



UOHSX00G93TB

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0072/2022/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-21220/2022/163

Brno 30. 6. 2022

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 7. 6. 2022 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, který podal navrhovatel –

- obchodní společnosti
 - **ENERGON Dobříš, s.r.o.**, IČO 25727362, se sídlem č. p. 1665, 263 01 Dobříš,
 - **SAET S.P.A**, registrační číslo daňového poplatníka v Italské republice 00204610281, se sídlem Via Moravia 8, 35030 Selvazzano D. (PD), Italská republika,
 - **Energon Energy Solutions, s.r.o.** (dříve pod názvem ENERAGON ENERGO, s.r.o.), IČO 06178154, se sídlem Budějovická 601/128, 140 00 Praha 4,
 - **JETCON spol. s r.o.**, IČO 64650111, se sídlem Na Bělidle 275, 430 01 Chomutov,
 - **Union Grid s.r.o.**, IČO 03508617, se sídlem Václavské náměstí 846/1, 110 00 Praha 1,
 - **Energovod CZ, a.s.**, IČO 04155637, se sídlem Novodvorská 1010/14, 142 00 Praha 4,

kteří za účelem podání žádosti o účast v zadávacím řízení na veřejnou zakázku uzavřely Smlouvu o společnosti ze dne 11. 3. 2020, kterou založily společnost podle § 2716 a násl. zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zastoupené na základě plných mocí ze dnů 27. 8. 2020 a 29. 8. 2020 Mgr. Tomášem Ferencem, advokátem, ev. č. ČAK 04793, se sídlem Nádražní 58/110, 150 00 Praha 5 –

proti usnesení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 20. 5. 2022, č. j. ÚOHS-17088/2022/500, vydanému ve správním řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0351/2020/VZ ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **ČEPS, a.s.**, IČO 25702556, se sídlem Elektrárenská 774/2, 101 52 Praha 10, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 19. 4. 2022 společností HAVEL & PARTNERS s.r.o., advokátní kancelář, IČO 26454807, se sídlem Na Florenci 2116/15, 110 00 Praha 1,

učiněných při zadávání veřejné zakázky „**CHR – rozšíření a rekonstrukce (P.0448), stavebně-montážní práce**“ v jednacím řízení s uveřejněním, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 7. 2. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 10. 2. 2020 pod ev. č. Z2020-005361 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 12. 2. 2020 pod ev. č. 2020/S 030-070741,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Usnesení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0351/2020/VZ, č. j. ÚOHS-17088/2022/500 ze dne 20. 5. 2022

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a dosavadní průběh správního řízení

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“), obdržel dne 31. 8. 2020 návrh navrhovatele – obchodních společností

- ENERCON Dobříš, s.r.o., IČO 25727362, se sídlem č. p. 1665, 263 01 Dobříš,
- SAET S.P.A, registrační číslo daňového poplatníka v Italské republice 00204610281, se sídlem Via Moravia 8, 35030 Selvazzano D. (PD), Italská republika,
- Energon Energy Solutions, s.r.o. (dříve pod názvem ENERCON ENERGO, s.r.o.), IČO 06178154, se sídlem Budějovická 601/128, 140 00 Praha 4,
- JETCON spol. s r.o., IČO 64650111, se sídlem Na Bělidle 275, 430 01 Chomutov,
- Union Grid s.r.o., IČO 03508617, se sídlem Václavské náměstí 846/1, 110 00 Praha 1,
- Energovod CZ, a.s., IČO 04155637, se sídlem Novodvorská 1010/14, 142 00 Praha 4,

které za účelem podání žádosti o účast v zadávacím řízení na veřejnou zakázku uzavřely Smlouvu o společnosti ze dne 11. 3. 2020, kterou založily společnost podle § 2716 a násl. zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení

zastoupené na základě plných mocí ze dnů 27. 8. 2020 a 29. 8. 2020 Mgr. Tomášem Ferencem, advokátem, ev. č. ČAK 04793, se sídlem Nádražní 58/110, 150 00 Praha 5, (dále jen „**navrhovatel**“) – na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – ČEPS, a.s., IČO 25702556, se sídlem Elektrárenská 774/2, 101 52 Praha 10, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 19. 4. 2022 společností HAVEL & PARTNERS s.r.o., advokátní kancelář, IČO 26454807, se sídlem Na Florenci 2116/15, 110 00 Praha 1, (dále jen „**zadavatel**“) – učiněných při zadávání veřejné zakázky „CHR – rozšíření a rekonstrukce (P.0448), stavebně-montážní práce“ v jednacím řízení s uveřejněním, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 7. 2. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 10. 2. 2020 pod ev. č. Z2020-005361 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 12. 2. 2020 pod ev. č. 2020/S 030-070741 (dále jen „**veřejná zakázka**“).

2. Dnem obdržení předmětného návrhu ze dne 31. 8. 2020 (dále jen „**návrh**“) bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) zahájeno správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „**správní řízení**“).
3. Navrhovatel v návrhu namítal nezákonnost rozhodnutí o vyloučení ze dne 23. 7. 2020 (dále jen „**rozhodnutí o vyloučení**“). Navrhovatel měl za to, že dokumenty, které předložil, prokazovaly, že se podílel na realizaci referenční zakázky „VER – TR400/110kV (P.0087) – stavební část“. Navrhovatel dále vyvracel argumenty zadavatele, kterými podpořil vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku. Navrhovatel taktéž namítal nezákonný postup zadavatele při využití § 46 zákona.
4. Dne 9. 2. 2021 Úřad vydal rozhodnutí č. j. ÚOHS-04917/2021/500/Alv (dále jen „**rozhodnutí Úřadu I**“), kterým rozhodl o zamítnutí návrhu, neboť nezjistil důvody pro uložení nápravného opatření.
5. Dne 27. 4. 2021 jsem rozhodnutím č. j. ÚOHS-09709/2021/163/VVá, sp. zn. ÚOHS-R0045/2021/VZ ve znění opravného rozhodnutí č. j. ÚOHS-14977/2021/163/VVá ze dne 5. 5. 2021 (dále jen „**rozhodnutí předsedy Úřadu I**“) rozhodl o zrušení rozhodnutí Úřadu I a o vrácení věci k novému projednání.
6. Dne 27. 12. 2021 Úřad vydal rozhodnutí č. j. ÚOHS-44222/2021/500/Alv (dále jen „**rozhodnutí Úřadu II**“), kterým opět rozhodl o zamítnutí návrhu, neboť nezjistil důvody pro uložení nápravného opatření.
7. Dne 22. 3. 2022 jsem rozhodnutím č. j. ÚOHS-03704/2022/163, sp. zn. ÚOHS-R0004/2022/VZ (dále jen „**rozhodnutí předsedy Úřadu II**“) rozhodl o zrušení rozhodnutí Úřadu II a vrácení věci k novému projednání.
8. Dne 18. 5. 2022 obdržel Úřad „Rozhodnutí o zrušení rozhodnutí o vyloučení účastníka ze zadávacího řízení ze dne 23. 7. 2020 a oznámení zrušení tohoto úkonu“ ze dne 17. 5. 2022 (dále jen „**rozhodnutí o zrušení úkonu**“), kterým zadavatel s odkazem na § 49 odst. 1 zákona rozhodl o zrušení napadeného rozhodnutí o vyloučení a kterým zároveň oznámil toto své rozhodnutí účastníkům zadávacího řízení.

II. Napadené usnesení

9. Dne 20. 5. 2022 vydal Úřad usnesení sp. zn. ÚOHS-S0351/2020/VZ, č. j. ÚOHS-17088/2022/500 (dále jen „**napadené usnesení**“), kterým správní řízení podle § 257 písm. i) zákona zastavil, neboť zadavatel zrušil přezkoumávaný úkon.
10. V odůvodnění napadeného usnesení Úřad uvedl, že navrhovatel v návrhu rozporoval rozhodnutí o vyloučení. Pokud zadavatel toto rozhodnutí o vyloučení zrušil, došlo k naplnění skutečnosti předvídané v § 257 písm. i) zákona.

III. Rozklad navrhovatele

11. Dne 7. 6. 2022 obdržel Úřad proti napadenému usnesení rozklad navrhovatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené usnesení bylo navrhovateli doručeno dne 23. 5. 2022. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.

Námítky rozkladu

12. Navrhovatel tvrdí, že rozhodnutím o zrušení úkonu zadavatel nesleduje jakoukoliv nápravu, neboť v den jeho vydání navrhovatel obdržel nové rozhodnutí o vyloučení ze zadávacího řízení ze dne 17. 5. 2022 (dále jen „**nové rozhodnutí o vyloučení**“). Navrhovatel považuje nové rozhodnutí o vyloučení za nezákonné a nesprávné a podal proti němu námítky. Podle navrhovatele se jedná o zneužití zákonné možnosti zadavatele zrušit své předchozí rozhodnutí, protože v takovém případě by zadavatel mohl před očekávaným neúspěchem před Úřadem vždy zrušit přezkoumávaný úkon a následně učinit nový fakticky stejný úkon. Navrhovatel dále porovnává rozhodnutí o vyloučení a nové rozhodnutí o vyloučení a konstatuje, že se jedná o vyloučení z totožného důvodu.
13. Zadavatel podle navrhovatele co do výsledku žádnou nápravu nezjednává a snaží se zmařit vydání konečného meritorního rozhodnutí a vrátit postavení navrhovatele zpět do doby před dvěma lety. Navrhovatel následně cituje judikaturu správních soudů týkající se zásady transparentnosti a zákazu diskriminace.
14. Rozhodnutí o zrušení úkonu a nové rozhodnutí o vyloučení podle navrhovatele trpí vadami, jež je činí vnitřně rozpornými nebo právně či fakticky neuskutečnitelnými a v rozporu se zákonem. Podmínkou pro opatření k nápravě ve smyslu § 49 odst. 1 zákona je zjištění zadavatele, že postupoval v rozporu se zákonem, účelem je náprava nezákonného stavu. Navrhovatel však má za to, že zadavatel jakékoliv pochybení v souvislosti s vydáním rozhodnutí o vyloučení nepřipouští. V novém rozhodnutí o vyloučení zadavatel dokonce výslovně uvádí, že důvodem zrušení rozhodnutí o vyloučení nebyla skutečnost, že by zadavatel svůj postup považoval za nezákonný. Zadavatel proto podle navrhovatele přiznává, že nejsou splněny zákonné podmínky pro postup podle § 49 odst. 1 zákona, avšak rozhodnutí o zrušení úkonu vydal právě s odkazem na toto ustanovení.

Závěr rozkladu

15. Navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené usnesení změnil a rozhodl tak, že se řízení nezastavuje, nebo napadené usnesení zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

Vyjádření zadavatele k rozkladu

16. Zadavatel poukazuje na ryze obstrukční povahu rozkladu, neboť práva navrhovatele bránit se proti novému rozhodnutí o vyloučení námitkami, případně návrhem u Úřadu zůstala zachována. Navrhovatel brojí proti nápravnému opatření, kterého se sám domáhal. Je absurdní a nemožné, aby byl navrhovatel v důsledku takového opatření dotčen na svých právech. Motivace zadavatele spočívala mimo jiné ve snaze předejít dalšímu zdlouhavému průběhu správního řízení a dalším průtahům zadávacího řízení. Zadavatel také upozorňuje, že předmětem přezkumu není nové rozhodnutí o vyloučení. Zadavatel uvádí, že důvody vyloučení navrhovatele měl postaveny najisto již při rozhodnutí o vyloučení, tyto dále trvají, a proto vedly k opětovnému vyloučení. Svůj postup má zadavatel za souladný s § 49 zákona.
17. Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené usnesení potvrdil a podaný rozklad zamítl.

IV. Řízení o rozkladu

18. 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

19. Po projednání rozkladu a veškerého souvisejícího spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného usnesení a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
20. Úřad tím, že napadeným usnesením rozhodl tak, jak je uvedeno v jeho výroku, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení, případně změně napadeného usnesení.

V. K námitkám rozkladu

21. Předně je k rozkladovým námitkám navrhovatele nutné uvést, že nové rozhodnutí o vyloučení není předmětem přezkumu. Tím je napadené usnesení. Pokud tedy navrhovatel namítá, že nové rozhodnutí o vyloučení je nezákonné a nesprávné, lze ho odkázat na jím zmiňované námitky proti takovému úkonu, případně nové návrhové řízení před Úřadem navazující na rozhodnutí zadavatele o těchto námitkách. Konstatuji proto, že v případě námitek proti novému rozhodnutí o vyloučení se nejedná o námitky ve smyslu § 89 odst. 2 správního řádu, neboť nesměřují proti napadenému usnesení.
22. Pokud navrhovatel namítá, že zadavatel by mohl vždy před očekávaným neúspěchem zrušit přezkoumávaný úkon a vydat stejný znovu, aby se vyhnul neúspěchu v řízení, je potřeba připomenout, že hlavním cílem zadavatele je získat plnění, které v zadávacím řízení poptává. Jakékoliv námitky, rozhodnutí o nich a především řízení před Úřadem jej od tohoto cíle vzdalují. Není proto v zájmu zadavatele, aby přezkoumávaný úkon rušil jen proto, že by očekával neúspěch v řízení a následně vydal úkon totožný. Zadavatel by tak pouze

prodloužil trvání zadávacího řízení, neboť lze očekávat, že takový totožný úkon bude účastníkem zadávacího řízení znovu napaden.

23. V posuzovaném případě ale nejde o totožný úkon. Naopak je z rozhodnutí o zrušení úkonu zřejmé, že zadavatele při jeho postupu vedla snaha o lepší vyřešení situace (úkonu), která je ve správním řízení přezkoumávána. Že tento postup vyústil v opakované vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení, není takové snaze překážkou. Zaprvé opakuji, že nové rozhodnutí o vyloučení není předmětem přezkumu v tomto správním řízení, zadruhé opakované vyloučení navrhovatele automaticky neznamená, že zadavatel nesplnil zákonné požadavky a nenapravil svoje chyby, které mu byly vytýkány. Navrhovatel navíc není zkrácen o právo znovu proti novému úkonu podat námitky, což také učinil, a tento úkon může být znovu Úřadem přezkoumáván.
24. Zákon v § 49 odst. 1 jako podmínku pro opatření k nápravě nevyžaduje vnitřní přesvědčení zadavatele o tom, že jeho postup byl skutečně nezákonný. Byť tomu tak obvykle bude (a to ať už na základě námitek podaných účastníkem zadávacího řízení či vlastního zjištění), mohou nastat situace, kdy zadavatel nemusí s takovým opatřením k nápravě souhlasit, a přesto ho učiní. Tak tomu může být právě v případě, kdy existuje pravomocné rozhodnutí předsedy Úřadu II konstatující, že zadavatel porušil zákon tím, že nepostupoval podle § 46 zákona. Byť se jeví jako vhodnější vyčkat konečného meritorního rozhodnutí, neznamená to, že by zadavatel nemohl přijmout opatření k nápravě, a to i s odůvodněním ekonomie takového postupu, právě s ohledem na existující pravomocné rozhodnutí předsedy Úřadu II, kterým zrušil rozhodnutí Úřadu II. Rozhodnutí o zrušení úkonu zadavatele tak není vnitřně rozporné a ani jinak rozporné se zákonem.
25. Je nutné dodat, že zrušený úkon, tedy rozhodnutí o vyloučení, je úkonem, jehož zrušení se navrhovatel v návrhu domáhal. Tímto opatřením k nápravě tak byl předmět návrhu vypořádán mimo správní řízení (bylo přijato opatření k nápravě). Lze předpokládat, že pokud by byl navrhovatel vybrán k plnění veřejné zakázky, s takovým opatřením k nápravě by souhlasil. Vzhledem k tomu, že však následovalo jeho opakované vyloučení ze zadávacího řízení, je pro navrhovatele takové nápravné opatření, byť zcela vyhovující jeho návrhu, nedostatečné.
26. Není také možné souhlasit, že zadavatel fakticky žádnou nápravu nezjednal. Opakuji, že zadavatel zrušil úkon, jehož zrušení navrhovatel navrhoval, což je zcela jistě nápravou stavu, který měl navrhovatel za nezákonný. Další postup, který zadavatel v zadávacím řízení zvolil, může být předmětem jiného správního řízení, předmětem tohoto řízení ale není.
27. Navrhovatel v rozkladu uvádí, že zadavatel má povinnost dodržovat zásadu rovného zacházení a zásadu transparentnosti a cituje judikaturu týkající se zásady transparentnosti a zásady zákazu diskriminace. Navrhovatel však kromě těchto zcela obecných citací nepřibližuje, jak konkrétně by postup zadavatele měl tyto zásady porušovat. Kromě obdobně obecného konstatování, že takové porušení zásad v postupu zadavatele týkajícím se rozhodnutí o zrušení úkonu neshledávám, nemám co jiného v rámci této dílčí námítky přezkoumávat.
28. Na základě výše uvedeného tak rozkladové námitky navrhovatele odmítám.

VI. Závěr

29. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného usnesení z důvodů uváděných v rozkladu navrhovatele.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

doc. JUDr. PhDr. Petr Mlsna, Ph.D.
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

1. HAVEL & PARTNERS s.r.o., advokátní kancelář, Na Florenci 2116/15, 110 00 Praha 1
2. Mgr. Tomáš Ferenc, advokát, Nádražní 58/110, 150 00 Praha 5

Vypraveno dne

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