



UOHSX007USL8

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0660/2015/VZ-43719/2015/511/SVá

Brno 10. prosince 2015

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 24 zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném z moci úřední dne 12. 10. 2015, jehož účastníkem je

- zadavatel – obec Lutín, IČO 00299189, se sídlem Školní 203, 783 49 Lutín,
zastoupen na základě plné moci ze dne 22. 1. 2015 společností JUSTITIA TENDER PARTNERS, s.r.o., IČO 01551825, se sídlem Půtova 1219/3, 110 00 Praha 1,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. g) zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, zadavatelem v rámci koncesního řízení na výběr koncesionáře koncesní smlouvy „Zajištění provozování vodohospodářské infrastruktury obce Lutín, místní části Třebčín“, jehož oznámení o zahájení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 1. 8. 2014 pod ev. č. 493785,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – obec Lutín, IČO 00299189, se sídlem Školní 203, 783 49 Lutín – **se dopustil správního deliktu** podle § 27 odst. 1 písm. g) zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, tím, že v rozporu s ustanovením § 12 odst. 3 zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, nepostupoval při přezkoumávání námitek ze dne 31. 10. 2014 podaných stěžovatelem - MORAVSKÁ VODÁRENSKÁ, a.s., IČO 61859575, se sídlem Tovární 41, 779 00 Olomouc - v souladu s ustanovením § 111 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách,

ve znění pozdějších předpisů, když v písemném rozhodnutí o námitkách ze dne 10. 11. 2014, kterým námitkám jmenovaného dodavatele ze dne 31. 10. 2014 nevyhověl, neuvědomil stěžovatele o možnosti podat ve lhůtě podle § 24b odst. 4 zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže a doručit v téže lhůtě stejnopis návrhu zadavateli.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto příkazu se podle ustanovení § 27 odst. 2 písm. b) zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, zadavateli – obec Lutín, IČO 00299189, se sídlem Školní 203, 783 49 Lutín – ukládá,

pokuta ve výši 10 000 Kč (deset tisíc korun českých).

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

ODŮVODNĚNÍ

I. KONCESNÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – obec Lutín, IČO 00299189, se sídlem Školní 203, 783 49 Lutín, ve správním řízení na základě plné moci ze dne 22. 1. 2015 zastoupen společností JUSTITIA TENDER PARTNERS, s.r.o., IČO 01551825, se sídlem Půtova 1219/3, 110 00 Praha 1 (dále jen „zadavatel“) – uveřejnil dne 1. 8. 2014 ve Věstníku veřejných zakázek oznámení o zahájení koncesního řízení a tím zahájil koncesní řízení na výběr koncesionáře koncesní smlouvy „Zajištění provozování vodohospodářské infrastruktury obce Lutín, místní části Třebčín“ (dále jen „koncesní řízení“). Předpokládaná hodnota předmětu koncesní smlouvy činila 94 754 000 Kč.
2. Lhůta pro podání žádostí o účast byla stanovena do 23. 9. 2014, přičemž v této lhůtě zadavatel obdržel čtyři žádosti o účast. Jedním z dodavatelů, kteří podali žádost o účast, je společnost MORAVSKÁ VODÁRENSKÁ, a.s., IČO 61859575, se sídlem Tovární 41, 779 00 Olomouc (dále jen „stěžovatel“).
3. Zadavatel dne 24. 9. 2014 provedl posouzení kvalifikace dodavatelů a na základě výsledku posouzení kvalifikace stěžovatele rozhodnutím ze dne 18. 10. 2014 vyloučil z účasti v koncesním řízení z důvodu neprokázání splnění kvalifikace. Své rozhodnutí zadavatel odůvodnil tím, že stěžovatel nepředložil v rámci žádosti o účast oprávnění k podnikání v rozsahu odpovídajícím celému předmětu koncese, konkrétně nepředložil oprávnění v oboru činnosti revize elektrických zařízení, a dále stěžovatel nepředložil v rámci žádosti o účast doklad osvědčující odbornou způsobilost stěžovatele v oboru vzdělávání obsahově zaměřeném na vodovody a kanalizace nebo příbuzném oboru.
4. Stěžovatel proti uvedenému rozhodnutí zadavatele o vyloučení stěžovatele z účasti v koncesním řízení brojil námitkami ze dne 31. 10. 2014 doručenými zadavateli téhož dne. V návaznosti na argumenty uvedené v námitkách stěžovatel požadoval, aby „zadavatel (...) přijal opatření k nápravě (...), a to zejména tak, že zruší rozhodnutí o vyloučení uchazeče

z účasti koncesním řízení, a vrátí uchazeče zpět do koncesního řízení a provede nové posouzení kvalifikace uchazečů v souladu s kvalifikační dokumentací, případně, pokud zadavatel neučiní výše uvedené nápravné opatření, aby koncesní řízení zrušil a vyhlásil znovu.“

5. O námitce stěžovatele ze dne 31. 10. 2014 rozhodl zadavatel rozhodnutím ze dne 10. 11. 2014, kterým konstatoval, že námitkám stěžovatele vyhovuje a jako způsob nápravy provede nové posouzení kvalifikace. Součástí rozhodnutí o námitce bylo nové posouzení kvalifikace s tím výsledkem, že stěžovatel neprokázal splnění kvalifikace v požadovaném rozsahu. Své rozhodnutí zadavatel odůvodnil tím, že stěžovatel nepředložil v rámci žádosti o účast oprávnění k podnikání v rozsahu odpovídajícím celému předmětu koncese, konkrétně nepředložil oprávnění k podnikání v oboru činnosti revize zdvihacích zařízení. Rozhodnutí o vyloučení stěžovatele z účasti v koncesním řízení ze dne 18. 10. 2014 zároveň zadavatel ponechal v platnosti. Rozhodnutí zadavatele ze dne 10. 11. 2014 o námitkách stěžovatele ze dne 31. 10. 2014 neobsahovalo poučení ve smyslu ustanovení § 12 odst. 3 zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „koncesní zákon“), ve spojení s ustanovením § 111 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“).

II. POSTUP ÚŘADU

6. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) jako orgán příslušný podle § 24 koncesního zákona obdržel dne 15. 12. 2014 podnět k přezkoumání postupu zadavatele při vyřízení námitek stěžovatele. Podnět byl součástí návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele podle § 114 zákona podaného stěžovatelem.
7. Po přezkoumání relevantních podkladů z dokumentace koncesního řízení, jež jsou součástí spisu v této věci vedeného pod sp. zn. S0660/2015/VZ, Úřad dospěl k závěru, že jsou dostatečně zjištěny skutkové okolnosti pro vydání příkazu, kdy podle § 150 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), lze povinnost v řízení z moci úřední a ve sporném řízení uložit formou písemného příkazu, přičemž příkaz může správní orgán vydat, považuje-li skutkové zjištění za dostatečné; vydání příkazu může být prvním úkonem v řízení.
8. Dne 2. 10. 2015 Úřad vydal příkaz č. j. ÚOHS-S0660/2015/VZ-31238/2015/511/KBí ze dne 1. 10. 2015, kterým rozhodl, že se zadavatel shora popsáním postupem dopustil správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. g) koncesního zákona, a uložil zadavateli pokutu ve výši 10.000,- Kč.
9. Příkaz byl doručen zadavateli dne 12. 10. 2015. Okamžikem doručení příkazu č. j. ÚOHS-S0660/2015/VZ-31238/2015/511/KBí ze dne 1. 10. 2015 bylo zahájeno správní řízení.
10. Účastníkem správního řízení podle § 24d koncesního zákona je zadavatel.
11. Dne 20. 10. 2015 zadavatel podal proti příkazu č. j. ÚOHS-S0660/2015/VZ-31238/2015/511/KBí ze dne 1. 10. 2015 odpor.

12. Usnesením č. j. ÚOHS-S0660/2015/VZ-36500/2015/511/SVá ze dne 29. 10. 2015 Úřad zadavateli určil lhůtu, ve které mohl navrhopat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko. Zadavatel tohoto svého práva nevyužil.
13. Dne 16. 11. 2015 doručil zadavatel Úřadu podání nazvané „Stanovisko/stížnost k usnesení č. j. ÚOHS-S0660/2015/VZ-36500/2015/511/SVá ze dne 29. 10. 2015“. Podání bylo podle svého obsahu posouzeno jako stížnost podle § 175 správního řádu a bude vyřízeno Úřadem v zákonné lhůtě.
14. Dne 23. 11. 2015 doručil zadavatel Úřadu proti usnesení č. j. ÚOHS-S0660/2015/VZ-36500/2015/511/SVá ze dne 29. 10. 2015 rozklad.
15. Usnesením č. j. ÚOHS-S0660/2015/VZ-39781/2015/511/SVá ze dne 18. 11. 2015 Úřad určil zadavateli lhůtu, ve které se může vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
16. Dne 3. 12. 2015 doručil zadavatel Úřadu podání, ve kterém se vyjádřil k podkladům rozhodnutí.

Vyjádření zadavatele ze dne 3. 12. 2015

17. V podání ze dne 3. 12. 2015 zadavatel zpochybňuje procesní postup Úřadu, jakým Úřad zahájil předmětné správní řízení. Zadavatel je názoru, že po zrušení příkazu č. j. ÚOHS-S0660/2015/VZ-31238/2015/511/KBí ze dne 1. 10. 2015 (dále jen „příkaz“) měl Úřad seznámit zadavatele s předmětem řízení podle § 46 odst. 1 správního řádu. Zadavateli údajně až do okamžiku odeslání tohoto podání „není z žádné nezrušené písemnosti zřejmé, co je předmětem správního řízení“. Dle zadavatele je chybou správního řízení na zrušený příkaz odkazovat, neboť motivem účastníka řízení k podání odporu proti příkazu může být jeho věcná nesprávnost.
18. V další části podání se zadavatel vyjadřuje k obsahu zrušeného příkazu tak, že Úřad nemohl obdržet podnět k přezkoumání postupu zadavatele dne 15. 12. 2015, neboť tento den ještě nenastal.
19. Zadavatel dále vytýká Úřadu, že nepostupoval v souladu se zásadou nestranného a objektivního postupu podle § 2 odst. 4 správního řádu, když zadavatele neseznámil s podnětem v jeho plném původním znění, zatímco v obdobných správních řízeních tak podle zadavatele Úřad vždy činí, a tuto odchylku v postupu Úřad řádně neodůvodnil.
20. Zadavatel dále vytýká Úřadu, že nepostupoval v souladu se zásadou nestranného a objektivního postupu podle § 2 odst. 4 správního řádu, když v příkazu uvedl, že si v rámci šetření podnětu vyžádal od zadavatele dokumentaci koncesního řízení, kteroužto skutečnost zadavatel popírá.
21. V další části podání se zadavatel zabývá charakterem námitek stěžovatele ze dne 31. 10. 2014 a konstatuje, že se jedná o námitky proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení stěžovatele z účasti v koncesním řízení podle § 110 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách. Zadavatel dále obsáhle vyjmenovává náležitosti námitek podle ustanovení § 110 odst. 2, 3, 4 a 5 zákona o veřejných zakázkách a dochází k závěru, že námitky podle § 110 odst. 4 zmíněného zákona nemusí obsahovat uvedení toho, čeho se stěžovatel domáhá, z čehož následně dovozuje, že jestliže námitky stěžovatele takovou pasáž obsahovaly, není zadavatel tímto požadavkem nijak vázán, resp. k němu nemusí přihlídnout.

22. V další části podání se zadavatel ve vztahu k požadovanému způsobu nápravy obsaženému v námitkách stěžovatele obsáhle zabývá jazykovým významem slova „zejména“ a dochází k závěru, že výčet nápravných opatření uvedený tímto slovem je pouze příkladný a je tedy možno přijmout i jiné nápravné opatření než ta, která stěžovatel uvedl.
23. V další části podání se zadavatel věcně vyjadřuje k předmětu řízení, když polemizuje s názorem Úřadu, podle kterého měl zadavatel, chtěl-li vyhovět námitkám stěžovatele proti rozhodnutí o jeho vyloučení z účasti v koncesním řízení, buď zrušit rozhodnutí o vyloučení stěžovatele, anebo zrušit celé koncesní řízení. Podle názoru zadavatele námitce stěžovatele zadavatel vyhověl tím, že znovu posoudil jeho kvalifikaci, což zadavatel považuje za opatření k nápravě.
24. Podle zadavatele zákon o veřejných zakázkách ani koncesní zákon nezná úkon „vrácení uchazeče zpět do koncesního řízení“ ani pojem „vyhlášení“ koncesního řízení, proto i z tohoto důvodu nebylo možno návrhu obsaženému v námitkách stěžovatele vyhovět, neboť tento návrh podle zadavatele „není fakticky ani právně proveditelný a není možné mu nikdy a v žádném případě vyhovět pro jeho rozpornost s platnými právními předpisy“.
25. V závěrečné části podání zadavatel namítá existenci překážky litispendence se správním řízením vedeným u Úřadu pod sp. zn. S1096/2014/VZ/511, neboť toto řízení bylo zahájeno dříve a probíhá s totožnou osobou a skutkem. Zadavatel tvrdí, že Úřad vymezuje předmět tohoto správního řízení odkazem na návrh.
26. Zadavatel navrhuje, aby Úřad správní řízení vedené pod sp. zn. S0660/2015/VZ/511 zastavil.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

Relevantní ustanovení zákona

27. Podle § 12 odst. 3 koncesního zákona pro podání námitek, způsob jejich vyřízení a zákaz uzavření koncesní smlouvy se použijí příslušná ustanovení zákona o veřejných zakázkách obdobně.
28. Podle § 111 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách 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.
29. Podle § 24b odst. 4 koncesního zákona návrh musí být doručen Úřadu a ve stejnopisu zadavateli do 10 kalendářních dnů ode dne, v němž navrhovatel obdržel rozhodnutí, kterým zadavatel námitkám nevyhověl. Návrh na uložení zákazu plnění koncesní smlouvy podle odstavce 2 musí být doručen pouze Úřadu, a to do 30 kalendářních dnů ode dne, kdy zadavatel uveřejnil oznámení o výsledku koncesního řízení způsobem podle § 31 odst. 3 s uvedením důvodu pro uzavření koncesní smlouvy bez uveřejnění oznámení koncesního řízení, nejpozději však do 6 měsíců od uzavření této koncesní smlouvy.
30. Podle § 27 odst. 1 písm. g) koncesního zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že odmítne námitky v rozporu s § 12 odst. 3 anebo postupuje při přezkoumávání námitek v rozporu s § 12 odst. 3.

31. Podle § 27 odst. 2 písm. b) koncesního zákona se za správní delikt uloží pokuta do 10 000 000 Kč, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. b), e), f) nebo g).

K výroku I. rozhodnutí

32. Podle ustanovení § 12 odst. 3 koncesního zákona je zadavatel v rámci koncesního řízení povinen pro způsob přezkoumávání námitek uchazečů použít obdobně příslušná ustanovení zákona o veřejných zakázkách. Z uvedeného vyplývá mimo jiné povinnost uložená ustanovením § 111 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách, aby zadavatel v případě, že námitkám uchazeče nevyhoví, uchazeče informoval o možnosti podání opravného prostředku proti negativnímu rozhodnutí o námitkách. Při posuzování toho, zda zadavatel uvedenou povinnost splnil, je třeba nejprve zkoumat, zda uvedená povinnost vůbec vznikla, tedy zda rozhodnutí o námitkách uchazeče vyhovělo požadavkům uchazeče obsaženým v námitkách, či nikoli, a následně, zda v případě negativního rozhodnutí byla splněna povinnost zadavatele uvést v rámci takového rozhodnutí poučení o opravných prostředcích.
33. V šetřeném případě podal stěžovatel zadavateli námitky označené jako „Námitky proti rozhodnutí o vyloučení z účasti v koncesním řízení“. Z textu námitek vyplývá, že stěžovatel považuje za nezákonný postup zadavatele, kdy jej rozhodnutím ze dne 18. 10. 2014 vyloučil z účasti v koncesním řízení z důvodu neprokázání splnění kvalifikace přesto, že stěžovatel dle svého názoru splnění kvalifikace prokázal. Stěžovatel ve svých námitkách alternativním petitem požadoval, aby zadavatel buď zrušil rozhodnutí o jeho vyloučení z účasti v koncesním řízení a provedl nové posouzení prokázání splnění kvalifikace uchazečů nebo aby zadavatel celé koncesní řízení zrušil (viz výše bod 4 odůvodnění tohoto rozhodnutí).
34. Z rozhodnutí zadavatele o námitkách stěžovatele (viz výše bod 5 odůvodnění tohoto rozhodnutí) je patrné, že zadavatel se rozhodl ponechat rozhodnutí o vyloučení stěžovatele z účasti v koncesním řízení ze dne 18. 10. 2014 v platnosti a současně provést nové posouzení prokázání splnění kvalifikace uchazečů. Zadavatel tedy ze stěžovatelem alternativně navrhovaných nápravných opatření zvolil první stěžovatelem navrhovanou variantu, této variantě však vyhověl pouze z poloviny, neboť současně nezrušil rozhodnutí o vyloučení stěžovatele z účasti v koncesním řízení.
35. Zadavatel ve svém vyjádření uvádí, že jelikož zákon nestanoví jako obsahovou náležitost námitek proti vyloučení ze zadávacího (resp. koncesního) řízení uvedení toho, čeho se stěžovatel domáhá, není zadavatel petitem, který stěžovatel v námitkách uvedl, vázán a nemusí k němu v rámci vyřízení námitek přihlížet.
36. K tomu Úřad uvádí, že zákon o veřejných zakázkách stanoví náležitosti, které námitky obsahovat musí, nijak však neurčuje, co v námitkách být nemůže, a je tedy na stěžovateli, co v námitkách nad rámec zákonem požadovaných náležitostí uvede. Zákon o veřejných zakázkách však současně v § 111 odst. 1 dává zadavateli jednoznačnou povinnost přezkoumat podané námitky v plném rozsahu. Pokud tedy v šetřeném případě stěžovatel v námitkách kromě zákonem stanovených náležitostí uvedl i to, čeho se domáhá, je zadavatel povinen takové námitky přezkoumat a rozhodnout o nich v celém rozsahu, a to buď tak, že jim vyhoví, či nikoliv. Na vyřízení námitek způsobem, který vyhoví stěžovateli pouze částečně, se přitom pohlíží jako na nevyhovění námitkám.

37. Úřad však současně dodává, že i v případě, kdy by věc posoudil z pohledu zadavatelem podávaného výkladu (tj. že zadavatel nemusí k petitu jakkoliv přihlédnout, resp. že jím není vázán), by v šetřeném případě musel dojít k jednoznačnému závěru, že k tomu, aby zadavatel daným námitkám stěžovatele vyhověl, by musel přijmout právě to nápravné opatření, které stěžovatel v námitkách navrhoval, tj. musel by zrušit rozhodnutí o vyloučení stěžovatele z účasti v koncesním řízení (případně zrušit celé koncesní řízení). Jak bylo výše vyloženo, z podaných námitek je jednoznačně zřejmé, že směřují proti rozhodnutí o vyloučení stěžovatele z účasti v koncesním řízení. Toto ostatně potvrzuje i sám zadavatel v úvodu svého vyjádření a uvádí, že o této otázce není mezi zadavatelem a stěžovatelem sporu. Pokud tedy námitky směřují proti rozhodnutí o vyloučení z účasti v koncesním řízení, pak i v případě, že by v nich nebyl obsažen návrh požadovaného opatření k nápravě (resp. v případě, že by k němu zadavatel nemusel přihlížet), nelze dojít k jinému závěru, než že jediným možným způsobem, jak takovým námitkám vyhovět, je zrušení právě takto napadeného rozhodnutí, případně zrušení celého koncesního řízení. Pokud námitkami napadený úkon zůstane i po vyřízení námitek stále v platnosti, tj. nedojde k jeho zrušení, znamená to, že zadavatel fakticky nepřijal opatření k nápravě, a tudíž že námitkám nevyhověl.
38. V bodě IX. svého vyjádření zadavatel uvádí, že vzhledem k tomu, že stěžovatel svůj požadavek na provedení nápravných opatření uvedl slovem „zejména“, mohl pro vyhovění námitkám přijmout i jiná opatření k nápravě než ta, která stěžovatel uvedl. Zadavatel v návaznosti na to uvádí, že jelikož námitky směřovaly proti posouzení kvalifikace, provedl jako způsob nápravy nové posouzení kvalifikace, čímž dle svého názoru námitce vyhověl. K tomu Úřad konstatuje, že v šetřeném případě stěžovatel podal námitky proti vyloučení z účasti v koncesním řízení, což ostatně v bodě VII. svého vyjádření konstatuje i zadavatel, přičemž nezákonnost vyloučení stěžovatel dovozuje z nesprávného posouzení splnění kvalifikace stěžovatelem. Jelikož se tedy nepochybně jedná o námitky směřující proti rozhodnutí o vyloučení stěžovatele z účasti v koncesním řízení, to, zda bylo námitkám vyhověno, se musí posuzovat ve vztahu právě k tomuto úkonu zadavatele. Vzhledem k tomu, že rozhodnutí o vyloučení stěžovatele z účasti v koncesním řízení zrušeno nebylo, pak nelze dojít k jinému závěru než k tomu, že zadavatel námitkám nevyhověl, a byl tudíž povinen v rozhodnutí o námitkách uvést poučení ve smyslu § 111 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách.
39. Pokud jde o zadavatelovo tvrzení o tom, že navrhovatelem požadovaná opatření k nápravě (vrácení uchazeče zpět do koncesního řízení resp. opětovné vyhlášení koncesního řízení) zákon nezná, a tudíž jim nelze vyhovět, Úřad uvádí, že zadavateli, resp. jeho zástupci v zadávacím řízení, kterého si zadavatel jistě zvolil pro jeho náležitou odbornou erudici, muselo být zřejmé, co má stěžovatel daným pojmem na mysli, a dané tvrzení tedy shledává ryze účelovým. I pokud by však Úřad opravdu vyšel z argumentace zadavatele a přijal ji, a to, že takto vymezené nápravné opatření zákon nezná a nelze mu tedy ani vyhovět, pak nelze než dojít opět k závěru, že zadavatel při vyřizování námitek postupoval nezákonně, neboť vzhledem k tomu, že jim – jak sám tvrdí – vyhovět nelze, tak jim logicky ani vyhovět nemohl, a tudíž je zcela evidentní, že měl v rozhodnutí o námitkách uvést příslušné poučení. Tato argumentace zadavatele je tedy pro podporu správnosti jeho postupu absurdní a ryze účelová.

40. Úřad tak uzavírá, že byť zadavatel své rozhodnutí o námitkách stěžovatele kvalifikuje jako vyhovující, nelze než konstatovat, že zadavatel svým rozhodnutím námitkám stěžovatele fakticky nevyhověl, neboť před opakovaným posouzením prokázání splnění kvalifikace uchazečů nezrušil rozhodnutí o vyloučení stěžovatele z účasti v koncesním řízení (ani nezrušil zadávací řízení), a tedy nepřijal takové nápravné opatření, které by mohlo jeho námitkami napadený úkon zhojit.
41. Z výše uvedeného je postaveno najisto, že zadavatel námitkám stěžovatele v plném rozsahu nevyhověl, a vznikla mu tudíž povinnost uvést ve svém písemném rozhodnutí o námitkách poučení ve smyslu ustanovení § 111 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách. Úřad přitom shledal, že uvedené rozhodnutí zadavatele takové poučení neobsahuje a zadavatel tak své povinnosti ve smyslu ustanovení § 111 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách nedostál.
42. Pokud jde o zadavatelem namítaný postup Úřadu v souvislosti s šetřením podnětu, na základě něhož byl vydán příkaz, Úřad uvádí, že podnět byl součástí návrhu o přezkoumání úkonů zadavatele podaného stěžovatelem podaného k Úřadu dne 15. 12. 2014, kdy v části IV. návrhu stěžovatel výslovně uvádí, že se zadavatel dle jeho názoru dopustil správního deliktu tím, že porušil § 111 odst. 2 zákona, když v rozhodnutí o námitkách neuvedl poučení o možnosti podat návrh k Úřadu. Stejnopis návrhu – a tedy i podnětu - byl zadavateli prokazatelně doručen, s jeho plným zněním byl zadavatel seznámen, a taktéž se k němu vyjádřil ve svém vyjádření k návrhu ze dne 16. 2. 2015. Na základě obdrženého návrhu (a tedy současně i podnětu) si Úřad vyžádal dokumentaci koncesního řízení, po jejímž prošetření dospěl k závěru, že zadavatel při vyřizování námitek stěžovatele nepostupoval v souladu se zákonem, a vydal příkaz. Úřad v daném případě postupoval zcela standardně a zadavatel nebyl žádným způsobem krácen na svých právech. Úřad pro úplnost dodává, že postup Úřadu při šetření podnětu není zákonem nijak upraven, a že zásada legitimního očekávání (zadavatelem vymezená jako „zásada nestranného a objektivního postupu“) zakotvená v § 2 odst. 4 správního řádu, na jejíž porušení stěžovatel odkazuje, se vztahuje na rozhodování ve správním řízení, nikoliv na postup při šetření podnětu. Předmětem fáze prošetření podnětu je jen to, zda ze zjištěných skutečností, o kterých se Úřad dozvěděl, lze mít pochybnosti o správnosti postupu zadavatele. V případě kladné odpovědi na posledně uvedené pak správní orgán zahájí správní řízení a v oznámení, resp. v příkazu (pokud je tento prvním úkonem v řízení), vymezí, co je jeho předmětem, což Úřad učinil.
43. K námitce zadavatele ohledně nesprávnosti data doručení podnětu uvedeného v příkazu Úřad dodává, že datum uvedené v příkazu, tj. 15. 12. 2015, bylo skutečně uvedeno chybně. V daném případě se jedná o zřejmou nesprávnost v textu, která však nemůže žádným způsobem ovlivnit určitost předmětu správního řízení. Současně, jelikož byl příkaz podáním odporu zrušen, není ani důvod, aby Úřad provedl opravu této zřejmé nesprávnosti postupem podle § 70 správního řádu.
44. K tvrzení zadavatele, že po zrušení příkazu mu nebyl sdělen předmět řízení a že tedy neví, k čemu se má vyjadřovat, Úřad konstatuje, že předmět řízení byl zcela jednoznačně vymezen příkazem. To je ostatně zjevné i z toho, že zadavatel se k předmětu řízení nakonec vyjádřil, tedy evidentně z příkazu pochopil, co tímto předmětem je. Postup Úřadu byl zcela správný, jak ostatně plyne i z odborné literatury, kdy je uvedeno, že „Pokud se příkaz v řízení z moci úřední, který byl prvním úkonem v řízení, podáním odporu zruší, neoznamuje se poté zahájení řízení podle § 46, protože funkci tohoto oznámení plní zrušený příkaz, ze kterého se

účastník řízení už dozvěděl, o čem a proč se s ním vede správní řízení ..." (Vedral, J.: Správní řád. Komentář. II. vydání, Polygon, 2012, s. 1171). Tato námitka je tak zcela lichá a opět ryze účelová.

45. K zadavatelově námitce litispendence Úřad uvádí, že zatímco ve správním řízení S660/2015 zahájeném z moci úřední je šetřen postup zadavatele v koncesním řízení z hlediska možného spáchání správního deliktu při vyřízení námitek stěžovatele, předmětem správního řízení vedeného pod sp. zn. S1096/2014 je přezkoumání úkonů zadavatele v koncesním řízení na návrh, přičemž postup zadavatele při vyřizování námitek z hlediska možného spáchání správního deliktu předmětem tohoto řízení není. Předmět zmíněných správních řízení, stejně jako okruh jejich účastníků, je tedy odlišný, a námitka litispendence je tak nedůvodná.
46. Úřad s ohledem na výše uvedená zjištění konstatuje, že zadavatel v rozporu s ustanovením § 12 odst. 3 koncesního zákona nepostupoval při přezkoumávání námitek ze dne 31. 10. 2014 v souladu s ustanovením § 111 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách, když v písemném rozhodnutí o námitkách, kterým námitkám stěžovatele nevyhověl, neuvědomil stěžovatele o možnosti podat ve lhůtě podle § 24b odst. 4 koncesního zákona návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu a doručit v téže lhůtě stejnopis návrhu zadavateli, čímž se dopustil správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. g) koncesního zákona.

K výroku II. rozhodnutí

47. Úřad posoudil postup zadavatele a vzhledem ke zjištěným skutečnostem přistoupil k uložení pokuty podle § 27 odst. 2 písm. b) koncesního zákona, neboť zadavatel svým postupem naplnil skutkovou podstatu správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. g) koncesního zákona.
48. Podle § 27b odst. 3 koncesního zákona odpovědnost právnické osoby 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.
49. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v ustanovení § 27b odst. 3 koncesního zákona. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl z podání doručeného Úřadu dne 15. 12. 2014. Ke spáchání správního deliktu došlo dnem vydání předmětného rozhodnutí o námitkách, tj. dne 10. 11. 2014. Vzhledem k uvedenému v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.
50. Podle § 27 odst. 2 písm. b) koncesního zákona se za správní delikt uloží pokuta do 10 000 000 Kč, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. b), e), f) nebo g).
51. V daném případě se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. g) koncesního zákona. Za tento delikt lze v souladu s citovaným ustanovením § 27 odst. 2 písm. b) koncesního zákona uložit pokutu v maximální výši 10 000 000 Kč.
52. Podle § 27b odst. 2 koncesního zákona se při určení výměry pokuty právnické osobě přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
53. Hlavním kritériem, které je dle výše citovaného ustanovení rozhodné pro určení výměry pokuty, je závažnost správního deliktu. Jde o obecnou kategorii poměřující rozsah dopadu

konkrétního deliktního jednání na specifický právem chráněný zájem s přihlédnutím k významu tohoto chráněného zájmu. Zákon pak demonstrativním výčtem vymezuje, co lze pod pojem závažnost správního deliktu podřadit (způsob jeho spáchání, jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchán). Úřad nad rámec uvedených kritérií pak může přihlídnout i k jiným okolnostem, pokud jsou svojí povahou podstatné pro posouzení závažnosti správního deliktu, a které by s ohledem na skutkové okolnosti konkrétního případu mohly být kvalifikovány jako polehčující či přitěžující.

54. Ke způsobu spáchání správního deliktu a jeho následkům Úřad konstatuje, že v šetřeném případě zadavatel svým jednáním, kdy stěžovatele neinformoval o možnosti využití opravného prostředku proti negativnímu rozhodnutí zadavatele o námitkách stěžovatele, citelně zasáhl do práv stěžovatele v rámci koncesního řízení, neboť v důsledku absence poučení mohl stěžovatel nabýt nejistoty, zda je oprávněn podat u Úřadu návrh na přezkum úkonů zadavatele či nikoliv (Úřad podotýká, že z dokumentace koncesního řízení je zřejmé, že stěžovatel v této fázi koncesního řízení návrh na přezkum úkonů zadavatele u Úřadu nepodal). Současně však lze říci, že možnost bránit se proti postupu zadavatele u Úřadu nebyla v důsledku popsaného jednání zadavatele stěžovateli zcela znemožněna, neboť oprávnění stěžovatele podat návrh k Úřadu je stanoveno přímo zákonem a není tedy vázáno výhradně na uvedení poučení o této možnosti v rozhodnutí námitkách. Škodlivé následky správního deliktu tedy lze v daném případě považovat spíše za méně závažné.
55. Úřad v daném případě zohlednil jako polehčující okolnost tu skutečnost, že zadavatel v rozhodnutí o námitkách námitce stěžovatele částečně vyhověl, když provedl nové posouzení kvalifikace dodavatelů, v důsledku čehož mohl zadavatel nabýt dojmu, že poučení o možnosti stěžovatele podat návrh na přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu není v rozhodnutí o námitkách nutno uvádět. Přitěžující okolnosti Úřad neshledal.
56. Při určení výše pokuty Úřad vzal v úvahu i ekonomickou situaci zadavatele, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. Ze závěrečného účtu za rok 2014 uveřejněného na internetových stránkách zadavatele dne 9. 3. 2015 (dostupného na adrese http://www.lutin.cz/aktuality_vyber.php?zaznam=912) vyplývá, že zadavatel v uvedeném roce hospodařil s hospodářským výsledkem 11 101 310,47 Kč. S ohledem na uvedené skutečnosti nelze považovat uloženou pokutu za likvidační.
57. Úřad vychází z premisy, že pokuta uložená zadavateli za spáchání správního deliktu má obecně plnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní, tj. postih za porušení povinností stanovených zákonem, a funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Uložená pokuta pak dle názoru Úřadu naplňuje obě základní funkce právní odpovědnosti.
58. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech výše uvedených hledisek a stanovenou pokutu ve výši 10 000,- Kč (tj. při spodní hranici zákonné sazby) vzhledem k souvislostem případu posoudil jako dostačující.
59. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního

úřadu pro Jihomoravský kraj zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710. Jako variabilní symbol zadavatel uvede své identifikační číslo.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů 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 1926/7, Černá Pole, 604 55 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. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží

JUSTITIA TENDER PARTNERS, s.r.o., Půtova 1219/3, 110 00 Praha 1

Vypraveno dne

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