že po posouzení nabídky stěžovatele z hlediska splnění požadavků zadavatele na předmět veřejné zakázky bylo prokázáno, že se jedná o nabídku nepřijatelnou a nevhodnou, neboť odborný poradce po posouzení uchazečem nabízeného dieselaagregátu DA z hlediska splnění technických podmínek sdělil, že podstatou problému je skutečnost, že DA vyráběné v Asii a okolí definují výkony PRP a ESP dle ISO 8528-1 z roku 2011 a dle této normy nesmí dovolená průměrná denní zátěž překročit 70% výkonu PRP. Dodavatelé již dodaného DA, který má zadavatel v současné době k dispozici a v dočasném užívání, se na uvedenou normu i údaj 70% odvolávali, když vysvětlovali, proč jimi dodaný DA nezvládá zátěž. Ze závěru odborného poradce pak vyplývá, že nabídnutý DA zvládne, při odvolání se na ISO 8528-1, dovolenou průměrnou denní zátěž pouze 381 kW, což je o cca 33% méně než je zadaná změřená skutečná zátěž 575 kW + navýšení na nerovnoměrnost zátěže + navýšení na pokrytí THDi.
9. Dne 19. 12. 2016 stěžovatel doručil zadavateli námítky proti rozhodnutí o vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení, kterým zadavatel svým rozhodnutím ze dne 29. 12. 2016, jež odeslal stěžovateli téhož dne, nevyhověl.
10. Stěžovatel v úvodu svých námitek ze dne 19. 12. 2016 shrnul dosavadní průběh zadávacího řízení a poté vyslovil svůj nesouhlas se závěry hodnotící komise, přičemž své námítky následně odůvodnil. Stěžovatel závěry přizvaného odborného poradce považuje za nekompetentní, a to zejména ve vztahu ke splnění zadávacích podmínek stěžovatelem.
11. V bodu II. 1. námitek stěžovatel nejprve cituje odůvodnění zadavatele: „*Odborný poradce po posouzení Vámi nabízeného DA z hlediska technických podmínek komisi sdělil, že podstatou problému je, že DA vyráběné v Asii a okolí definují výkon PRP a EPS dle ISO 8528-1 z roku 2011.*“ Stěžovatel k tomuto bodu uvádí, že norma ISO 8528-1, resp. norma ČSN ISO 8528-1 z roku 2011 je platná, nemá žádné varianty a touto normou se řídí všichni relevantní výrobci záložních zdrojů s pístovým spalovacím motorem. Stěžovatel tedy považuje tvrzení odborného poradce za nekorektní a zavádějící.
12. V bodu II. 2. námitek poukazuje stěžovatel na protichůdná tvrzení odborného poradce, když:
 - a) V odrážce (1) konstatuje, že výkon PRP udávaný výrobcem záložního zdroje je 544 kW a dále uvádí, že: „*dle sdělení dodavatelů Tekslanu k již dodanému DA, by byl využitelný průměrný denní výkon pouze 70%, a to je pouze 381 kW, což je pro zadané zátěže naprosto nedostatečné*“.
 - b) V odrážce (2) uvádí, že „*dodavatel již dodaného soustrojí Tekslan ale netuší, že nesplňuje ani normu ISO 8528-1. Dle této normy totiž lze DA zatížit na 100% po dobu např. 4 hodin, a poté jej nechat na zatížení 30% po dobu 3 hodin a dostaneme se na požadovanou průměrnou denní zátěž 70%*“.

13. Stěžovatel má tedy za to, že se buď jedná o účelový výklad normy ISO 8528-1 nebo o elementární neznalost dané normy, přičemž doplňuje, že tvrzení předcházejícího dodavatele nelze pokládat za směrodatná. K daným tvrzením pak stěžovatel uvádí následující:
- Poradce zaměňuje základní výkon a průměrný výkon.
 - Základní výkon je definován jako maximální výkon, který je zdrojové soustrojí schopno poskytovat nepřetržitě a přitom zajišťovat proměnné elektrické zatížení, a to při provozu po neomezený počet hodin v roce, při dohodnutých podmínkách, s intervaly a postupy údržby provedenými dle předpisu výrobce.
 - Dovolený průměrný výkon je definován jako výkon, kdy na výstupu za 24 hodin provozu nesmí překročit 70% PRP, pokud není schváleno výrobcem motoru jinak. To tedy znamená, že záložní zdroj může dodávat nepřetržitě PRP výkon po dobu 16,8 hodin v jednom dni za podmínky, že zbylých 7,2 hodiny nebude dodávat žádný výkon.
14. Z uvedeného výpočtu z normy ISO 8528-1 tedy dle stěžovatele jednoznačně vyplývá, že stěžovatelem navržený záložní zdroj může v průběhu jednoho dne dodávat PRP výkon 544 kW po dobu 16,8 hodin bez přestávky.
15. Stěžovatel dále odkazuje na bod 2.3. zadávací dokumentace, v němž je uvedeno, že „*vypočtený minimální potřebný výkon dieselagregátu je 750 kVA / 600 kW v provozním režimu záložního napájení osvětlení, tj. při plném konstantním zatížení po celou dobu trvání sportovní akce*“. K tomuto bodu poté stěžovatel uvádí, že v zadávací dokumentaci je výslovně uvedeno záložní napájení po dobu trvání sportovní akce. Trvání sportovní akce lze dle něj velmi přesně odhadnout na 2 – 4 hodiny. Je tedy zřejmé, že zadavatel poptává záložní zdroj, který bude provozován v tzv. „stand-by“ režimu, tzn. ve smyslu normy ISO 8528-1 se jedná o nouzový záložní výkon (EPS). Pro zadávací řízení je tedy směrodatný uvedený výkon „stand-by“ režim (EPS), který je v případě námi nabízeného záložního zdroje 750 kVA / 600 kW, a je v souladu s požadavkem formulovaným v zadávací dokumentaci.
16. Na základě výše uvedeného stěžovatel konstatuje, že formulace a závěry odborného poradce nejsou pravdivé a ani věcně a technicky správné.
17. Zadavatel ve svém rozhodnutí o námitkách k výše uvedeným skutečnostem uvádí, že považuje námitky stěžovatele a jejich zdůvodnění za ryze účelové a teoretické, a to z důvodu, že stěžovatelem nabízený dieselagregát DA je typově shodný s DA, který je v areálu Městského stadionu instalován a který prokazatelně zadavatelem požadované zátěžové parametry nespĺňuje.
18. Zadavatel upozorňuje a zároveň odkazuje na dodatečnou informaci č. 4 ze dne 16. 5. 2016, v níž zadavatel zájemcům o veřejnou zakázku poskytnul výsledky kontrolního měření přesných parametrů zátěže na výstupu DA (kW, kVA, THdi), a to ve všech provozních režimech napájené UPS včetně připojené standardní zátěže a dobíjení baterií UPS. Tímto zadavatel upřesnil zadávací podmínky, přičemž je stěžovatel nijakým způsobem nezpochybnil a akceptoval je při zpracování své nabídky.
19. Zadavatel má tak za prokázané, že stěžovatelem nabízený DA, stejně jako stávající instalovaný DA, zadavatelem požadované technické a zátěžové parametry nespĺňuje. Stávající zadávací řízení má za účel výměnu již instalovaného nevyhovujícího DA za nový DA, který bude spĺňovat

veškeré technické zátěžové parametry, a bylo by tedy zcela absurdní, pokud by zadavatel nahradil stávající DA stěžovatelem nabízeným DA, který je typově shodný.

20. Úřad konstatuje, že jsou dostatečně zjištěny skutkové okolnosti pro vydání příkazu, kdy podle § 150 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, v rozhodném znění (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.

K postavení zadavatele

21. S ohledem na povahu zadavatele se Úřad nejprve zabýval otázkou, zda zadavatel naplňuje definici veřejného zadavatele podle zákona, přičemž k jejímu zodpovězení je nutno vycházet z § 2 odst. 2 zákona.

22. Podle § 2 odst. 2 zákona je veřejným zadavatelem

a) Česká republika,

b) státní příspěvková organizace,

c) územní samosprávný celek nebo příspěvková organizace, u níž funkci zřizovatele vykonává územní samosprávný celek,

d) jiná právnická osoba, pokud

1. byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a

2. je financována převážně státem či jiným veřejným zadavatelem nebo je státem či jiným veřejným zadavatelem ovládána nebo stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu.

23. K naplnění definice veřejného zadavatele podle § 2 odst. 2 písm. d) zákona Úřad uvádí, že pojem veřejného zadavatele podle tohoto ustanovení zákona je potřeba vykládat ve funkčním smyslu, tj. při zjišťování, zda je určitý subjekt veřejným zadavatelem, je nezbytné vycházet z účelu zřízení a povahy činností subjektu.

24. Úřad uvádí, že je zřejmé, že zadavatel - společnost VÍTKOVICE ARÉNA, a.s., která má právní formu akciové společnosti, je právnickou osobou, a to obchodní korporací dle § 243 a násl. zákona č. 90/2012 Sb., o obchodních společnostech a družstvech, ve znění pozdějších předpisů, zapsanou v Obchodním rejstříku vedeném Krajským soudem v Ostravě, oddíl B, vložka 2600.

25. Z výpisu z obchodního rejstříku zadavatele vyplývá, že Statutární město Ostrava, IČO 008 45 451, se sídlem Prokešovo náměstí 8, Ostrava, PSČ 729 30, je jediným akcionářem zadavatele, který se podílí na základním kapitálu společnosti ve výši 100%.

26. Vzhledem k tomu, že Statutární město Ostrava je jako veřejný zadavatel [podle § 2 odst. 2 písm. c) zákona] jediným akcionářem, jenž ovládá tuto společnost (tzn. zadavatele) a zároveň Rada města Ostravy vykonává podle § 102 odst. 2 písm. c) zákona č. 128/2000 Sb., o obcích (obecní zřízení), ve znění pozdějších předpisů, svá práva týkající se řízení společnosti prostřednictvím výkonu působnosti valné hromady jako nejvyššího orgánu společnosti, která mimo jiné volí a odvolává členy představenstva, jenž je statutárním orgánem společnosti, jakožto i členy dozorčí rady, nemůže být dle názoru Úřadu sporu o tom, že je zde naplněna

další ze shora uvedených podmínek stanovená v bodu 2. § 2 odst. 2 písm. d) zákona pro konstatování, že předpoklad „ovládání“ coby jiné právnické osoby je beze zbytku splněn.

27. Jelikož pro určení toho, zda je zadavatel veřejným zadavatelem, postačuje kromě splnění podmínky uvedené v § 2 odst. 2 písm. d) bod 1. zákona splnění alespoň jedné ze tří podmínek uvedených v bodu 2. citovaného ustanovení zákona, je již nadbytečné zabývat se zbývajícími podmínkami uvedenými v tomto ustanovení zákona.
28. K otázce naplnění poslední podmínky pro učinění závěru, že je zadavatel veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) bodu 1. zákona, tj. založení či zřízení za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, uvádí Úřad následující. Zákon nikterak nespécifikuje, co se míní uspokojováním potřeb veřejného zájmu nemající průmyslovou nebo obchodní povahu, avšak obecně platí, že za potřeby veřejného zájmu je třeba považovat takové potřeby, které jsou spojeny s obecným zájmem nad jejich výkonem a které se stát prostřednictvím orgánů státní správy (resp. územních samosprávných celků) rozhodne uspokojovat sám nebo si nad jejich uspokojováním ponechává rozhodující vliv, nebo jako potřeby, které jsou uspokojovány jinak, než dostupností zboží a služeb na trhu.
29. Z čl. 5 stanov společnosti, které jsou dostupné na adrese www.justice.cz, vyplývá, že předmětem podnikání zadavatele je mimo jiné provozování tělovýchovných a sportovních zařízení a organizování sportovní činnosti, jakož i pořádání kulturních, kulturně-vzdělávacích a zábavních zařízení, pořádání kulturních produkcí, zábav, výstav, veletrhů, přehlídek, prodejních a obdobných akcí.
30. Z webových stránek zadavatele dostupných na adrese <http://www.arena-vitkovice.cz/> je zřejmé, že zadavatel - společnost VÍTKOVICE ARÉNA, a.s. provozuje Ostravar arénu (moderní víceúčelová hala, která je významným sportovní - kulturním centrem a vyhledávaným místem konání národních, evropských a světových mistrovství), dále Městský stadion (moderní sportovní areál určený pro fotbal, lehkou atletiku, místo konání Zlaté tretry, dějiště Mistrovství Evropy do 23 let), Multifunkční halu (tréninková hokejová hala, tradiční místo konání bruslení pro veřejnost) a také Atletickou halu (nejmodernější atletická hala v České republice, umožňující celoroční přípravu a splňující podmínky pro konání atletických závodů a mezinárodních mítinků v zimní halové sezóně, byla dějištěm Halového mistrovství České republiky mužů a žen v atletice 2016).
31. Ve výroční zprávě Statutárního města Ostrava za rok 2015, jenž je jediným akcionářem společnosti VÍTKOVICE ARÉNA, a.s., se uvádí, že nejvýznamnějšími investicemi statutárního města Ostravy v oblasti sportovní infrastruktury v roce 2015 byly druhá závěrečná fáze rekonstrukce městského stadionu a výstavba atletické haly v Ostravě-Vítkovicích. Z výše uvedené výroční zprávy současně plyne, že v roce 2015 se stala střediska společnosti VÍTKOVICE ARÉNA, a.s. vyhledávaným místem konání významných sportovních, kulturních i společenských akcí, které navštívilo více než 510 tisíc návštěvníků.
32. Oblast sportu a kultury je obecně zahrnována do oblasti služeb občanům, tedy služeb, které jsou poskytovány široké veřejnosti, a je tedy ve veřejném zájmu, aby byly takto poskytovány. Pravidelná kulturní či sportovní setkávání občanů (fotbalové zápasy, závody, možnosti tréninků, veřejné bruslení ad.), jakož i různé celospolečenské akce typu mistrovství světa v ledním hokeji či v atletice jsou činěna a uskutečňována ve veřejném zájmu a lze je zahrnout pod potřeby veřejného zájmu, jež nemají průmyslovou nebo obchodní povahu.

33. Lze tedy shrnout, že společnost VÍTKOVICE ARÉNA, a.s. obecně provozuje tělovýchovná a sportovní zařízení, jakož i organizuje sportovní činnosti, včetně pořádání kulturních a kulturně-vzdělávacích akcí a zařízení ve veřejném zájmu, neboť možnosti kulturního a sportovního vyžití jsou bezesporu službami poskytovanými široké veřejnosti, jež nemají průmyslovou nebo obchodní podobu. Úřad tedy považuje za nepochybné, že společnost VÍTKOVICE ARÉNA, a.s. naplňuje i poslední podmínku stanovenou v § 2 odst. 2 písm. d) bod 1. zákona, neboť je právnickou osobou, která vykonává činnost za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu nemající průmyslovou ani obchodní povahu.
34. S ohledem na vše výše uvedené Úřad konstatuje, že společnost VÍTKOVICE ARÉNA, a.s. je veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) zákona.

K výroku I. tohoto příkazu

35. Podle § 110 odst. 1 zákona při zadávání nadlimitních a podlimitních veřejných zakázek či v soutěži o návrh může 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, zadavateli podat zdůvodněné námitky.
36. Podle § 110 odst. 2 zákona lze námitky podat proti všem úkonům zadavatele a stěžovatel je musí doručit zadavateli do 15 dnů a v případě zjednodušeného podlimitního řízení do 10 dnů ode dne, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozví, nejpozději však do doby uzavření smlouvy.
37. Podle § 110 odst. 4 zákona námitky proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky nebo proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení z účasti v zadávacím řízení musí stěžovatel doručit zadavateli do 15 dnů a v případě zjednodušeného podlimitního řízení do 10 dnů ode dne doručení oznámení o výběru nejvhodnější nabídky veřejné zakázky podle § 81 zákona nebo rozhodnutí o vyloučení z účasti v zadávacím řízení.
38. 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 § 110 odstavců 2, 3 a 5 zákona 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.
39. 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.
40. 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.

41. 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.
42. 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.
43. 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.
44. Podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že odmítne námitky v rozporu s § 110 anebo postupuje při vyřizování námitek v rozporu s § 111 zákona.
45. 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.
46. Dále je pro řádné vyřízení námitek povinen zadavatel stěžovatele poučit 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.
47. Shora uvedené povinnosti jsou zadavateli zákonem uloženy především proto, že má institut námitek 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.
48. V šetřeném případě obdržel zadavatel dne 19. 12. 2016 zdůvodněné námitky stěžovatele směřující proti rozhodnutí o vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení (dále jen „námitky“).
49. Námitky byly podány s ohledem na subjektivní lhůtu stanovenou v § 110 odst. 2 zákona včas, nebyly vzaty stěžovatelem zpět, přičemž s ohledem na tyto skutečnosti měl zadavatel

povinnost tyto námitky postupem podle § 111 odst. 1 a násl. zákona náležitě vyřídit (rozhodnout o nich) některým ze shora uvedených způsobů, o čemž měl písemnou formou informovat v zákonem stanovené lhůtě (nejpozději do 29. 12. 2016) stěžovatele.

50. Tuto povinnost však zadavatel nesplnil.

51. Zadavatel sice dne 29. 12. 2016 (tedy v zákonem stanovené lhůtě) odeslal stěžovateli Rozhodnutí o námitkách, které obsahovalo rovněž poučení podle § 111 odst. 2 zákona, avšak námitky stěžovatele uvedené na straně 2 a 3 námitek týkající se nesplnění technických parametrů požadovaných zadavatelem na předmět plnění veřejné zakázky (viz citace uvedená v bodech 10 - 16 odůvodnění tohoto příkazu) zadavatel nepřezkoumal v plném rozsahu, neboť i když zadavatel v Rozhodnutí o námitkách uvedl důvody, pro které dle jeho přesvědčení bylo vyloučení stěžovatele ze zadávacího řízení učiněno v souladu se zákonem (viz body 17 – 19 odůvodnění tohoto příkazu), nezbavuje ho tato skutečnost povinnosti reagovat skutečně na veškeré námitky (každou jednotlivou z nich), které proti jeho postupu v zadávacím řízení směřují. Zadavatel by tedy měl věcně vypořádat i jednotlivé důvody, pro které považuje stěžovatel postup zadavatele za nezákonný.

52. Pro úplnost Úřad dodává, že obsahem námitek stěžovatele nebyly pouze námitky uvedené v bodech 10 – 16 odůvodnění tohoto příkazu, tzn. námitky ve vztahu k (ne)splnění zadávacích podmínek, avšak ostatní podané námitky nejsou vzhledem k danému šetření relevantní, neboť s těmi se zadavatel ve svém rozhodnutí vypořádal.

53. Úřad předně upozorňuje, že v daném šetření není jeho úkolem konstatovat, zda stěžovatelem nabízený dieselaagregát splňuje či nesplňuje technické podmínky požadované zadavatelem a zda byl stěžovatel ze zadávacího řízení vyloučen oprávněně, neboť Úřad zkoumal pouze tu skutečnost, zda zadavatel při vyřizování námitek postupoval v souladu se zákonem, tedy jestli zadavatel reagoval na tvrzení a důvody podání námitek, a zda se s nimi řádně vypořádal v takovém rozsahu, aby jeho rozhodnutí o námitkách bylo přezkoumatelné.

54. K rozsahu odůvodnění rozhodnutí o námitkách se již vyslovil Krajský soud v Brně ve svém rozsudku ze dne 21. 11. 2013, č. j. 62 Af 88/2012, jenž byl potvrzen rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 10. 6. 2014, č. j. 2 Afs 103/2013, v němž konstatoval: „*Jestliže § 111 odst. 1 ZVZ ukládá zadavateli písemně rozhodnout o tom, zda námitkám vyhovuje či nikoli, s uvedením důvodu, pak obстоjí jen takové rozhodnutí o námitkách, v němž je konkrétní věcný důvod obsažen. Není-li v něm obsažen, pak zadavatel nesplní povinnost podle § 111 odst. 1 zákona.*“

55. Stěžovatel v podaných námitkách jasně konkretizoval, z jakých důvodů nesouhlasí se závěry i odůvodněním jeho vyloučení ze zadávacího řízení, když k některým citovaným částem odůvodnění zadavatele uvedl svůj komentář, odkázal na technické podmínky zadávací dokumentace či poukázal, v čem spatřuje protichůdná tvrzení odborného poradce (body 10 – 16 odůvodnění tohoto příkazu). Naproti tomu zadavatel si ve svém rozhodnutí k dané části námitek vystačil pouze s konstatováním, že námitky stěžovatele považuje za účelové a teoretické, přičemž odkázal na dodatečné upřesňující informace k zadávacím podmínkám č. 4, které stěžovatel nezpochybnil, a taktéž na absurdnost situace, k níž by došlo v případě výměny stávajícího DA za stěžovatelem nabízený, typově shodný DA (viz body 17 – 19 odůvodnění tohoto příkazu).

56. Jelikož se zadavatel ve svém rozhodnutí nevypořádal se všemi podanými námitkami věcně, tzn. nereagoval na konkrétní argumenty stěžovatele (viz body 17 – 19 odůvodnění tohoto příkazu), nesplnil tak svoji povinnost vymezenou v § 111 odst. 1 zákona, dle níž má zadavatel povinnost přezkoumat podané námitky tak, aby byl materiálně vyčerpán celý jejich předmět.
57. Úřad uvádí, že právě způsob, jakým mají být podané námitky ze strany zadavatele vyřízeny, tj. že měly být v tomto konkrétním případě vyřízeny v plném rozsahu, je z pohledu dodržení zákona zásadní, přičemž je tento závěr zřejmý i ze skutečnosti, že nedodržení postupu zadavatele při vyřizování námitek je v zákoně vymezeno jako samostatný správní delikt.
58. 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 nejvhodnější nabídky. Proto tuto skutečnost není potřeba ze strany Úřadu ani zkoumat.
59. Na základě shora uvedených skutečností Úřad konstatuje, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. g) zákona tím, že při vyřizování námitek stěžovatele ze dne 19. 12. 2016 postupoval v rozporu s ustanovením § 111 odst. 1 zákona, když nepřezkoumal námitky proti rozhodnutí o vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení ze dne 19. 12. 2016 uvedené na straně 2 a 3 směřující do nesplnění technických parametrů požadovaných zadavatelem na předmět plnění veřejné zakázky, když se k nim nijak v rozhodnutí zadavatele o námitkách ze dne 29. 12. 2016 nevyjádřil, čímž námitky podané uvedeným uchazečem nepřezkoumal v plném rozsahu. Proto Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto příkazu.

K výroku II. tohoto příkazu – uložení sankce

60. Podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že odmítne námitky v rozporu s § 110 anebo postupuje při vyřizování námitek v rozporu s § 111 zákona.
61. Zadavatel se dopustil správního deliktu tím, že nesplnil povinnost stanovenou v § 111 odst. 1 zákona, když nepřezkoumal námitky proti rozhodnutí o vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení ze dne 19. 12. 2016 uvedené na straně 2 a 3 směřující do nesplnění technických parametrů požadovaných zadavatelem na předmět plnění veřejné zakázky, když se k nim nijak v rozhodnutí zadavatele o námitkách ze dne 29. 12. 2016 nevyjádřil, čímž námitky podané uvedeným uchazečem nepřezkoumal v plném rozsahu.
62. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost právnické osoby za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezažávil řízení do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán.
63. V návaznosti na poslední citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněná podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl na základě návrhu stěžovatele, který obdržel dne 10. 1. 2017. Správní řízení ve věci spáchání správního deliktu je zahájeno doručením tohoto příkazu. Ke spáchání správního deliktu pak došlo dne 30. 12. 2016, tj. následující den po marném uplynutí lhůty 10 dnů k vyřízení námitek (odeslání rozhodnutí zadavatele o podaných námitkách) stěžovatele, jež byly zadavateli doručeny dne 19. 12. 2016. 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.

64. Podle § 120 odst. 2 písm. b) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 20.000.000 Kč, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. b), e), f) nebo g) zákona.
65. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty právnické osobě přihlédne 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.
66. Ke způsobu spáchání správního deliktu Úřad uvádí, že pro zadavatele ze zákona jednoznačně vyplývá povinnost přezkoumat a vyřídit veškeré námitky proti jeho postupu v zadávacím řízení. Tuto jemu uloženou povinnost zadavatel v případě šetřené veřejné zakázky nesplnil, když námitky stěžovatele sice vyřídil, ale ne všechny (povinnost tak zadavatel splnil pouze zčásti). Pochybení v podobě nepřezkoumání dotčených námitek stěžovatele, kterého se zadavatel dopustil, je přitom možné hodnotit vzhledem k účelu, jehož má být institutem námitek dosaženo, jako závažnější, nicméně nikoliv tak závažné, jako by byl postup zadavatele v případě, kdy by veškeré námitky, které mu byly stěžovatelem doručeny, zcela ignoroval.
67. Následkem protiprávního jednání zadavatele bylo, že se stěžovatel vůbec nedozvěděl o postoji zadavatele vůči některým z jím namítaných skutečností obsažených v podaných námitkách. Zcela legitimní očekávání stěžovatele, že na jeho veškeré námitky (včetně těch zadavatelem opomenutých) bude ze strany zadavatele náležitě a včas reagováno, tak bylo naplněno pouze částečně, stejně jako byl pouze částečně naplněn základní účel námitek, tedy především odůvodnění postoje zadavatele k nim a sdělení skutečnosti, proč námitkám příp. nevyhovuje, pokud tak zadavatel učiní. Přitom úkon zadavatele spočívající ve vyřízení (veškerých) námitek, resp. poskytnutí věcného stanoviska zadavatelem stěžovateli, nelze nikterak zhojit či nahradit.
68. Jako polehčující okolnost Úřad zohlednil skutečnost, že na námitky stěžovatele bylo z části reagováno, byť pouze v obecné rovině (viz body 17 – 19 odůvodnění tohoto příkazu), ačkoliv je tato okolnost z pohledu splnění jeho zákonné povinnosti jinak irelevantní.
69. Úřad žádné další polehčující či naopak přitěžující okolnosti neshledal.
70. Úřad při stanovení výše pokuty přihlédl i k ekonomické situaci odpovědného subjektu, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako „nespravedlivá“. Nepřípustné jsou pak takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Z výroční zprávy zadavatele za rok 2015, dostupné na internetových stránkách www.justice.cz, vyplývá, že celkové výnosy zadavatele v předmětném období dosáhly výše 175.507.000 Kč. S ohledem na právě uvedené Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel v rámci svého rozpočtu disponuje, považovat za likvidační či jakkoliv „nespravedlivou“.
71. 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 20.000 Kč, která naplňuje dostatečně, vzhledem k okolnostem případu, obě funkce právní odpovědnosti.

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

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží:

VÍTKOVICE ARÉNA, a. s, Ruská 3077/135, 700 30 Ostrava - Zábřeh

Vypraveno dne:

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