



UOHSX00542DQ

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S167/2013/VZ-17891/2013/512/JHI

Brno 18. září 2013

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 27. 3. 2013 na návrh ze dne 26. 3. 2013, jehož účastníky jsou

- zadavatel
  - ČEZ Distribuce, a. s., IČO 24729035, se sídlem Teplická 874/8, 405 02 Děčín IV-  
Podmokly,
  - ČEPS, a.s., IČO 25702556, se sídlem Elektrárenská 774/2, 101 52 Praha 10,ve správním řízení dále zastoupeny na základě plných mocí ze dne 17. 9. 2012 společností ČEZ, a. s., IČO 45274649, se sídlem Duhová 2/1444, 140 53 Praha 4, ve správním řízení dále zastoupena na základě povření ze dne 25. 1. 2013 JUDr. Hanou Hurychovou, zaměstnankyní,
- navrhovatel – GRUBER spol. s r.o., IČO 48038806, se sídlem 17. listopadu 1333, 293 01 Mladá Boleslav,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele vymezené obsahem návrhu učiněných v nadlimitní veřejné zakázce „Letecké kontroly elektrických vedení 110, 220 a 400 kV“, dílčí část 1 – „Letecké kontroly elektrických vedení 110 kV – ČEZ Distribuce“, zadávané formou jednacího řízení s uveřejněním, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 13. 9. 2012 a bylo uveřejněno dne 18. 9. 2012 pod ev. č. 231984 a do Úředního věstníku Evropské unie bylo odesláno dne 18. 9. 2012 a bylo uveřejněno dne 22. 9. 2012 pod ev. č. 2012/S 183-301347,

a ve věci možného spáchání správních deliktů zadavatelem podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání citované veřejné zakázky,

rozhodl takto:

I.

Správní řízení **se** podle § 66 odst. 1 písm. g) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, **zastavuje**, neboť žádost navrhovatele – GRUBER spol. s r.o., IČO 48038806, se sídlem 17. listopadu 1333, 293 01 Mladá Boleslav – ze dne 26. 3. 2013 se stala zjevně bezpředmětnou.

II.

Zadavatel – ČEZ Distribuce, a. s., IČO 24729035, se sídlem Teplická 874/8, 405 02 Děčín IV-Podmokly, a ČEPS, a.s., IČO 25702556, se sídlem Elektrárenská 774/2, 101 52 Praha 10 – se při zadávání předmětné veřejné zakázky dopustil správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím,

- a. že při vyřizování námítky I.a) uchazeče – GRUBER spol. s r.o., IČO 48038806, se sídlem 17. listopadu 1333, 293 01 Mladá Boleslav – směřující proti vyloučení jmenovaného uchazeče GRUBER spol. s r. o. postupoval v rozporu s § 111 odst. 1 citovaného zákona, když tuto námítku odmítl jako neobsahující veškeré náležitosti podle § 110 odst. 7 citovaného zákona, ačkoliv stanovené náležitosti obsahovala, ač nemusela, a tím,
- b. že nepoučil uchazeče – GRUBER spol. s r.o., IČO 48038806, se sídlem 17. listopadu 1333, 293 01 Mladá Boleslav – v souladu s § 111 odst. 2 citovaného zákona o možnosti podat ve lhůtě podle § 114 odst. 4 citovaného zákona návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu a doručit v téže lhůtě stejnopis návrhu zadavateli.

III.

Za spáchání správních deliktů uvedených ve výroku II. tohoto rozhodnutí se zadavateli – ČEZ Distribuce, a. s., IČO 24729035, se sídlem Teplická 874/8, 405 02 Děčín IV-Podmokly – ukládá podle § 120 odst. 2 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, pokuta ve výši **30 000,- Kč (třicet tisíc korun českých)**.

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

IV.

Za spáchání správních deliktů uvedených ve výroku II. tohoto rozhodnutí se zadavateli – ČEPS, a.s., IČO 25702556, se sídlem Elektrárenská 774/2, 101 52 Praha 10 – ukládá podle § 120 odst. 2 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, pokuta ve výši **30 000,- Kč (třicet tisíc korun českých)**.

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

## ODŮVODNĚNÍ

### I. Zadávací řízení

1. Zadavatel – ČEZ Distribuce, a. s., IČO 24729035, se sídlem Teplická 874/8, 405 02 Děčín IV-Podmokly (samostatně dál jen „zadavatel ČEZ Distribuce, a. s.“) a ČEPS, a.s., IČO 25702556, se sídlem Elektrárenská 774/2, 101 52 Praha 10 (samostatně dále jen „zadavatel ČEPS, a. s.“), ve správním řízení dále zastoupeny na základě plných mocí ze dne 17. 9. 2012 společností ČEZ, a. s., IČO 45274649, se sídlem Duhová 2/1444, 140 53 Praha 4, ve správním řízení dále zastoupena na základě povření ze dne 25. 1. 2013 JUDr. Hanou Hurychovou, zaměstnankyní (dohromady dále jen „zadavatel“) – odeslal podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), do Věstníku veřejných zakázek dne 13. 9. 2012 a uveřejnil dne 18. 9. 2012 pod ev. č. 231984 a do Úředního věstníku Evropské unie odeslal dne 18. 9. 2012 a uveřejnil dne 22. 9. 2012 pod ev. č. 2012/S 183-301347 oznámení jednacímho řízení s uveřejněním za účelem zadání nadlimitní veřejné zakázky „Letecké kontroly elektrických vedení 110, 220 a 400 kV“, dílčí část 1 – „Letecké kontroly elektrických vedení 110 kV – ČEZ Distribuce“ (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Zadavatel byl v předmětném zadávacím řízení zastoupen v souladu s § 151 zákona společností ČEZ, a. s., IČO 45274649, se sídlem Duhová 2/1444, 140 53 Praha 4.
3. Předmětem plnění veřejné zakázky jsou podle „Technické specifikace“ dílčí části zakázky ČEZ distribuce *„vizuální letecké kontroly elektrických vedení 110 kV distribuční soustavy. Součástí vizuální kontroly LKV je kontrola podpěrných bodů (stožárů, zhlaví základů a izolátorových závěsů), rozpětí (vodičů, zemnicích lan a příslušných armatur) a stavu ochranného pásma (porosty, objekty) z vrtulníku (letadla) optickými metodami s videozáznamem, zpracování a vyhodnocení získaných dat a údajů z provedené kontroly a odevzdání výsledků ve formě požadované zadavatelem. V rámci LKV budou dále poskytovatelem pořízeny letecké snímky podpěrných bodů.“*
4. Základním hodnotícím kritériem pro zadání veřejné zakázky je podle „Manuálu hodnocení“, který byl součástí zadávací dokumentace ekonomická výhodnost nabídky, přičemž v rámci hodnocení ekonomické výhodnosti nabídky jsou v tomto manuálu uvedena následující dílčí hodnotící kritéria:
  - Nabídková cena 60 %
  - Hodnocení výsledku kontrolního letu 40 %

Z toho:

- Úspěšnost identifikace stavu a závad zařízení zjištěných předchozí lezeckou a pochůzkovou kontrolou (podrobná prohlídka stožárových konstrukcí) vedení 110 kV v majetku ČEZ Distribuce, a. s. – 50 %,
- Termovizní diagnostika vedení 110 kV v majetku ČEZ distribuce, a. s. – 40 %,
- Stupeň naplnění požadavků na protokol o vizuální LKV (forma zprávy a kvalita záznamu) – 10 %.

5. Ve stanovené lhůtě pro podání žádostí o účast, tedy do 31. 10. 2012 do 12:00, obdržel zadavatel žádosti o účast od 4 zájemců o předmětnou veřejnou zakázku. Z protokolu o otevírání obálek se žádostmi o účast a posouzení kvalifikace vyplývá, že hodnotící komise navrhla zájemce GES-ELECTRONICS, a.s., IČO 40524752, se sídlem Studentská 55a, 323 00 Plzeň (dále jen „GES ELECTRONICS, a.s.“) vyloučit z účasti na veřejné zakázce. Zájemce GES ELECTRONICS, a.s. byl rozhodnutím zadavatele ze dne 1. 11. 2012 vyloučen z účasti na předmětné veřejné zakázce. Zbýlým zájemcům o veřejnou zakázku byla na základě výzvy zadavatele k podání nabídky v jednacím řízení s uveřejněním ze dne 2. 11. 2012 stanovena lhůta pro podání nabídek na veřejnou zakázku na 30. 11. 2012 do 10:00, přičemž jim byl současně oznámen termín kontrolního letu na 26. 11. 2012. Ve lhůtě pro podání nabídek zadavatel obdržel nabídky 3 uchazečů. Z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 30. 11. 2012 vyplývá, že všechny nabídky prošly kontrolou úplnosti.
6. Zadavatel rozhodl dne 18. 2. 2013 o vyloučení uchazeče FLYCOM d.o.o., se sídlem Moste 26B, 4274 Žirovnica (dále jen „FLYCOM“) a o vyloučení uchazeče GRUBER spol. s r.o., IČO 48038806, se sídlem 17. listopadu 1333, 293 01 Mladá Boleslav (dále jen „GRUBER spol. s r.o.“ nebo „navrhovatel“) z předmětného zadávacího řízení. Rozhodnutí o vyloučení bylo uchazeči GRUBER spol. s r.o. doručeno dne 22. 2. 2013.

#### **Námítky uchazeče GRUBER spol. s r. o.**

7. Dne 7. 3. 2013 doručil uchazeč GRUBER spol. s r.o. zadavateli námítky, ve kterých mimo jiné pod bodem I.a) námitek uvedl, že *„podle logického a gramatického výkladu uvedených v ustanovení čl. 7.3 zadávací dokumentace vyplývá, že by hraniční ukazatel minimální úspěšnosti měl být stanoven z úspěšnosti kontrolních měření na veškerém vedení, které bylo předmětem kontrolního letu. Z dokladu označeného jako „Rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče o veřejnou zakázku“ však vyplývá, že minimální úspěšnost byla stanovena pouze podle výsledku z kontrolního letu nad vedením ve vlastnictví ČEZ Distribuce, a. s. Naše společnost při kontrolním letu identifikovala vizuální diagnostikou celkem 407 závad, z toho 207 na vedení ČEPS a 200 na vedení ČEZ Distribuce. Termografickou diagnostikou pak 145 proudových spojů, z nichž byl u 80 zjištěn teplotní gradient. ...Máme za to, že žádný ze soutěžitelů takového výsledku nedosáhl, neboť jsme viděli z jakých vzdáleností identifikaci, a to jak vizuální tak i termografickou, provádějí. Nicméně při posuzování mohlo dojít k tomu, že jeden ze soutěžitelů měl k dispozici výchozí závady, které budou sloužit k posouzení tzv. minimální hranice úspěšnosti. ...Před doručením rozhodnutí o vyloučení nám bylo doručeno oznámení, že společnosti ČEPS, jako jeden z členů sdružení rozhodl o zrušení zadávacího řízení. Tato skutečnost však nemůže změnit nic na tom, že kontrolní let má být posuzován jako celek a nikoliv jen na posouzení výsledků kontrolního letu na vedení jedné ze společností účastníků sdružení. Opačný postup znamená zásadní porušení ustanovení § 30 odst. 4 zákona... ..na základě shora uvedeného namítáme porušení ustanovení článku 7.3.ZD, ustanovení § 6 odst. 1 ve spojení s § 30 odst. 4 zákona, při našem vyloučení z VZ.“*
8. Dále uchazeč GRUBER spol. s r. o. pod bodem I.b) námitek namítal nerovné zacházení při posouzení kvalifikačních předpokladů v jednotlivých nabídkách, kdy měl zadavatel vyloučit některé uchazeče z další účasti na zadávacím řízení.
9. Uchazeč GRUBER spol. s r. o. dále ve svých námítkách v bodu I.c) poukazoval na skutečnost, že zadavatel postupoval netransparentně, kdy mu neumožnil nahlédnout do zprávy

o posouzení a hodnocení nabídek. Podle uchazeče GRUBER spol. s r. o., „*jestliže komise vyřadila dva ze tří uchazečů o VZ, pak musí být o tomto úkonu učiněna nejméně dílčí zpráva, kterou by měl mít uchazeč možnost shlédnout tak, by nedošlo k překročení lhůty k podání námitek. Tato možnost nám však byla odmítnuta.*“

#### **Rozhodnutí zadavatele o námitkách uchazeče GRUBER spol. s r. o.**

10. Zadavatel rozhodnul dne 14. 3. 2013 o námitkách uchazeče GRUBER spol. s r. o. tak, že je odmítnul, jelikož „*stěžovatel při podání svých námitek nenaplnil zcela požadavky na takovýto úkon stanovené v ustanovení § 110 odst. 7 zákona. Zadavatel to spatřuje především v tom, že stěžovatel neuvádí, jaká újma mu v důsledku domnělého porušení zákona hrozí nebo vznikla. Úkon podání námítka nebyl tedy z pohledu zákona podán řádně a je proto povinností zadavatele podle § 110 odst. 7 zákona takovéto námítka odmítnout.*“

#### **II. Průběh správního řízení**

11. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval jednání zadavatele za učiněné v souladu se zákonem, podal v zákonem stanovené lhůtě přípisem ze dne 26. 3. 2013 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, konkrétně návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele o námitkách (dále jen „návrh“) u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) jako orgánu dohledu nad dodržováním zákona. Úřad obdržel návrh navrhovatele dne 27. 3. 2013. Dnem doručení návrhu navrhovatele k Úřadu bylo zahájeno správní řízení vedené pod sp. zn. ÚOHS-S167/2013/VZ. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu dne 28. 3. 2013.
12. Navrhovatel ve svém návrhu mimo jiné uvedl, že se zadavatel řádně nevypořádal s jeho námitkami, když tyto odmítl s tím, že neobsahují podstatné náležitosti, jak jsou vyžadovány zákonem. Navrhovatel se však domnívá, že ve všech jednotlivých námitkách uvedl újmu, která mu napadeným rozhodnutím vznikla zejména tím, že byl vyloučen z veřejné zakázky, bylo s ním nerovně zacházeno v průběhu zadávacího řízení a celkovou netransparentností veřejné zakázky. Minimálně námitka označená jako I. a) směřující proti vyloučení ze zadávacího řízení je však podle navrhovatele námitkou podle § 110 odst. 4 zákona, přičemž zadavatel současně podle navrhovatele při odmítnutí námitek rovněž porušil ustanovení § 111 odst. 2 zákona tím, že v písemném rozhodnutí o námitkách navrhovatele neuvědomil o možnosti podat ve lhůtě podle ustanovení § 113 odst. 2 zákona návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu.
13. Účastníky správního řízení podle ustanovení § 116 zákona jsou:
  - zadavatel,
  - navrhovatel,
14. O zahájení správního řízení informoval Úřad účastníky řízení oznámením č. j. ÚOHS-S167/2013/VZ-6101/2013/512/MVy ze dne 12. 4. 2013. K zajištění účelu správního řízení vydal Úřad téhož dne usnesení č. j. ÚOHS-S167/2013/VZ-6108/2013/512/MVy, v němž určil účastníkům řízení lhůtu, v níž byli oprávněni navrhnout důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Úřad současně výše uvedeným usnesením určil zadavateli lhůtu k předložení originálu pověření pro JUDr. Hanu Hurychovou, zaměstnankyni zadavatele a současně k zaslání úplných zbylých částí dokumentace o veřejné zakázce podle § 17 písm. w) zákona.

15. Zadavatel ve svém vyjádření k návrhu ze dne 4. 4. 2013 mimo jiné uvedl, že navrhovatel podal námitky podle „§ 110 odst. 2. Svědčí o tom i věcný obsah námitek. K řádnému podání námitek musí stěžovatel mimo jiné podle § 110 odst. 7 uvést újmu, která mu vznikla. Tuto však, jak jsme přesvědčeni, stěžovatel neuvedl, proto zadavatel námitku odmítl s odůvodněním, že nebyla ve smyslu zákona podána řádně. Povinnost zadavatel písemně uvědomit stěžovatele o možnosti podat podle § 114 odst. 4 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele platí pouze v případě nevyhovění námitkám, k čemuž v tomto případě nedošlo. Nebyla splněna nutná podmínka pro podání návrhu, tedy řádné podání námitek ve smyslu § 110 odst. 7 zákona.“
16. Zástupci navrhovatele – Ing. Vítězslavu Ambrožovi – bylo dne 19. 4. 2013 na základě žádosti ze dne 15. 4. 2013 umožněno nahlédnout do předmětného správního spisu.
17. Usnesením č. j. ÚOHS-S167/2013/VZ-8661/2013/512/MVy e dne 13. 5. 2013 určil Úřad účastníkům řízení novou lhůtu, ve které se mohou vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
18. Dopisem č. j. ÚOHS-S167/2013/VZ-9576/2013/512/JHI ze dne 13. 6. 2013 seznámil Úřad účastníky řízení s novými skutečnostmi. Zároveň Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S167/2013/VZ-9589/2013/512/JHI ze dne 13. 6. 2013 určil účastníkům řízení další lhůtu, ve které se mohou vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
19. Dne 9. 7. 2013 obdržel Úřad sdělení zadavatele, že „využil svého práva, které si vyhradil v oznámení o zakázce – článek 6.3), dále pak i v kvalifikační dokumentaci odst. 7.1.a/ a v zadávací dokumentaci odst. 9.1.a), a dne 8. 7. 2013 rozhodl o zrušení části 1 předmětné veřejné zakázky.“ Součástí sdělení bylo i rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení „Letecké kontroly elektrických vedení 110, 220 a 400 kV“, dílčí část 1 – „Letecké kontroly elektrických vedení 110 kV – ČEZ Distribuce“ ze dne 8. 7. 2013 s odůvodněním, že „zadavatel se rozhodl využít svého zákonného práva uvedeného v oznámení o zakázce – veřejné služby, kvalifikační dokumentaci čl. 7 a v souladu s ustanovením § 84 odst. 5 zákona.“

### III. Závěry Úřadu

#### K zastavení správního řízení

20. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících zákona případ ve všech souvislostech a po zhodnocení všech podkladů a vyjádření předložených účastníky řízení a na základě vlastního zjištění rozhodl o zastavení řízení. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.
21. Správní orgán řízení o žádosti podle § 66 odst. 1 písm. g) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), usnesením zastaví, jestliže se žádost stala zjevně bezpředmětnou.
22. Dne 8. 7. 2013 rozhodl zadavatel o zrušení předmětného zadávacího řízení, přičemž oznámení o zrušení předmětného zadávacího řízení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 10. 7. 2013 a uveřejněno dne 15. 7. 2013.
23. Vzhledem k tomu, že zadavatel zrušil předmětné zadávací řízení, a vzhledem k tomu, že nastala skutečnost, která je důvodem pro zastavení řízení, tj. žádost navrhovatele na zrušení jeho vyloučení ze zadávacího řízení se stala zjevně bezpředmětnou ve smyslu § 66 odst. 1

písm. g) správního řádu, neboť zadávací řízení na předmětnou veřejnou zakázku bylo zrušeno, rozhodl Úřad o zastavení řízení.

**Ke správnímu deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona**

24. Při zadávání nadlimitních a podlimitních veřejných zakázek či v soutěži o návrh může podle § 110 odst. 1 zákona kterýkoliv dodavatel, který má nebo měl zájem na získání určité veřejné zakázky a kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech (dále jen „stěžovatel“), zadavateli podat zdůvodněné námitky.
25. Podle § 110 odst. 2 zákona lze námitky podat proti všem úkonům zadavatele a stěžovatel je musí doručit zadavateli do 15 dnů a v případě zjednodušeného podlimitního řízení do 10 dnů ode dne, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozví, nejpozději však do doby uzavření smlouvy.
26. Námitky proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky nebo proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení z účasti v zadávacím řízení musí stěžovatel podle § 110 odst. 4 zákona doručit zadavateli do 15 dnů a v případě zjednodušeného podlimitního řízení do 10 dnů ode dne doručení oznámení o výběru nejvhodnější nabídky veřejné zakázky podle § 81 zákona nebo rozhodnutí o vyloučení z účasti v zadávacím řízení.
27. Námitky se podle § 110 odst. 7 zákona podávají písemně. V námitkách musí stěžovatel uvést, kdo je podávající, proti kterému úkonu zadavatele směřují a v čem je spatřováno porušení zákona. V námitkách podle odstavců 2, 3 a 5 musí být uvedeno, jaká újma stěžovateli v důsledku domnělého porušení zákona hrozí nebo vznikla a čeho se stěžovatel domáhá. Jde-li o námitky podle odstavce 2, musí stěžovatel v námitkách uvést též skutečnosti rozhodné pro stanovení okamžiku, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozvěděl. Námitky neobsahující náležitosti podle tohoto odstavce zadavatel odmítne a bezodkladně písemně uvědomí o této skutečnosti stěžovatele. Podání námitek řádně a včas je podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání postupu zadavatele ve stejné věci. Návrh na uložení zákazu plnění smlouvy podle § 114 odst. 2 může stěžovatel podat bez předchozího podání námitek.
28. Podle § 111 odst. 1 zákona zadavatel přezkoumá podané námitky v plném rozsahu a do 10 dnů od obdržení námitek odešle stěžovateli písemné rozhodnutí o tom, zda námitkám vyhovuje či nikoliv, s uvedením důvodu. Vyhoví-li zadavatel námitkám, uvede v rozhodnutí způsob provedení nápravy.
29. Ustanovení § 111 odst. 2 zákona stanoví, že pokud zadavatel námitkám nevyhoví, uvědomí stěžovatele v písemném rozhodnutí o možnosti podat ve lhůtě podle § 114 odst. 4 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu a doručit v téže lhůtě stejnopis návrhu zadavateli.
30. Úřad předně konstatuje, že § 110 odst. 7 zákona je kogentním ustanovením obsahujícím náležitosti, které musí námitky obsahovat, aby byly námitkami řádnými. Jednou z těchto náležitostí (u odst. 2, 3 a 5) je uvedení čeho se stěžovatel svými námitkami domáhá, tj. zda se domáhá zrušení rozhodnutí zadavatele o vyloučení ze zadávacího řízení, nebo zrušení jiného úkonu zadavatele, či celého zadávacího řízení. Obecně tedy musí být v námitkách uvedeno, k jakému výsledku má přezkoumání námitek zadavatelem vést, přičemž nelze ani vyloučit, aby stěžovatel uvedl své požadavky např. alternativně.

31. Totožné úvahy lze uplatnit rovněž v případě náležitosti námitek (podle odst. 2, 3 a 5 § 110 odst. 7) spočívající v uvedení újmy, která stěžovateli v důsledku domnělého porušení zákona hrozí nebo vznikla. Není nezbytné, aby stěžovatel ve finančním vyjádření uvedl, jaká újma mu domnělým porušením zákona hrozí a postačí obecná hrozba újmy spočívající např. v nemožnosti získat veřejnou zakázku. Skutečnost, že hrozí nebo došlo k újmě, není automatická.
32. Řádně podané námitky obsahující zákonem stanovené náležitosti mají umožnit zadavateli objektivně posoudit, zda porušil zákon či nikoli, a umožnit zadavateli napravit namítané porušení zákona a předejít tak podání návrhu ve věci a uložení sankce. To je také podstatou „dvojinstančnosti“ přezkumného řízení, kdy teprve nevyhovění řádně podaným námitkám opravňuje navrhovatele podat návrh k Úřadu. Řádně podané námitky lze přitom chápat pouze ve smyslu § 110 odst. 7 zákona, tzn. námitky obsahující všechny zákonem požadované náležitosti.
33. Z dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že zadavatel rozhodl o odmítnutí námitek navrhovatele s tím, že v jednotlivých namítaných bodech není uvedena újma tak, jak vyžaduje ustanovení § 110 odst. 7 zákona.
34. S tímto výrokem zadavatele lze podle názoru Úřadu souhlasit pouze ve vztahu k námitkám uvedeným pod body I.b) a I.c) (viz bod 8. a 9. odůvodnění tohoto rozhodnutí), týkajících se nerovného zacházení s uchazeči a netransparentního postupu, které jsou podány podle § 110 odst. 2 zákona, a jako takové musí podle § 110 odst. 7 zákona obsahovat újmu. S tvrzením navrhovatele o tom, že újma byla vyjádřena v obecných pojmech jako „nerovné zacházení“ a „netransparentnost“, lze podle názoru Úřadu souhlasit pouze z části. Tyto části námitek se opravdu týkají nerovného zacházení s uchazeči a netransparentnosti postupu zadavatele, nicméně tyto obecné pojmy neznamenají újmu, ale popisují porušení zákona zadavatelem, tzn. příčinu vzniku možné újmy. Navrhovatel tak v těchto částech námitek pouze vyjádřil, jakým způsobem mohl být porušen zákon, přičemž porušení jako takové ještě neznamená vznik újmy, tu musí navrhovatel specifikovat či uvést zvlášť (pokud se nejedná o námitky podle § 110 odst. 4 zákona). Újmu lze v kontextu zákona vyložit jako následek porušení zákona, které ovlivní postavení navrhovatele jako účastníka řízení (vyloučení ze zadávacího řízení a z toho plynoucí nemožnost účasti na VZ), postavení dodavatele (nemožnost účastnit se zadávacího řízení z důvodu diskriminačních zadávacích podmínek atd.).
35. Úřad ale není stejného názoru v otázce posouzení námítky I.a), která směřuje proti vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení. Navrhovatel v této části námitek poukazuje na nestandardní postup zadavatele při posouzení a hodnocení jeho nabídky, jehož důsledkem bylo vyloučení ze zadávacího řízení. Ve vyloučení již lze podle názoru Úřadu spatřovat vyjádření újmy, jelikož vyloučení ze zadávacího řízení pro navrhovatele znamená, že se již nemůže dále účastnit zadávacího řízení a nelze tak získat předmětnou veřejnou zakázku. Úřad je navíc toho názoru, že tato část námitek jak fakticky tak obsahově směřovala proti vyloučení ze zadávacího řízení, jednalo se tak o námitky podle § 110 odst. 4 zákona, přičemž podle § 110 odst. 7 takové námitky nemusí obsahovat újmu a zadavatel měl povinnost minimálně o této části námitek rozhodnout.



36. Podle názoru Úřadu měl zadavatel rozhodnout o námitce I.a) a uvést, zda ji vyhovuje či nevyhovuje. V případě, že by této námitce nevyhověl, měl současně uvědomit navrhovatele o možnosti podat ve lhůtě podle § 114 odst. 4 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu a doručit v téže lhůtě stejnopis návrhu zadavateli. Zadavatel tak nejenže nerozhodl o námitce I.a) směřující proti vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení, navíc neuvědomil navrhovatele o možnosti podat návrh na zahájení správního řízení.
37. Podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona se zadavatel správního deliktu dopustí tím, že odmítne námitky v rozporu s § 110 zákona anebo postupuje při vyřizování námitek v rozporu s § 111 zákona.
38. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že zadavatel se dopustil správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona tím, že při odmítnutí námitky I.a) navrhovatele směřující proti vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení postupoval v rozporu s § 111 odst. 1 zákona, když tuto námitku odmítl jako neobsahující veškeré náležitosti podle § 110 odst. 7 zákona, ačkoliv stanovené náležitosti obsahovala, ač nemusela a tím, že při vyřizování námitek navrhovatele postupoval v rozporu s § 111 odst. 2 zákona, jelikož navrhovatele neuvědomil o možnosti podat návrh na zahájení správního řízení, jak je uvedeno výroku II. tohoto rozhodnutí.

#### **IV. K uložení sankce**

39. Podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. g) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že, odmítne námitky v rozporu s § 110 zákona anebo postupuje při vyřizování námitek v rozporu s § 111 zákona.
40. Zadavatel při zadávání předmětné veřejné zakázky naplnil obě skutkové podstaty správních deliktů uvedených v § 120 odst. 1 písm. g) zákona tím, že při odmítnutí námitky I.a) navrhovatele směřující proti vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení postupoval v rozporu s § 111 odst. 1 zákona, když tuto námitku odmítl jako neobsahující veškeré náležitosti podle § 110 odst. 7 zákona, ačkoliv stanovené náležitosti obsahovala, ač nemusela a tím, že při vyřizování námitek navrhovatele postupoval v rozporu s § 111 odst. 2 zákona, jelikož navrhovatele neuvědomil o možnosti podat návrh na zahájení správního řízení.
41. Podle § 121 odst. 2 zákona při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, se přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům, a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.
42. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl z návrhu, který obdržel dne 27. 3. 2013. Ke spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona došlo dne 14. 3. 2013, kdy zadavatel nevyřídil námitku I.a) podle § 111 odst. 1, když námitku odmítl jako neobsahující náležitosti podle § 110 odst. 7 zákona, ač tyto náležitosti obsahovala a nemusela, a když navrhovatele v rozporu s § 111 odst. 2 zákona neuvědomil navrhovatele o možnosti podat návrh na

zahájení správního řízení k úřadu. Z uvedených údajů vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za žádný ze spáchaných správních deliktů nezanikla.

43. Podle § 121 odst. 2 zákona Úřad při určení výměry pokuty zadavateli přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
44. K uložení pokuty za spáchání správních deliktů uvedených ve výroku II. tohoto rozhodnutí Úřad předně uvádí, že při stanovení výše sankce je nutné postupovat v souladu se zásadou absorpce, která se uplatní při postihu souběhu správních deliktů a jejíž podstata tkví v absorpci sazeb (poena maior absorbet minore – tedy přísnější trest pohlcuje mírnější). Jak již v minulosti dovodil Nejvyšší správní soud (např. v rozsudku č. j. 1 As 28/2009-62 ze dne 18. 6. 2009 nebo v rozsudku č. j. 5 Afs 9/2008-328 ze dne 31. 10. 2008), při trestání správních deliktů tímž správním orgánem se přiměřeně uplatní i principy ovládající souběh trestných činů. Nutnost aplikovat trestněprávní instituty i při trestání správním orgánem vyplývá z obecné potřeby použít ve prospěch obviněného analogii z trestního práva 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. Použití analogie ve správním trestání je v omezeném rozsahu přípustné tehdy, pokud právní předpis, který má být aplikován, určitou otázku vůbec neřeší, a nevede-li výklad za pomoci analogie ani k újmě účastníka řízení, ani k újmě na ochraně hodnot, na jejichž vytváření a ochraně je veřejný zájem (viz rozsudky Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 27/2008 – 67 ze dne 16. 4. 2008 a č. j. 8 As 17/2007 – 135 ze dne 31. 5. 2007). Pro ukládání trestů za správní delikty se proto musí uplatnit obdobné principy a pravidla jako pro ukládání trestů za trestné činy.
45. Úprava zákona o veřejných zakázkách je ve vztahu k trestání souběhu správních deliktů na rozdíl od úpravy trestněprávní neúplná. Zejména pak neřeší moment, do kdy je správní delikty možno považovat za sbíhající se, jakož ani důsledky, není-li z jakýchkoli důvodů vedeno společné řízení. Souhrnné či úhrnné tresty, jimiž se postihuje souběh trestných činů, přitom představují pro pachatele výhodnější postup, neboť je v nich zohledněna skutečnost, že pachatel se dopustil dalšího trestného činu, aniž byl varován odsuzujícím rozsudkem týkajícím se dřívějšího trestného činu.
46. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že pro stanovení konkrétní výše uložené pokuty je nutné samostatně posuzovat jednotlivé sazby za uvedené správní delikty.
47. V souladu s již citovanou zásadou absorpce v rámci správněprávního trestání Úřad ve správním řízení uloží pokutu podle přísněji trestného správního deliktu, proto se Úřad nejprve zabýval otázkou, za který delikt je možno v šetřeném případě uložit přísnější sankci (vyšší pokutu).
48. Podle § 120 odst. 2 písm. b) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 20 000 000 Kč, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. b), e), f) nebo g).
49. V daném případě se zadavatel dopustil dvou správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona. Za oba správní delikty lze v souladu s citovaným ustanovením § 120 odst. 2 písm. b) zákona uložit pokutu do 20 000 000 Kč.

50. S ohledem na to, že se jedná o stejné správní delikty, pro které je stanovena stejná výše pokuty, nelze v konkrétním případě v souladu se zásadou absorpce ukládat sankci za závažnější ze spáchaných deliktů. V daném případě se při stanovení výše sankce bude zvažovat porušení zákona, za které je nejvyšší možná sankce, bude tedy nutné uložit pokutu za jeden ze spáchaných správních deliktů a k druhému přihlídnout v rámci přitěžujících okolností. Úřad tedy musí přezkoumat, který správní delikt lze považovat za nejzávažnější.
51. Zadavatel se dopustil správního deliktu nejdříve tím, že pochybil při vyřízení námitek stěžovatele, když je odmítnul podle § 110 odst. 7 zákona, že neobsahují požadované náležitosti, ačkoliv námitka I.a) tyto náležitosti obsahovala, i když podle § 110 odst. 4 zákona v návaznosti na § 110 odst. 7 zákona nemusela. Podle názoru Úřadu tak zadavatel již od samého počátku přezkumu námitek špatně posoudil podané námítky, od této chyby se odvíjel další postup, na špatné posouzení (odmítnutí námitek) tak logicky navazovala i skutečnost, že zadavatel neuvědomil uchazeče o možnosti podat návrh na zahájení správního řízení. Navrhovatel tak z odmítnutí námitek nemohl vyčíst stanovisko zadavatele k jím vytýkaným skutečnostem, navíc nebyl zpraven o možnosti dalšího opravného prostředku.
52. Podle názoru Úřadu je závažnější ten správní delikt, kdy zadavatel nerozhodl o námitce I.a), neboť samotné rozhodnutí o námitkách (ať už vyhovění či nevyhovění s řádným odůvodněním) mohlo být dostačující a mohlo mít vliv na další průběh zadávacího řízení, navrhovatel si například s logickým řádným odůvodněním mohl vystačit a takové mohl bez dalšího přijmout a nemusel podávat návrh na zahájení správního řízení.
53. Absence poučení o možnosti podat návrh na zahájení správního řízení tak byl jen podle názoru Úřadu následek nesprávného vyhodnocení námitek a následného odmítnutí, Úřad tak větší závažnost spatřuje v odmítnutí řádně podaných námitek, přičemž druhý správní delikt se jen kumulativně připojil k nesprávně zvolenému postupu. Kdyby zadavatel již na začátku správně vyhodnotil, že námitka I.a) je podaná řádně, mohl námitkám vyhovět či nevyhovět a následně navrhovatele poučit v souladu se zákonem. K výše uvedenému pochybení přihlédl Úřad při stanovení výše pokuty, přičemž druhý správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona (porušení § 111 odst. 2 zákona) posoudil jako přitěžující okolnost.
54. Podle čl. II.10 smlouvy o sdružení zadavatelů ze dne 7. 9. 2012 podepsané mezi zadavatelem ČEZ Distribuce, a. s. a zadavatelem ČEPS, a.s. (dále jen „smlouva o sdružení“), vyplývá, že *„jménem účastníků sdružení zadavatele budou jednat oba účastníci sdružení společně a nerozdílně.“* Oba účastníci sdružení se v předmětném zadávacím řízení nechali zastoupit společností ČEZ, a. s., IČO 45274649, se sídlem Duhová 2/1444, 140 53 Praha 4 (viz bod 2. odůvodnění tohoto rozhodnutí). V čl. III.2 smlouvy o sdružení je uvedeno, že *„smlouva se uzavírá na dobu určitou do termínu, kdy uzavřou zadavatelé písemnou smlouvu s vybraným poskytovatelem předmětné služby.“* Dále je v čl. III.3.b uvedeno, že tato smlouva o sdružení může být ukončena před uplynutím její platnosti dohodou účastníků učiněnou v písemné formě. Dalším důvodem pro ukončení je podle čl. III.3.c výpověď jednoho z účastníků a to pouze v případech po ukončení předmětného zadávacího řízení nebo v případě zrušení předmětného zadávacího řízení. Vzhledem k tomu, že dokumentace o veřejné zakázce neobsahuje dokumenty uvedené v bodu III.3.b a III.3.c, lze mít za prokázané, že oba zadavatelé (ČEZ Distribuce, a. s. a ČEPS, a. s.) jsou nadále společně a nerozlučně zavázáni z jednání sdružení zadavatelů, tedy i z rozhodnutí o námitkách navrhovatele. Na základě výše

uvedeného Úřad konstatuje, že správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona se oba zadavatelé (ČEZ Distribuce, a. s. a ČEPS, a. s.) dopustili společně a nerozdílně, proto oběma vyměřil pokutu ve stejné výši.

55. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci zadavatele, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. V této souvislosti Úřad odkazuje na nález Ústavního soudu č. 405 uveřejněný ve Sbírce zákonů, částka 142/2002 Sb. Dle uvedeného nálezu jsou nepřipustné takové pokuty, jež mají likvidační charakter.
56. Pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů Úřad stanovenou výši pokuty vzhledem k souvislostem případu posoudil jako dostačující. Úřad při výměře pokuty akcentoval preventivní funkci, jelikož zadavatel sice odmítl námitku I.a) v rozporu se zákonem a nepoučil navrhovatele o možnosti podat návrh na zahájení správního řízení, nicméně zákon dává každému uchazeči možnost podat návrh v případě nevyřízení námitek zadavatelem podle § 111 odst. 1 zákona do 25 dnů ode dne odeslání námitek (§ 114 odst. 5 zákona) a zadavatel sice musí uvědomit navrhovatele o možnosti podat návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu a o nutnosti doručit tento návrh ve stejnopisu zadavateli, nicméně jedná se jen o jakési připomenutí zákonné povinnosti navrhovatele v případě podání návrhu podle § 114 odst. 4 zákona. Proto Úřad zadavateli (společnostem ČEZ Distribuce, a. s. a ČEPS, a. s.) uložil pokutu v celkové výši 60 000 Kč, 30 000,- Kč každému. Jak již bylo uvedeno, uložená pokuta se pohybuje na samé dolní hranici zákonné sazby a plní tak výrazně preventivní funkci. Je však současně třeba mít na paměti, že uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocíťována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu. Peněžité sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do sféry porušitele, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinam. Kromě toho může zadavatel, nemůže-li uhradit pokutu z rozpočtových zdrojů, využít jiné právní nástroje, např. ty, které vyplývají z pracovního práva a odpovědnosti konkrétní osoby za protiprávní stav.
57. Pro úplnost Úřad uvádí, že pokuta, jakkoliv se může jevit jako relativně nízká, je schopna podle Úřadu dostatečně naplnit obě funkce, tj. „výchovnou“ a preventivní funkci, spočívající v předcházení porušování zákona.
58. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěným správním deliktům zadavatele přistoupil k uložení pokuty za spáchání správních deliktů podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. g) zákona, kdy zadavatel nevyřídil námitku navrhovatele I.a) v souladu se zákonem a nepoučil navrhovatele o možnosti podat návrh. Z uvedeného důvodu uložil Úřad zadavateli ČEZ Distribuce, a. s. pokutu ve výši 30 000,- Kč a zadavateli ČEPS, a. s. pokutu ve výši 30 000,- Kč, které jsou uvedeny ve výroku III. a IV. tohoto rozhodnutí.
59. Pokuty jsou splatné 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 každého jednotlivého zadavatele.

## **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, tř. Kpt. Jaroše 7, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu, a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová  
místopředsedkyně

### **Obdrží:**

1. GRUBER spol. s r.o., 17. listopadu 1333, 293 01 Mladá Boleslav
2. JUDr. Hana Hurychová, zaměstnankyně ČEZ, a. s., se sídlem Duhová 2/1444, 140 53 Praha 4

### **Vypraveno dne:**

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