



UOHSX00BI6XA

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S262/2018/VZ-24071/2018/522/RCh

Brno: 17. srpna 2018

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, v řízení o přestupku zahájeném z moci úřední dne 3. 7. 2018, jehož účastníkem je

- obviněný - Statutární město Teplice, IČO 00266621, se sídlem náměstí Svobody 2, 451 95 Teplice, ve správním řízení zastoupeno JUDr. Pavlem Marečkem, advokátem, číslo ČAK 06801, se sídlem Vaníčkova 1070/29, 400 01 Ústí nad Labem, na základě plné moci ze dne 12. 7. 2018

ve věci spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. d) citovaného zákona v souvislosti se zadáváním veřejné zakázky „Nové pracoviště elektrodispečinku včetně dálkového ovládání měnících pro trolejbusy v Teplicích“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 6. 11. 2017 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 9. 11. 2017 pod ev. č. Z2017-031297, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 9. 11. 2017 pod ev. č. 2017/S 215-446386,

rozhodl takto:

I.

Obviněný – Statutární město Teplice, IČO 00266621, se sídlem náměstí Svobody 2, 451 95 Teplice – **se** v souvislosti se zadáváním veřejné zakázky „Nové pracoviště elektrodispečinku včetně dálkového ovládání měnících pro trolejbusy v Teplicích“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 6. 11. 2017 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 9. 11. 2017

pod ev. č. Z2017-031297, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 9. 11. 2017 pod ev. č. 2017/S 215-446386, **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 7. 2. 2018 podaných stěžovatelem Skanska a.s., IČO 26271303, se sídlem Křižíkova 682/34a, 186 00 Praha 8, jež byly jmenovanému zadavateli doručeny dne 9. 2. 2018 a jež směřovaly proti výběru dodavatele, postupoval v rozporu s § 245 odst. 1 citovaného zákona, neboť v rozhodnutí ze dne 20. 2. 2018 o námitkách cit. stěžovatele, kterým námitky podle § 245 odst. 2 citovaného zákona odmítl, **se v odůvodnění rozhodnutí podrobně nevyjádřil ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách**, a to konkrétně k námitce, že vybraný dodavatel jako jednu z referenčních zakázek dle § 79 odst. 2 písm. b) zákona uváděl zakázku, kterou nerealizoval sám vlastní kapacitou, ale jako člen sdružení, čímž cit. stěžovatel vyjádřil pochybnost o prokázání technické kvalifikace, jelikož vybraný dodavatel v rozporu s ust. § 79 odst. 4 citovaného zákona neprokázal rozsah, v jakém se na plnění referenční zakázky reálně podílel.

II.

Za spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se obviněnému – Statutární město Teplice, IČO 00266621, se sídlem náměstí Svobody 2, 451 95 Teplice – podle ustanovení § 268 odst. 2 písm. b) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ukládá:

pokuta ve výši 45 000,- Kč (čtyřicet pět tisíc korun českých).

Pokuta je splatná **do dvou** měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

III.

Podle § 95 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, v návaznosti na § 79 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, a § 6 odst. 1 vyhlášky č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení, se obviněnému - Statutární město Teplice, IČO 00266621, se sídlem náměstí Svobody 2, 451 95 Teplice – ukládá:

uhradit náklady řízení ve výši 1 000 Kč (jeden tisíc korun českých).

Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Obviněný – Statutární město Teplice, IČO 00266621, se sídlem náměstí Svobody 2, 451 95 Teplice, ve správním řízení zastoupeno JUDr. Pavlem Marečkem, advokátem, číslo ČAK 06801, se sídlem Vaníčkova 1070/29, 400 01 Ústí nad Labem, na základě plné moci ze dne 12. 7. 2018 (dále jen „obviněný“ nebo „zadavatel“) – zahájil dne 6. 11. 2017 ve smyslu § 56 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění otevřené řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Nové pracoviště elektrodisepečinku včetně

dálkového ovládání měření pro trolejbusy v Teplicích“. Oznámení bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 9. 11. 2017 pod ev. č. Z2017-031297 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 9. 11. 2017 pod ev. č. 2017/S 215-446386 (dále jen „veřejná zakázka“).

2. Jak je uvedeno v zadávací dokumentaci, předmětem veřejné zakázky je vypracování projektové dokumentace, včetně zajištění úředních povolení a následná realizace nového pracoviště elektrodyspečinku včetně dálkového ovládání měření pro trolejbusy a jeho uvedení do provozu. Zároveň je předmětem veřejné zakázky dodávka řídicího systému v měřárnách a elektrodyspečinku, včetně výměny HW a SW. Zadavatel stanovil, že ekonomickou výhodnost nabídky bude hodnotit pouze na základě nabídkové ceny vč. DPH, v souladu s ustanovením § 114 a následujících zákona.
3. Zadavatel v čl. 9 zadávací dokumentace stanovil v rámci požadavků na prokázání splnění kvalifikace pod bodem 9.3 požadavek na technickou kvalifikaci ve smyslu ustanovení § 79 odst. 2 písm. b) zákona. Dle tohoto požadavku měli dodavatelé předložit „seznam významných dodávek poskytnutých dodavatelem za poslední 3 roky před zahájením zadávacího řízení včetně uvedení ceny (v Kč bez DPH) a doby jejich poskytnutí a identifikace objednatele vč. kontaktní osoby objednatele, telefonu a e-mailu, u které bude možné realizaci významné dodávky ověřit“. Požadavkem na minimální úroveň, již měl dodavatel prokázat, byla realizace „alespoň 2 referenčních zakázek, spočívajících v dodávce/výměně řídicího systému pro měřárny, včetně výměny HW a SW, v minimálním finančním objemu ve výši 2 mil. Kč bez DPH“.
4. Z „Protokolu o otevírání obálek“ ze dne 20. 12. 2017 je zřejmé, že zadavatel obdržel dvě nabídky. Jak vyplývá ze „Zprávy o hodnocení a posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení na veřejnou zakázku“ ze dne 8. 1. 2018, komise ustanovená zadavatelem pro posouzení a hodnocení nabídek nejprve dle stanovených pravidel vyhodnotila nabídky s tím, že jako ekonomicky nejvýhodnější byla vyhodnocena nabídka dodavatele MAGUS ENERGO s.r.o., IČO 60320028, se sídlem Pohankova 34/8, 628 00 Brno (dále jen „vybraný dodavatel“).
5. Zadavatel dne 29. 1. 2018 rozhodl v uvedeném smyslu o výběru dodavatele a tuto skutečnost oznámil dopisem z téhož dne účastníku zadávacího řízení. Účastník zadávacího řízení Skanska a.s., IČO 26271303, se sídlem Křížíkova 682/34a, 186 00 Praha 8 (dále jen „stěžovatel“), jehož nabídka skončila v hodnocení v pořadí druhá, obdržel oznámení zadavatele o výběru dodavatele dne 29. 1. 2018.
6. Stěžovatel podal dne 9. 2. 2018 proti oznámení zadavatele o výběru dodavatele námitky ze dne 7. 2. 2018 (podrobně viz dále odůvodnění tohoto rozhodnutí). Stěžovatel ve svých námitkách mimo jiné upozorňuje na skutečnost, že referenční zakázka předložená vybraným dodavatelem byla plněna sdružením dodavatelům, a ne tedy pouze tímto dodavatelem, a měla tedy být posuzována pouze co do rozsahu reálně plněným vybraným dodavatelem. Rozhodnutím o námitkách ze dne 20. 2. 2018 obviněný námitky stěžovatele odmítl.

II. POSTUP ÚŘADU PŘED ŘÍZENÍM O PŘESTUPKU

7. Stěžovatel podal dne 2. 3. 2018 k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Úřad ve správním řízení vedeném pod sp. zn. S0081/2018/VZ rozhodnutím č. j.: ÚOHS-S0081/2018/VZ-

11730/2018/522/NRi ze dne 19. 4. 2018 (dále jen „rozhodnutí sp. zn. S0081/2018/VZ“) s odkazem na § 263 odst. 5 zákona zrušil rozhodnutí zadavatele ze dne 20. 2. 2018 o námitkách stěžovatele. Posledně uvedené rozhodnutí Úřadu nabylo právní moci dne 8. 5. 2018, přičemž je dostupné ve sbírce rozhodnutí na stránkách Úřadu.

8. Vzhledem k tomu, že Úřad považoval skutková zjištění z předložených materiálů za dostatečná a považoval za prokázané, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona, zahájil postupem podle § 90 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (dále jen „zákon o přestupcích“) ve spojení s § 150 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), správní řízení o přestupku z moci úřední vydáním příkazu (viz dále odůvodnění tohoto rozhodnutí).

III. PRŮBĚH ŘÍZENÍ O PŘESTUPKU

9. Úřad vydal dne 3. 7. 2018 příkaz č. j. ÚOHS-S0262/2018/VZ-19711/2018/522/RCh, který byl obviněnému doručen téhož dne (dále jen „příkaz“). Tímto dnem bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 46 odst. 1 a § 150 odst. 1 správního řádu, a ve spojení s § 90 odst. 1 zákona o přestupcích zahájeno řízení o přestupku z moci úřední.
10. Účastníkem řízení o přestupku je podle § 256 zákona obviněný.
11. Proti uvedenému příkazu podal obviněný dne 10. 7. 2018 odpor z téhož dne (dále jen „odpor“). Podle § 150 odst. 3 správního řádu se podáním odporu příkaz ruší a řízení pokračuje, přičemž lhůty pro vydání rozhodnutí začínají znovu běžet dnem podání odporu.

Odpor obviněného

12. V odůvodnění odporu obviněný úvodem sděluje, že nesouhlasí se závěrem výroku I. příkazu, tedy že spáchal přestupek v něm uvedený a v návaznosti na to nesouhlasí ani s výrokem II. příkazu, kterým mu byla udělena pokuta.
13. Dále obviněný shrnuje základní argumentaci Úřadu, která vedla k vydání příkazu. Rozhodnutí Úřadu je dle něj postaveno na tom, že pro řádné vypořádání námitek nepostačuje pouze obecné sdělení, nepodpořené argumentací založenou na konkrétních a přezkoumatelných skutečnostech.
14. Obviněný poté přistoupil k samotnému odůvodnění odporu. Domnívá se, že vyhověl všem zákonným požadavkům kladeným na způsob vyřízení stěžovatelových námitek. Ve svém odůvodnění rozhodnutí o námitkách sdělil stěžovateli veškeré právní normy, o které své rozhodnutí opřel a vyjádřil se i k námitce stěžovatele, že je známo, že referenční zakázku realizoval dodavatel jako člen sdružení a provázely ji značné výrobní problémy a to sdělením, že *„takové skutečnosti nejsou notorietami, tedy obecně známými skutečnostmi, a proto nemohly být známy zadavateli v procesu hodnocení zakázky. Opětovně zadavatel sděluje, že není oprávněn zjišťovat u referenčních zakázek »spokojenost jiných objednatelů« s dodávkou poskytnutou uchazečem a proto toto ani v případě této zakázky nečinil.“* Obviněný připouští, že se takové sdělení může zdát strohé, ovšem vyjadřuje jeho právní názor. Obviněný údajně v době rozhodování o námitkách neměl žádné indicie, které by směřovaly k prokázání tvrzení stěžovatele, neboť měl k dispozici pouze materiály z nabídky vybraného dodavatele. Ve

smyslu výše uvedeného tedy vypořádal námitky a dodal, že není povinen ba dokonce ani oprávněn ověřovat informace uvedené v nabídce.

15. Obviněný se domnívá, že dle Úřadu je hlavním pochybením na jeho straně, že vložil důvěru ve vybraným dodavatelem předkládané materiály. Tato chyba však dle něj nenaplnjuje znaky přestupku. Nesouhlasí pak se závěry Úřadu, že svým postupem „rezignoval“ na jakékoliv věcné vyjádření k námitce stěžovatele. K námitce se vyjádřil tím způsobem, že mu stěžovatelem tvrzené skutečnosti nejsou známy, a že dle zákona není povinen přezkoumávat údaje, jež dodavatel uvede v čestném prohlášení.
16. Pro případ, že by Úřad své stanovisko v dané věci nezměnil, obviněný závěrem žádá o zmírnění výše ukládané pokuty.

Další průběh řízení o přestupku

17. Usnesením č. j. ÚOHS-S0262/2018/VZ-20364/2018/522/RCh ze dne 11. 7. 2018 určil Úřad obviněnému lhůtu, ve které byl podle § 36 odst. 1 správního řádu oprávněn navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy a podle § 36 odst. 2 správního řádu oprávněn vyjádřit v řízení své stanovisko.
18. Dne 17. 7. 2018 bylo Úřadu doručeno vyjádření obviněného ze dne 16. 7. 2018. Ve svém vyjádření obviněný opakuje argumentaci uvedenou v odporu ze dne 10. 7. 2018 ohledně svého odůvodnění rozhodnutí o námitkách (viz bod 12. až 15. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Dále pouze rozvádí argumentaci ohledně výše udělené pokuty. Žádá, aby Úřad při rozhodování ve věci vzal v úvahu skutečnosti, že *„úprava vyřizování námitek je v novém zákoně z roku 2016 odlišnou od předchozích úprav, jež platily po dobu více než dvaceti let, a je budována na zcela nové filosofii přezkumu námitek u zadavatele; u zadavatele se jedná o první (možné) pochybení v tomto směru; předmětnou veřejnou zakázku, shodně jako přezkum podaných námitek zajišťuje zadavatel svými zaměstnanci a nikoliv prostřednictvím odborné firmy.“* Z výše uvedených důvodů žádá obviněný o přezkoumání výše udělované sankce. Obviněný nenavrhl žádný další důkaz.
19. Usnesením č. j. ÚOHS-S0262/2018/VZ-21530/2018/522/RCh ze dne 23. 7. 2018 určil Úřad obviněnému podle § 261 odst. 3 zákona lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
20. Dne 31. 7. 2018 bylo Úřadu doručeno vyjádření obviněného z téhož dne, jehož předmětem bylo vyjádření se k podkladům rozhodnutí. Obviněný v tomto vyjádření pouze odkázal na svá vyjádření obsažená v odporu ze dne 10. 7. 2018 a ve vyjádření ze dne 16. 7. 2018.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

21. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, a po zhodnocení všech podkladů, dokumentace o zadávacím řízení, stanoviska obviněného a na základě vlastního zjištění konstatuje, že se obviněný dopustil přestupku uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí, za což mu byla uložena pokuta uvedená ve výroku II. tohoto rozhodnutí. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení zákona

22. 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.
23. Podle § 241 odst. 2 zákona se námitky podle odstavce 1 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.
24. Podle § 242 odst. 2 zákona musí být námitky proti úkonům oznamovaným v dokumentech, které je zadavatel povinen podle tohoto zákona uveřejnit či odeslat stěžovateli, doručeny zadavateli do 15 dnů od jejich uveřejnění či doručení stěžovateli.
25. 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.
26. 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.
27. Podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona se zadavatel dopustí přestupku tím, že postupuje při vyřizování námitek v rozporu s § 245 odst. 1, 2, 3 nebo 4 zákona.

Námitky stěžovatele ze dne 7. 2. 2018

28. Jak již bylo uvedeno, z námitek stěžovatele vyplývá, že směřují proti výběru vybraného dodavatele, který byl dle stěžovatele proveden v rozporu se zákonem.
29. Stěžovatel ve svých námitkách uvádí, že důvodem, pro který podává námitky proti oznámení o výběru dodavatele, je existence důvodných pochybností o tom, zda vybraný dodavatel prokázal požadovanou kvalifikaci tak, jak ji vymezil zadavatel v zadávacích podmínkách.
30. Stěžovatel zde rozebírá podmínky pro splnění technické kvalifikace, jak jsou vymezeny v bodu 9. 3 zadávací dokumentace k veřejné zakázce. Stěžovatel zmiňuje, že vybraný dodavatel ve své nabídce předložil seznam dvou významných (referenčních) zakázek, z nichž se blíže věnuje pouze referenční zakázce „Rekonstrukce napájecí trolejbusové trati Plzeň – Černice, Štefánikova ulice a Mělník Plzeň Černice“. K této referenční zakázce stěžovatel namítá, že byla doprovázena značnými výrobními problémy, jako jsou zpoždění termínů a neodpovídající kvalita provedených prací, jež vedly v důsledku k negativnímu osvědčení vydanému objednavatelem referenční zakázky.
31. Dále stěžovatel v námitkách upozorňuje, že vybraný dodavatel neplnil referenční zakázku sám vlastní kapacitou, ale jako člen sdružení „ČEZ ES – MAGUS ENERGO – ARPEX MORAVA“.

K prokázání technické kvalifikace tak dle stěžovatele může v souladu s ustanovením § 79 odst. 4 zákona použít pouze „podíl referenční zakázky“, resp. k prokázání splnění kvalifikace může využít pouze rozsah, v jakém se na plnění referenční zakázky vybraný dodavatel jako člen sdružení reálně podílel.

32. Stěžovatel podotýká, že hlavním účelem kvalifikace obecně je ověření, že bude provedení veřejné zakázky svěřeno dodavateli, jež za uvedenou nabídkovou cenu poskytne „*plnění ve všech směrech odpovídající zadávacím podmínkám*“. Stěžovatel namítá, že ze zprávy o hodnocení není zřejmé, jak a zda vůbec se zabývala hodnotící komise doklady předloženými vybraným dodavatelem, a to i s ohledem na to, že její součástí je přímý přepis seznamu významných dodávek, jež předložil vybraný dodavatel ve svojí nabídce. Stěžovatel s ohledem na relevantní skutečnosti dovozuje povinnost zadavatele k vyžádání si dalších podkladů či vysvětlení nabídky, jež zadavateli mají sloužit k tomu, aby měl postaveno na jisto, že vybraný dodavatel splnil požadované kvalifikační předpoklady.
33. Závěrem námitek stěžovatel shrnuje, že „*posouzení kvalifikace není věcí uvážení hodnotící komise nebo snad zadavatele, ale vždy se musí jednat o jednoznačně přezkoumatelné zhodnocení poskytnutých dokladů, případně doplněných informací*“. Zadavateli v námitkách navrhuje, aby zrušil oznámení o výběru dodavatele a opětovně posoudil kvalifikaci dodavatelů.
34. Rozhodnutím o námitkách ze dne 20. 2. 2018 obviněný výše podané námitky stěžovatele ze dne 7. 2. 2018 odmítl (dále jen „rozhodnutí o námitkách“). Dle doručky, jež je součástí spisových podkladů, bylo rozhodnutí o námitkách doručeno stěžovateli dne 20. 2. 2018.

Rozhodnutí zadavatele o námitkách stěžovatele

35. Úřad předně uvádí, že stěžovateli bylo jako reakce na jím podané námitky doručeno „*Vyjádření zadavatele k námitkám stěžovatele proti rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele v nadlimitní veřejné zakázce na dodávky označená jako »Nové pracoviště elektrodispečinku včetně dálkového ovládání měníren pro trolejbusy v Teplicích« evidenční číslo VVZ: Z2017-031297*“ ze dne 20. 2. 2018. Toto jednání zadavatele bylo Úřadem posouzeno dle jeho obsahu, kdy bylo zjištěno, že se jedná fakticky o rozhodnutí o námitkách stěžovatele ve smyslu § 245 zákona.
36. Zadavatel ve více jak polovině obsahu svého rozhodnutí o námitkách rozebírá a shrnuje námitky podané stěžovatelem doplněné o citace zadávací dokumentace.
37. V další části rozhodnutí o námitkách se zadavatele vyjadřuje následovně:
 1. *Podle ust. § 89 odst. 2 [zákona] pokud zadavatel nestanoví v zadávací dokumentaci jinak, může dodavatel v žádosti o účast, předběžné nabídce nebo nabídce nahradit předložení dokladů čestným prohlášením. Dodavatel může vždy nahradit požadované doklady jednotným evropským osvědčením pro veřejné zakázky.*
 2. *Podle [zákona] může tak dodavatel vyjma dokladů o kvalifikaci předložit zadavateli veřejné zakázky i čestné prohlášení, které nahrazuje tyto doklady. Dodavatel tak neporušil [zákon], neboť čestné prohlášení zadavateli předložil.*
 3. *Zadavatel není povinen přezkoumávat údaje, jež dodavatel uvede v čestném prohlášení a proto i v tomto případě vycházel zadavatel z obsahu čestného prohlášení, jež obsahovalo*

tvrzení, ze kterých vyplynulo, že dodavatel splňuje kvalifikační předpoklady. Jiná by byla situace, pokud by zadavatel měl indicie, jež by zpochybňovaly údaje obsažené v čestném prohlášení, ale o takovou situaci se v tomto případě nejednalo a proto zadavatel pouze konstatoval obsah čestného prohlášení a více se jím nezabýval. Ostatně by bylo nelogické, pokud by byli nuceni zadavatelé přezkoumávat obsah čestných prohlášení [dodavatelů], protože pak by samotná úprava tohoto institutu v [zákoně] ztratila na smyslu a zákonodárce by ji rovnou nahradil potvrzeními příslušných smluvních partnerů.

4. Stěžovatel v námitkách uvádí, že «je známo, že referenční zakázku realizoval dodavatel jako člen sdružení», dále, že «zakázku prováděly značné výrobní problémy» apod. Takové skutečnosti nejsou notorietami, tedy obecně známými skutečnostmi, a proto nemohly být známy zadavateli v procesu hodnocení zakázky. Opětovně zadavatel sděluje, že není oprávněn zjišťovat u referenčních zakázek «spokojenost jiných objednatelů» s dodávkou poskytnutou [dodavatelem] a proto toto ani v případě této zakázky nečinil.

K právnímu postavení obviněného jakožto zadavatele

38. Úřad nejprve posoudil otázku právního postavení obviněného jako zadavatele ve smyslu § 4 zákona.
39. Podle § 4 odst. 1 písm. d) zákona je veřejným zadavatelem územní samosprávný celek nebo jeho příspěvková organizace.
40. Zadavatel je statutárním městem ve smyslu ustanovení § 4 odst. 1 zákona č. 128/2000 Sb., o obecním zřízení, ve znění pozdějších předpisů. Z posledně uvedeného tedy vyplývá, že obviněný je veřejným zadavatelem ve smyslu § 4 odst. 1 písm. d) zákona a je povinen postupovat při zadávání veřejných zakázek podle zákona.

K výroku I. tohoto rozhodnutí

41. Úřad v obecné rovině uvádí, že námitky jako procesní institut představují primární ochranu dodavatelů před nezákonným postupem zadavatele. Jsou-li námitky podány, je zadavatel povinen v rozhodnutí o nich uvést, zda námitkám vyhovuje, či je odmítá, a zároveň své rozhodnutí odůvodnit v souladu se zásadou transparentnosti (§ 6 odst. 1 zákona), tedy tak, aby 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), dle 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 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.
42. 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 např. považovat obecné konstatování, že se namítaného pochybení zadavatel nedopustil, a námitky proto neshledává relevantní. 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.

43. 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 povinností 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 pro zadavatele představovat žádný problém 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 vznesl 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.
44. Lze tedy uzavřít, že každý dodavatel pohybující se na relevantním 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). Jestliže stěžovatel podá zadavateli námitky, musí se jimi zadavatel zabývat s veškerou pečlivostí. Je tomu tak především proto, že 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 též o tom, zda bude proti postupu zadavatele, který jeho námitky odmítl, brojit návrhem u Úřadu či nikoliv. V případě, že se stěžovatel rozhodne návrh podat, jsou pak z povahy věci skutečnosti uvedené zadavatelem v rozhodnutí o námitkách významným podkladem pro náležitou formulaci a odůvodnění takového návrhu. V situaci, kdy zadavatel svůj postup (zpochybňovaný podanými námitkami) konkrétním způsobem nezdůvodňuje, je stěžovatel, chce-li hájit své právo na transparentní postup zadavatele, de facto nucen podávat návrh k Úřadu (přičemž nelze přehlížet, že s jeho podáním je spojena i povinnost složit peněžitou kaucí) toliko na základě svých domněnek,

tj. aniž by znal argumentaci, na jejímž základě zadavatel pokládá jeho tvrzení za nesprávná či irelevantní.

45. Významnost výše uvedeného dále podporuje skutečnost, že zákon výslovně zakotvuje, že nedostatečné vyřízení námitek stěžovatele je přestupkem zadavatele [dle § 268 odst. 1 písm. d) zákona].
46. Z obdržené dokumentace o zadávacím řízení Úřad zjistil, že v šetřeném případě byly zadavateli dne 9. 2. 2018 doručeny námitky stěžovatele proti výběru dodavatele. V šetřeném případě byly námitky podány s ohledem na lhůtu stanovenou v § 242 odst. 4 zákona včas, neboť lhůta pro podávání nabídek byla stanovena na 13. 2. 2018. Dále lze konstatovat, že námitky byly podány oprávněnou osobou a obsahovaly zákonem předepsané náležitosti. 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 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.
47. Se zřetelem na vše shora uvedené tedy Úřad přikročil k posouzení toho, zda rozhodnutí zadavatele ze dne 20. 2. 2018 o námitkách stěžovatele vyhoví nárokům, které na něj klade zákon, jinými slovy, zda rozhodnutí zadavatele o námitkách stěžovatele ob stojí v testu zákonnosti ve smyslu § 245 odst. 1 zákona, a tedy, zda se zadavatel v rozhodnutí o námitkách vyjádřil podrobně a srozumitelně ke všem skutečnostem v námitkách.
48. Stěžovatel ve svých námitkách uvádí z jeho pohledu rozhodné skutečnosti, které vedou k důvodným pochybnostem o prokázání kvalifikace ze strany vybraného dodavatele. Konkrétně stěžovatel upozorňuje na nedostatečné prokázání technické kvalifikace vybraným dodavatelem ve smyslu čl. 9.3. zadávací dokumentace. Stěžovatel v této souvislosti v námitkách uvádí, že konkrétní pochybnost o splnění technické kvalifikace je dána mimo jiné tím, že vybraný dodavatel nevykonával referenční zakázku sám vlastními kapacitami, tedy jako generální dodavatel, ale jako člen sdružení. Z toho důvodu tedy nemohl v nabídce uvádět celou referenční zakázku jako své vlastní dílo, ale byl oprávněn uplatnit pouze podíl – rozsah – na referenční zakázce, který reálně vykonal. To vše s odkazem na ust. § 79 odst. 4 zákona, na které stěžovatel v námitkách poukazuje.
49. Úřad má za to, že námitka stěžovatele je jasná a srozumitelná, poukazuje na rozhodné skutečnosti i konkrétní důsledky z toho vyplývající (pochybnost o splnění kvalifikace). Úřad rovněž dodává, že námitka stěžovatele je z pohledu zákonnosti postupu zadavatele nepochybně relevantní. Zadavatel v odůvodnění rozhodnutí o námitkách interpretuje námitku stěžovatele správně, když uvádí, že stěžovatel poukazuje na to, že vybraný dodavatel realizoval referenční zakázku jako člen sdružení. V další části odůvodnění zadavatel nicméně ve vztahu k této skutečnosti sděluje pouze to, že tyto skutečnosti nejsou notorietami, resp. že tyto skutečnosti nemohly být zadavateli známy a dále se jimi nezabývá i přesto, že právě v námitkách stěžovatele byl s těmito skutečnostmi, na které lze

nepochybně nahlížet jako na indicie zpochybňující prokázání technické kvalifikace ze strany vybraného dodavatele, seznámen.

50. Úřad konstatuje, že zadavatel se ve svém rozhodnutí o námitkách nedostatečně zabýval tvrzením stěžovatele týkajícím se způsobu provádění referenční zakázky, když zcela pominul podstatu námítky stěžovatele. Jak již Úřad uvedl výše, námitka stěžovatele byla formulována jednoznačně nejen co do rozhodných skutečností, ale taktéž co do důsledků z pohledu zákonnosti postupu zadavatele, potažmo prokázání kvalifikace ze strany vybraného dodavatele. Konstatování, že uvedené skutečnosti zadavatel nepovažuje za notoriety, nelze považovat za podrobné a přezkoumatelné vyjádření. Podstata námítky stěžovatele nebyla v tom, kdy konkrétně měly být rozhodné skutečnosti zadavateli známy, ale v tom, že tyto existují, resp. jaké pochybnosti indikují. Jinými slovy, zadavatel nemůže poukaz na jednoznačnou skutečnost „odbýt“ tím, že nejde o notoriety, které by mu měly být známy. Zadavatel se naopak měl vypořádat s tím, zda je tato skutečnost pravdivá, proč tato skutečnost není pravdivá (s přezkoumatelným odůvodněním založeným např. na ověření rozhodných skutečností), případně sdělit, proč tato skutečnost není z jeho pohledu relevantní (např. poukazem na to, že kvalifikaci považuje i navzdory konkrétní pochybnosti stále za prokázanou, opět s uvedením konkrétních důvodů).
51. Lze tedy uzavřít, že zadavatel na zcela konkrétní a jednoznačnou námitku poukazující na to, že vybraný dodavatel referenční zakázku nerealizoval jako generální dodavatel, ale „pouze“ jako člen sdružení (což má ve světle § 79 odst. 4 zákona jednoznačně relevantní dopad na posuzování splnění kritérií kvalifikace), prakticky úplně rezignuje a jejím vypořádáním se dále nezabývá. Pro úplnost Úřad doplňuje, že zadavatel v zadávací dokumentaci k veřejné zakázce nestanovil (jak připouští ust. § 79 odst. 4 věta první zákona) v souvislosti s požadavkem na technickou kvalifikaci jiná než zákonná pravidla. Dodavatelé tedy ve smyslu ustanovení §79 odst. 4 písm. a) zákona mohli uvádět významné zakázky, jež vykonávali společně s jinými dodavateli – v rámci sdružení, ovšem pouze v rozsahu, v jakém se na plnění zakázky reálně podíleli.
52. Úřad odmítá argumentaci zadavatele, v rámci které zadavatel uvádí, že „*není povinen přezkoumávat údaje, jež dodavatel uvede v čestném prohlášení (...)*“ (srov. bod 37. odůvodnění tohoto rozhodnutí), resp. v seznamu referenčních (významných) zakázek, jako na danou situaci hrubě nepřiléhavou. Je jistě pravdou, že zákon nestanoví zadavateli povinnost přezkoumávat údaje v čestném prohlášení bez dalšího. Na druhou stranu jistě není pravdou, že nemůže dojít ke vzniku pochybností o pravosti údajů, jež jsou uváděny v čestných prohlášeních a seznamech významných zakázek předkládaných v nabídce, a to i na základě indicií poskytnutých právě účastníkem zadávacího řízení např. v podaných námitkách. V případě vzniku takových pochybností (a to je i situace přezkoumávaného zadávacího řízení) je povinností zadavatele se těmito pochybnostmi zabývat.
53. Ve svém vyjádření ze dne 16. 7. 2018 pak obviněný pouze opakuje argumentaci již použitou v rámci odporu ze dne 10. 7. 2018, která se však v převážné většině vztahuje k povinnosti prověřovat údaje předložené dodavateli v nabídkách a v čestných prohlášeních. K argumentaci ohledně samotné podstaty přestupku se pak Úřad již vyjádřil v předchozí části tohoto odůvodnění a rovněž v rozhodnutí v řízení sp. zn. S0081/2018/VZ, které nabylo dne 8. 5. 2018 právní moci. Úřad v reakci na argumenty obviněného mimo již výše uvedené doplňuje, že z pohledu zákona (§ 245 odst. 1 zákona) nestačí, pokud zadavatel v rozhodnutí

o námitkách odkáže na příslušné právní normy. Obdobně není postačující ani to, že zadavatel konkrétní námitku, podstatou které je vlastně upozornění na jednoznačné pochybnosti, vyřídí „úvahou“, že nejde notoriety, potažmo obecně známe skutečnosti. Obviněný poukazuje na to, že Úřad mu má vytýkat pochybení v tom smyslu, že „vlozil důvěru v předkládané materiály“. Úřad opětovně akcentuje, že pochybení obviněného spočívá v tom, že se nevyjádřil podrobně ke konkrétní námitce, tj. k pochybnosti o předložených dokladech. Z povahy věci nelze uvažovat tak, že tuto námitku lze vyřadit pouhým konstatováním, že zadavatel „vkládá důvěru“ v předložené podklady. Takové úvahy obviněného ani v nejmenším nelze považovat za „podrobné“ vyjádření k předestřené námitce, jak předpokládá zákon. Úřad závěrem konstatuje, že v daném případě nepřehlídí, že obviněný určitou zcela obecnou argumentaci týkající se jeho postupu při posouzení kvalifikace vybraného dodavatele v rozhodnutí o námitkách skutečně uvedl. Tato skutečnost byla zohledněna při určení výše sankce (viz bod 68. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

54. Úřad uzavírá, že posoudil rozhodnutí o námitkách, jímž na námitky stěžovatele reagoval zadavatel, a dospěl k závěru, že toto rozhodnutí o námitkách nesplňuje zákonné požadavky na tento institut kladené. S ohledem na výše uvedené lze konstatovat, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky postup stanovený v § 245 odst. 1 zákona tím, že se v odůvodnění rozhodnutí ze dne 20. 2. 2018 o námitkách stěžovatele, podrobně nevyjádřil ke všem skutečnostem uvedeným v námitkách. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že se zadavatel při zadávání veřejné zakázky dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.
55. Podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona se zadavatel dopustí přestupku tím, že postupuje při vyřizování námitek v rozporu s § 245 odst. 1, 2, 3 nebo 4 zákona.
56. Úřad na tomto místě předně uvádí, že charakter správního řízení vedeného na návrh nelze srovnávat se správním řízením zahájeným z moci úřední, jehož výsledkem je konstatování přestupku a uložení sankce. Jak vyplývá z konstantní judikatury správních soudů (viz např. rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 58/2011 ze dne 1. 2. 2013), řízení o návrhu na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele má povahu kontradiktorního řízení, jehož podstata tkví v posouzení protichůdných zájmů účastníků správního řízení. Předmětem návrhového řízení tedy není posouzení otázky, zda jednání zadavatele naplňuje znaky skutkové podstaty přestupku. S ohledem na posledně uvedené tedy není překážkou, je-li tato otázka řešena samostatně v jiném správním řízení, jehož výsledkem je právě konstatování spáchání přestupku a uložení sankce, přičemž účastníkem tohoto správního řízení je pouze zadavatel, jako osoba podezřelá ze spáchání přestupku (srov. § 256 zákona).
57. Úřad dále uvádí, že v tomto smyslu nedochází ani k popření zásady zákazu dvojího trestání za totéž jednání, resp. za tentýž skutek. Úřad má za to, že jím uložené nápravné opatření ve správním řízení sp. zn. S0081/2018/VZ 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 „[I]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.“

58. Úřad v této souvislosti konstatuje, že již ve správním řízení sp. zn. S0081/2018VZ, které bylo vedeno rovněž ve věci šetřené veřejné zakázky, zahájeném na návrh stěžovatele, jehož výsledkem bylo mimo jiné uložení nápravného opatření spočívajícího ve zrušení rozhodnutí o námitkách ze dne 20. 2. 2018, bylo jednoznačně prokázáno porušení zákona zadavatelem; konkrétně bylo konstatováno porušení postupu podle § 245 odst. 1 zákona souvisejícího s vyřizováním námitek navrhovatele. Zároveň Úřad konstatuje, že totéž jednání naplnilo všechny znaky skutkové podstaty přestupku podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona. Je-li tedy Úřadem pravomocně konstatováno porušení zákona, jež současně naplňuje znaky přestupku, je Úřad povinen z moci úřední v duchu zásady oficiality zahájit řízení, jež může k uložení sankce za takové jednání vést. Z uvedeného důvodu přistoupil Úřad k vydání příkazu, kterým správní řízení o spáchání přestupku vedené pod sp. zn. S0262/2018/VZ zahájil. Úřad pro úplnost dodává, že pokud obviněný nesouhlasil s výrokem I. rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0081/2018/VZ-11730/2018/522/NRi ze dne 19. 4. 2018, kterým Úřad konstatoval nezákonný postup zadavatele při vyřizování námitek stěžovatele ze dne 7. 2. 2018, mohl v návaznosti na jeho vydání uplatnit řádný opravný prostředek, kterým je v tomto případě podání rozkladu. Jelikož je Úřadu známo, že takový krok zadavatel neučinil, neboť rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0081/2018/VZ-11730/2018/522/NRi ze dne 19. 4. 2018 nabylo právní moci dne 8. 5. 2018 (viz bod 7. odůvodnění tohoto rozhodnutí), lze mít za to, že zadavatel své pochybení při vyřizování námitek ze dne 7. 2. 2018 v rámci rozhodnutí o námitkách ze dne 20. 2. 2018 akceptoval.

K výroku II. tohoto rozhodnutí – uložení pokuty

59. 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.
60. Odpovědnost za přestupek zaniká mj. uplynutím promlčecí doby, která podle § 270 odst. 5 zákona činí 5 let, přičemž podle odst. 6 písm. a) téhož ustanovení zákona se promlčecí doba přerušuje oznámením o zahájení řízení o přestupku.
61. Podle § 31 odst. 1 zákona o přestupcích promlčecí doba počíná běžet dnem následujícím 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.
62. V návaznosti na výše uvedené Úřad před uložení pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 270 odst. 5 zákona. Ke spáchání přestupku došlo dne 20. 2. 2018 odesláním rozhodnutí o námitkách, ve kterém se zadavatel (obviněný) podrobně, popř. vůbec nevyjádřil ke skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách, čímž postupoval v rozporu s ustanovením § 245 odst. 1 zákona. Řízení o přestupku bylo pak zahájeno doručením

příkazu. Z uvedených údajů je zřejmé, že promlčecí doba ve vztahu k projednávanému přestupku neuplynula.

63. 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.
64. Podle § 37 písm. a) a c) zákona o přestupcích se při určení druhu správního trestu a jeho výměry přihlédne zejména k povaze a závažnosti přestupku a k přitěžujícím a polehčujícím okolnostem.
65. Podle § 38 zákona o přestupcích je povaha a závažnost přestupku 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).
66. Pokud jde o význam pojmu „závažnost přestupku“, Úřad uvádí, že stupeň společenské škodlivosti přestupku (tedy závažnosti) je dán konkrétní intenzitou naplnění znaků skutkové podstaty přestupku. Při posuzování závažnosti přestupku tedy 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).
67. 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 námitku stěžovatele sice formálně vyřídil, ale neuvedl podrobnou formulaci důvodů, pro něž nepovažuje námitku stěžovatele za akceptovatelnou a pro které tuto námitku odmítá. Pochybení v podobě nepřezkoumání námítky stěžovatele, kterého se zadavatel dopustil, nelze přitom hodnotit – vzhledem k účelu, jehož má být institutem námitek dosaženo – jako marginální.
68. Úřad při zohlednění všech okolností daného případu nepřehlídí a uvedené zohledňuje ve prospěch zadavatele, že rozhodnutí o námitkách obsahuje alespoň obecnou argumentaci zadavatele týkající se jeho postupu při posouzení kvalifikace vybraného dodavatele, která byla prokazována čestným prohlášením. Z hlediska intenzity zásahu do právem chráněného zájmu se tak nejedná o nejzávažnější porušení zákona ze strany obviněného, neboť nelze uzavřít, že by obviněný zcela rezignoval na posouzení všech námitek, resp. nelze dovodit, že by obviněný námítky jako celek zcela ignoroval. (Pro úplnost je pak třeba na tomto místě rovněž zdůraznit, že pro posouzení otázky, zda se zadavatel vyjádřil podrobně a srozumitelně, není úkolem Úřadu hodnotit faktickou správnost argumentů zadavatele, tedy samotnou míru přesvědčivosti úvah zadavatele.)
69. Následkem protiprávního jednání zadavatele bylo, že se stěžovatel nedozvěděl podrobné vyjádření, které by dostatečně obhájilo postoj zadavatele vůči jím namítaným skutečnostem obsaženým v podaných námitkách. Tuto skutečnost dle Úřadu demonstruje právě to,

že obviněný se v rozhodnutí o námitkách stěžovatele nevyjádřil podrobně ke stěžejní námitce poukazující na neprokázání požadované kvalifikace vybraným dodavatelem. Jak již bylo uvedeno, stěžovatel jednoznačným a srozumitelným způsobem upozornil zadavatele na skutečnost, že vybraný dodavatel v referenční zakázce vystupoval „pouze“ jako člen sdružení včetně důsledků z pohledu zákonnosti, které tato skutečnost způsobuje (48 a 49 odůvodnění tohoto rozhodnutí). I navzdory těmto okolnostem, tj. jednoznačnosti a relevantnosti prezentované námitky, zadavatel rezignuje na jakékoliv věcné vyjádření se k této skutečnosti. Výše zmíněným jednáním obviněného tak nebyl naplněn základní účel námitek, tedy především odůvodnění postoje zadavatele (obviněného) k nim a podrobné sdělení, proč námitky odmítá. Přestupek zadavatele tak měl 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, aniž by znal postoj zadavatele k jím jednoznačně formulované námitce.

70. Úřad pro úplnost doplňuje, že nepřehlídí rovněž argumentaci obviněného obsaženou ve vyjádření ze dne 16. 7. 2018 (viz bod 18. odůvodnění tohoto rozhodnutí), která by dle jeho názoru měla vést ke snížení výše udělené pokuty. K tomuto je však třeba dodat, že skutečnost, že je současná právní úprava vyřizování námitek do jisté míry odlišná od té, která byla účinná do září 2016, nelze v žádném případě vnímat jako polehčující okolnost; ostatně zakotvení povinnosti vyjádřit se „podrobně a srozumitelně“ ke všem skutečnostem uvedeným v námitkách nelze oproti předcházející právní úpravě pokládat za nijak „revoluční“ změnu; obdobnou povinnost bylo lze jistě dovodit i za účinnosti zák. č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, a to s poukazem na obecně platnou zásadu transparentnosti. Obdobně nelze za polehčující okolnost pokládat tvrzení zadavatele, že předmětnou zakázku zajišťoval pouze prostřednictvím svých zaměstnanců, a nikoliv prostřednictvím odborné společnosti. Zadávací řízení dle zákona je vysoce formalizovaný proces s konkrétně stanovenými pravidly, která obviněný, jako územní samosprávný celek, musí znát a podle nich postupovat, jako statutární město navíc jistě disponuje dostatečnou materiální základnou pro zajištění řádného plnění této povinnosti. Skutečnost, že se jedná o zadavatelovo první pochybení při vyřizování námitek, Úřad při vyměřování výše pokuty již zohlednil, viz dále.
71. 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 (obviněným) v šetřeném případě klasifikoval jako spíše závažný. Úřadu je rovněž z úřední činnosti známo, že v daném případě se jedná o první pochybení zadavatele při vyřizování námitek ve smyslu § 245 odst. 1 zákona, tedy o první spáchání přestupku dle § 268 odst. 1 písm. d) zákona. S přihlédnutím ke všem aspektům případu, uložil Úřad pokutu s důrazem na její preventivní funkci při spodní hranici zákonné sazby.
72. Úřad se dále zabýval skutečností, zda přestupek, za který je obviněnému nyní ukládán trest, není v souběhu s dalším přestupkem (správním deliktem) obviněného. Tento postup Úřadu vychází z konstantní rozhodovací praxe správních soudů, kdy je možné uvést rozsudek NSS ze dne 18. 6. 2009, č. j. 1 As 28/2009 – 62 popřípadě rozsudek NSS ze dne 16. 9. 2016 č. j. 6 As 245/2015 – 33. V prvně uvedeném rozhodnutí NSS konstatoval, že *»soud dovodil, že při trestání správních deliktů týmž správním orgánem se přiměřeně uplatní i principy ovládající souběh trestných činů. Nutnost aplikovat tento trestněprávní institut vyplývá z obecné*

potřeby použít ve prospěch obviněného analogii z trestního práva ve správním trestání všude tam, kde vzhledem k neexistenci jednotného kodexu správního trestání v českém právním řádu nejsou výslovně upraveny některé základní zásady a instituty, jež by měly být zohledněny v případě jakéhokoliv veřejnoprávního deliktu. K této zásadě se již Nejvyšší správní soud vyslovil např. ve svém rozsudku ze dne 16. 4. 2008, č. j. 1 As 27/2008 - 67, dle něhož „použití analogie ve správním trestání je přípustné, a to v omezeném rozsahu, pouze tam, kdy to, co má být aplikováno, určitou otázkou vůbec neřeší, nevede-li takový výklad k újmě účastníka řízení a ani k újmě na ochraně hodnot, na jejichž vytváření a ochraně je veřejný zájem.“«. Soud dále pokračuje tak, že »[t]restněprávní doktrína uvádí, že souběh „je dán tehdy, jestliže se pachatel dopustil dvou nebo více trestných činů dříve, než byl pro některý z nich vyhlášen soudem prvního stupně odsuzující rozsudek za podmínky, že tento rozsudek později nabyl právní moci a že o něm neplatí fikce neodsouzení“ (viz Šámal, P., Púry, F., Rizman, S.: *Trestní zákon. Komentář. I. díl. 6., doplněné a přepracované vydání. C. H. Beck, Praha, 2004, str. 26*).«. Současně je v citovaném rozsudku uvedeno, že pro potrestání souběhu není bezpodmínečně nutné vedení společného řízení, ale je nezbytné použití absorpční zásady, pakliže zde existují sbíhající se správní delikty (nyní přestupky).

73. S ohledem na výše uvedené Úřad zhodnotil, zda je v daném případě na místě zohlednit i jiné sbíhající přestupky, za které již obviněnému byla uložena pokuta podle zákona. Jak již bylo uvedeno výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí, ke spáchání právě projednávaného přestupku došlo dne 20. 2. 2018. Úřad ověřil, že v právě projednávaném případě není přestupek obviněného v souběhu s žádným dalším přestupkem.
74. S ohledem na výše uvedené Úřad rekapituluje, že obviněnému uložil za spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí pokutu ve výši 45 000,- Kč.
75. 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 dokumentu „Závěrečný účet 2017“ dostupného na webové adrese: http://www.teplice.cz/assets/File.ashx?id_org=16600&id_dokumenty=18347 vyplývá, že obviněný v roce 2017 hospodařil s majetkem přesahujícím hodnotu 1 mld. Kč. 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).
76. 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. Závěrem tedy Úřad k výši uložené pokuty konstatuje, že dle názoru Úřadu naplňuje dostatečně obě zmíněné funkce. S ohledem na výše uvedené Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
77. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí 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.

K výroku III. tohoto rozhodnutí – uložení úhrady nákladů řízení

78. Podle ust. § 93 odst. 1 písm. i) zákona o přestupcích se ve výrokové části rozhodnutí o přestupku, kterým je obviněný uznán vinným, kromě náležitostí podle správního řádu uvede výrok o náhradě nákladů řízení.
79. Správní orgán podle § 95 odst. 1 zákona o přestupcích uloží obviněnému, který byl uznán vinným, povinnost nahradit náklady řízení paušální částkou. Pokud bylo rozhodnutí o přestupku zrušeno jiným orgánem veřejné moci a tato skutečnost má za následek nesplnění podmínek pro uložení náhrady nákladů řízení, správní orgán nahrazené náklady vrátí.
80. Vzhledem k tomu, že zákon o přestupcích v současné době náklady řízení blíže neupravuje, vycházel Úřad při jejich uložení z obecného právního předpisu, kterým je správní řád.
81. Podle § 79 odst. 5 správního řádu uloží správní orgán povinnost nahradit náklady řízení paušální částkou účastníkovi, který řízení vyvolal porušením své právní povinnosti. Podle citovaného ustanovení správního řádu výši paušální částky nákladů řízení stanoví prováděcí právní předpis. Tímto předpisem je vyhláška č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení (dále jen „vyhláška“), která v § 6 odst. 1 stanoví, že paušální částka nákladů správního řízení, které účastník vyvolal porušením své právní povinnosti, činí 1 000 Kč.
82. Jelikož v daném případě Úřad zahájil řízení o přestupku z moci úřední, neboť dospěl k závěru, že se obviněný dopustil přestupku, je zřejmé, že řízení bylo vyvoláno porušením právní povinnosti obviněného a Úřad je tedy povinen obviněnému uložit náhradu nákladů řízení ve výši stanovené vyhláškou. Z toho důvodu Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí.
83. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2018000262.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek. Včas podaný rozklad má odkladný účinek.

Podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona se rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu zasílají Úřadu výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

JUDr. Pavel Mareček, advokát, se sídlem Vaníčkova 1070/29, 400 01 Ústí nad Labem

Vypraveno:

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