



UOHSX00DI53P

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka:

ÚOHS-R0057/2020/VZ

Číslo jednací:

ÚOHS-17289/2020/321/TMi

Brno 9. června 2020

V řízení o rozkladu ze dne 20. 3. 2020 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- **VYKRUT zahradní služby a. s.**, IČO 03921921, se sídlem Pavlovova 3048/40, 700 30 Ostrava, ve správním řízení zastoupena Mgr. Martinem Horákem, ev. č. ČAK 13970, advokátem ve sdružení STRÁNSKÝ & PARTNEŘI, advokátní kancelář, se sídlem Jandova 208/8, 190 00 Praha 9,

podanému proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0454/2019/VZ č. j. ÚOHS-07204/2020/521/RŠu ze dne 4. 3. 2020, vydanému ve správním řízení zahájeném dne 19. 12. 2019 na návrh navrhovatele ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **město Neratovice**, IČO 00237108, se sídlem Kojetická 1028, 277 11 Neratovice,

učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Zlepšení funkčního stavu veřejné zeleně v městě Neratovice – I. etapa**“ ve zjednodušeném podlimitním řízení, kdy „Zadávací podmínky“ ze dne 25. 6. 2019 byly na profilu zadavatele uveřejněny téhož dne, jehož účastníkem je vybraný dodavatel –

- **Ing. Jan Servus**, IČO 76354563, se sídlem Dolnice 1760/12, 621 00 Brno – Řečkovice,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) téhož zákona na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0454/2019/VZ č. j. ÚOHS-07204/2020/521/RŠu ze dne 4. 3. 2020

ruším

a věc

vracím

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

I. Správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jako „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jako „**zákon**“¹), k doзору nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona, a pro zvláštní postupy podle části šesté zákona, obdržel dne 19. 12. 2019 návrh (dále jako „**návrh**“) navrhovatele – VYKRUT zahradní služby a. s., IČO 03921921, se sídlem Pavlovova 3048/40, 700 30 Ostrava, ve správním řízení zastoupena Mgr. Martinem Horákem, ev. č. ČAK 13970, advokátem ve sdružení STRÁNSKÝ & PARTNEŘI, advokátní kancelář, se sídlem Jandova 208/8, 190 00 Praha 9, zastoupení ověřeno na základě plné moci ze dne 10. 9. 2019 (dále jako „**navrhovatel**“) – z téhož dne na zahájení správního řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – město Neratovice, IČO 00237108, se sídlem Kojetická 1028, 277 11 Neratovice (dále jako „**zadavatel**“) – učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „Zlepšení funkčního stavu veřejné zeleně v městě Neratovice – I. etapa“ ve zjednodušeném podlimitním řízení, kdy „Zadávací podmínky“ ze dne 25. 6. 2019 byly na profilu zadavatele uveřejněny téhož dne (dále jako „**veřejná zakázka**“).
2. Dle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jako „**správní řád**“), došlo dne 19. 12. 2019, kdy Úřad obdržel návrh navrhovatele, k zahájení správního řízení ve věci přezkumu úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky.
3. Dne 5. 2. 2020 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0454/2019/VZ č. j. ÚOHS-03968/2020/521/RŠu, kterým rozhodl o nařízení předběžného opatření, jímž byl zadavateli uložen zákaz uzavřít smlouvu na předmětnou veřejnou zakázku.

¹ Pozn.: Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu § 56 odst. 1 zákona v návaznosti na § 273 zákona.

II. Napadené rozhodnutí

4. Dne 4. 3. 2020 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0454/2019/VZ č. j. ÚOHS-07204/2020/521/RŠu (dále jako „**napadené rozhodnutí**“).
5. Úřad v napadeném rozhodnutí konstatoval, že argumentaci předloženou zadavatelem v rozhodnutí o námitkách ze dne 9. 12. 2019 (dále jako „**rozhodnutí o námitkách**“) neshledal jako nedostatečnou či nesrozumitelnou, neboť zadavatel se dle názoru Úřadu vyjádřil adekvátně ke všem namítaným skutečnostem. Úřad tedy neshledal, že by bylo odůvodnění rozhodnutí o námitkách zatíženo vadou věcné nepřezkoumatelnosti.
6. Úřad rovněž rozhodl, že v souvislosti s oznámením o výběru dodavatele ze dne 15. 8. 2019 neshledal rozpor se zákonem, neboť zadavatel v oznámení o výběru nejen že uvedl, kdo je vybraným dodavatelem včetně jeho identifikačních údajů, ale zároveň připojil seznam předložených nabídek včetně výše nabídkových cen a jejich výsledné pořadí, přičemž po zadavateli nelze spravedlivě požadovat, aby v rámci zjednodušeného podlimitního řízení odůvodňoval oznámení o výběru dodavatele ve stejné míře podrobností, jak požaduje § 123 zákona u veřejných zakázek zadávaných v nadlimitním režimu.
7. V souladu se zásadou procesní ekonomie Úřad nepřistoupil k posouzení postupu zadavatele ve vztahu k vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení, neboť je zřejmé, že nemůže dojít k naplnění jedné z podmínek (k jejichž naplnění musí dojít kumulativně) pro případné uložení nápravného opatření zadavateli (chybný postup zadavatele musí mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky) a zkoumání zbývajících podmínek dle § 263 odst. 2 zákona, tedy zejména podrobné zkoumání toho, zda zadavatel vyloučil navrhovatele z účasti v zadávacím řízení v souladu se zákonem, je tak již nadbytečné.
8. Z výše uvedených důvodů rozhodl Úřad napadeným rozhodnutím tak, že návrh navrhovatele podle § 265 písm. a) zákona zamítl, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

III. Rozklad navrhovatele

9. Dne 20. 3. 2020 obdržel Úřad proti napadenému rozhodnutí rozklad navrhovatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 5. 3. 2020. Rozklad tak byl podán v zákonné lhůtě.

Námítky rozkladu

10. Navrhovatel v rozkladu napadá postup Úřadu, kdy se Úřad otázkou nedůvodnosti a nesprávnosti rozhodnutí o vyloučení navrhovatele vůbec věcně nezabýval, a to z důvodu údajné procesní ekonomie řízení. Navrhovatel k tomu uvádí, že není správný závěr, podle něž nebyly naplněny kumulativní podmínky pro uložení nápravného opatření. Podle navrhovatele totiž vyloučením účastníka, který podal druhou nejvhodnější nabídku, dojde k ovlivnění či možnému ovlivnění výběru dodavatele v případě, pokud nebude uzavřena smlouva s aktuálně vybraným dodavatelem.
11. K rozhodnutí o výběru dodavatele navrhovatel v rozkladu namítá, že Úřadem zjištěný závěr, že arboristickou činnost lze podřadit pod zahradnickou činnost, a tedy postačí doložit referenční plnění arboristické činnosti, je chybný. Podle navrhovatele je z jazykového i logického výkladu zřejmé, že bylo povinností potenciálních dodavatelů doložit referenční

plnění jak arboristické činnosti, tak i zahradnické činnosti odlišné od arboristické činnosti, což vybraný dodavatel nesplnil. Úřad následně při hodnocení nabídek vycházel toliko z osvědčení zadavatelů referenčních zakázek a svého ověření těchto zakázek u jejich zadavatelů prostřednictvím e-mailu. Úřad dle navrhovatele postupoval v rozporu se zákonem, když navrhovatelovu žádost o nahlédnutí do podkladů rozhodnutí částečně zamítl a odepřel mu tak možnost seznámit se s podklady, o které Úřad opřel odůvodnění napadeného rozhodnutí. Úřad tak dle navrhovatele neprokázal, že vybraný dodavatel v rámci referenčních zakázek prováděl požadované činnosti.

12. Navrhovatel dále v rozkladu uvádí, že rozhodnutí o námitkách považuje za nepřezkoumatelné, jelikož zadavatel opomenul vypořádat zadávací dokumentací připuštěnou alternativní možnost předkládání rovnocenných dokladů, případně vypořádat, proč předložené doklady o vzdělání dle zadavatele neodpovídají vymezenému rozsahu vzdělání ve smyslu Národní soustavy povolání pro uváděné pracovní pozice. Navrhovatel zadavateli rovněž vytýká, že se v rozhodnutí o námitkách žádným způsobem nevypořádal s otázkou či posouzením, zda referenční plnění vybraného dodavatele obsahují jak zahradnické, tak i arboristické činnosti, přičemž Úřad se touto námitkou v napadeném rozhodnutí též nezabýval.

Závěr rozkladu

13. Navrhovatel z výše uvedených důvodů navrhuje, aby Úřad v rámci autoremedury napadené rozhodnutí zrušil, pokračoval v řízení a ve věci rozhodl, nebo aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil.

IV. Řízení o rozkladu

14. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

15. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení věci ve všech jejích vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy, jakož i správnost napadeného rozhodnutí, tu však toliko v rozsahu námitek uplatněných v rozkladu přičemž jsem s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
16. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je v něm uvedeno, rozhodl v rozporu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k dalšímu projednání.

V. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu

K zásadě procesní ekonomie

17. Úřad v bodě 121 napadeného rozhodnutí uvádí, že „zákon v ust. § 263 odst. 2 přiznává Úřadu pravomoc uložit zadavateli nápravné opatření (spočívající ve zrušení zadávacího řízení nebo soutěže o návrh nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele) pouze za kumulativního splnění následujících podmínek:
- a) zadavatel nedodrží pravidla stanovená pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postup podle části šesté,
 - b) nezákonným postupem zadavatele dojde k ovlivnění nebo k možnému ovlivnění výběru dodavatele (návrhu),
 - c) dosud nedošlo k uzavření smlouvy na předmět plnění veřejné zakázky.“
18. V návaznosti na to Úřad v bodě 122 napadeného rozhodnutí konstatoval, že „v souladu se zásadou procesní ekonomie nepřistoupil k posouzení postupu zadavatele ve vztahu k vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení, neboť je zřejmé, že nemůže dojít k naplnění jedné z podmínek (k jejichž naplnění musí dojít kumulativně) pro případné uložení nápravného opatření zadavateli (v daném případě spočívajícího zejm. ve zrušení oznámení o vyloučení) a zkoumání zbývajících podmínek dle § 263 odst. 2 zákona, tedy zejména podrobné zkoumání toho, zda zadavatel vyloučil navrhovatele z účasti v zadávacím řízení v souladu se zákonem, je tak již nadbytečné.“
19. Úřad k podpoře svého závěru uvádí v bodě 119 napadeného rozhodnutí odkaz na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0206/2017/VZ-03357/2018/321/ZSř ze dne 2. 2. 2018 (dále jako „odkazované rozhodnutí“), ve kterém předseda Úřadu konstatoval, že „[v] případě, že by zadavatel v zadávacím řízení nejprve provedl hodnocení všech nabídek, včetně nabídky navrhovatele, a dospěl by k závěru, že ekonomicky nejvýhodnější nabídku podal vybraný dodavatel, mohl by následně posoudit splnění podmínek účasti pouze u tohoto vybraného dodavatele. Zadavatel v takovém případě nemusí vylučovat další účastníky z účasti v zadávacím řízení, ani pokud nazná, že tito účastníci nesplnili podmínky účasti ve smyslu § 37 zákona, neboť tato okolnost již nemá vliv na výběr dodavatele v zadávacím řízení a postupem zadavatele nedochází k významnému zásahu do práv a oprávněných zájmů neúspěšných účastníků zadávacího řízení (...).“
20. Okolnosti řešeného případu a případu, který řeší odkazované rozhodnutí, jsou však zcela odlišné. V odkazovaném rozhodnutí se řeší otázka vyloučení účastníků řízení, kteří nesplní podmínky účasti, a toto vyloučení ještě neproběhlo či bylo opomenuto. V takovém případě předseda Úřadu konstatoval, že pokud zadavatel napřed přistoupí k hodnocení nabídek, může posuzovat splnění podmínek účasti pouze u vybraného dodavatele a nemusí tak vyloučit ze zadávacího řízení např. dodavatele, jehož nabídka se po hodnocení nabídek umístila jako druhá v pořadí. V případě, že by z nejrůznějších důvodů (ať už odstoupení vybraného dodavatele, či neposkytnutí součinnosti při uzavírání smlouvy) nedošlo k uzavření smlouvy s vybraným dodavatelem, by totiž stále bylo možné přistoupit k přezkoumání podmínek účasti u dalšího dodavatele v pořadí.

21. Oproti tomu v řešeném případě již došlo k vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení. Pokud by Úřad z důvodu procesní ekonomie nepřezkoumával rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení, pak by v případě, že nedojde k uzavření smlouvy s vybraným dodavatelem, byla navrhovateli, jehož nabídka je hodnocena jako druhá v pořadí, odepřena možnost přezkoumání rozhodnutí o jeho vyloučení. V případě, že by vybraný dodavatel např. neposkytl součinnost před uzavřením smlouvy a byl by proto vyloučen nebo by z nějakého důvodu sám vybraný dodavatel odmítl veřejnou zakázku realizovat a současně by byl navrhovatel ze zadávacího řízení pravomocně vyloučen, tedy bez následné možnosti přezkumu rozhodnutí o vyloučení, musel by zadavatel uzavřít smlouvu s dodavatelem, jehož nabídka byla hodnocena až jako třetí nejvýhodnější. Zcela jistě by tak došlo k naplnění podmínky ovlivnění nebo možného ovlivnění výběru dodavatele, protože má Úřad za daných okolností pravomoc uložit zadavateli nápravné opatření dle § 263 odst. 2 zákona.
22. K dané námitce tak uzavírám, že skutečnost, že nabídka účastníka řízení není hodnocena jako ekonomicky nejvýhodnější, neznamená, že je plnění veřejné zakázky tímto účastníkem řízení zcela vyloučeno. Otázkou vyloučení takového účastníka zadávacího řízení (jehož nabídka není v hodnocení první) je proto nutné se zabývat, tím spíše pokud je jeho nabídka hodnocena jako druhá nejvýhodnější a existuje tak nikoliv zanedbatelná pravděpodobnost, že by mohl veřejnou zakázku realizovat.
23. Vzhledem k výše uvedenému lze konstatovat, že Úřad pochybil, když se v napadeném rozhodnutí nezabýval částí návrhu, konkrétně nepřistoupil k posouzení postupu zadavatele ve vztahu k vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení s odkazem na zásadu procesní ekonomie. Takový postup ovšem nelze v daném případě zásadou procesní ekonomie odůvodnit a je tak v rozporu se zákonem, protože dochází ke zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k dalšímu projednání, v němž Úřad posoudí, zda byl navrhovatel vyloučen ze zadávacího řízení oprávněně, či zda jím poskytnuté doklady prokázaly profesní způsobilost navrhovatele tak, jak požadovaly zadávací podmínky veřejné zakázky. Tento postup je pak v souladu s právním řádem i se zájmy navrhovatele, jelikož v případě, že by zákonnost rozhodnutí o vyloučení byla posuzována v rámci tohoto rozhodnutí o rozkladu, nebyla by účastníkům správního řízení zachována možnost podání opravného prostředku proti takovému rozhodnutí.

Ke splnění technické kvalifikace

24. Úřad v rámci napadeného rozhodnutí posuzoval tvrzení navrhovatele uvedené v návrhu, podle nějž referenční zakázky vybraného dodavatele obsahovaly toliko arboristické práce, čímž vybraný dodavatel dostatečně neprokázal technickou kvalifikaci v souladu se zadávacími podmínkami, protože měl být ze zadávacího řízení vyloučen. Úřad si na základě této námítky vyžádal stanovisko Zahradnické fakulty Mendelovy univerzity v Brně (dále jako „MENDELU“). V napadeném rozhodnutí pak Úřad s odkazem na stanovisko MENDELU rozhodl, že *„vybraný dodavatel dle Úřadu neměl povinnost předložit osvědčení prokazující realizaci činností týkajících se péči o dřeviny (pro arboristickou činnost) a současně činností týkajících se jiných rostlin, neboť tímto způsobem nelze stanovené požadavky na technickou kvalifikaci s ohledem ke zjištěným skutečnostem interpretovat.“* (viz bod 107 napadeného rozhodnutí).

25. Uvedenému odůvodnění napadeného rozhodnutí je však nutné vytknout, že Úřad rezignoval na svou povinnost uvést úvahy, kterými se řídil při hodnocení zmíněného stanoviska MENDELU, jež vyplývá z ustanovení § 68 odst. 3 správního řádu. Úřad se omezil pouze na shrnutí stanoviska MENDELU (viz bod 104 napadeného rozhodnutí). Na základě stanoviska MENDELU dále vyvodil, že v případě zahradnické a arboristické činnosti jde o obory, které spolu souvisejí, a je nutné na ně nazírat ve vzájemné provazbě, přičemž arboristickou činnost lze podřadit pod činnost zahradnickou (viz bod 106 napadeného rozhodnutí). Z odůvodnění napadeného rozhodnutí však není patrné, na základě kterých konkrétních skutečností vyplývajících ze stanoviska MENDELU Úřad vyvodil, že požadavky na technickou kvalifikaci není možné vykládat tak, jak činí navrhovatel. Tato absence úvah, které Úřad při hodnocení skutečností získaných ze stanoviska MENDELU vedly k závěrům uvedeným v bodě 107 napadeného rozhodnutí, činí napadené rozhodnutí v rozsahu této námitky nepřezkoumatelným. Je tak na Úřadu, aby v rámci nového projednání věci své závěry uspokojivě odůvodnil.
26. Úřad se při novém projednání věci bude muset též vypořádat s námitkou navrhovatele, podle níž z jazykového výkladu jednoznačně vyplývá, že zadavatel požadoval doložení jednak arboristických činností a jednak činností zahradnických, odlišných od arboristických. Zadavatel v bodě 13.1. zadávacích podmínek stanovil, že *„Pro splnění této části kvalifikace musí být k seznamu prací předložena nejméně tři osvědčení (3 reference) o řádném plnění prací, jejichž předmětem byla zahradnická a arboristická činnost o finančním objemu min. 1 mil. Kč bez DPH/ 1 akce.“*
27. Navrhovatel v rámci výše uvedené námitky tvrdí, že pokud by arboristické a zahradnické práce byly zcela zaměnitelné, jak dovozuje Úřad, použil by zadavatel namísto spojky „a“ spojku „nebo“. Z použití spojky „a“ pak podle něj vyplývá, že zadavatel požadoval doložení referenčních zakázek, při nich probíhaly arboristické práce a současně jiné zahradnické práce. Je na Úřadu, aby v novém projednání věci posoudil, zda lze přisvědčit výkladu poskytnutému navrhovatelem, či zda je na místě vykládat požadavek zadávacích podmínek tak, že účastníci řízení mají doložit reference o plnění tří zakázek, při nichž probíhaly práce, které jsou pracemi zahradnickými a současně i pracemi arboristickými. Lze připomenout, že zadávací podmínky explicitně nestanoví, že by měla být realizace zahradnických prací prokázána osvědčením o realizaci zahradnických prací na jiných rostlinách, než dřevinách, jak dovozuje navrhovatel ve svém vyjádření k podkladům rozhodnutí (srov. bod 107 napadeného rozhodnutí). Úřad by ve svých úvahách měl zohlednit také smysl a účel úpravy postupu zadávání veřejných zakázek, kterým je zamezení nedůvodného omezování hospodářské soutěže. S ohledem na tento smysl a účel zákona nesmí být nejasné pojmy vykládány k tíži dodavatelů tak, aby byla omezena možnost dodavatelů se ucházet o veřejnou zakázku (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 9. 6. 2014, č. j. 8 Afs 44/2013-29, zejm. pak jeho body 40 a 41 odůvodnění).
28. Úřad se bude muset rovněž zaměřit na to, zda ze zadávací dokumentace rovněž plyne (nebo neplyne), že by zadavatel zamýšlel pojmout požadavky na referenční zakázky stejným způsobem, jak to činí navrhovatel. Je na úvaze zadavatele, jak přísně nastaví podmínky kvalifikace, aby byl „spokojen“ s okruhem kvalifikovaných dodavatelů. Lze tak označit za vhodné, aby Úřad v rámci nového posouzení věci přihlédl nejen k tomuto hledisku, ale také k rozhodovací praxi předsedy Úřadu, podle které pokud zadavatel vykládá požadavky

na referenční zakázky široce, nelze takový postup bez dalšího označit za nezákonný a není na místě do něj vstupovat s konstrukcí restriktivního výkladu (srov. rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 7. 2. 2019, č. j. ÚOHS-R0196/2018/VZ-03957/2019/322/JSu).

K časové souslednosti námitkového řízení

29. I když tímto rozhodnutím o rozkladu dochází ke zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání v plném rozsahu ze shora uvedených důvodů, považuje předseda Úřadu za vhodné se vyjádřit i k dalším aspektům řešené věci, včetně některých rozkladových námitek.
30. Navrhovatel v rozkladu namítá, že Úřad nevzal v potaz zejména časové okolnosti projednávané věci a předchozí průběh řízení před Úřadem, kdy rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0348/2019/VZ-30613/2019/521/RŠu, ze dne 11. 11. 2019 došlo toliko ke zrušení předchozího rozhodnutí zadavatele ze dne 2. 9. 2019 o odmítnutí podaných námitek navrhovatele, a nikoli prvotně napadaného Oznámení o výběru dodavatele ze dne 15. 8. 2019 (dále jako „**oznámení o výběru dodavatele**“) a Oznámení o vyloučení účastníka zadávacího řízení z téhož dne (dále jako „**oznámení o vyloučení**“). Vzhledem k této námitce považuji za nutné stručně shrnout, jaký je smysl a průběh námitkového řízení.
31. Obecně platí, že dodavatel, kterému postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním veřejné zakázky hrozí nebo vznikla újma, má dle § 241 odst. 1 zákona možnost podat námitky. Tyto námitky musí být dle § 242 odst. 1 zákona zadavateli doručeny do 15 dnů ode dne, kdy se o domnělém porušení zákona onen dodavatel (dále jako „**stěžovatel**“) dozvěděl. Oznámení o výběru dodavatele a oznámení o vyloučení byla navrhovateli doručena dne 15. 8. 2019 a navrhovatel dne 30. 8. 2019 doručil zadavateli proti těmto oznámením námitky, které tak byly podány v zákonné lhůtě.
32. Zadavatel je dle § 245 odst. 1 zákona povinen odeslat rozhodnutí o námitkách stěžovateli do 15 dnů od doručení námitek. Součástí rozhodnutí musí být odůvodnění, ve kterém se zadavatel podrobně a srozumitelně vyjádří ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách. Pokud zadavatel námitky odmítne, poučí stěžovatele dle § 245 odst. 4 zákona o možnosti podat návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu, čímž se rovněž může domoci zhojení vadného postupu zadavatele. Zadavatel rozhodl o odmítnutí námitek navrhovatele dne 2. 9. 2019, přičemž rozhodnutí odeslal téhož dne navrhovateli prostřednictvím datové schránky, čímž splnil svou zákonnou povinnost.
33. Navrhovatel proto podal dne 12. 9. 2019 k Úřadu návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele z téhož dne, na základě kterého bylo zahájeno správní řízení vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0348/2019/VZ. Úřad dne 11. 11. 2019 vydal rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0348/2019/VZ-30613/2019/521/RŠu z téhož dne, kterým uložil zadavateli nápravné opatření spočívající ve zrušení rozhodnutí o námitkách ze dne 2. 9. 2019., a to z důvodu nepřezkoumatelnosti rozhodnutí spočívající v nedostatečném vypořádání některých námitek navrhovatele.
34. V případě, že je Úřadem uloženo nápravné opatření spočívající toliko ve zrušení rozhodnutí o námitkách, platí dle § 263 odst. 5 zákona, že okamžikem nabytí právní moci rozhodnutí Úřadu, kterým je toto nápravné opatření ukládáno, byly podány nové námitky s totožným obsahem. Zadavatel dne 9. 12. 2019 odeslal navrhovateli prostřednictvím datové schránky

nové rozhodnutí o námitkách z téhož dne, kterým námitky ze dne 30. 8. 2019 odmítl. Na základě tohoto rozhodnutí o námitkách potom navrhovatel dne 19. 12. 2019 podal k Úřadu návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele z téhož dne.

35. Výše uvedený postup Úřadu je zcela v souladu se zákonem. Smyslem námitek a rozhodnutí o nich ze strany zadavatele je totiž předložení veškeré věcné argumentace obou stran, a tedy i potenciální vyjasnění rozporů, které mezi zadavatelem a stěžovatelem jsou. Teprve na základě kompletní argumentace zadavatele by měl stěžovatel posoudit, zda podá návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu. V námitkovém řízení tak leží obsahové a argumentační těžiště konkrétního sporu mezi stěžovatelem (později navrhovatelem) a zadavatelem. Plně v souladu s výše uvedeným závěrem pak je postup, kdy Úřad obdrží návrh na přezkoumání úkonů zadavatele a nejprve posoudí, zda se zadavatel v rozhodnutí o námitkách vyjádřil ke všem námitkám navrhovatele (stěžovatele) a zda je tak rozhodnutí o námitkách přezkoumatelné. Pokud zjistí, že je rozhodnutí o námitkách nepřezkoumatelné, může uložit nápravné opatření dle § 263 odst. 5 zákona. Tímto postupem Úřad zajistí, že navrhovatel obdrží k již podaným námitkám relevantní argumentaci zadavatele. Pouze ve světle kompletní argumentace zadavatele totiž může navrhovatel kvalifikovaně posoudit, zda podá návrh k Úřadu, nebo postupu zadavatele přisvědčí a podání návrhu k Úřadu tak bude považovat za bezpředmětné.
36. Nelze tak přisvědčit námitce navrhovatele, že v námitkách „*navrhovatel nemohl žádným způsobem reagovat na případnou věcnou argumentaci uváděnou až následně v návrhem č. 2 napadeném Rozhodnutí o námitkách ze dne 9.12.2019.*“, jelikož tato námitka je v rozporu s časovou sousledností námitkového řízení, jak je popsáno výše. Jestliže navrhovatel v rozkladu namítá, že nemohl reagovat na věcnou argumentaci uvedenou v rozhodnutí o námitkách, pak je nutno zdůraznit, že navrhovatel mohl svou argumentaci k tvrzením zadavatele v rozhodnutí o námitkách uvést ve svém „novém“ návrhu k Úřadu. Vzhledem k tomu, že navrhovatel tuto možnost využil a návrh k Úřadu podal, není z rozkladové námitky zcela zřejmé, v jakém postupu Úřadu navrhovatel spatřuje rozpor se zákonem a co požaduje. Vzhledem k nejasně formulované rozkladové námitce tak nezbyvá než obecně popsat chronologický postup námitkového řízení (viz bod 35 tohoto rozhodnutí) a konstatovat, že uvedenou námitku nelze považovat za důvodnou.

K přezkoumatelnosti rozhodnutí o námitkách

37. Jak je popsáno výše, Úřad ve svém rozhodnutí nejprve posoudí, zda zadavatel jasně a srozumitelně vypořádat všechny námitky stěžovatele, tedy jestli stěžovateli předložil svou komplexní argumentaci k jeho námitkám. Jestliže Úřad rozhodnutí o námitkách neshledá nepřezkoumatelným, pak posoudí jeho obsah věcně. V řešeném případě Úřad v napadeném rozhodnutí důkladně rozebral všechny navrhovatelem vznesené námitky a jejich vypořádání zadavatelem v rozhodnutí o námitkách (viz bod 90 – 97 napadeného rozhodnutí). Lze tak konstatovat, že Úřad v bodě 98 napadeného rozhodnutí k přezkoumatelnosti rozhodnutí o námitkách správně uvedl, že „*argumentaci předloženou zadavatelem v rozhodnutí o námitkách ze dne 9. 12. 2019 neshledal jako nedostatečnou či nesrozumitelnou, neboť zadavatel se dle názoru Úřadu vyjádřil adekvátně ke všem namítaným skutečnostem. Úřad tedy neshledal, že by bylo odůvodnění rozhodnutí o námitkách zatíženo vadou věcné nepřezkoumatelnosti.*“

38. Navrhovatel v rozkladu neuvádí žádnou novou argumentaci, která by vyvracela závěry formulované ve výše uvedených bodech napadeného rozhodnutí. V souladu s konstantní judikaturou Nejvyššího správního soudu se proto stran námitky nepřezkoumatelnosti rozhodnutí o námitkách není z hlediska právního hodnocení věci prakticky čím zabývat (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 19. 12. 2019, č. j. 3 As 256/2017-25). K námitce navrhovatele lze dodat, že nesouhlas navrhovatele s právním názorem zadavatele prezentovaným v rozhodnutí o námitkách automaticky neznamená, že by takové rozhodnutí nebylo vyhotoveno v souladu se zákonem.
39. Lze tak uzavřít, že se Úřad v rámci napadeného rozhodnutí věcně zabýval všemi vznesenými námitkami navrhovatele vyjma námitky nedůvodnosti a nesprávnosti rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení, a to z důvodů popsaných v bodech 17 – 23 tohoto rozhodnutí.

K námitce odepření nahlížení do spisu

40. Navrhovatel v rozkladu rovněž uvádí, že mu nebylo umožněno nahlédnout do podkladů pro vydání rozhodnutí (konkrétně do referencí, potvrzení objednatelů a do e-mailů zadavatele ze dnů 6. 8. 2019 a 14. 8. 2019).
41. Navrhovatelem uvedené dokumenty jsou podkladem pro vydání rozhodnutí, a jako takové jsou rovněž součástí správního spisu. Úřad od minulého roku vede spisy elektronicky v rámci své spisové služby GINIS. Dotčené dokumenty jsou v této spisové službě zařazeny v rámci správního spisu vedeného pod sp. zn. ÚOHS-S0454/2019/VZ pod pořadovým číslem 20. V této „dokumentové položce“ ve spisové službě je seznam referencí zařazen jako „hlavní“ dokument a zbylé požadované dokumenty jsou vedeny jako příloha této „dokumentové položky“. Do všech těchto částí má nicméně účastník řízení (pokud se nejedná například o obchodní tajemství nebo jinak chráněnou skutečnost) v rámci nahlížení do spisu přístup. Jinak tomu nebylo ani v nyní řešené věci, neboť v opačném případě by z protokolu o nahlížení ze dne 18. 2. 2020, sp. zn. ÚOHS-S0454/2019/VZ, č. j. ÚOHS-05459/2020/500/KDg, resp. z usnesení o odepření nahlížení ze dne 10. 3. 2020, sp. zn. ÚOHS-S0454/2019/VZ, č. j. ÚOHS-06916/2020/521/RŠu bylo toto patrné. Z obou těchto dokumentů (rovněž jsou součástí správního spisu) je patrné pouze to, že navrhovateli nebylo umožněno nahlédnout do přílohy správního spisu, která neobsahuje podklady pro vydání rozhodnutí v souladu s § 260 zákona.
42. Uvedené námitce navrhovatele tak nelze přisvědčit, neboť se nezakládá na pravdě. Navrhovateli bylo umožněno nahlédnout do kompletního správního spisu, který obsahoval i navrhovatelem jmenované dokumenty. Rovněž nelze opomenout, že navrhovateli byla pořízena kopie elektronického spisu na flash disk. Praxí Úřadu je takto poskytovat kompletní správní spis, kdy některé dokumenty nejsou poskytnuty v plném znění pouze v případě, pokud obsahují obchodní tajemství nebo z jiného důvodu nemohou být tímto způsobem poskytnuty. Nejsou tak důvodné pochybnosti o tom, že navrhovatel uvedenými dokumenty disponuje.
43. Předseda Úřadu tuto námitku považuje tímto za vypořádanou, neboť navrhovatel neuvádí žádné další konkrétnosti na podporu své právní argumentace, ke kterým by bylo nezbytné se vyjádřit. S ohledem na to, že ve správním řízení bude nadále pokračováno, může navrhovatel

opět využít svého práva nahlédnout do správního spisu a nahlédnout i do dotčených dokumentů.

VI. Závěr

44. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad nepostupoval v případě napadeného rozhodnutí v souladu se zákonem a správním řádem, jsem z důvodů uvedených v tomto rozhodnutí dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí v plném rozsahu a k jeho vrácení Úřadu k novému projednání.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 5 téhož zákona, nelze dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. město Neratovice, Kojetická 1028, 277 11 Neratovice
2. Mgr. Martin Horák, advokát, STRÁNSKÝ & PARTNEŘI, advokátní kancelář Jandova 208/8, 190 00 Praha 9
3. Ing. Jan Servus, Dolnice 1760/12, 621 00 Brno – Řečkovice

Vypraveno dne:

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