



UOHSX008DY8J

## PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R60/2015/VZ-22113/2016/321/MMI/IPs

Brno 24. května 2016

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 11. 2. 2015, doručeném dne 12. 2. 2015 Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, podaném zadavatelem -

- **Technickou správou komunikací hl. m. Prahy**, IČO 63834197, se sídlem Řásnovka 770/8, 110 00 Praha 1

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S849/2014/VZ-2955/2015/531/VČe ze dne 29. 1. 2015, ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, výše specifikovaným zadavatelem při zadávání veřejné zakázky „**Cyklo Lahovice - nájezdové rampy, Praha 16, č. akce 2950106.**“ zadávané v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 4. 2. 2013 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 14. 2. 2013, pod ev. č. 237409,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S849/2014/VZ-2955/2015/531/VČe ze dne 29. 1. 2015

**p o t v r z u j i**

a podaný rozklad

**z a m í t á m.**

## ODŮVODNĚNÍ

### I. Zadávací řízení a správní řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle ustanovení § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)<sup>1</sup> k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, zahájil dne 23. 10. 2014 správní řízení z moci úřední ve věci ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona zadavatelem - Technickou správou komunikací hl. m. Prahy, IČO 63834197, se sídlem Řásnovka 770/8, 110 00 Praha 1 (dále jen „**zadavatel**“) při zadávání veřejné zakázky „Cyklo Lahovice - nájezdové rampy, Praha 16, č. akce 2950106.“ (dále jen „**veřejná zakázka**“) zadávané v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 4. 2. 2013 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 14. 2. 2013, pod ev. č. 237409.
2. Z protokolu o posouzení kvalifikace ze dne 21. 3. 2013 je zřejmé, že zadavatel ve lhůtě pro podání žádostí o účast (dále též „**žádost**“) obdržel celkem 11 žádostí o účast, a to včetně žádosti zájemce S u b t e r r a a.s., IČO 45309612, se sídlem Koželužská 2246/5, 180 00 Praha 8 (v době podání žádosti o účast se sídlem Bezová 1658, 147 14 Praha 4), (dále jen „**Subterra a.s.**“) a žádosti zájemce Metrostav a.s., IČO 00014915, se sídlem Koželužská 2450/4 (v době podání žádosti o účast se sídlem Koželužská 2246), 180 00 Praha 8, (dále jen „**Metrostav a.s.**“). Ze „SMLOUVY o spolupráci při prokazování splnění kvalifikace a SMLOUVY o uzavření budoucí smlouvy o dílo“ ze dne 20. 2. 2013 doložené v žádosti zájemce Subterra a.s. vyplývá, že jmenovaný zájemce dle § 51 odst. 4 zákona prokazoval splnění části kvalifikace prostřednictvím zájemce Metrostav a.s.
3. Dne 27. 2. 2013 zadavatel rozhodl o vyloučení zájemce Metrostav a.s. ze zadávacího řízení podle § 69 odst. 3 zákona. Zadavatel vyloučení odůvodnil tím, že jmenovaný zájemce porušil § 69 odst. 2 zákona, neboť podal žádost o účast a „*současně je subdodavatelem, jehož prostřednictvím zájemce o účast společnost Subterra a.s. prokazuje splnění technického kvalifikačního předpokladu dle § 56 odst. 3 písm. c) zákona (...)*“ Dne 27. 2. 2013 zadavatel rovněž rozhodl o vyloučení zájemce Subterra a.s. ze zadávacího řízení podle § 69 odst. 3 zákona, a to z důvodu porušení podmínky stanovené v § 69 odst. 2 zákona, jelikož ve své žádosti o účast prokazoval tento zájemce splnění technického kvalifikačního předpokladu dle § 56 odst. 3 písm. c) zákona prostřednictvím zájemce Metrostav a.s., jenž však současně podal žádost o účast na veřejnou zakázku.
4. Dne 24. 6. 2013 zadavatel uzavřel s uchazečem SDS EXMOST spol. s r.o., IČO 49454501, se sídlem Údolní 413/66, 602 00 Brno, (dále jen „**vybraný uchazeč**“) smlouvu na veřejnou zakázku. Cena za předmět plnění veřejné zakázky činila dle čl. IV. „Cena díla“ předmětné smlouvy celkem 19 633 460 Kč s DPH.

### II. Napadené rozhodnutí

5. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 29. 1. 2015 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S849/2014/VZ-2955/2015/531/VČe (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), v jehož

---

<sup>1</sup> Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ust. § 26 zákona v návaznosti na ust. § 158 odst. 1 a 2 zákona.

výroku I. konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, když vyloučil z účasti v zadávacím řízení na veřejnou zakázku zájemce Subterra a.s. a zájemce Metrostav a.s., aniž by byly splněny důvody pro vyloučení uvedené v ustanovení § 69 odst. 3 zákona, neboť jmenovaní zájemci nepodali nabídku ve výše uvedeném zadávacím řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel dne 24. 6. 2013 smlouvu na jmenovanou veřejnou zakázku. Výrokem II. Úřad uložil pokutu ve výši 50 000 Kč.

6. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že zadavatel je oprávněn v první fázi užšího řízení vyloučit zájemce z účasti v zadávacím řízení pouze pro nesplnění požadované kvalifikace a že ustanovení § 69 zákona může být aplikováno teprve až ve druhé fázi užšího řízení (viz body 32 a 33 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Jelikož z protokolu o posouzení kvalifikace ze dne 21. 3. 2013 nevyplývá, že by zájemci Metrostav a.s. a Subterra a.s. zadavatelem požadované kvalifikační předpoklady nesplnili a současně obě rozhodnutí zadavatele o vyloučení jmenovaných zájemců z účasti v zadávacím řízení uvádějí jako shodný důvod pro jejich vyloučení pouze porušení podmínky stanovené v § 69 odst. 2 zákona, lze konstatovat, že zadavatel rozhodl o vyloučení jmenovaných zájemců z účasti v zadávacím řízení předčasně, neboť, jak již bylo řečeno, zákon ukládá zadavateli povinnost vyloučit dle § 69 odst. 3 zákona pro nesplnění podmínky stanovené v § 69 odst. 2 zákona toliko dodavatele, který podal nabídku, což je v případě užšího řízení logicky možné teprve až v jeho druhé fázi.
7. Úřad dále uvedl, že v přezkoumávaném případě zadavatel tím, že již v první fázi užšího řízení po posouzení kvalifikace vyloučil zájemce Metrostav a.s. a zájemce Subterra a.s. z účasti v zadávacím řízení, ačkoliv tito splňovali zadavatelem požadované kvalifikační předpoklady, oběma jmenovaným zájemcům znemožnil podat nabídku. Nelze přitom vyloučit, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, rozhodl by se podat nabídku pouze jeden z výše uvedených zájemců, přičemž ten mohl předložit nabídku s výhodnějšími podmínkami pro zadavatele, než tomu bylo v případě všech uchazečů, kteří nabídku skutečně podali, v důsledku čehož by mohlo dojít k úspoře financí z veřejných zdrojů. V šetřeném případě by tak ani nemusela nastat situace, kdy by zadavatel musel posuzovat, zda některý z dodavatelů (tzn. Metrostav a.s. a Subterra a.s.), či dokonce oba dva, neporušili podmínku stanovenou v ustanovení § 69 odst. 2 zákona. S ohledem na právě řečené tudíž Úřad nesouhlasí s tvrzením zadavatele, že jeho rozhodnutí o vyloučení zájemce Metrostav a.s. a zájemce Subterra a.s. ze zadávacího řízení nijak zásadně neomezilo hospodářskou soutěž v rámci předmětné veřejné zakázky, neboť osm zájemců, kteří byli zadavatelem vyzváni k podání nabídky na plnění veřejné zakázky, prokázalo splnění kvalifikace (viz bod 11 odůvodnění tohoto rozhodnutí), jelikož tuto skutečnost nelze v šetřeném případě předjímat. Obdobně je nutné odmítnout i argument zadavatele, že jeho postupem nedošlo ani k potenciálnímu ohrožení zásady hospodárnosti, neboť pokud by byla předložena ještě levnější nabídka, vykazovala by již znaky mimořádně nízké nabídkové ceny (viz taktéž bod 11 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad konstatoval, že se jedná o tvrzení čistě spekulativní povahy, které nelze nikterak verifikovat.
8. Co se týče uložené pokuty ve výši 50 000 Kč Úřad uvedl, že cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí 19 633 460 Kč včetně DPH. Horní hranice možné pokuty (10 % z ceny veřejné

zakázky) tedy činí částku ve výši 1 963 346 Kč. Ve vztahu k závažnosti správního deliktu, Úřad dospěl k závěru, že se jedná o správní delikt závažného charakteru, neboť v důsledku nezákonného jednání zadavatele bylo narušeno konkurenční prostředí. Úřad vzal v úvahu jednak následky a okolnosti spáchaného správního deliktu, přičemž shledal pouze přitěžující okolnost a žádnou polehčující okolnost a jednak posoudil likvidačnost sankce.

### III. Námitky rozkladu

9. Uvedené rozhodnutí napadl zadavatel rozkladem ze dne 11. 2. 2015, doručeným Úřadu dne 12. 2. 2015, kterýmžto dnem bylo zahájeno správní řízení o rozkladu. Napadené rozhodnutí zadavatel obdržel dne 2. 2. 2015, rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
10. Ve vztahu k výroku I. napadeného rozhodnutí zadavatel namítá, že je v rozporu s právními předpisy, neboť spočívá na nesprávném právním posouzení věci. Zadavatel se neztotožňuje se závěry Úřadu ohledně nesprávné aplikace, resp. aplikace § 69 odst. 3 zákona v nesprávné fázi zadávacího řízení. Zadavatel má naopak za to, že postupoval zcela správně a v souladu se zákonem, když aplikoval citované ustanovení v první fázi užšího řízení. Zadavatel má za to, že ustanovení zákona upravující postup zadavatele v zadávacím řízení jsou formulována především pro aplikaci v otevřeném řízení. Zadavatel je toho názoru, že v případě zadávání veřejné zakázky v užším řízení je, s ohledem na specifika tohoto zadávacího řízení, řadu těchto ustanovení nutno aplikovat pouze přiměřeně, resp. analogicky, a to v souladu s jejich smyslem a účelem, resp. tak, aby byly zachovány základní zásady zadávání veřejných zakázek. Relevantní okamžik pro aplikaci § 69 odst. 3 zákona by tedy podle zadavatele neměl být dovozován pouze z jazykového výkladu, jak učinil Úřad, ale především s ohledem na smysl, resp. účel tohoto ustanovení, kterým je zabránit dodavatelům, aby získali výhodnější pozici kumulováním své účasti v zadávacím řízení, resp. již vytvořením takovéto příležitosti. Zadavatel dále nesouhlasí se závěrem Úřadu, že projev vůle, kterým dodavatel vyjadřuje svůj zájem na získání veřejné zakázky, je v užším řízení až nabídka podávaná ve druhé fázi zadávacího řízení. Zadavatel je přesvědčen, že v užším řízení dodavatelé vyjadřují právně relevantním způsobem svůj záměr účastnit se zadávacího řízení a zájem uzavřít se zadavatelem smlouvu na plnění veřejné zakázky již samotným podáním žádosti o účast.
11. Zadavatel je dále přesvědčen o tom, že použití užšího řízení by nemělo vést k vytvoření výhodnějších podmínek pro některé dodavatele, oproti zadávání veřejné zakázky v otevřeném řízení. Zadavatel je toho názoru, že pokud by postupoval Úřadem naznačeným způsobem, pak by měl vyzvat k podání nabídky i dodavatele, u kterých je již v této fázi zadávacího řízení zřejmé, že způsob či rozsah jejich zamýšlené účasti v zadávacím řízení, resp. při případném plnění veřejné zakázky vybočuje z mezí připuštěných § 69 odst. 2 a 3 zákona. Pokud by pak nabídku podal pouze jeden z takovýchto dodavatelů, pak by měl zadavatel, dle závěrů Úřadu, tuto nabídku přijmout a hodnotit. Zadavatel je však přesvědčen o tom, že tímto postupem by došlo ke zvýhodnění těchto dodavatelů oproti dalším účastníkům zadávacího řízení, a tedy k porušení § 6 zákona. Podle zadavatele se tedy zcela jednoznačně jedná o situaci směřující výhradně k získání neoprávněné konkurenční výhody v zadávacím řízení.
12. Zadavatel má za to, že nedošlo k narušení hospodářské soutěže, jak uvádí Úřad, ale naopak by podle něj došlo k narušení konkurenčního prostředí při zadávání předmětné veřejné zakázky právě tehdy, pokud by dotčeným dodavatelům umožnil další účast v zadávacím

řízení. Zadavatel současně zdůrazňuje, že ani zájem na zachování co nejširší hospodářské soutěže nemůže opodstatnit porušování zákona a jeho základních zásad. Zadavatel dále poukazuje na to, že závěry Úřadu týkající se možného získání výhodnější nabídky v případě nevyloučení dotčených dodavatelů jsou zcela spekulativní.

13. Podle názoru zadavatele je nezákonný rovněž výrok II. napadeného rozhodnutí, neboť tento je výrokem závislým na výroku I. napadeného rozhodnutí, který je podle zadavatele rovněž nezákonný. Nelze totiž uložit pokutu za správní delikt, pokud se jej zadavatel nedopustil.

#### **Závěr rozkladu**

14. Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil, neboť se zadavatel správního deliktu nedopustil, event. aby napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

#### **IV. Řízení o rozkladu**

15. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí v rámci ustanovení § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a v souladu s ustanovením § 88 odst. 1 správního řádu věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.

#### **Stanovisko předsedy Úřadu**

16. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle ustanovení § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí 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.
17. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S849/2014/VZ-2955/2015/531/VČe ze dne 29. 1. 2015, rozhodl tak, jak je shora uvedeno, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se zcela ztotožnil. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

#### **V. K námitkám rozkladu**

18. Zadavatel jako hlavní námitku uvádí nesprávné právní posouzení věci, a to zejména proto, že nesouhlasí se závěrem Úřadu, že ustanovení § 69 odst. 3 je třeba aplikovat až ve fázi posouzení nabídek. Důvodem proto je dle jeho názoru to, že ustanovení zákona jsou formulována především pro otevřené řízení a v případě jiných druhů řízení je třeba je aplikovat přiměřeně, resp. analogicky.
19. S tímto tvrzením nemohu souhlasit. Zákon je obecně koncipován tak, že obsahuje ustanovení, která jsou společná pro všechny druhy zadávacích řízení, a jimi je zadavatel povinen se řídit bez ohledu na jím zvolený druh zadávacího řízení. Na druhé straně pak obsahuje ustanovení, jež vzhledem ke specifikům některých zadávacích řízení, či s ohledem na druhy zadavatelů, upravují postup jen v konkrétním druhu zadávacího řízení, či pro určitého zadavatele – např. zákon rozlišuje lhůty v zadávacím řízení platné pro veřejné

zadavatele - § 39 zákona a lhůty pro sektorové zadavatele - § 41 zákona. V některých případech pak jsou rozdíly v postupu uvedeny v rámci jednoho paragrafu – např. § 65 zákona – doba prokazování kvalifikace, kdy v odst. 1 je uvedeno, kdy je v otevřeném řízení dodavatel povinen prokázat splnění kvalifikace, zatímco tutéž situaci řeší odst. 2 téhož ustanovení pro užití řízení a jednací řízení s uveřejněním a odst. 3 pak pro jednací řízení bez uveřejnění. První typ ustanovení, tedy těch, která jsou společná pro všechny druhy zadávacích řízení, pak reprezentuje např. § 44, upravující náležitosti zadávací dokumentace či právě § 69 zákona, který upravuje otázky podání nabídky.

20. Stejně tak je důležité v zákoně rozlišovat fáze zadávacích řízení, jež upravují postup zadavatele. Tuto skutečnost vyzdvihl Úřad v napadeném rozhodnutí, když rozděluje právě užití řízení do dvou fází – první, jež je reprezentována podáním žádosti o účast a z pozice zadavatele pak posouzením prokázání kvalifikace dodavatelů, zatímco druhá pak následuje po první, a je reprezentována výzvou zadavatele k podání nabídek těch uchazečů, kteří prokázali splnění kvalifikace a podáním nabídek. Tyto dvě fáze jsou rozděleny v zákoně i graficky, když Hlava V zákona upravuje problematiku kvalifikace a Hlava VI pak podávání nabídek. Každá tato část zákona pak normativně upravuje jinou fázi zadávacího řízení. Není proto důvodu, aby jednotlivé postupy byly přenášeny z jedné fáze do druhé, jak dovozuje zadavatel, pokud to zákon výslovně neuvádí. Naopak zcela souhlasím s posouzením Úřadu, že je třeba ustanovení § 69 zákona vykládat podle jeho jazykového výkladu.
21. Podle § 69 odst. 3 zákona pokud dodavatel podá více nabídek samostatně nebo společně s dalšími dodavateli, nebo je subdodavatelem, jehož prostřednictvím jiný dodavatel v tomtéž zadávacím řízení prokazuje kvalifikaci, zadavatel všechny nabídky podané takovým dodavatelem vyřadí. Dodavatele, jehož nabídka byla vyřazena, zadavatel bezodkladně vyloučí z účasti v zadávacím řízení. Vyloučení uchazeče včetně důvodu zadavatel bezodkladně písemně oznámí uchazeči.
22. Zde je podstatné právě to, co vyzdvihl Úřad, tedy že zadavatel je povinen vyřadit dodavatele, jež podal nabídku v rozporu s tímto ustanovením teprve až poté, co **podá nabídku**. Teprve v tom okamžiku totiž dodavatel porušil příslušné ustanovení zákona. Je nadbytečné spekulovat o tom, proč v přezkoumávaném případě zájemce Subterra a.s., a zájemce Metrostav a.s. postupovali tak jak, postupovali. Ať již to bylo jejich záměrem a poté, co by případně oba prošli fází prokázání kvalifikace, by pouze jeden z nich podal nabídku, či zda šlo o neúmyslnou chybu, již si nebyli vědomi, jsou tyto úvahy nadbytečné, neboť zadavatele jejich postup nemusí nijak ve fázi prokázání kvalifikace v užitím řízení zajímat, z důvodu, že ani jeden z nich nabídku doposud nepodal. Teprve v okamžiku podání obou nabídek by byl zadavatel oprávněn řešit jejich postup v souladu s § 69 odst. 3 zákona.
23. V obou rozhodnutích o vyloučení uchazeče z účasti v zadávacím řízení ze dne 27. 2. 2013 je uvedeno: „*Vaše společnost v žádosti o účast ...*“. Z uvedeného jsou zřejmé dvě věci – nesprávné použití termínu „uchazeč“, neboť dle § 17 písm. j) zákona je uchazečem dodavatel, který **podal nabídku** v zadávacím řízení. Tato nepřesnost sice nemá žádné důsledky z pohledu správnosti daného dokumentu, avšak dokresluje nesprávné chápání jednotlivých fází užití řízení zadavatelem. Neboť uchazečem o veřejnou zakázku se dodavatel stává teprve v okamžiku podání nabídky. To ostatně dokládá § 68 odst. 1 zákona, dle kterého je předpokladem zadání veřejné zakázky dodavateli podání nabídky, nestanoví-li tento zákon jinak. Na tomto faktu je ostatně vystavěna část odůvodnění Úřadu. Zadavatel

tedy nesprávně interpretoval vyjádření Úřadu v bodu 34 napadeného rozhodnutí, že „*podání nabídky lze přitom chápat jako projev vůle, kterým daný uchazeč vyjadřuje svůj zájem na získání veřejné zakázky*“, neboť toto bylo uvedeno v kontextu citace § 68 odst. 1 zákona. Pokud pak zadavatel tuto větu interpretuje tak, že teprve podáním nabídky vyjadřuje dodavatel zájem účastnit se zadávacího řízení, pak takovéto tvrzení Úřad v napadeném rozhodnutí neuvedl. Naopak již z pojmosloví užívaného zákonem – žádost o účast, lze dovodit, kdy dodavatel v užším řízení vyjadřuje zájem účastnit se zadávacího řízení. Zájem účastnit se zadávacího řízení měli tedy oba dodavatelé a zákon jim to nijak nezakazuje. Teprve při podání nabídek nastupují omezení uvedená v § 69 zákona. Důvodem podobného postupu dodavatelů může být nejistota ohledně prokázání kvalifikace, či v době před novelou zákona zákonem č. 55/2012 Sb. kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**novela č. 55/2012 Sb.**“), to mohla být snaha zvýšit šance na získání veřejné zakázky v případě omezení počtu uchazečů v užším řízení. Důvodů ostatně může být celá řada a je nadbytečné se jimi zabývat, neboť nemají pro posouzení správnosti a zákonnosti napadeného rozhodnutí žádnou relevanci.

24. Nemohu tedy souhlasit s tvrzením zadavatele, že podáním nabídky pouze dodavatel stanoví, resp. stvrzuje podmínky případného budoucího smluvního vztahu se zadavatelem, neboť v tu chvíli de facto ještě není postaveno na jisto, že podá nabídku. V mezidobí od podání žádosti o účast mohou nastat okolnosti, pro které, ačkoliv zájemce žádost o účast podal, kvalifikaci splnil a zadavatel jej vyzval k podání nabídky, nabídku nakonec nepodá. Je předčasné tedy ze strany zadavatele vylučovat takového dodavatele, neboť zadavatel neví, zda tento dodavatel podá svou nabídku, či nikoliv. A zákon v § 69 odst. 3 pak hovoří jasně – zadavatel vyřazuje všechny nabídky podané takovým dodavatelem a teprve pak dodavatele, jehož nabídka byla vyřazena, zadavatel bezodkladně vyloučí. Aby mohl tedy zadavatel vyloučit dodavatele, musí nejprve vyřadit jeho nabídku. Pokud však žádnou takovou nabídku neobdržel, nemá co vyřadit, ani koho vyloučit. Tento jazykový výklad pak dokončuje poslední věta odst. 3 § 69 zákona, podle které vyloučení uchazeče včetně důvodu zadavatel bezodkladně písemně oznámí uchazeči. A zde znovu odkazují na definici uvedenou v § 17 písm. j) zákona, dle které je uchazečem ten, kdo podal nabídku v zadávacím řízení, nikoliv ten, kdo podal pouze žádost o účast.
25. Je pravdou, že bez podání žádosti o účast by nebylo možné vyzvat dodavatele k podání nabídky, tudíž by tento neměl možnost ucházet se o získání veřejné zakázky, ale to je dáno specifikem užšího řízení, které je rozděleno do již zmiňovaných fází. V žádném případě však není možné aplikovat § 69 odst. 3 zákona tak, jak to učinil zadavatel v přezkoumávaném případě.
26. Závěrem k této námitce zadavatele považuji za nutné se vyjádřit k tvrzení, že § 69 odst. 3 zákona je třeba analogicky aplikovat v užším řízení již ve fázi žádostí o účast tak, aby byly zachovány základní zásady zadávacího řízení. Analogii v právu je možno využít pouze tehdy, když jsou nalezeny mezery v právu, jež je nutno vyplnit. Dle rozsudku sp. zn. 2 As 21/2005 ze dne 1. 3. 2006 Nejvyššího správního soudu „o analogii půjde vždy tam, kdy se na určitou situaci přímo právním předpisem neupravenou, užije ustanovení určitého právního předpisu, které na ni přímo nedopadá, ale které je svým obsahem nejbližší. Podmínkou tedy bude určitá mezera v zákoně, kterou je třeba vyplnit.“ V případě § 69 odst. 3 zákona však žádnou mezeru v zákoně nenalézám. Naopak, podmínky, za kterých lze vyloučit uchazeče jsou

v tomto ustanovení přesně vymezeny a jak již bylo uvedeno výše, jde o ustanovení, jež je společné pro všechny druhy zadávacích řízení. Není tedy třeba pro užší řízení stanovovat nová pravidla, neboť nejde o situaci, která by nebyla pro užší řízení zákonem řešena. Požadavek zadavatele, aby bylo toto ustanovení analogicky použito již ve fázi podání žádostí o účast, je nedůvodný.

27. V další námitce zadavatel uvádí, že pokud by postupoval dle závěrů Úřadu, pak by to vedlo ke zvýhodnění dodavatelů v užším řízení oproti dodavatelům v řízení otevřeném, což je v rozporu se smyslem a účelem zákona. Není mi zcela zřejmé, o jaké zvýhodnění by mělo jít, když v okamžiku, kdy je dodavatelem podána nabídka, musí být za splnění podmínek, uvedených v § 69 odst. 3 zákona vyloučen stejně v užším i otevřeném řízení. Jediný rozdíl je v tom, že zadavatel posoudí kvalifikaci dodavatele a v případě, že ji splní, pak v užším řízení dodavatele vyzve k podání nabídky, přičemž teprve po podání nabídky zadavatel může dodavatele vyloučit pro jeho postup v rozporu s § 69 odst. 3 zákona, zatímco v otevřeném řízení nabídku dodavatele již má. Ale takového dodavatele vyloučí úplně stejně, jako dodavatele v užším řízení. Žádné zvýhodnění zde nenalézám. Doklady, prokazující splnění kvalifikace musí předložit oba dodavatelé v obou druhích řízení, stejně jako nabídku, neboť teprve nabídka může být vyřazena.
28. Pokud zadavatel uvádí, že by dodavatel v užším řízení mohl být zvýhodněn již tím, že bude znát před podáním nabídky své „konkurenty“, pak by za této argumentace bylo problematické celé užší řízení, neboť tato situace již z povahy užšího řízení nastane vždy. Nijak to však nevyovídá o tom, proč by měl být dodavatel vyloučen z účasti v zadávacím řízení podle § 69 odst. 3 zákona již ve fázi podání žádosti o účast. Námitku neoprávněného získání konkurenční výhody tedy odmítám jako nedůvodnou. Nadto není zřejmé, v čem by tato výhoda měla spočívat.
29. Na rozdíl od zadavatele tak s ohledem na výše uvedené souhlasím s posouzením Úřadu, že postup zadavatele vedl k narušení konkurenčního prostředí, když předčasným vyloučením obou dodavatelů se zadavatel pravděpodobně ochudil o nabídku, jež mohla být výhodnější, než nabídky podané ostatními dodavateli. Není totiž vyloučeno, že by nabídku podal jen jeden z vyloučených dodavatelů, tudíž by podal nabídku, kterou by zadavatel mohl hodnotit. Tvrzení zadavatele, že v zadávacím řízení byly podány nabídky na samé hranici mimořádně nízké nabídkové ceny a nižší nabídka už již musela obsahovat mimořádně nízkou nabídkovou cenu, je tvrzení zcela spekulativní, přičemž poukazuji na fakt, že v určitých případech zákon dokonce připouští, že může být uznána nabídka mimořádně nízká, pokud jsou k tomu splněny zákonem stanovené podmínky. To však není tento případ, neboť nelze usuzovat na obsah nabídky, která podána nebyla. K námitce zadavatele, že nelze prokázat, že mohla být podána výhodnější nabídka, pak uvádím, že tato úvaha nemůže být označena za spekulaci, ale je vedena v rovině pravděpodobnosti, s níž počítá i zákon, když stanoví, že delikt byl spáchán, pokud zadavatel nedodrží postup stanovený zákonem, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Zákon tedy nepožaduje, aby bylo prokázáno, že postup zadavatele ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, ale postačí, že výběr mohl podstatně ovlivnit, přičemž situace, kdy zadavatel vyloučí dva dodavatele z účasti v zadávacím řízení, ačkoliv k tomu dle zákona nebyl oprávněn, takovou situací dozajista je, neboť se pravděpodobně připravil o nabídku, která mohla ovlivnit pořadí nabídek. Vzhledem k tomu, že díky nezákonnému postupu zadavatele nabídka podána nebyla, není možné



prokázat více, než potencialitu ovlivnění, což však dle zákona postačuje k závěru o spáchání správního deliktu. Zároveň je dána souvislost mezi postupem zadavatele a možností ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Takový závěr ostatně vyplývá např. z rozsudku krajského soudu ve věci sp. zn. 31 Af 23/2012 ze dne 26. 9. 2012, v němž je uvedeno: *„Z dikce „podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit“ vyplývá, že může jít o poruchový nebo i ohrožovací správní delikt. Zákonodárce tedy (za běžných okolností) spatřuje společenskou škodlivost již v tom, že mohlo dojít, nikoli nutně muselo, k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky.“*

30. Nesouhlasím s tvrzením zadavatele, že by taková potencialita jakkoli ovlivňovala dodržení základních zásad, na nichž zákon stojí, neboť tyto zásady výkladem zákona, jež předkládá Úřad v napadeném rozhodnutí, v žádném případě porušeny nejsou. Ba naopak, tyto zásady porušil svým postupem zadavatel, konkrétně zásadu zákazu diskriminace, neboť vyloučil ze zadávacího řízení dva dodavatele, aniž by k tomu byl dle zákona oprávněn, čímž jim znemožnil podat nabídku.
31. Podle § 89 odst. 2 správního řádu odvolací správní orgán přezkoumává soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy. Správnost napadeného rozhodnutí přezkoumává jen v rozsahu námitek uvedených v odvolání, jinak jen tehdy, vyžaduje-li to veřejný zájem. K vadám řízení, o nichž nelze mít důvodně za to, že mohly mít vliv na soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy, popřípadě na jeho správnost, se nepřihlíží; tímto ustanovením není dotčeno právo na náhradu škody způsobené nesprávným úředním postupem.
32. Ve smyslu § 89 odst. 2 správního řádu jsem přezkoumal zákonnost napadeného rozhodnutí ve všech jeho výrocích a jeho věcnou správnost v rozsahu vznesených námitek a současně jsem přezkoumal i zákonnost postupu Úřadu, když napadené rozhodnutí jsem shledal zákonným a věcně správným. Úřad ve správním řízení dostatečně zjistil skutkový stav věci tak, aby mohl posoudit, zda se v daném případě zadavatel dopustil porušení zákona a zda toto porušení bylo způsobilé ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Napadené rozhodnutí ve výroku I. je tedy zákonné a věcně správné.
33. Nelze tedy po přezkoumání napadeného rozhodnutí přisvědčit tvrzením, že napadené rozhodnutí je nesprávné z důvodů uváděných v rozkladu a že je nezákonné. Závěry Úřadu, obsažené v napadeném rozhodnutí, jsou dostatečně odůvodněny a jsou vnitřně logicky uspořádané.
34. V závěru rozkladu pak zadavatel rozporuje i zákonnost výroku II. napadeného rozhodnutí, a to z důvodu tvrzené nezákonnosti výroku I. napadeného rozhodnutí. Jak sám zadavatel uvádí, nerozporuje ani výši pokuty, neboť má za to, že se nedopustil správního deliktu, tudíž zde není zákonný podklad pro uložení pokuty. S ohledem na výše uvedené však nemohu s tímto tvrzením souhlasit a mám za to, že Úřad správně dovodil spáchání správního deliktu, specifikovaného ve výroku I. napadeného rozhodnutí. Tudíž jsou splněny podmínky pro uložení pokuty, neboť pokud bylo Úřadem prokázáno, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky zákonem stanovený postup, přičemž tím mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku, pak musí Úřad za takovýto správní delikt dle § 120 odst. 2 písm. a) uložit pokutu.

35. Vzhledem k tomu, že zadavatel nevznáší žádnou jinou námitku vůči výroku II. napadeného rozhodnutí, pak jsem přezkoumal napadené rozhodnutí ve smyslu § 89 odst. 2 správního řádu a shledal jsem výrok II. zákonným, neboť se Úřad vypořádal se všemi zákonem stanovenými náležitostmi, uvedenými v § 121 odst. 2 zákona, když posoudil závažnost správního deliktu, zejména tedy způsob jeho spáchání, jeho následky i okolnosti, za nichž byl spáchán a posoudil existenci polehčujících a přitěžujících okolností. Úřad rovněž přihlédl k ekonomické situaci zadavatele a základním funkcím právní odpovědnosti.

#### **VI. Závěr**

36. 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 rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
37. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

### **POUČENÍ**

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
předseda  
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

#### **Obdrží:**

Technická správa komunikací hl. m. Prahy, Řásnovka 770/8, 110 00 Praha 1

#### **Vypraveno dne:**

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