



UOHSX00AY8GY

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



PŘÍKAZ

Č. j.: ÚOHS-S0033/2018/VZ-02976/2018/533/HKu

Brno: 29. ledna 2018

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, který je příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve věci spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. d) citovaného zákona obviněným:

- Česká republika – Ministerstvo pro místní rozvoj, IČO 66002222, se sídlem Staroměstské náměstí 932/6, 110 00 Praha 1,

při zadávání veřejné zakázky „Zajištění technické podpory k produktům využitých v IS NEN“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 30. 1. 2017 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 2. 2. 2017 pod ev. č. Z2017-002879 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 2. 2. 2017 pod ev. č. 2017/S 023 -039633,

vydává podle ustanovení § 90 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, tento

příkaz:

I.

Obviněný – Česká republika – Ministerstvo pro místní rozvoj, IČO 66002222, se sídlem Staroměstské náměstí 932/6, 110 00 Praha 1 – se při zadávání veřejné zakázky „Zajištění technické podpory k produktům využitých v IS NEN“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 30. 1. 2017 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 2. 2. 2017 pod ev. č. Z2017-002879 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 2. 2. 2017 pod

ev. č. 2017/S 023 -039633 **dopustil přestupku** podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, tím, že při vyřizování námitek ze dne 6. 3. 2017 podaných stěžovatelem Tender systems s.r.o., IČO 29145121, se sídlem náměstí Před bateriemi 692/18, 162 00 Praha 6, jež byly jmenovanému zadavateli doručeny téhož dne a jež směřovaly proti zadávací dokumentaci, v rozporu s ustanovením § 245 odst. 3 písm. a) citovaného zákona odmítl námitky z důvodu, že nebyly podány osobou oprávněnou k podání námitek podle § 241 citovaného zákona, přestože výše uvedený stěžovatel byl osobou oprávněnou k podání námitek podle § 241 citovaného zákona, přičemž se v odůvodnění citovaného rozhodnutí o námitkách i věcně zabýval námitkami navrhovatele, avšak nevyjádřil se ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách, neboť se v rozhodnutí o námitkách ze dne 21. 3. 2017 nevyjádřil k následujícím námitkám stěžovatele ohledně:

- požadavku zadavatele uvedeného v bodě 4 odst. 4.1. zadávací dokumentace a v příloze č. 1 návrhu smlouvy na nákup v edici Technical Support Plus u softwarových technologií od společnosti TESCO SW, a. s., IČO 25892533, tř. Kosmonautů 1288/1, 779 00 Olomouc u kterých zadavatel požaduje zajištění technické podpory, přičemž stěžovatel k tomuto namítal: *„Zadavatel v bodě 4 odst. 4.1 zadávací dokumentace k předmětné veřejné zakázce a rovněž v závazném návrhu smlouvy (Příloha č. 1 zadávací dokumentace) navíc požaduje pro produkty Tesco SW nákup v edici Technical Support Plus, což opět naznačuje určitou podmínku přinejmenším formy, určené společností Tesco SW. Ani z veřejných zdrojů pak tato edice není dohledatelná.“*,
- požadavku zadavatele uvedeného v čl. IX. „Vlastnické právo a právo užití“ odst. 3 návrhu smlouvy na udělení výhradní licence k plnění poskytnutému dle čl. III. „Předmět smlouvy“ odst. 2 písm. ci) „Change Services“ návrhu smlouvy, přičemž stěžovatel k tomuto namítal: *»Jeví se nám minimálně jako nestandardní, že dodavatel poskytne Zadavateli výhradní licenci k úpravě softwarových produktů, ke kterým může mít takový dodavatel licenci pouze nevýhradní. Uvedené vytváří další nejasnost o stavu licencování produktů a rovněž „vnáší“ do zadávacího řízení pochybnosti o jeho transparentnosti.«*.

čímž porušil ustanovení § 245 odst. 1 citovaného zákona, když se v rozhodnutí zadavatele ze dne 21. 3. 2017 o námitkách uvedeného stěžovatele podrobně nevyjádřil ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách.

II.

Za spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. tohoto příkazu se obviněnému – Česká republika – Ministerstvo pro místní rozvoj, IČO 66002222, se sídlem Staroměstské náměstí 932/6, 110 00 Praha 1 – podle ustanovení § 268 odst. 2 písm. b) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, **ukládá:**

pokuta ve výši 46 000 Kč (čtyřicet šest tisíc korun českých).

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

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Obviněný – Česká republika – Ministerstvo pro místní rozvoj, IČO 66002222, se sídlem Staroměstské náměstí 932/6, 110 00 Praha 1 (dále jen „obviněný“ nebo rovněž i „zadavatel“) – zahájil podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), dne 30. 1. 2017 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění otevřené řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Zajištění technické podpory k produktům využitých v IS NEN“, přičemž oznámení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 2. 2. 2017 pod ev. č. Z2017-002879 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 2. 2. 2017 pod ev. č. 2017/S 023-039633 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. V bodě II.1.4) „*Stručný popis*“ oznámení o zakázce zadavatel vymezil předmět veřejné zakázky následovně: „*Předmětem této veřejné zakázky je zajišťování technické podpory na dobu 395 dní od data zadání veřejné zakázky pro HW a SW technologie uvedené zadavatelem v zadávací dokumentaci.*“.
3. Dne 6. 3. 2017 stěžovatel – Tender systems s.r.o., IČO 29145121, se sídlem náměstí Před bateriemi 692/18, 162 00 Praha 6 (dále jen „stěžovatel“) – doručil obviněnému své námitky z téhož dne proti zadávací dokumentaci (dále jen „námitky“). Rozhodnutí o námitkách ze dne 21. 3. 2017, kterým zadavatel námitky stěžovatele odmítl, bylo stěžovateli doručeno dne 22. 3. 2017 (dále jen „rozhodnutí o námitkách“).

II. Správní řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže vedené pod spisovou značkou S0123/2017/VZ

4. Vzhledem k tomu, že stěžovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 30. 3. 2017 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“). Návrh stěžovatele byl zaevidován Úřadem pod sp. zn. S0123/2017/VZ.
5. V rámci správního řízení vedeného pod sp. zn. S0123/2017/VZ vydal Úřad dne 19. 5. 2017 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0123/2017/VZ-15529/2017/533/HKu (dále jen „rozhodnutí ze dne 19. 5. 2017“), v němž konstatoval, že zadavatel nedodržel při zadávání předmětné veřejné zakázky postup stanovený zákonem pro vyřizování námitek, když rozhodnutím o námitkách odmítl námitky dle § 245 odst. 3 písm. a) zákona, protože nebyly podány osobou oprávněnou k podání námitek podle § 241 zákona, přestože stěžovatel byl osobou oprávněnou k podání námitek podle § 241 zákona, a přitom se v odůvodnění rozhodnutí o námitkách vůbec nevyjádřil ani k následujícím námitkám stěžovatele ohledně:
 - požadavku zadavatele uvedeného v bodě 4 odst. 4.1. zadávací dokumentace a v příloze č. 1 návrhu smlouvy na nákup v edici Technical Support Plus u softwarových technologií od společnosti TESCO SW, a. s., IČO 25892533, tř. Kosmonautů 1288/1, 779 00 Olomouc u kterých zadavatel požaduje zajištění technické podpory, přičemž stěžovatel k tomuto namítl: „*Zadavatel v bodě 4 odst. 4.1 zadávací dokumentace k předmětné veřejné zakázce a rovněž v závazném návrhu smlouvy (Příloha č. 1 zadávací dokumentace) navíc požaduje pro produkty Tesco SW nákup v edici Technical Support Plus, což opět naznačuje určitou podmínku*

přínejmenším formy, určené společností Tesco SW. Ani z veřejných zdrojů pak tato edice není dohledatelná.“,

- požadavku zadavatele uvedeného v čl. IX. „Vlastnické právo a právo užití“ odst. 3 návrhu smlouvy na udělení výhradní licence k plnění poskytnutému dle čl. III. „Předmět smlouvy“ odst. 2 písm. ci) „Change Services“ návrhu smlouvy, přičemž stěžovatel k tomuto namítal: *»Jeví se nám minimálně jako nestandardní, že dodavatel poskytne Zadavateli výhradní licenci k úpravě softwarových produktů, ke kterým může mít takový dodavatel licenci pouze nevýhradní. Uvedené vytváří další nejasnost o stavu licencování produktů a rovněž „vnáší“ do zadávacího řízení pochybnosti o jeho transparentnosti.«.*

čímž porušil ustanovení § 245 odst. 1 zákona, když se v rozhodnutí o námitkách podrobně nevyjádřil ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách, čímž se rozhodnutí o námitkách stalo nepřezkoumatelným pro nedostatek důvodů. Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele Úřad rozhodnutím ze dne 19. 5. 2017 zrušil výše uvedené rozhodnutí o námitkách.

6. Rozhodnutí ze dne 19. 5. 2017 nabylo právní moci dne 6. 6. 2017, přičemž je dostupné ve sbírce rozhodnutí na www.uohs.cz.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

7. 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. V tomto případě je vydání příkazu prvním úkonem ve správním řízení.
8. Podle § 90 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (dále jen „zákon o přestupcích“), správní orgán může o přestupku rozhodnout příkazem. Příkazem lze uložit správní trest napomenutí, pokuty, zákazu činnosti, nebo propadnutí věci nebo náhradní hodnoty.

K právnímu postavení obviněného

9. Úřad v šetřeném případě nejprve ověřil postavení obviněného (zadavatele) podle § 4 zákona.
10. Podle § 4 odst. 1 písm. a) zákona je veřejným zadavatelem Česká republika; v případě České republiky se organizační složky státu považují za samostatné zadavatele.
11. Podle § 3 odst. 1 zákona č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích“), jsou organizačními složkami státu ministerstva a jiné správní úřady státu, Ústavní soud, soudy, státní zastupitelství, Nejvyšší kontrolní úřad, Kancelář prezidenta republiky, Úřad vlády České republiky, Kancelář Veřejného ochránce práv, Akademie věd České republiky, Grantová agentura České republiky a jiná zařízení, o kterých to stanoví zvláštní právní předpis anebo tento zákon; obdobné postavení jako organizační složka státu má Kancelář Poslanecké sněmovny a Kancelář Senátu.

12. Pokud stát vystupuje jako účastník právních vztahů, je právnickou osobou podle § 6 zákona o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích.
13. Podle § 7 odst. 1 zákona o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích činí jménem státu právní úkony vedoucí organizační složky, již se tyto právní úkony týkají, pokud zvláštní právní předpis nebo tento zákon (§ 28 odst. 2) nestanoví jinak.
14. Na základě uvedených skutečností je zřejmé, že obviněný je veřejným zadavatelem podle § 4 odst. 1 písm. a) zákona, neboť je organizační složkou státu – České republiky.

Relevantní ustanovení zákona

15. Podle § 241 odst. 1 zákona může námitky podat dodavatel, kterému postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním podlimitní nebo nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona nebo se zvláštními postupy podle části šesté zákona hrozí nebo vznikla újma.
16. Podle § 241 odst. 2 zákona se námitky podle odstavce 1 citovaného ustanovení zákona podávají písemně a lze je podat proti
 - a) všem úkonům nebo opomenutím zadavatele v zadávacím řízení a zvláštnímu postupu podle části šesté zákona, včetně stanovení zadávacích podmínek,
 - b) volbě druhu zadávacího řízení nebo režimu veřejné zakázky, nebo
 - c) postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu s tímto zákonem.
17. Podle § 241 odst. 3 zákona námitky týkající se jiných úkonů či opomenutí zadavatele, než je stanovení zadávacích podmínek, volba druhu zadávacího řízení, režimu veřejné zakázky a postup zadavatele směřující k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, může podat pouze účastník zadávacího řízení.
18. Podle § 242 odst. 4 zákona pokud je v zadávacím řízení stanovena lhůta pro podání nabídek, musí být námitky proti zadávací dokumentaci doručeny zadavateli nejpozději do skončení této lhůty; v případě jednacích řízení s uveřejněním musí být námitky proti zadávací dokumentaci doručeny nejpozději do skončení lhůty pro podání předběžných nabídek.
19. Podle § 244 odst. 1 zákona musí být v námitkách uvedeno, kdo je podává, v čem je spatřováno porušení tohoto zákona zadavatelem a čeho se stěžovatel domáhá. V případě, že účastník zadávacího řízení podává proti svému vyloučení námitky z důvodu obnovení své způsobilosti podle § 76 zákona, v námitkách neuvádí, v čem je spatřováno porušení zákona; uvede však popis nápravných opatření, která přijal k obnovení své způsobilosti.
20. Podle § 245 odst. 1 zákona zadavatel do 15 dnů od doručení námitek odešle rozhodnutí o námitkách stěžovateli. V rozhodnutí uvede, zda námitkám vyhovuje nebo je odmítá; součástí rozhodnutí musí být odůvodnění, ve kterém se zadavatel podrobně a srozumitelně vyjádří ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách. Pokud zadavatel námitkám vyhoví, sdělí v rozhodnutí současně, jaké provede opatření k nápravě.
21. Podle § 245 odst. 2 zákona pokud zadavatel neshledá důvody pro vyhovění, námitky rozhodnutím odmítne. Za odmítnutí se považuje i částečné vyhovění námitkám nebo provedení jiného opatření k nápravě, než kterého se stěžovatel v námitkách domáhal.

Provede-li zadavatel jiné opatření k nápravě, než kterého se stěžovatel domáhá, je stěžovatel oprávněn podat nové námitky i proti takovému opatření k nápravě.

22. Podle § 245 odst. 3 zákona platí, že zadavatel odmítne rovněž námitky, které

- a) nejsou podané oprávněnou osobou podle § 241,
- b) jsou podány opožděně, nebo
- c) nesplňují náležitosti podle § 244.

23. Podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že postupuje při vyřizování námitek v rozporu s § 245 odst. 1, 2, 3 nebo 4 zákona.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

24. Dne 6. 3. 2017 v 9:55:04 hodin podal stěžovatel námitky z téhož dne proti zadávací dokumentaci.

25. Lhůta pro podání nabídek byla podle bodu IV.2.2.) oznámení o zahájení zadávacího řízení stanovena na 6. 3. 2017, 11:00 hodin.

26. Stěžovatel v uvedených námitkách namítá:

- Diskriminační, netransparentní a nerovné nastavení zadávacích podmínek a domnívá se, že **stávající zadávací podmínky jednoznačně zvýhodňují společnost Tesco SW a. s.**
- Že **softwarové produkty požadované zadavatelem, zejména TSC CryptoID a TSC FAMA EAI+, jsou proprietární uzavřená řešení, nástroje a platformy společnosti Tesco SW**, že tyto softwarové produkty jsou aplikovány pouze na několika projektech společnosti Tesco SW a. s. a nejsou jako ostatní zadavatelem požadované produkty od společnosti IBM, Symantec nebo Oracle universální, otevřené a celosvětově široce rozšířené, používané a dostupné. Dodává, že produkty společnosti Tesco SW a. s. jsou úzce omezenou platformou (věcně, personálně i územně), s omezeným využitím pouze ve vztahu k několika řešením poskytovaným společností Tesco SW a. s., zejména pak ve vztahu k IS NEN. Podle názoru navrhovatele není známa žádná jiná podobná společnost, která poskytuje zadavatelem požadované produkty od společnosti Tesco SW a. s. (licence) či je schopná zajistit podporu k těmto produktům. Navrhovatel je přesvědčen, že **společnost Tesco SW a. s. má vliv na to, kdo bude moci poskytovat plnění**, které je předmětem veřejné zakázky.
- Upozorňuje na skutečnost, že **zadavatel požaduje pro produkty společnosti Tesco SW a. s. nákup v edici Technical Support Plus, což podle jeho názoru znamená podmínku určenou společností Tesco SW a. s.**, přičemž tato edice není ani z veřejných zdrojů dohledatelná.
- Navrhovatel má pochybnosti o samotném požadavku zadavatele na předmět plnění. Má za to, že licence k software měly být součástí předmětu plnění při poskytování samotné platformy IS NEN a licence by tak měly být v držení zadavatele. Navrhovatel má pochybnosti v tom smyslu, že zadavatel buď soutěží znovu licence, které již vlastní nebo že se fakticky dostal do závislosti na společnosti Tesco SW a. s.

tím, že licence k jejím produktům nemá. **Podle názoru navrhovatele není zřejmé, k jakému konkrétnímu stavu má být technická podpora poskytována, neboť není známo, k jakému datu končí stávající technická podpora a kdo ji poskytuje.** Dále navrhovatel namítá **neurčitost a nejasnost zadávacích podmínek ve vztahu k poplatkům spojených s přerušáním obnovené podpory.**

- Za problematický dále navrhovatel **považuje požadavek zadavatele uvedený v čl. IX. odst. 3 návrhu smlouvy: „Licence je udělena jako výhradní k plnění poskytnutému dle čl. III odst. 2, písm. ci) a jako nevýhradní pro ostatní poskytnuté plnění podle čl. III odst. 2, a to veškerým známým způsobům užití díla, zejména k účelu, ke kterému bylo dílo Poskytovatelem vytvořeno v souladu se Smlouvou,…”.** Navrhovateli se jeví jako nestandardní, že dodavatel poskytne zadavateli výhradní licenci k úpravě softwarových produktů, ke kterým může mít takový dodavatel licenci pouze nevýhradní. Uvedené vytváří, podle názoru navrhovatele, **nejasnost o stavu licencování produktů a vnáší do zadávacího řízení pochybnosti o jeho transparentnosti.**
- Nejasné skutečnosti ve vztahu k dokumentům modifikujícím zadávací dokumentaci, ve vztahu ke stanovení výše předpokládané hodnoty veřejné zakázky, k informacím o stávajícím dodavateli, k neuvedení důvodů nerozdělení předmětu plnění na části a dále neuveřejnění osob podílejících se na vypracování zadávací dokumentace a neuvedení informace zda zadavatel realizoval před zahájení zadávacího řízení k předmětné veřejné zakázce předběžné tržní konzultace.

27. Obviněný v rozhodnutí o námitkách uvedl, že námitky odmítá z důvodu věcné nesprávnosti námitek a dále z důvodu, že námitky nejsou podány osobou oprávněnou podle § 241 zákona.

28. K věcné nesprávnosti obviněný v rozhodnutí o námitkách uvedl:

- **Předmětem veřejné zakázky je poskytování plnění vztahující se k již existujícímu systému, přičemž podporu pro v zadávací dokumentaci uvedené produkty může poskytovat vždy jen partner příslušného vendora pro konkrétní produkt.** Dodává, že jinak nelze podporu poskytovat, neboť takto je obecně nastaven model podpory výrobců SW a HW, a že takto je nastaven samotný předmět plnění.
- Zadavatel je přesvědčen, že pro všechny produkty, pro které požaduje poskytnutí technické podpory, existuje dostatečně široký okruh dodavatelů na to, aby byla při podávání nabídek zachována hospodářská soutěž. Upřesňuje, že **všechny produkty uvedené v zadávací dokumentaci jsou produkty, které jsou využívány ve více aplikacích, než jen v IS NEN a že u všech produktů existuje dostatečně široký okruh poskytovatelů podpory.** Dodává, že **v případě zájmu jakéhokoli dodavatele stát se obchodním partnerem některého z vendorů, může tak učinit prostřednictvím partnerských politik, které jsou na webových stránkách vendorů uveřejněny.** Zadavatel uvádí, že podat nabídku může kdokoliv, kdo může poskytovat podporu pro v zadávací dokumentaci uvedené produkty, případně lze využít institut poddodavatele.
- **K námitkám navrhovatele týkajících se nejasnosti a neúplnosti vymezení technických podmínek účasti v zadávacím řízení zadavatel uvádí, že zajišťování**

podpory pro v zadávací dokumentaci uvedené produkty je obecně umožněno pouze prostřednictvím „vendorů“, čili výrobců těchto produktů, kteří poskytnou příslušné „licence“ a konkrétní cenové podmínky svým partnerům podle toho, o jaký produkt se u konkrétního objednatele jedná. Jakkoliv potenciální účastník zadávacího řízení tak, podle názoru zadavatele, musí při přípravě nabídky nutně spolupracovat s těmito vendory, kteří při stanovení cenových podmínek mohou zohlednit i případné poplatky spojené s přerušением, resp. znovuoobením podpory, neboť je jim taková skutečnost známa. Zadavatel **uvádí, že zadávací dokumentace byla zpracována tak, aby zadavatel obdržel co nejvýhodnější cenovou nabídku za požadované plnění, přičemž nebylo specifikováno, jakou formou požaduje zadavatel toto plnění zajistit, tj. zda zakoupením licencí, zakoupením případné obnovy přerušené podpory, zakoupením pouze nové podpory nebo kombinací těchto možností pro jednotlivé komponenty.** Zadavatel se domnívá, že omezením řešení plnění by mohlo dojít k omezení soutěže.

- **Pro umožnění přípravy nabídky jsou nezbytné informace, na jaké produkty je požadováno zajištění technické podpory a od jakého data v budoucnu je technická podpora požadována. Domnívá se, že stanovení dalších podmínek by mohlo být pro dodavatele omezující.**
- **K ostatním namítaným skutečnostem** zadavatel uvádí, že dokumenty s názvy „příloha č. 1 zadávací dokumentace_po 1. změně“ a „Zadávací dokumentace_po 1. změně“ byly uveřejněny dne 20. 2. 2017 na základě změny zadávací dokumentace dle § 99 zákona provedené v souvislosti s žádostí o vysvětlení zadávací dokumentace, která byla zadavateli doručena dne 16. 2. 2017. Změna zadávací dokumentace je vysvětlena v dokumentu nazvaném „První změna zadávací dokumentace“, který byl uveřejněn na profilu zadavatele téhož dne, jako výše uvedené dokumenty. K předpokládané hodnotě veřejné zakázky zadavatel uvádí, že tato byla stanovena v souladu s § 16 zákona a je věcí obchodní taktiky zadavatele, zda předpokládanou hodnotu uveřejní či nikoliv. Zadavatel dodává, že součástí zadávacích podmínek je maximální nabídková cena, která bude zadavatelem akceptována. K námitce nejasnosti týkající se současného krytí technické podpory zadavatel odkazuje na část Ad 2) rozhodnutí o námitkách a uvádí, že informace byly poskytnuty v dostatečné míře potřebné k podání nabídek. K neuvedení důvodu nerozdělení veřejné zakázky na části podle § 35 zákona zadavatel uvádí, že podle § 217 odst. 2 písm. m) zákona není zadavatel povinen v zadávací dokumentaci uvádět odůvodnění nerozdělení nadlimitní veřejné zakázky na části. Dodává, že důvody nerozdělení veřejné zakázky budou uvedeny v písemné zprávě zadavatele. K námitce týkající se neuvedení osob, se kterými zadavatel konzultoval přípravu zadávací dokumentace, zadavatel uvádí, že zadávací dokumentace neobsahuje žádné informace, které by vyplývaly z předběžných tržních konzultací.

29. K podání námitek neoprávněnou osobou obviněný v rozhodnutí o námitkách uvedl:

„Stěžovatel není dle informací dostupných z webových stránek vendorů jejich obchodním ani jiným partnerem. Vzhledem k povaze přijatých námitek nebyl s největší pravděpodobností kontaktován ani případný poddodavatel, který by mohl být partnerem vendorů a měl by tak oprávněně poskytovat požadované plnění. V případě nemožnosti Stěžovatele poskytovat

Zadavatelem požadovanou podporu, nemůže proto u Stěžovatele ke vzniku újmy z důvodu nemožnosti získat veřejnou zakázku nikdy dojít.“.

Právní posouzení

30. Úřad nejprve obecně k vyřízení námitek uvádí, že zadavatel je podle § 245 odst. 1 zákona povinen přezkoumat obdržené námítky v plném rozsahu ve lhůtě 15 dnů od jejich doručení. V této lhůtě je zadavatel povinen odeslat stěžovateli písemné rozhodnutí obsahující způsob vyřízení námitek, kdy zadavatel rozhodne buď o vyhovění námitkám či o jejich odmítnutí, přičemž je povinen své rozhodnutí podrobně a srozumitelně odůvodnit. Podstatné je, aby byly námítky jednak vyřízeny některým se shora uvedených způsobů, a současně bylo rozhodnutí zadavatele, kterým se tak stane, řádně odůvodněno a zadavatel v takovém odůvodnění reagoval na **veškeré** skutečnosti uvedené stěžovatelem v námitkách, ne pouze na některé z nich. Současně je povinen o podaných námitkách rozhodnout výlučně sám zadavatel.
31. Dále je pro řádné vyřízení námitek zadavatel povinen poučit stěžovatele v případě, kdy podané námítky odmítne, o možnosti podat ve lhůtě podle § 251 odst. 2 zákona návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu a o povinnosti doručit v téže lhůtě stejnopis návrhu zadavateli.
32. Shora uvedené povinnosti jsou zadavateli zákonem uloženy především proto, že má institut námitek sloužit jako hlavní prostředek obrany proti domnělému porušení zákona úkonem zadavatele, kdy by měl být vzniklý „problém“ pramenící z postupu zadavatele vyřešen primárně mezi zadavatelem a stěžovatelem v zadávacím řízení, nikoliv až ve správním řízení před Úřadem. Právě z tohoto důvodu by měla být argumentace zadavatele rozvedená v rozhodnutí o námitkách pokud možno co nejvíce komplexní, reagující na celý obsah podaných námitek, přičemž by měly být úvahy zadavatele přezkoumatelné, tím spíše v případě, kdy zadavatel námítky stěžovatele odmítá. Jsou-li námítky podány, je zadavatel povinen v rozhodnutí o nich uvést, zda námitkám vyhovuje, či je odmítá, a zároveň toto své rozhodnutí odůvodnit, a to v souladu se zásadou transparentnosti (§ 6 odst. 1 zákona), tedy tak, aby rozhodnutí zadavatele bylo zpětně přezkoumatelné. Úřad v této souvislosti odkazuje na ustálenou judikaturu (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010 č. j. 1 Afs 45/2010 – 159), podle které požadavek transparentnosti „(...) není splněn tehdy, pokud jsou v zadavatelově postupu shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele.“. Tato povinnost zadavatele, dovoditelná již ze samotných zásad zadávání veřejných zakázek, je pak v § 245 odst. 1 zákona zdůrazněna výslovným požadavkem na to, aby se zadavatel v rozhodnutí o námitkách podrobně a srozumitelně vyjádřil ke všem skutečnostem v nich uvedeným. To 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.
33. Důležitost institutu námitek a toho, jak mají být zadavatelem vyřízeny, vyplývá i z úmyslu zákonodárce penalizovat zadavatele v případě, že na námítky nebude reagovat ve lhůtách a způsobem stanoveným zákonem. Nejedná se přitom pouze o vznik odpovědnosti

zadavatele za případný přestupek, ale především o možnost uložení zcela nového (v porovnání s předešlou právní úpravou zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách) nápravného opatření Úřadem podle § 263 odst. 5 zákona, tj. zrušení rozhodnutí o námitkách, a dále i možnost zrušení samotného zadávacího řízení podle § 263 odst. 6 zákona tam, kde Úřad v průběhu řízení o návrhu zjistí, že zadavatel o podaných námitkách nerozhodl ve smyslu § 245 odst. 5 zákona. Ignorance povinností pramenících z § 245 zákona tak může mít pro zadavatele a osud jím zadávané veřejné zakázky i zcela fatální následky. Předmětem tohoto správního řízení je pak posouzení otázky, zda došlo jednáním obviněného při vyřizování námitek ze dne 6. 3. 2017 podaných stěžovatelem ke spáchání přestupku ve smyslu § 268 odst. 1 písm. d) zákona tím, že obviněný odmítl námitky z důvodu, že nebyly podány osobou oprávněnou k podání námitek podle § 241 zákona a že se v odůvodnění rozhodnutí o námitkách nevyjádřil ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách [k námitce týkající se požadavku zadavatele uvedeného v bodě 4 odst. 4.1. zadávací dokumentace a v příloze č. 1 návrhu smlouvy na nákup v edici Technical Support Plus u softwarových technologií od společnosti TESCO SW, a. s., IČO 25892533, tř. Kosmonautů 1288/1, 779 00 Olomouc u kterých zadavatel požaduje zajištění technické podpory a k námitce týkající se požadavku zadavatele uvedeného v čl. IX. „Vlastnické právo a právo užití“ odst. 3 návrhu smlouvy na udělení výhradní licence k plnění poskytnutému dle čl. III. „Předmět smlouvy“ odst. 2 písm. ci) „Change Services“ návrhu smlouvy].

34. Přímo ze zákonného ustanovení tedy plyne, že zadavatel své povinnosti ve vztahu k řádně podaným námitkám nesplní, pokud se s nimi vypořádá pouze obecným sdělením, aniž by své rozhodnutí opřel o argumentaci založenou na konkrétních a přezkoumatelných skutečnostech. Za takové (nedostatečné) obecné sdělení je možno považovat i obecné konstatování, že se namítaného a konkrétně stěžovatelem popsáno pochybení zadavatel nedopustil a námitky z toho důvodu neshledává relevantní. Za takové situace není vůbec naplňován smysl institutu námitek, kdy stěžovatel uvádí jasné argumenty (zde není ještě Úřadem hodnoceno, zda důvodné či nikoli), ale zadavatel na tyto konkrétní argumenty nereaguje vůbec či jen povšechně. Povinnost podrobně a srozumitelně se vyjádřit ke všem skutečnostem uvedeným v námitkách má zadavatel i v případě zcela nesouvisejících či lichých argumentů stěžovatele, a to v tom smyslu, že musí (konkrétním a zpětně přezkoumatelným způsobem) odůvodnit, proč argumentaci stěžovatele pokládá za nesouvisející, resp. lichou.
35. Úřad pokládá za potřebné zároveň vyjasnit, že uvedené nároky, které jsou na vyřízení námitek zákonem kladeny, byť by se mohly na první pohled jevit jako přísné, nejsou ve vztahu k zadavateli nikterak nespravedlivé. Je totiž třeba předně vycházet z toho, že primárním účelem regulace zadávání veřejných zakázek je ochrana prostředků, které jsou prostřednictvím veřejných zakázek vynakládány, a to především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, na jejichž základě jsou veřejné zakázky plněny, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli. Má-li zadavatel (právě za účelem ochrany hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s takto vydávanými prostředky) zákonem stanovenou obecnou povinnost zadávat veřejné zakázky prostřednictvím v zákoně upravených zadávacích řízení (nelze-li na danou veřejnou zakázku vztáhnout některou ze zákonem definovaných výjimek z této povinnosti) a je-li zadavatel zároveň osobou odpovědnou za zákonný průběh daného zadávacího řízení, není ničeho nepřiměřeného na tom, aby měl zároveň povinnost k námitce stěžovatele svůj postup

relevantním způsobem odůvodnit. Jinými slovy řečeno, je-li zadavatel ve své smluvní volnosti zákonem omezen v tom smyslu, že k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku může obecně přistoupit toliko na základě formalizovaného postupu, který musí vyhovět zákonem stanoveným podmínkám, musí na každý svůj krok v zadávacím řízení nahlížet též z toho pohledu, zda je v souladu se zákonem. Za takového stavu věci nemůže zadavatel dodavatelům zastřít a nesdělit své úvahy, na základě kterých dospěl k závěru, že postupuje v souladu se zákonem, stěžovateli sdělit. Navíc je právě férový (transparentní) takový postup zadavatele, kdy obdrží výtky dodavatele a reaguje na ně tak, že se s nimi srozumitelně a jasně vypořádá. To implikuje, že zareaguje na všechny vznesené argumenty a např. uvede, proč je nepovažuje za legitimní. Právě to je základním smyslem řízení o námitkách. Postup, kdy dodavatel vznesе řadu argumentů, pro které považuje postup zadavatele za nezákonný, a zadavatel část z nich ignoruje či na konkrétní argumenty reaguje nedůvodně jen povšechně, aniž by vysvětlil, proč tato námitka není důvodná, nemůže být v souladu se zákonem.

36. Lze konstatovat, že každý dodavatel pohybující se na dotčeném trhu má právo na transparentní a nediskriminační postup zadavatele v zadávacím řízení a právo na nezávislý přezkum úkonů či rozhodnutí zadavatele poté, co se u něj dotčený uchazeč neúspěšně bránil námitkami dle zákona (k tomuto závěru srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 4. 2008, č. j. 5 As 50/2006-137). Právě k plnohodnotnému naplnění tohoto práva pak směřuje úprava v § 245 odst. 1 zákona. Nesplnění povinností vymezených v § 245 odst. 1 zákona pak zákonodárce rovněž spojuje s jednáním, které je klasifikováno jako přestupek [viz § 268 odst. 1 písm. d) zákona].
37. V prověřovaném případě zadavatel námitky stěžovatele odmítl z důvodu, že dle jeho názoru nebyly podány oprávněnou osobou, k čemuž se stručně vyjádřil, a dílem námitky odmítl i z věcných důvodů. Zadavatel se tedy námitkami, resp. pouze některými, jím vyselektovanými, skutečnostmi uvedených v námitkách, jak bude uvedeno níže, v odůvodnění svého rozhodnutí věcně zabýval, a to i navzdory tomu, že námitky současně odmítl ve smyslu § 245 odst. 3 písm. a) zákona. Z textu rozhodnutí o námitkách zadavatele tedy vyplývá, že zadavatel v rozhodnutí o námitkách uvedl dva různé důvody odmítnutí námitek.
38. Úřad obecně uvádí, že za situace, kdy v rozhodnutí o námitkách je zadavatelem uveden více než jeden důvod k odmítnutí námitek, jako např. v přezkoumávaném případě kombinace důvodů pro odmítnutí námitek podle § 245 odst. 2 zákona a § 245 odst. 3 písm. a) zákona, je třeba pro účely posouzení naplnění podmínky přezkoumatelnosti odůvodnění rozhodnutí o námitkách z hlediska jeho srozumitelnosti a důvodů se zabývat všemi důvody pro odmítnutí námitek. Uvede-li zadavatel jako důvod pro odmítnutí námitek skutečnost podle § 245 odst. 3 písm. a) zákona, pak v takovém případě lze uvedení tohoto důvodu považovat za „podrobné a srozumitelné“ vyjádření se ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách ve smyslu § 245 odst. 1 zákona pouze tehdy, popíše-li své úvahy o tom, že stěžovatel není osobou oprávněnou k podání námitek. Pak je na posouzení, zda bylo možné ze strany zadavatele tento zákonný institut odmítnutí námitek dle § 245 odst. 3 písm. a) zákona využít a nevyjadřovat se tak úplně a srozumitelně k uplatněným námitkám, jež zpochybňují postup zadavatele např. při zadávání veřejné zakázky. Jestliže však důvod pro odmítnutí námitek podle § 245 odst. 3 písm. a) zákona dán objektivně není, pak zadavatel

nemohl využít (nezákonně využil) formálního odmítnutí námitek dle § 245 odst. 3 písm. a) zákona a musel se zabývat (věcně vypořádat dle § 245 odst. 1 zákona) v námitkách uplatněnými skutečnostmi a výtky. Jiný postup by dle názoru Úřadu mohl vést k obcházení zákona. Pokud by totiž zadavatel nechtěl námitky vypořádat, odkazoval by jen na formální důvod uvedený v § 245 odst. 3 písm. a) zákona, přestože ten v daném případě není dán (viz níže).

K výroku I. tohoto příkazu

K odmítnutí námitek z důvodu podání neoprávněnou osobou

39. S ohledem na výše uvedené se Úřad v šetřeném případě nejprve zabýval tím, zda je naplněn důvod odmítnutí námitek zadavatelem podle § 245 odst. 3 písm. a) zákona. Jak je uvedeno výše, odmítnutí námitek zadavatelem podle § 245 odst. 3 písm. a) zákona (zadavatel odmítne námitky, které nejsou podané oprávněnou osobou k podání námitek ve smyslu § 241 zákona) by bylo možno považovat za řádný důvod k odmítnutí námitek (a tím i k nevyjadřování se věcně ke skutečnostem uplatněným v námitkách) pouze v případě, že by byl tento důvod oprávněný, tj. objektivně dán v souladu se zákonem.
40. Z tohoto důvodu se Úřad dále podrobně zabýval tím, zda námitky podané stěžovatelem byly podány oprávněnou osobou podle § 241 zákona a zda tedy důvod uvedený v rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele je objektivně naplněn.
41. K tomu Úřad uvádí, že podle § 241 odst. 1 zákona může námitky podat dodavatel, kterému postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním podlimitní nebo nadlimitní veřejné zakázky hrozí nebo vznikla újma. Podmínky aktivní legitimace k podání námitek jsou tedy uvedeny ve shora citovaném ustanovení zákona. V daném případě se musí jednat o dodavatele dle § 5 zákona a tento musí zároveň specifikovat újmu, která mu postupem zadavatele hrozí či vznikla. Případný stěžovatel tak musí podmínky aktivní legitimace k podání návrhu splnit kumulativně. Stěžovatele (tj. osobu, která je oprávněna k podání námitek) lze tedy s ohledem na zákonnou úpravu definovat jako dodavatele, kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech.
42. Jak vyplývá z informací uvedených ve Veřejném rejstříku, stěžovatel je společnost s ručením omezeným. Z informací uvedených na internetové stránce www.tendersystems.cz vyplývá, že hlavní činností stěžovatele je výroba a provozování informačních systémů pro elektronické zadávání veřejných zakázek. Na základě těchto informací tedy lze usoudit, že se může jednat o potenciálního dodavatele, resp. potenciálního účastníka zadávacího řízení. Co se týká specifikace újmy, resp. povinnosti prokázat vznik újmy, Úřad uvádí, že touto problematikou se podrobně věnovalo mj. rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. R158/2009/VZ-10447/2010/310/ASc ze dne 15. 7. 2010, v němž předseda Úřad konstatoval, že „(...) v zásadě postačí, aby byla újma prokázána aspoň v tom smyslu, že uchazeč ztratil minimálně teoretickou možnost veřejnou zakázku získat“.
43. Stěžovatel v námitkách ze dne 6. 3. 2017 uvedl, že újma, která mu v důsledku porušení zákona zadavatelem vznikla nebo hrozí, je újma spočívající v nemožnosti získat veřejnou zakázku a škoda spočívající v případné nabídkové ceně stěžovatele, respektive jeho zisku. Dle Úřadu tak stěžovatel v námitkách újmu zjevně specifikoval a popsals.

44. Jak vyplývá z rozhodnutí o námitkách, takovými úvahami které Úřad výše předestřel, se zadavatel vůbec nezabýval a své závěry o podání námitek, resp. návrhu neoprávněnou osobou vystavěl na stručné argumentaci, že stěžovatel není dle informací dostupných z webových stránek vendorů jejich obchodním ani jiným partnerem, a že stěžovatelem nebyl s největší pravděpodobností kontaktován ani případný poddodavatel, který by mohl být partnerem vendorů a měl by tak oprávněně poskytovat požadované plnění. Zadavatel rovněž uvedl, že v případě nemožnosti stěžovatele poskytovat zadavatelem požadovanou podporu, nemůže u stěžovatele ke vzniku újmy z důvodu nemožnosti získat veřejnou zakázku nikdy dojít. Tvrzená východiska pro závěr zadavatele, že stěžovatel není legitimován k podání námitek (návrhu), jsou však dle Úřadu lichá.
45. Úřad uvádí, že výše uvedená argumentace zadavatele, tu obviněného je spekulativní a nekonkrétní. Úřad upozorňuje, že ve vyjádření zadavatele k návrhu, které bylo Úřadu doručeno dne 10. 4. 2017 v rámci správního řízení vedeného pod sp. zn. S0123/2017/VZ, zadavatel sám uvedl, že ve lhůtě pro podání nabídek obdržel nabídky dvou dodavatelů, a že ani jeden z těchto dodavatelů není uveden na seznamu partnerů společnosti TESCO SW, a. s., IČO 25892533, tř. Kosmonautů 1288/1, 779 00 Olomouc (dále jen „TESCO SW a.s.“). Tedy z uvedeného je zřejmé, že skutečnost, zda je určitý dodavatel uveden na seznamu partnerů příslušného výrobce software, nemá zjevně vliv na to, zda je příslušný dodavatel schopen podat nabídku v předmětném zadávacím řízení, což zadavatel vyjádřením k návrhu de facto potvrzuje. Tato skutečnost je však v protikladu s tvrzením zadavatele, kterým zpochybnil aktivní legitimaci stěžovatele, resp. navrhovatele k podání námitek (návrhu) tím, že tento není partnerem vendorů a tedy nemůže poskytovat požadované plnění. Pro úplnost Úřad uvádí, že v průběhu správního řízení vedeného pod sp. zn. S0123/2017/VZ obdržel vyjádření společnosti TESCO SW a.s., z něhož mj. vyplývá, že technickou podporu může poskytovat rovněž dodavatel, který není partnerem uvedeného výrobce. Tedy dle Úřadu takový dodavatel zjevně nebude ani uveden na seznamu partnerů příslušného výrobce software.
46. V návaznosti na výše uvedené skutečnosti Úřad konstatuje, že stěžovatel splnil podmínky aktivní legitimace k podání námitek dle § 241 odst. 1 zákona a námitky tak byly podány oprávněnou osobou podle § 241 zákona. Tuto skutečnost již Úřad dovedl v pravomocném rozhodnutí vydaném pod sp. zn. S0123/2017/VZ.
47. Úřad tedy s ohledem na výše uvedené uzavírá, že obviněný odmítl námitky z důvodu uvedeného v § 245 odst. 3 písm. a) zákona, tj. že nebyly podány osobou oprávněnou k podání námitek podle § 241 zákona, avšak tento důvod pro odmítnutí námitek nebyl ve skutečnosti dán. Obviněný tak porušil postup stanovený zákonem pro vyřizování námitek. Úřad však zároveň dodává, že obviněný se námitkami stěžovatele i přes jejich odmítnutí pro nesplnění aktivní legitimace k podání námitek věcně zabýval a součástí odůvodnění rozhodnutí o námitkách učinil i vyjádření k argumentům stěžovatele uplatněných v námitkách. Obviněný tak k věcnému posouzení námitek přistoupil, když vedle závěru o odmítnutí námitek pro absenci aktivní legitimace reagoval na námitky stěžovatele a podal mu informaci, proč je z věcného hlediska odmítá. Úřad se tak následně bude zabývat tím, zda se obviněný v rámci svého věcného odůvodnění k námitkám k těmto podrobně a srozumitelně vyjádřil ve smyslu § 245 odst. 1 zákona.

K odmítnutí námitek pro věcnou nesprávnost

48. S ohledem na shora vyložené se Úřad zabýval tím, zda rozhodnutí o námitkách – pokud obviněný, jak bylo prokázáno, nemohl odmítnout námitky dle § 245 odst. 3 písm. a) zákona a vyhnout se tak povinnosti vyjádřit se ke všem skutečnostem uváděným stěžovatelem v námitkách, a to v kvalitě předjímané zákonem „podrobně a srozumitelně“ – a zda jeho odůvodnění obsahovalo podrobně a srozumitelně vyložené důvody (reakce) ke všem stěžovatelem namítaným skutečnostem, pro které námitky odmítl.
49. Z obdržené dokumentace o zadávacím řízení Úřad zjistil, že v šetřeném případě byly zadavateli dne 6. 3. 2017 v 9:55:04 hodin doručeny námitky stěžovatele proti „*stanovení zadávacích podmínek a proti opomenutí zadavatele veřejné zakázky*“. Lhůta pro podání nabídek byla podle bodu IV.2.2.) oznámení o zahájení zadávacího řízení stanovena na 6. 3. 2017, 11:00 hodin.
50. Námitky byly podány s ohledem na lhůtu stanovenou v § 242 odst. 4 zákona včas, byly podány oprávněnou osobou (viz odstavce 39-47 odůvodnění tohoto příkazu), obsahovaly zákonem předepsané náležitosti a nebyly vzaty stěžovatelem zpět, přičemž s ohledem na tyto skutečnosti měl zadavatel povinnost tyto námitky postupem podle § 245 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 21. 3. 2017) stěžovatele. V daném případě je nutné akcentovat, že pro splnění povinnosti zadavatele stanovené v § 245 odst. 1 zákona spočívající v podrobném a srozumitelném vyjádření se ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách, tj. přezkoumání podaných námitek v plném rozsahu, je nutné o námitkách rozhodnout tak, aby byl materiálně vyčerpán celý jejich předmět. K tomu Úřad dodává, 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 přestupek, jak již bylo Úřadem opakovaně v odůvodnění tohoto příkazu uvedeno.
51. Úřad konstatuje, že z výše uvedeného věcného odůvodnění rozhodnutí o námitkách (viz odstavce 27 a 28 odůvodnění tohoto příkazu) zjevně vyplývá, že se v rozhodnutí o námitkách obviněný vůbec nevypořádal s námitkou týkající se požadavku na nákup produktů v edici Technical Support Plus. Stěžovatel v námitkách (viz odstavec 26 odůvodnění tohoto příkazu) k tomuto uvedl: „*Zadavatel v bodě 4 odst. 4.1 zadávací dokumentace k předmětné veřejné zakázce a rovněž v závazném návrhu smlouvy (Příloha č. 1 zadávací dokumentace) navíc požaduje pro produkty Tesco SW nákup v edici Technical Support Plus, což opět naznačuje určitou podmínku přinejmenším formy, určené společností Tesco SW. Ani z veřejných zdrojů pak tato edice není dohledatelná.*“. Dále se obviněný vůbec nevyjádřil k námitce týkající se poskytování výhradní licence, kde stěžovatel v námitkách svoji námitku přednesl následovně: „*Jako další problematický bod Stěžovatel vidí stanovení požadavku Zadavatele ve smluvních podmínkách, tj. závazném návrhu smlouvy, kde v čl. IX. odst. 3 návrhu smlouvy je uvedeno: „Licence je udělena jako výhradní k plnění poskytnutému dle čl. III odst. 2, písm. ci) a jako nevýhradní pro ostatní poskytnuté plnění podle čl. III odst. 2, a to veškerým známým způsobům užití díla, zejména k účelu, ke kterému bylo dílo Poskytovatelem vytvořeno v souladu se Smlouvou, a to v rozsahu minimálně nezbytném pro řádné užívání díla*

Uživatелеm. Licence je udělena jako neodvolatelná, neomezená územním či množstevním rozsahem a rovněž tak neomezená způsobem nebo rozsahem užití“. (...) U děl jako jsou jedinečné počítačové programy, je pojmově nemožné, že více autorů vytvoří totožný výtvar a výhradní licenci tak může poskytnout pouze autor takového jedinečného programu. Jeví se nám minimálně jako nestandardní, že dodavatel poskytne Zadavateli výhradní licenci k úpravě softwarových produktů, ke kterým může mít takový dodavatel licenci pouze nevýhradní. Uvedené vytváří další nejasnost o stavu licencování produktů a rovněž „vnáší“ do zadávacího řízení pochybnosti o jeho transparentnosti.«.

52. Úřad konstatuje, že účelu institutu námitek, tj. aby se stěžovatel, resp. případný navrhovatel primárně dozvěděl autentický názor zadavatele na veškeré jím vznesené připomínky k jeho postupu v zadávacím řízení, tedy nebylo dosaženo. Úřad uvádí, že právě způsob, jakým mají být podané námitky ze strany zadavatele vyřízeny, je z pohledu dodržení zákona zásadní. Podle ustanovení § 245 odst. 1 zákona součástí rozhodnutí o námitkách musí být odůvodnění, ve kterém se zadavatel podrobně a srozumitelně vyjádří ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách. Posílení funkce námitek jako nástroje, kterým by měly být v maximální možné míře bezprostředně vyřešeny všechny sporné otázky mezi zadavatelem a stěžovatelem, je promítnuto v ustanovení § 263 odst. 5 zákona, dle kterého platí, že je-li odůvodnění rozhodnutí o námitkách, jímž byly námitky odmítnuty, nepřezkoumatelné pro nesrozumitelnost nebo pro nedostatek důvodů, může Úřad uložit nápravné opatření spočívající ve zrušení rozhodnutí o námitkách (uvedené nápravné opatření Úřad zadavateli uložil v rozhodnutí ze dne 19. 5. 2017 vydaného v rámci správního řízení S0123/2017/VZ). Zákon tak prostřednictvím shora citovaných ustanovení zákona posiluje právní jistotu stěžovatelů, kteří by se již tak v rozhodnutí o námitkách měli dozvědět veškerou relevantní argumentaci zadavatele k podaným námitkám. Lze tedy konstatovat, že pokud má zadavatel za to, že jeho postup je důvodný, měl by být schopen své stanovisko v celém rozsahu obhájit a tedy nikoliv se k některým částem námitek vůbec nevyjádřit, jak to učinil v právě posuzovaném případě. Takové podrobné zdůvodnění postupu zadavatele by pak na druhé straně mělo sloužit stěžovateli jako základní podklad pro úvahu, zda si za svým názorem o nezákonném postupu zadavatele stojí natolik, že je ochoten vyvolat zahájení správního řízení před Úřadem na základě návrhu. Úřad závěrem dodává, že jestliže se zadavatel v rozhodnutí o námitkách vůbec nijak nezabýval dvěma shora uvedenými skutečnostmi (jak Úřad shora popsal), které stěžovatel v námitkách namítal, je zjevné, že při vyřízení těchto námitek nepostupoval v souladu se zákonem.
53. Úřad opakovaně zdůrazňuje, že obviněný je povinen v rozhodnutí o námitkách přezkoumatelným způsobem vypořádat všechny námitky stěžovatele, což má pro stěžovatele zásadní význam zejména z toho důvodu, aby se mohl proti zde uvedené argumentaci zadavatele účinně bránit. Uvedenou povinnost však obviněný v daném případě nesplnil, jelikož jak bylo výše dovozeno, obviněný se ve vztahu k výše zmíněným skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách vůbec nevyjádřil.
54. Pro úplnost Úřad dodává, že znakem skutkové podstaty správního deliktu podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona není [na rozdíl od skutkové podstaty dle § 268 odst. 1 písm. a) zákona] alespoň potenciální vliv na výběr nejhodnější nabídky. Proto tuto skutečnost není potřeba ze strany Úřadu ani zkoumat. Pro posouzení věci a konstatování toho, že se obviněný dopustil přestupku ve smyslu § 268 odst. 1 písm. d) zákona, je klíčové to, že se řádně

v rozhodnutí o námitkách nevypořádal se všemi namítanými skutečnostmi, jak Úřad výše v odůvodnění tohoto příkazu zevrubně popsal, a nedostál tak své povinnosti stanovené v § 245 odst. 1 zákona. Úřad nad rámec uvedeného doplňuje, že na závěru, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona, ničeho nemění ani skutečnost, že Úřad obviněnému rozhodnutím ze dne 19. 5. 2017 uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení daného rozhodnutí o námitkách, v důsledku čehož tak byl obviněný povinen o těchto námitkách opětovně rozhodovat. Úřad doplňuje, že v tomto smyslu nedochází ani k popření zásady zákazu dvojího trestání za totéž jednání, resp. za tentýž skutek. Úřad má za to, že jim uložené nápravné opatření svou povahou nelze považovat za trest (sankci) ve smyslu správního trestání. Uvedené vyplývá již ze samotného smyslu nápravného opatření, jehož účelem není zadavatele „potrestat“, ale naopak pouze napravit vzniklý nezákonný stav. Samotné nápravné opatření tak nemá represivní charakter, který je výrazem správního trestání a jehož účelem je postih protiprávního jednání. V této souvislosti lze podpůrně odkázat na závěry vyplývající z rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 29 Af 1/2015 ze dne 17. 1. 2017, kde soud mimo jiné uvedl, že „[l]ze rovněž souhlasit s žalovaným (pozn. s Úřadem), že jím ukládaná nápravná opatření nejsou projevem správního trestání, a tedy není možné nazírat na souvztažnost výroků žalovaného o porušení zákona zadavatelem a výroku žalovaného o uložení nápravného opatření stejným pohledem jako v případě souvztažnosti výroku žalovaného o spáchání správního deliktu zadavatele a o uložení pokuty zadavateli za takové porušení zákona. [...] Nelze z ničeho dovodit, že by uložení nápravného opatření mělo mít za následek zánik deliktní odpovědnosti zadavatele (či snad popření toho, že k deliktnímu jednání vůbec došlo), pokud je toto deliktní jednání zároveň důvodem pro ono nápravné opatření.“

55. S poukazem na shora uvedené Úřad konstatuje, že se obviněný při zadávání veřejné zakázky dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona tím, že při vyřizování námitek stěžovatele ze dne 6. 3. 2017 v rozporu s § 245 odst. 3 písm. a) zákona odmítl námitky z důvodu, že nebyly podány osobou oprávněnou k podání námitek podle § 241 zákona, přestože výše uvedený stěžovatel byl osobou oprávněnou k podání námitek podle § 241 zákona, přičemž se v rozhodnutí o námitkách ze dne 21. 3. 2017 nevyjádřil ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách.

56. Úřad proto rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto příkazu.

K výroku II. tohoto příkazu – uložení pokuty

57. Úřad posoudil postup obviněného a vzhledem ke zjištěným skutečnostem přistoupil k uložení pokuty, neboť obviněný svým postupem naplnil skutkovou podstatu přestupku podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona.

58. Podle § 270 odst. 5 zákona činí promlčecí doba 5 let, přičemž podle odst. 6 písm. a) téhož ustanovení se promlčecí doba přerušuje, a to oznámením o zahájení přestupku.

59. Podle § 31 odst. 1 zákona o přestupcích promlčecí doba počíná běžet dnem následujícím po dni spáchání přestupku; dnem spáchání přestupku se rozumí den, kdy došlo k ukončení jednání, kterým byl přestupek spáchán. Je-li znakem přestupku účinek, promlčecí doba počíná běžet dnem následujícím po dni, kdy takový účinek nastal.

60. V návaznosti na výše uvedené Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 270 odst. 5 zákona. Ke spáchání přestupku došlo dne 21. 3. 2017, tedy dne kdy obviněný rozhodl o námitkách, v nichž odmítl námitky z důvodu, že námitky nebyly podány osobou oprávněnou pro podání námitek (přestože stěžovatel byl osobou oprávněnou pro podání námitek) a následně se nevyjádřil ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách. Úřad se o spáchání přestupku dozvěděl dne 30. 3. 2017 v souvislosti s obdrženým návrhem k přezkoumání postupu obviněného při zadávání předmětné veřejné zakázky. Řízení o přestupku je zahájeno doručením tohoto příkazu. K uplynutí lhůty vymezené zákonem pro řízení tedy nedošlo a odpovědnost obviněného za přestupek uplynutím promlčecí doby nezanikla.
61. Podle § 268 odst. 2 písm. b) zákona platí, že za přestupek podle odstavce 1 citovaného ustanovení zákona, nepoužije-li se postup podle odstavce 3 citovaného ustanovení zákona, lze uložit pokutu do 20 000 000 Kč, jde-li o přestupek podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona.
62. Podle § 37 písm. a) a c) zákona o přestupcích se při určení druhu správního trestu a jeho výměry přihlídnou zejména k povaze a závažnosti přestupku a k přitěžujícím a polehčujícím okolnostem.
63. Podle § 38 zákona o přestupcích povaha a závažnost přestupku je dána zejména významem zákonem chráněného zájmu, který byl přestupkem porušen nebo ohrožen, dále významem a rozsahem následku přestupku a okolnostmi jeho spáchání (Úřad zde uvádí pouze ty skutečnosti citovaného ustanovení zákona o přestupcích, které jsou relevantní ve vztahu k posuzovanému případu).
64. Pokud jde o význam neurčitého právního pojmu „závažnost přestupku“, Úřad uvádí, že stupeň společenské škodlivosti přestupku (tedy závažnost) je dán také konkrétní intenzitou naplnění znaků skutkové podstaty přestupku. Při posuzování závažnosti přestupku není hlavním kritériem jeho skutková podstata, ale intenzita skutkových okolností, s jakou došlo k porušení právem chráněných hodnot a zájmů v konkrétním případě. Z hlediska určení výměry pokuty je proto nutno hodnotit nejen jaké následky byly přestupkem způsobeny, ale také jakou měly intenzitu (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 106/2012 ze dne 6. 6. 2013).
65. V rámci posouzení povahy a závažnosti přestupku Úřad konstatuje, 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 v případě některých námitek zcela ignoroval uvedení důvodů, pro něž nepovažuje námitky stěžovatele za akceptovatelné a pro které tyto námitky stěžovatele odmítl. Pochybení v podobě nepřezkoumání dotčených námitek stěžovatele, kterého se zadavatel dopustil, je tak nutné hodnotit vzhledem k účelu, jehož má být institutem námitek dosaženo, jako středně závažné, neboť obviněný některé námitky stěžovatele v rámci své argumentace v podstatě ignoroval. Následkem protiprávního jednání obviněného bylo, že se stěžovatel nedozvěděl o postoji obviněného vůči jím namítaným skutečnostem obsaženým v podaných námitkách. Zcela oprávněné očekávání stěžovatele, že na jeho **veškeré** námitky bude ze strany obviněného náležitě a včas reagováno, tak v daném případě nebylo naplněno. Výše zmíněným jednáním obviněného tak nebyl naplněn základní účel námitek, tedy především odůvodnění postoje zadavatele (obviněného) k nim a sdělení

skutečnosti, proč námitky odmítá. Přitom úkon obviněného spočívající ve vyřízení veškerých námitek, resp. poskytnutí věcného stanoviska stěžovateli, nelze nikterak zhojit či nahradit. Následkem nevyřízení předmětné části námitek tak byl v šetřeném případě výše uvedený „informační deficit“ na straně stěžovatele zásadní a přestupek zadavatele tak má přímý dopad na řádný průběh zadávacího řízení, přičemž to byl právě stěžovatel, kdo musel přezkum úkonu zadavatele před Úřadem iniciovat, resp. byl v této souvislosti povinen složit nemalou finanční částku jako kauci. K intenzitě následků Úřad uvádí, že nezákonný postup obviněného při vyřízení námitek měl bezprostřední dopad na podaný návrh stěžovatele, kdy stěžovatel nemohl nikterak rozvinout svoji argumentaci stran některých zadávacích podmínek v návaznosti na případnou reakci obviněného. Z uvedeného důvodu Úřad konstatuje, že v daném případě je nutné následky jednání obviněného posoudit jako středně intenzivní. Pro úplnost Úřad dodává, že z hlediska intenzity zásahu do právem chráněného zájmu se nejedná ani o nejzávažnější porušení zákona ze strany obviněného. V daném případě nelze dovodit, že by obviněný zcela rezignoval na posouzení všech námitek, resp. nelze dovodit, že by obviněný námitky jako celek zcela ignoroval.

66. Následkem protiprávního jednání zadavatele bylo, že se stěžovatel vůbec nedozvěděl o postoji zadavatele vůči některým namítaným skutečnostem obsaženým v podaných námitkách. Zcela oprávněné očekávání stěžovatele, že na jeho veškeré námitky bude ze strany obviněného náležitě a včas reagováno, tak v daném případě nebylo naplněno. Výše zmíněným jednáním obviněného tak nebyl naplněn základní účel námitek, tedy především odůvodnění postoje zadavatele (obviněného) k nim a sdělení skutečnosti, proč námitky příp. odmítá, pokud tak zadavatel učiní.
67. Při určení výše pokuty Úřad rovněž přihlédl ke skutečnosti, že v návaznosti na opatření k nápravě nezákonného postupu obviněného, které Úřad uložil rozhodnutím ze dne 19. 5. 2017 a zrušil rozhodnutí o námitkách, obviněný následně zpracoval nové rozhodnutí o námitkách, v němž se již vypořádal se všemi argumenty stěžovatele. Úřad upozorňuje, že ačkoliv došlo k nápravě předmětného pochybení obviněného, nelze konstatovat, že by současně došlo i ke zhojení spáchání výše specifikovaného přestupku. Úřad tedy k dané skutečnosti přihlédl jako k polehčující okolnosti, neboť následky pochybení zadavatele byly částečně minimalizovány s tím, že věcný obsah námitek stěžovatele byl zadavatel povinen opětovně přezkoumat. Tato polehčující okolnost však nemůže hrát zcela zásadní roli, neboť opětovného přezkoumání svých námitek se stěžovatel musel domoci podáním návrhu u Úřadu, který podával, ač v něm nemohl reagovat na myšlenky zadavatele k některým jeho výtkám obsaženým v námitkách, poněvadž v rozhodnutí o námitkách absentovaly. Úřad nad rámec doplňuje, že žádné další polehčující okolnosti, jakož ani přitěžující okolnosti, které by měly na výši uložené pokuty vliv, neshledal.
68. Úřad s ohledem na výše uvedené uzavírá, že – vzhledem k intenzitě skutkových okolností a následků, s jakou došlo k porušení právem chráněných hodnot a zájmů – přestupek spáchaný zadavatelem v šetřeném případě klasifikoval sice jako spíše závažný, ale s přihlédnutím k dalším aspektům případu uvedených výše, a zde zejména k minimalizaci „fatálních“ následků spáchání přestupku pro stěžovatele v souvislosti s předmětným rozhodnutím Úřadu, zadavateli uložil pokutu spíše při spodní hranici zákonné sazby.
69. Při určení výše pokuty Úřad přihlédl k majetkovým poměrům obviněného, 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. Z informací uvedených na adrese: <http://monitor.statnipokladna.cz/2016/statni-rozpocet/kapitola/317#rozpocet-souhrn>, vyplývá, že obviněný hospodařil v roce 2016 s majetkem v řádu miliard korun. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že vyměřenou výši pokuty nelze v tomto případě považovat za likvidační ani za nepřiměřeně zasahující ekonomickou podstatu obviněného (a v tomto smyslu nespravedlivou).

70. Pokuta uložená obviněnému za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit mimo jiné 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 preventivní charakter uložení sankce a stanovenou pokutu vzhledem k souvislostem případu posoudil jako dostačující. Úřad uložil pokutu ve výši 46 000 Kč, která naplňuje dostatečně vzhledem k okolnostem případu obě funkce právní odpovědnosti.
71. S ohledem na výše uvedené Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto příkazu.
72. 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 obviněného.

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 pokračuje; to neplatí, byl-li podán nepřípustný nebo opožděný odpor. 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. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

Ministerstvo pro místní rozvoj, Staroměstské náměstí 932/6, 110 00 Praha 1

Vypraveno:

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