



UOHSX009WQPE

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0164/2017/VZ-19722/2017/513/IHI

Brno: 30. června 2017

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném z moci úřední dne 2. 5. 2017, jehož účastníkem je

- zadavatel – Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, IČO 00005886, se sídlem Sokolovská 217/42, 190 22 Praha 9,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, zadavatelem – Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, IČO 00005886, se sídlem Sokolovská 217/42, 190 22 Praha 9 – při zadávání veřejné zakázky „Nový dopravní odbavovací systém DPP“ zadávané v poptávkovém řízení, jehož poptávka byla odeslána dodavatelům dne 6. 2. 2017,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, IČO 00005886, se sídlem Sokolovská 217/42, 190 22 Praha 9 – **se** při zadávání veřejné zakázky „Nový dopravní odbavovací systém DPP“ zadávané v poptávkovém řízení, jehož poptávka byla odeslána dodavatelům dne 6. 2. 2017, **dopustil správního deliktu** podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, tím, že postupoval při vyřizování námitek ze dne 20. 2. 2017 podaných stěžovatelem – Mikroelektronika spol. s r.o., IČO 15029221, se sídlem Dráby 849, Litomyšlské předměstí, 566 01 Vysoké Mýto – jež byly zadavateli doručeny dne 20. 2. 2017 a jež směřovaly mj. proti režimu této veřejné zakázky a proti jejímu zadání mimo zadávací řízení v rozporu s tímto zákonem, v rozporu s § 245 odst. 1 citovaného zákona, když do 15 dnů od jejich

doručení neodeslal stěžovateli rozhodnutí o námitkách, ve kterém by uvedl, zda námitkám vyhovuje nebo je odmítá, a to s odůvodněním, ve kterém by se podrobně a srozumitelně vyjádřil ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se zadavateli – Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, IČO 00005886, se sídlem Sokolovská 217/42, 190 22 Praha 9 – podle § 268 odst. 2 písm. b) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ukládá

pokuta ve výši 50 000 Kč (padesát tisíc korun českých).

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

ODŮVODNĚNÍ

I. POSTUP ÚŘADU PŘED ZAHÁJENÍM SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), který je podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v rozhodném znění (dále jen „zákon“), příslušný k doзору nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona, a pro zvláštní postupy podle části šesté zákona, jakož i k projednání správních deliktů podle tohoto zákona, včetně ukládání sankce za jejich spáchání, obdržel dne 9. 3. 2017 návrh stěžovatele – Mikroelektronika spol. s r.o., IČO 15029221, se sídlem Dráby 849, Litomyšlské předměstí, 566 01 Vysoké Mýto (dále jen „stěžovatel“) – ze dne 9. 3. 2017 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, IČO 00005886, se sídlem Sokolovská 217/42, 190 22 Praha 9 (dále jen „zadavatel“) – při zadávání veřejné zakázky s názvem „Nový dopravní odbavovací systém DPP“, zadávané v poptávkovém řízení, jehož poptávka byla odeslána dodavatelům dne 6. 2. 2017. Stěžovatel podal návrh proti postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu se zákonem a proti zadávacím podmínkám veřejné zakázky, přičemž má za to, že zadavatel chybně stanovil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky, od které se následně odvíjí chybně zvolený způsob zadávání veřejné zakázky mimo zadávací řízení. Podle stěžovatele je stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky jednou z klíčových povinností ke zvolení režimu veřejné zakázky. O tomto návrhu stěžovatele ze dne 9. 3. 2017 upřesněném dne 16. 3. 2017 bylo Úřadem vedeno správní řízení sp. zn. S0097/2017/VZ.
2. K návrhu stěžovatel přiložil námitky ze dne 20. 2. 2017 a doklad o jejich doručení zadavateli. Stěžovatel v návrhu zároveň poukázal na skutečnost, že zadavatel o námitkách podaných stěžovatelem nerozhodl podle § 245 zákona.
3. Protože Úřad získal pochybnosti o souladu postupu zadavatele při vyřizování námitek se zákonem, zahájil se zadavatelem správní řízení z moci úřední.

II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

4. Po přezkoumání relevantních podkladů, které tvoří obsah spisu v této věci, dospěl Úřad k závěru, že byly 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.
5. Dne 2. května 2017 Úřad vydal příkaz č. j. ÚOHS-S0164/2017/VZ-13838/2017/513/IHI z téhož dne (dále jen „příkaz“). Příkaz byl zadavateli jako jedinému účastníku správního řízení podle § 256 zákona doručen 2. 5. 2017 a tímto dnem bylo zahájeno správní řízení z moci úřední. Vydání příkazu bylo prvním úkonem v řízení.
6. Dne 10. 5. 2017 obdržel Úřad od zadavatele odpor proti příkazu. Důvody pro podání odporu zadavatel v této písemnosti blíže nespécifikoval, pouze uvedl, že v zákonné lhůtě podává proti příkazu odpor. Podle § 150 odst. 3 správního řádu se podáním odporu příkaz ruší a správní řízení pokračuje.
7. Usnesením č. j. ÚOHS-S0164/2017/VZ-14680/2017/513/IHI ze dne 10. 5. 2017 stanovil Úřad zadavateli lhůtu, v níž mohl navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko. Vyjádření zadavatele ze dne 18. 5. 2017 obdržel Úřad téhož dne (podrobněji viz níže).
8. Usnesením č. j. ÚOHS-S0164/2017/VZ-15151/2017/513/IHI ze dne 19. 5. 2017 stanovil Úřad zadavateli lhůtu, v níž se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Zadavatel se ve lhůtě (a ani později) k podkladům rozhodnutí nevyjádřil.

Vyjádření zadavatele ze dne 18. 5. 2017

9. Ve svém stanovisku ke správnímu řízení ze dne 18. 5. 2017 zadavatel nejprve rozebírá odůvodnění příkazu vydaného Úřadem dne 2. 5. 2017. Zadavatel zdůrazňuje, že se jednalo o sektorovou veřejnou zakázku ve smyslu § 151 odst. 1 zákona, která byla zadávána při výkonu relevantní činnosti a zároveň její předpokládaná hodnota nedosahovala finančního limitu pro nadlimitní veřejné zakázky. Zadavatel proto aplikoval výjimku uvedenou v § 158 odst. 1 zákona. Při aplikaci výjimky se na zadavatele zadávajícího podlimitní sektorovou veřejnou zakázku dle jeho právního názoru nevztahuje zákon jako celek, tedy včetně ustanovení o námitkách.
10. Zadavatel upozorňuje, že aby mohla být dána přezkumná pravomoc Úřadu podle § 248 zákona v případě povinnosti vyřizovat námitky, je nezbytné, aby Úřad nejdříve postavil najisto, zda byl zadavatel oprávněn aplikovat výjimku dle § 158 odst. 1 zákona a postupovat tak mimo režim zákona a teprve následně konstatovat, zda se zadavatel mohl dopustit správního deliktu podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona. Úřad tedy měl nejprve posoudit volbu režimu veřejné zakázky a až následně dovozovat pochybení zadavatele.
11. Zadavatel odkazuje na § 241 odst. 2 písm. c) zákona a z jeho znění dovozuje, že námitky nelze podat proti postupu zadavatele, který není v rozporu se zákonem. Z toho důvodu je nutno nejprve vyjasnit, zda zadavatel správně stanovil postup mimo režim zákona (a tedy, zda zadavatel správně stanovil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky) a až poté je možno konstatovat případné pochybení spočívající v nesprávné volbě postupu mimo režim zákona.

Takové posouzení v případě absentuje a zadavatel má za to, že Úřad neprokázal, že stěžovatel byl oprávněn k podání námitek podle § 241 odst. 2 písm. c) zákona.

12. Zadavatel rovněž poukazuje na zákonnou úpravu výjimky pro podlimitní sektorové veřejné zakázky podle § 158 odst. 1 zákona, která je totožná jako u veřejné zakázky malého rozsahu podle § 31 zákona. V případě námitek proti postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky malého rozsahu by zadavatel takové námitky nebyl oprávněn vyřizovat a nezabýval by se jimi. Pokud by v takovém případě byl podán návrh k Úřadu, musel by Úřad nejprve zkoumat režim veřejné zakázky. Stejným způsobem měl Úřad podle názoru zadavatele postupovat i v případě dané sektorové podlimitní veřejné zakázky, neboť právní úprava je totožná. Důvodem pro uložení sankce za správní delikt spočívající v nevyřízení námitek nemůže být pouhá pochybnost stěžovatele o nesprávné volbě režimu veřejné zakázky. Taková pochybnost musí být prokázána; zadavatel nemůže být sankcionován jen z důvodu stěžovatelem tvrzené pochybnosti.
13. Pokud by Úřad učinil výše uvedené posouzení, došel by k závěru, že zadavatel v případě zadávání sektorové veřejné zakázky není povinen vyřizovat námitky podle § 245 zákona. Námitky vždy souvisí se zadávacím řízením podle zákona, nikoli s postupem mimo režim zákona. Tato skutečnost vyplývá ze systematiky zákona, ze souvislosti § 31, § 158 odst. 1 a § 178 zákona. Z téměř totožné formulace pro veřejné zakázky malého rozsahu a pro podlimitní sektorové veřejné zakázky plyne úmysl zákonodárce vyčlenit postup zadavatel při zadávání veřejné zakázky malého rozsahu, koncese malého rozsahu a podlimitní sektorové veřejné zakázky zcela mimo režim zákona, čímž jsou dodavatelé zbaveni práva podat námitky a zadavatel povinnosti námitky vypořádávat. Zároveň není dána dozorová pravomoc Úřadu k přezkumu postupu zadavatele v případech veřejných zakázek a koncesí malého rozsahu a nejinak by tomu mělo být i u podlimitní sektorové veřejné zakázky. Zákonodárce v § 241 odst. 1 zákona problematiku podávání námitek v případě sektorové podlimitní veřejné zakázky výslovně neřeší a jedná se o mezeru v úpravě, kterou nelze překlenout výkladem. Naopak Úřad má povinnost při výkladu a aplikaci postupovat analogicky stejně jako v případech veřejných zakázek malého rozsahu a uvedené ustanovení zákona na šetřenou věc neaplikovat. Zadavatel tudíž nemá povinnost vyřizovat námitky podle § 245 a nemůže se tak dopustit správního deliktu podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona. V šetřené věci zároveň není dána dozorová pravomoc Úřadu.
14. Jelikož zákon výslovně neřeší podávání námitek v případě podlimitní sektorové zakázky, zadavatel se domnívá, že Úřad byl povinen analogicky neaplikovat § 241 a násl. zákona na šetřenou věc (stejně jako v případě zakázek malého rozsahu). Zadavatele nelze sankcionovat za to, co mu zákon výslovně neukládá. Zadavatel v této souvislosti odkazuje na komentářovou literaturu k zákonu (blíže viz dále – Právní posouzení).
15. Zadavatel má za to, že není možné, aby Úřad nad rámec zákona rozšířil oprávnění podávat námitky i u sektorových podlimitních veřejných zakázek a následně dovodil spáchání správního deliktu tam, kde není dána rozhodovací pravomoc Úřadu. Zadavatel proto navrhuje, aby Úřad usnesením správního řízení podle § 257 písm. f) zákona zastavil.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

K výroku I. rozhodnutí

Relevantní ustanovení zákona

16. Podle § 24 zákona se režim veřejné zakázky určí podle její předpokládané hodnoty, pokud nejde o zjednodušený režim podle § 129. Zadavatel je povinen dodržet režim určený při zahájení zadávacího řízení, a to i v případě, že by byl oprávněn použít jiný režim.
17. Definice nadlimitní veřejné zakázky je obsažena v § 25 zákona. Podle tohoto ustanovení nadlimitní veřejnou zakázkou je veřejná zakázka, jejíž předpokládaná hodnota je rovna nebo přesahuje finanční limit stanovený nařízením vlády zpracovávajícím příslušné předpisy Evropské unie. Nadlimitní veřejnou zakázku zadává zadavatel v nadlimitním režimu podle části čtvrté, pokud není zadávána podle části páté až sedmé, nebo u ní zadavatel neuplatnil výjimku z povinnosti zadat ji v zadávacím řízení.
18. Definice podlimitní veřejné zakázky je obsažena v § 26 zákona. Podle odst. 1 tohoto ustanovení podlimitní veřejnou zakázkou je veřejná zakázka, jejíž předpokládaná hodnota nedosahuje limitu podle § 25 a přesahuje hodnoty stanovené v § 27. Podle odst. 2 podlimitní veřejnou zakázku zadává zadavatel v podlimitním režimu podle části třetí, pokud ji nezadává ve zjednodušeném režimu, nebo u ní neuplatnil výjimku z povinnosti zadat ji v zadávacím řízení.
19. Veřejnou zakázkou malého rozsahu je podle § 27 zákona veřejná zakázka, jejíž předpokládaná hodnota je rovna nebo nižší než v případě veřejné zakázky a) na dodávky nebo služby částce 2 000 000 Kč, nebo b) na stavební práce částce 6 000 000 Kč.
20. V části sedmé zákona jsou stanovena pravidla pro zadávání sektorových veřejných zakázek, v § 158 pak zvláštní ustanovení pro výjimky pro sektorové veřejné zakázky. Podle odstavce 1 tohoto ustanovení není zadavatel povinen v zadávacím řízení zadat sektorovou veřejnou zakázku, jejíž předpokládaná hodnota nedosahuje finanční limit stanovený prováděcím právním předpisem podle § 25.
21. Prováděcím právním předpisem dle § 25 zákona je nařízení vlády č. 172/2016 Sb. (dále jen „nařízení vlády“), jež v § 3 odst. 2 stanoví, že finanční limit pro určení nadlimitní veřejné zakázky na služby v případě sektorové veřejné zakázky činí 11 413 000 Kč (pozn. Úřadu: stejný limit platí i pro sektorové veřejné zakázky na dodávky).
22. Podle § 241 odst. 1 zákona může námitky podat dodavatel, kterému postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním podlimitní nebo nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona nebo se zvláštními postupy podle části šesté zákona hrozí nebo vznikla újma.
23. Námitky podle odstavce 1 se podle § 241 odst. 2 zákona podávají písemně a lze je podat proti
 - a) všem úkonům nebo opomenutím zadavatele v zadávacím řízení a zvláštnímu postupu podle části šesté zákona, včetně stanovení zadávacích podmínek,
 - b) volbě druhu zadávacího řízení nebo režimu veřejné zakázky, nebo

c) postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu s tímto zákonem.

24. Podle § 241 odst. 3 zákona námitky týkající se jiných úkonů či opomenutí zadavatele, než je stanovení zadávacích podmínek, volba druhu zadávacího řízení, režimu veřejné zakázky a postup zadavatele směřující k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, může podat pouze účastník zadávacího řízení.
25. Pokud jde o lhůty pro podání námitek, podle § 242 odst. 1 platí, že není-li dále uvedeno jinak, musí být námitky doručeny zadavateli do 15 dnů ode dne, kdy se stěžovatel dozvěděl o domnělém porušení tohoto zákona zadavatelem; námitky nelze podat po uzavření smlouvy nebo poté, co se soutěž o návrh považuje po výběru návrhu za ukončenou.
26. Ustanovení § 242 odst. 4 zákona stanoví, že pokud je v zadávacím řízení stanovena lhůta pro podání nabídek, musí být námitky proti zadávací dokumentaci doručeny zadavateli nejpozději do skončení této lhůty; v případě jednacího řízení s uveřejněním musí být námitky proti zadávací dokumentaci doručeny zadavateli nejpozději do skončení lhůty pro podání předběžných nabídek.
27. Podle § 244 odst. 1 zákona musí být v námitkách uvedeno, kdo je podává, v čem je spatřováno porušení tohoto zákona zadavatelem a čeho se stěžovatel domáhá. V případě, že účastník zadávacího řízení podává proti svému vyloučení námitky z důvodu obnovení své způsobilosti podle § 76 zákona, v námitkách neuvádí, v čem je spatřováno porušení zákona; uvede však popis nápravných opatření, která přijal k obnovení své způsobilosti.
28. Odstavec 2 téhož ustanovení stanoví, že pokud nejde o námitky, na které se vztahují lhůty podle § 242 odst. 2 až 5, musí být také uvedeno, kdy se stěžovatel o namítaném porušení zákona dozvěděl.
29. Podle § 244 odst. 3 zákona v případě námitek proti zadávacím podmínkám, proti volbě druhu zadávacího řízení nebo režimu veřejné zakázky, proti postupu, který směřuje k zadání zakázky mimo zadávací řízení, nebo proti dobrovolnému oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle § 212 odst. 2 zákona musí být také uvedeno, jaká újma stěžovateli vznikla či hrozí.
30. Ustanovení § 245 odst. 1 zákona stanoví, že zadavatel do 15 dnů od doručení námitek odešle rozhodnutí o námitkách stěžovateli. V rozhodnutí uvede, zda námitkám vyhovuje nebo je odmítá; součástí rozhodnutí musí být odůvodnění, ve kterém se zadavatel podrobně a srozumitelně vyjádří ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách. Pokud zadavatel námitkám vyhoví, sdělí v rozhodnutí současně, jaké provede opatření k nápravě.
31. Pokud zadavatel o námitkách nerozhodne ve lhůtě podle odstavce 1, platí pro účely podání návrhu podle § 250 odst. 1, že námitky odmítl (§ 245 odst. 5 zákona).
32. Podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že postupuje při vyřizování námitek v rozporu s § 245 odst. 1, 2, 3 nebo 4 zákona.

K postavení zadavatele

33. Pro potřeby další části odůvodnění tohoto rozhodnutí se jeví vhodné na tomto místě učinit závěr, do které kategorie zadavatelů, konkretizovaných v § 4 zákona, náleží v šetřeném případě zadavatel.

34. Podle § 4 odst. 1 písm. e) zákona je veřejným zadavatelem jiná právnická osoba, pokud 1. byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a 2. jiný veřejný zadavatel ji převážně financuje, může v ní uplatňovat rozhodující vliv nebo jmenuje nebo volí více než polovinu členů v jejím statutárním nebo kontrolním orgánu.
35. Z výpisu z obchodního rejstříku zadavatele vyplývá, že tento je akciovou společností a že jeho jediným akcionářem je hlavní město Praha. Dle výpisu z obchodního rejstříku je předmětem podnikání zadavatele mimo jiné i „*provozování tramvajové dráhy, speciální dráhy (metro) a lanové dráhy (Petřín a ZOO) a provozování drážní dopravy v hlavním městě Praze*“ a „*silniční motorová doprava - osobní provozovaná vozidly určenými pro přepravu více než 9 osob včetně řidiče*“.
36. Z dikce ustanovení § 4 odst. 1 písm. e) zákona vyplývá, že do kategorie veřejných zadavatelů se řadí i tzv. jiná právnická osoba, která byla ustavena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, jež nemají průmyslovou či obchodní povahu, a současně je tato jiná právnická osoba v určitém vztahu ke konkrétnímu veřejnému zadavateli – tento vztah může být založen buď na základě převážného financování této jiné právnické osoby ze strany veřejného zadavatele, případně na tom, že konkrétní veřejný zadavatel může fakticky ovlivňovat činnost této jiné právnické osoby (typicky formou jmenování či volby nadpoloviční většiny členů orgánů této jiné právnické osoby). Jak bylo popsáno již výše, Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, je akciovou společností, jejímž jediným akcionářem je hlavní město Praha. Nemůže být proto sporu o tom, že je zde naplněna první ze shora popsaných podmínek pro konstatování, že Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, je veřejným zadavatelem podle § 4 odst. 1 písm. e) zákona. Jestliže 100 % akcií drží hlavní město Praha, které je veřejným zadavatelem podle § 4 odst. 1 písm. d) zákona, pak předpoklad výše popsaného „ovládání“ Dopravního podniku hl. m. Prahy, akciová společnost, coby tzv. jiné právnické osoby, je beze zbytku splněn.
37. Pokud jde o naplnění i druhé z podmínek pro učinění závěru, že Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, je veřejným zadavatelem ve smyslu § 4 odst. 1 písm. e) zákona, a sice podmínky uspokojování potřeb veřejného zájmu, pak Úřad konstatuje následující. Platí, že za potřeby veřejného zájmu je třeba považovat takové potřeby, které jsou spojeny s obecným zájmem nad jejich výkonem a které se stát prostřednictvím orgánů státní správy (resp. územní samosprávné celky na základě zvláštních právních předpisů) rozhodne uspokojovat sám nebo si nad jejich uspokojováním ponechává rozhodující vliv. Do předmětu podnikání Dopravního podniku hl. m. Prahy, akciová společnost, náleží mj. „*provozování tramvajové dráhy, speciální dráhy (metro) a lanové dráhy (Petřín a ZOO) a provozování drážní dopravy v hlavním městě Praze*“ a „*silniční motorová doprava - osobní provozovaná vozidly určenými pro přepravu více než 9 osob včetně řidiče*“. Lze tak dovodit, že provozování tramvajové dráhy, speciální a lanové dráhy, drážní dopravy a silniční motorové dopravy nemá sloužit k uspokojení potřeb konkrétních jednotlivců, případně úzké skupiny osob, nýbrž k uspokojení obyvatel hlavního města Prahy, potažmo jeho návštěvníků. Provozování metra, tramvajové a autobusové dopravy (tudíž městské hromadné dopravy) není adresnou činností, ale naopak činností, která slouží k zajištění potřeb veřejnosti jako celku. Vzhledem k právě řečenému Úřad dovozuje, že je tímto splněna i druhá z podmínek vymezených v § 4 odst. 1 písm. e) zákona.

38. Lze tak shrnout, že zadavatel naplňuje obě podmínky stanovené v § 4 odst. 1 písm. e) zákona, když byl založen za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu v oblasti městské dopravy a zároveň je veřejným zadavatelem (hl. m. Prahou) ovládán, tudíž je veřejným zadavatelem dle tohoto ustanovení zákona.
39. Při posuzování postupu zadavatele ve zkoumaném zadávacím řízení je nutné rovněž zohlednit, že zadavatel vykonává relevantní činnost ve smyslu § 153 odst. 1 písm. f) zákona.
40. Podle § 153 odst. 1 písm. f) zákona se relevantní činností pro účely tohoto zákona rozumí činnost související s poskytováním či provozováním sítí určených k poskytování služeb veřejnosti v oblasti železniční, tramvajové, trolejbusové, veřejné autobusové dopravy nebo lanové dopravy (dále jen „dopravní síť“).
41. Podle § 4 odst. 3 zákona při zadávání sektorových veřejných zakázek podle § 151, včetně sektorových koncesí podle § 176 odst. 3 zákona, je zadavatelem také osoba uvedená v § 151 odst. 2. Za sektorovou veřejnou zakázku je ve smyslu § 151 považována veřejná zakázka, kterou zadává veřejný zadavatel při výkonu relevantní činnosti.
42. Jak je uvedeno výše, zadavatel je akciovou společností, jejímž jediným akcionářem je hl. město Praha, které vůči němu uplatňuje rozhodující vliv. Je rovněž nesporné, že jednou z činností zadavatele je provozování městské hromadné dopravy v hl. městě Praze. Zadavatel je provozovatelem dopravní sítě poskytující službu veřejnosti a je tedy splněna podmínka výkonu relevantní činnosti podle § 153 odst. 1 písm. f) zákona. Úřad konstatuje, že Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, je veřejným zadavatelem, který zároveň vykonává i relevantní činnost podle citovaného ustanovení zákona.
43. V daném případě předmět veřejné zakázky (Nový dopravní odbavovací systém DPP) nepochybně souvisí s relevantní činností vykonávanou zadavatelem, tudíž zadavatel byl v daném případě veřejným zadavatelem sektorové veřejné zakázky, při jejímž zadávání měl postupovat podle části sedmé zákona. Podle § 151 odst. 4 zákona (jež je součástí části sedmé zákona) zadavatel postupuje při zadávání sektorové veřejné zakázky, která není koncesí, podle části čtvrté, páté, nebo šesté a použije také části první, druhou, desátou až třináctou, pokud není v této části (tj. části sedmé) stanoveno jinak.

Zjištěné skutečnosti

44. Dne 23. 3. 2017 Úřad obdržel dokumenty pořízené zadavatelem v „poptávkovém řízení“ na „Nový dopravní odbavovací systém DPP“ a vyjádření zadavatele k návrhu v souvislosti se správním řízením vedeným na návrh stěžovatele pod sp. zn. S0097/2017/VZ. Po přezkoumání obsahu těchto dokumentů Úřad zjistil následující skutečnosti, které jsou součástí spisu v této věci vedeného pod sp. zn. S0164/2017/VZ.
45. Zadavatel dne 6. 2. 2017 odeslal e-mailem výzvu k podání nabídky, jímž vyzval dodavatele k doručení nabídek na „Nový dopravní odbavovací systém DPP“ do 20. 2. 2017. Nabídka podle textu e-mailu měla být zpracována dle zadání uvedeného v Podrobných podmínkách poptávkového řízení a ve Specifikaci (oba tyto dokumenty tvořily přílohu e-mailu). Jak Úřad zjistil, ve Věstníku veřejných zakázek či na profilu zadavatele nebylo oznámení tohoto poptávkového/zadávacího řízení uveřejněno.

46. Stěžovatel doručil dne 20. 2. 2017 zadavateli do datové schránky svoje námitky ze dne 20. 2. 2017, které směřovaly proti zadavatelem zvolenému režimu veřejné zakázky, proti postupu zadavatele mimo zadávací řízení v rozporu se zákonem a proti zadávacím podmínkám veřejné zakázky „Nový dopravní odbavovací systém DPP“ (blíže k obsahu námitek v části Právní posouzení, vypořádání stanoviska zadavatele).
47. Úřad z listin zaslaných zadavatelem o předmětném „poptávkovém řízení“ shledal, že jejich součástí není žádný dokument, který by bylo možno považovat za rozhodnutí zadavatele o námitkách stěžovatele ve smyslu § 245 odst. 1 zákona, ani případný doklad o tom, že by bylo obdobné rozhodnutí (pokud by bylo zadavatelem vyhotoveno) stěžovateli odesláno, ani doklad potvrzující jeho doručení.
48. Toto zjištění Úřadu (a tvrzení stěžovatele) potvrdil i sám zadavatel, který dle svého vyjádření z 20. 3. 2017 k návrhu v rámci správního řízení vedeného pod sp. zn. S0097/2017VZ má za to, že nebyl povinen postupovat v zadávacím řízení podle zákona, tudíž nebyl povinen vyřizovat námitky, neboť tuto povinnost má pouze při postupu v zadávacím řízení dle zákona.
49. Z dokumentace zaslané zadavatelem k průběhu „poptávkového řízení“ je zřejmé, že v dokumentu Podrobné podmínky PŘ na akci „Nový dopravní odbavovací systém DPP“ je jako poptávající označen zadavatel. V části I. tohoto dokumentu jsou stanoveny podmínky poptávkového řízení (doklady, které zadavatel požaduje předložit) a v části II. pak je popsán předmět poptávkového řízení, lhůty, hodnotící kritérium, závazná ustanovení smlouvy atd. Listina neobsahuje žádnou informaci o předpokládané hodnotě zakázky, druhu zadávacího řízení či jeho režimu. K těmto skutečnostem se zadavatel vyjádřil ve svém stanovisku k návrhu ze dne 20. 3. 2017 (v rámci sp. zn. S0097/2017/VZ). Zadavatel k hodnotě veřejné zakázky poukazuje na nabídkovou cenu vybraného dodavatele, která činila 7,5 mil. Kč bez DPH, proto nesouhlasí se stěžovatelem v tom, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky přesáhla limit pro nadlimitní veřejnou zakázku ve smyslu § 3 odst. 2 nařízení vlády, a zadavatel tak byl povinen postupovat v zadávacím řízení podle zákona (a to ani v případě, kdy by součástí předmětu plnění bylo poskytování bankovních služeb).
50. V dokumentaci poptávkového řízení je dále zařazen dopis zadavatele ze dne 15. 3. 2017 označený jako „Sdělení ke stížnosti“, v němž zadavatel sdělil zástupci stěžovatele k jeho dopisu ze dne 20. 2. 2017 (tj. k námitkám), že zadání předmětné podlimitní veřejné zakázky se neřídí zákonem č. 134/2016 Sb., neboť svým rozsahem nespadá pod ustanovení tohoto zákona, když předmět plnění nedosahuje limitů dle zákona. Zadavatel uvedl, že nepovažuje podanou námitku za důvodnou a nebude se jí dále zabývat. Z doručky datové zprávy vyplývá, že toto sdělení zadavatele bylo dodáno do datové schránky zástupce navrhovatele dne 20. 3. 2017.
51. Zadavatel dne 21. 4. 2017 (v rámci správního řízení sp. zn. S0097/2017/VZ) oznámil Úřadu, že zrušil poptávkové řízení na veřejnou zakázku „Nový dopravní odbavovací systém DPP“. Rozhodnutí zadavatele o zrušení poptávkového řízení ze dne 20. 4. 2017 bylo přílohou tohoto oznámení.

Právní posouzení, vypořádání stanoviska zadavatele

52. Úřad z doručky datové zprávy zjistil, že stěžovatel doručil zadavateli dne 20. 2. 2017 námitky z téhož dne proti zadávacím podmínkám a postupu zadavatele při zadávání veřejné

zakázky s názvem „Nový dopravní odbavovací systém DPP“. Stěžovatel v námitkách uvádí, že zadavatel chybně stanovil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky a z toho důvodu chybně zvolil způsob zadávání mimo zadávací řízení v rozporu se zákonem. Podle stěžovatele zadavatel předpokládanou hodnotu neuvedl v žádném z dokumentů poptávkového řízení, avšak ze způsobu zadávání veřejné zakázky lze usuzovat, že předpokládaná hodnota je pod úrovní finančního limitu daného nařízením vlády na dodávky/služby ve výši 11 413 000 Kč bez DPH. Stěžovatel má přitom za to, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky řádově překoná hranici finančního limitu stanoveného nařízením vlády pro nadlimitní sektorové veřejné zakázky, v rámci kterého má zadavatel povinnost postupovat v režimu zákona. Stěžovatel se domnívá, že zadavatel porušil zákon, když správně nestanovil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky a zahájil zadávací řízení mimo režim zákona jako tzv. „poptávkové řízení“, přičemž měl povinnost zahájit zadávací řízení jako nadlimitní v souladu se zákonem. Podle stěžovatele postup zadavatele tak podle § 241 odst. 2 písm. c) zákona směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu s tímto zákonem.

53. V další části námitek stěžovatel napadá údajně nepřiměřené a diskriminační stanovení kvalifikačních předpokladů a rovněž nevhodné a nelogické stanovení technických podmínek. Stěžovatel v námitkách dále specifikuje újmu, která mu hrozí. Závěrem se stěžovatel domáhá, aby zadavatel zadávací řízení zrušil, zvolil správný způsob zadání podle zákona a přehodnotil technické a kvalifikační podmínky.
54. Podle § 241 odst. 1 zákona může námitky podat dodavatel, kterému postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním podlimitní nebo nadlimitní veřejné zakázky hrozí nebo vznikla újma. Podmínka, že námitky lze podat proti postupu zadavatele, který souvisí se zadáváním podlimitní nebo nadlimitní veřejné zakázky, je splněna, neboť zadavatel zadával podlimitní či nadlimitní veřejnou zakázku. Sám zadavatel označuje zakázku za podlimitní, stěžovatel pak za nadlimitní. Pro konstatování, že postup zadavatele souvisel se zadáváním podlimitní nebo nadlimitní veřejné zakázky ve smyslu § 241 odst. 1 zákona, plně postačuje, že se jednalo o zakázku buď podlimitní, nebo nadlimitní, aniž by bylo třeba určit, o jaký režim se mělo konkrétně jednat. Další podmínka, že námitky může podat dodavatel, kterému hrozí nebo vznikla újma, je rovněž splněna. Stěžovatel je dodavatelem poptávaného předmětu plnění, neboť byl zadavatelem obeslán výzvou k podání nabídky. Stěžovatel v námitkách tvrdí, že mu hrozí újma kvůli nemožnosti řádného podání nabídky do zadávacího řízení (stěžovatel nabídku na veřejnou zakázku nepodal), tudíž je splněna i tato podmínka pro uplatnění práva stěžovatele podat námitky, tedy hrozba nebo vznik újmy. Stěžovatel tak byl osobou oprávněnou k podání námitek ve smyslu § 241 odst. 1 zákona.
55. Ze shora uvedeného obsahu námitek považuje Úřad za nesporné, že stěžovatel podal námitky proti volbě režimu veřejné zakázky ve smyslu § 241 odst. 2 písm. b) zákona a zároveň námitky proti postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu s tímto zákonem ve smyslu písm. c) téhož ustanovení. V části námitek směřovaly rovněž proti zadávacím podmínkám veřejné zakázky.
56. Stěžovatel jednak namítal, že zadavatel zvolil nesprávný režim veřejné zakázky, když nesprávně stanovil její předpokládanou hodnotu. Úřad uvádí, že režim veřejné zakázky se určí podle její předpokládané hodnoty, pokud nejde o zjednodušený režim (§ 24 zákona). Veřejná zakázka tak může být zadávána v režimu nadlimitní veřejné zakázky, podlimitní veřejné zakázky a veřejné zakázky malého rozsahu. V daném případě zadavatel na základě

jím předpokládané hodnoty veřejné zakázky (avšak nikde nezveřejněné) pokládal veřejnou zakázku za podlimitní, jejíž předpokládaná hodnota nedosahuje limitu stanoveného nařízením vlády (11 413 000 Kč). Stěžovatel v námitkách napadl postup zadavatele, který veřejnou zakázku začlenil do podlimitního režimu a nikoli do režimu nadlimitního. Stěžovatel tedy námitkami podle § 241 odst. 2 písm. b) zákona zpochybnil zadavatelem vybraný režim veřejné zakázky.

57. Stěžovatel dále namítal, že postup zadavatele směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu s tímto zákonem. Úřad uvádí, že zadavatel z volby režimu veřejné zakázky (viz předchozí odstavec) dovodil, že jako zadavatel sektorové veřejné zakázky využije výjimku podle § 158 odst. 1 zákona, podle níž není povinen v zadávacím řízení zadat sektorovou veřejnou zakázku, jejíž předpokládaná hodnota nedosahuje finanční limit stanovený nařízením vlády. Na veřejnou zakázku tedy vyhlásil „poptávkové řízení“, kdy výzvou k podání nabídky pouze obeslal 6 dodavatelů, aniž informaci o zakázce uveřejnil na svém profilu zadavatele a ve Věstníku veřejných zakázek (příp. v Úředním věstníku Evropské unie), a aniž by činil další úkony v zadávacím řízení podle zákona. Stěžovatel tedy námitkami podle § 241 odst. 2 písm. c) zákona zpochybnil postup zadavatele směřující k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu s tímto zákonem, tedy formou „poptávkového řízení“.
58. Pokud jde o lhůty pro podání námitek podle § 242 zákona, Úřad konstatuje, že námitky stěžovatel doručil zadavateli ve stanovené lhůtě. Výzva k podání nabídky byla zadavatelem odeslána stěžovateli e-mailem dne 6. 2. 2017, tedy tohoto dne se stěžovatel nejdříve mohl dozvědět o domnělém porušení zákona. Lhůta 15 dnů stanovená v § 242 odst. 1 zákona pro doručení námitek zadavateli tak skončila nejdříve dne 21. 2. 2017. Stěžovatel námitky doručil zadavateli dne 20. 2. 2017, tj. v zákonné lhůtě pro doručení námitek podle § 242 odst. 1 zákona. Není tak sporu o tom, že námitky byly doručeny ve lhůtě do 15 dnů ode dne, kdy se stěžovatel dozvěděl o domnělém porušení zákona. Stěžovatel v námitkách uvádí, že *„Veřejná zakázka je zadávána formou tzv. „poptávkového řízení“ prostřednictvím výzvy odeslané dne 6. 2. 2017 zadavatelem vybraným potenciálním dodavatelům.“*, přičemž stěžovatel byl jedním z dodavatelů oslovených zadavatelem výzvou k podání nabídky. Úřad nepřehlédnul, že v námitkách není specifikováno žádné konkrétní datum, kdy se o namítaném porušení zákona stěžovatel dozvěděl, podle Úřadu však s ohledem na specifické skutkové okolnosti případu lze jednoznačně vymezit možný okamžik, kdy se o porušení zákona stěžovatel dozvěděl nejdříve, což bylo na základě výzvy ze dne 6. 2. 2017. Je tak zřejmé, že lhůta pro podání námitek nemohla uplynout, když námitky byly doručeny zadavateli 14. den lhůty.
59. Pokud jde o náležitosti námitek podle § 244 zákona, Úřad má za to, že námitky podané stěžovatelem splňovaly obecné náležitosti námitek podle § 244 odst. 1 zákona, a to včetně uvedení újmy podle § 244 odst. 3 zákona. Pokud jde o náležitost námitek podle § 244 odst. 2 zákona, stěžovatel se o namítaném porušení zákona dozvěděl nejdříve dne 6. 2. 2017, kdy mu byla doručena výzva k podání nabídky včetně podrobných podmínek poptávkového řízení. Z těchto dokumentů tedy stěžovatel mohl poprvé seznat, že by při zadávání veřejné zakázky mohlo dojít k porušení zákona. Stěžovatel pak na výzvu odeslanou dne 6. 2. 2017 při formulaci svých námitek odkazuje.

60. Úřad má v této chvíli na jisto postaveno, že stěžovatel jako oprávněná osoba (ve smyslu § 241 odst. 1 zákona) podal zadavateli námitky mj. podle § 241 odst. 2 písm. b) a c) zákona, a to řádně a včas. Námitky nebyly vzaty stěžovatelem zpět.
61. Druhou otázkou je, zda bylo možno podat námitky v „poptávkovém řízení“ tak, jak je vedl zadavatel (tedy mimo zadávací řízení). Zde Úřad vychází ze znění § 241 odst. 2 písm. c) zákona, kde je výslovně uvedeno, že námitky lze podat proti postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu s tímto zákonem. V daném případě zadavatel „klasické“ zadávací řízení nevedl, ačkoli podle stěžovatele ho vést měl. Úřad konstatuje, že dodavatelé mohou podat námitky i v tomto případě, aby se mohli bránit postupu zadavatele a námitkami ho upozornit, že mají pochybnosti o oprávněnosti zadávání veřejné zakázky mimo zadávací řízení. Stejně tak mají dodavatelé právo podat námitky proti zvolenému režimu veřejné zakázky, pokud podle jejich názoru zadavatel v rozporu se zákonem využije podlimitní režim a z něho plynoucí výjimku pro sektorové veřejné zakázky.
62. Na shora položenou otázku tedy Úřad odpovídá, že stěžovatel byl oprávněn podat zadavateli námitky v jím vedeném „poptávkovém řízení“ na veřejnou zakázku. Pokud takové námitky byly podány, zadavatel měl povinnost se jimi zabývat a vyřídit je podle § 245 zákona.
63. K postupu zadavatele při vyřizování námitek Úřad nejprve obecně uvádí, že zadavatel je podle § 245 odst. 1 zákona povinen přezkoumat obdržené námitky v plném rozsahu ve lhůtě do 15 dnů od jejich doručení. V této lhůtě je zadavatel povinen odeslat stěžovateli písemné rozhodnutí obsahující způsob vyřízení námitek, kdy zadavatel rozhodne buď o vyhovění námitkám či o jejich odmítnutí, přičemž je povinen své rozhodnutí podrobně a srozumitelně odůvodnit. Podstatné je, aby byly námitky vyřízeny některým se shora uvedených způsobů, aby bylo rozhodnutí zadavatele rovněž řádně odůvodněno a aby zadavatel v takovém odůvodnění reagoval na veškeré skutečnosti uvedené stěžovatelem v námitkách.
64. Dále je zadavatel povinen poučit stěžovatele v případě, kdy podané námitky odmítne, o možnosti podat ve lhůtě podle § 251 odst. 2 zákona návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu a o povinnosti doručit v téže lhůtě stejnopis návrhu zadavateli.
65. Shora uvedené povinnosti jsou zadavateli zákonem uloženy především proto, že institut námitek má sloužit jako hlavní prostředek obrany proti možnému porušení zákona úkonem zadavatele, kdy by měl být vzniklý nesoulad pramenící z postupu zadavatele vyřešen primárně mezi zadavatelem a stěžovatelem, nikoliv až následně ve správním řízení před Úřadem. Právě z tohoto důvodu by měla být argumentace zadavatele rozvedená v rozhodnutí o námitkách co nejvíce komplexní, reagující na celý obsah podaných námitek, přičemž odůvodnění musí být přezkoumatelné, zvláště v případě, kdy zadavatel námitky stěžovatele odmítá. Rozhodnutí zadavatele o podaných námitkách může mít zásadní význam pro úvahy stěžovatele o jeho dalším postupu, tj. zejména o tom, zda bude proti postupu zadavatele brojit návrhem u Úřadu, či nikoliv. V případě, že se stěžovatel rozhodne návrh podat, jsou pak skutečnosti uvedené zadavatelem v rozhodnutí o námitkách významným podkladem pro náležitou formulaci a odůvodnění takového návrhu.
66. Důležitost institutu námitek a toho, jak mají být zadavatelem vyřízeny, vyplývá i z úmyslu zákonodárce postihnout zadavatele v případě, že na námitky nebude reagovat ve lhůtách a způsobem stanoveným zákonem. Nejedná se přitom pouze o vznik odpovědnosti

zadavatele za případný správní delikt, ale především o možnost uložení zcela nového (v porovnání s předešlou právní úpravou zák. č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách) nápravného opatření Úřadem podle § 263 odst. 5 zákona, tj. zrušení rozhodnutí o námitkách, a dále i možnost zrušení celého zadávacího řízení podle § 263 odst. 6 zákona tam, kde Úřad v průběhu řízení o návrhu zjistí, že zadavatel ve lhůtě podle § 245 odst. 1 zákona nerozhodl ve smyslu § 245 odst. 5 zákona o podaných námitkách. Nerespektování povinností pramenících z § 245 zákona tak může mít pro zadavatele a osud jím zadávané veřejné zakázky i zcela fatální následky.

67. V projednávaném případě měl zadavatel s ohledem na výše uvedené skutečnosti povinnost námitky stěžovatele postupem podle § 245 odst. 1 a násl. zákona náležitě vyřídit (rozhodnout o nich) některým ze shora uvedených způsobů, o čemž měl písemnou formou informovat v zákonem stanovené 15 denní lhůtě (tj. nejpozději do 7. 3. 2017) stěžovatele. V daném případě zadavatel tuto svoji povinnost nesplnil, jelikož na podané námitky stěžovatele vůbec nereagoval.
68. Zákon sice v § 245 odst. 5 zakotvuje nevyvratitelnou právní domněnku, že pokud zadavatel o námitkách nerozhodne ve lhůtě podle odstavce 1 (jako v případě šetřené veřejné zakázky), platí pro účely podání návrhu podle § 250 odst. 1 zákona, že námitky odmítl, avšak toto ustanovení v žádném případě nemá suplovat výslovné a kvalifikované rozhodnutí o námitkách stěžovatele učiněné zadavatelem, jež má být stěžovateli doručeno, a není ani jeho účelem vytvářet nástroj, s pomocí něhož by mohly být námitky zadavateli ignorovány. Účel této právní domněnky je totiž přesně opačný, neboť má sloužit výhradně k ochraně dodavatelů právě v situaci, kdy zadavatel svoji zákonnou povinnost vyřídit námitky porušuje.
69. Zadavatel ve svém vyjádření k návrhu (vedenému ve správním řízení sp. zn. S0097/2017/VZ) zastává právní názor, že nebyl povinen postupovat v zadávacím řízení podle zákona, proto nebyl povinen ani vyřizovat námitky, neboť tuto povinnost má pouze při postupu v zadávacím řízení podle zákona. Obdobně ve svém „Sdělení ke stížnosti“ ze dne 15. 3. 2017 adresovanému zástupci stěžovatele tvrdí, že zadání předmětné podlimitní veřejné zakázky se neřídí zákonem, neboť svým rozsahem nespadá pod ustanovení tohoto zákona; předmět plnění nedosahuje limitů dle zákona.
70. Tento právní názor zastává zadavatel i nadále, jak je zřejmé z jeho stanoviska v řízení ze dne 18. 5. 2017 (viz výše). K tomuto stanovisku zadavatele Úřad nad rámec výše uvedeného sděluje následující:
71. K argumentaci zadavatele, že v případě zadávání podlimitní sektorové veřejné zakázky nebyl povinen vyřizovat námitky, Úřad konstatuje, že se s tímto právním názorem zadavatele neztotožnil, jelikož s ohledem na znění zákona nemůže obstát. Aniž by Úřad v tomto správním řízení musel řešit, zda daná veřejná zakázka byla podlimitní či nadlimitní a zda zadavatel oprávněně využil výjimku danou § 158 odst. 1 zákona, lze s ohledem na znění § 241 odst. 2 písm. b) a c) zákona tvrdit, že námitky lze podat proti režimu veřejné zakázky (v daném případě stěžovatel námitky podal proti zadavatelem zvolenému podlimitnímu režimu) a rovněž tak proti postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu s tímto zákonem (v daném případě námitky stěžovatele směřovaly proti zahájení zadávacího řízením „poptávkového řízení“). Tedy výše popsání námitky byl stěžovatel oprávněn podat a zadavatel pak byl povinen je vyřídit v souladu s § 245 zákona.

V zákoně je výslovně pamatováno na možnost podávání námitek směřujících proti režimu veřejné zakázky [§ 241 odst. 2 písm. b) zákona] a proti postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu s tímto zákonem [§ 241 odst. 2 písm. c) zákona], jak tomu bylo v tomto případě. Pokud měl stěžovatel pochybnosti o neoprávněném použití výjimky z povinnosti provést zadávací řízení, jeho zákonným právem bylo podat námitky. O nich pak byl zadavatel povinen rozhodnout podle § 245 zákona tak, že jim buď vyhovuje či je odmítá.

72. Zadavatel dle svého vyjádření z 18. 5. 2017 má za to, že když aplikoval výjimku uvedenou v § 158 odst. 1 zákona pro sektorovou podlimitní veřejnou zakázku, nevztahuje se na něj zákon jako celek, tedy včetně ustanovení o námitkách. Úřad měl podle zadavatele postupovat tak, aby nejprve postavil najisto, zda byl zadavatel oprávněn aplikovat výjimku podle § 158 odst. 1 zákona, tedy posoudit volbu režimu veřejné zakázky.
73. Úřad tomuto výkladu nemůže přisvědčit. Z textu § 241 odst. 2 písm. b) zákona jasně vyplývá, že námitky lze podat též proti režimu veřejné zakázky. Stěžovatel své námitky ze dne 20. 2. 2017 podal mj. proti režimu veřejné zakázky, neboť zadavatel dle tvrzení stěžovatele chybně stanovil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky (pod úroveň finančního limitu daného nařízením vlády). Podle stěžovatele nešlo o podlimitní veřejnou zakázku, avšak o zakázku nadlimitní. Možnost podat námitky proti režimu veřejné zakázky je v zákoně výslovně uvedena stejně jako povinnost zadavatele námitky vyřídit. Není to tedy Úřad, který má, jak se mylně domnívá zadavatel, prvně posoudit volbu režimu veřejné zakázky (a teprve poté případně konstatovat delikt zadavatele), ale je to právě zadavatel, jež má na základě námitek proti režimu veřejné zakázky (a zde uvedených argumentů) jako první prověřit, zda jím zvolený režim odpovídá předpokládané hodnotě veřejné zakázky a *vice versa*, a sdělit stěžovateli svůj postoj (což se nestalo). V části sedmé zákona, v níž je upraven postup pro zadávání sektorových veřejných zakázek, není nikde obsažena výjimka z možnosti podat námitky a povinnosti je vyřizovat (pro některý režim zakázky); naopak § 151 odst. 4 části sedmé zákona stanovuje, že zadavatel použije při zadávání sektorové veřejné zakázky mj. část třináctou, pokud není v této části stanoveno jinak (což není). Třináctá část zákona pak obsahuje právní úpravu ochrany proti nesprávnému postupu zadavatele (včetně námitek a dozoru). Zákon tedy předpokládá možnost podávání námitek u sektorových veřejných zakázek, aniž by rozlišoval jejich režim. S tím koresponduje úprava podávání námitek podle § 241 a násl. části třinácté zákona.
74. Z ustanovení § 241 odst. 2 písm. c) zákona zadavatel vyvozuje, že námitky nelze podat proti postupu zadavatele, který není v rozporu se zákonem. Proto bylo třeba podle jeho názoru nejprve vyjasnit, zda zadavatel správně stanovil postup mimo režim zákona. Pokud toto posouzení v případě absentuje, Úřad podle zadavatele neprokázal, že stěžovatel byl oprávněn k podání námitek podle § 241 odst. 2 písm. c) zákona.
75. Úřad k této argumentaci zadavatele odkazuje na znění § 241 odst. 2 písm. c) zákona a podotýká, že pokud se některý dodavatel domnívá, že postup zadavatele směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, ačkoli by zakázka měla být zadávána v (řádném) zadávacím řízení, je oprávněn podat námitky. Takové námitky je zadavatel povinen vyřídit. Vyjasnění, zda postup zadavatele je či není v rozporu se zákonem, je povinen provést právě zadavatel v rozhodnutí o námitkách, což se v daném případě nestalo. Pokud by se následně prokázalo, že námitkami napadený postup zadavatele byl v souladu se zákonem, nemá tato

skutečnost na podané námitky žádný vliv. Smyslem námitek podle § 241 odst. 2 písm. c) zákona je obrana dodavatelů v situacích, kdy podle jejich názoru dochází k nezákonnému postupu zadavatelů využívajících neoprávněné výjimky ze zákona, tedy že dochází k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu se zákonem.

76. Při výkladu zákona podaném zadavatelem by byla znemožněna ochrana dodavatelů proti nesprávnému postupu zadavatelů, neboť by stačilo, aby zadavatel svůj postup mimo zadávací řízení označil jako využití výjimky (např. pro sektorovou veřejnou zakázku podle § 158 odst. 1 zákona), aniž by se proti tomuto postupu mohli dodavatelé bránit, což by šlo zcela proti smyslu právní úpravy přezkumu postupu zadavatelů mimo zadávací řízení.
77. Zadavatel dále srovnává zákonnou úpravu výjimky pro podlimitní sektorové veřejné zakázky a pro zakázky malého rozsahu. Stejně jako u veřejné zakázky malého rozsahu by měl podle výkladu zadavatele Úřad nejprve zkoumat režim veřejné zakázky i u sektorové podlimitní zakázky; pouhá pochybnost stěžovatele o nesprávné volbě režimu veřejné zakázky nemůže být důvodem pro uložení sankce.
78. Úřad má naopak za to, že námitkami napadený režim veřejné zakázky měl v rozhodnutí o námitkách podrobně a srozumitelně vysvětlit zadavatel. Důvodem pro konstatování správního deliktu bylo právě to, že zadavatel o námitkách nerozhodl. Úřad v tomto správním řízení nijak neposuzoval a pro konstatování deliktu podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona ani nemusel, jaký režim veřejné zakázky měl být zadavatelem zvolen. Deliktem je samotné nevyřízení námitek podle § 245 zákona.
79. K argumentaci zadavatele týkající se analogie s veřejnou zakázkou malého rozsahu Úřad konstatuje, že je oprávněn přezkoumávat, zda byly naplněny zákonné podmínky pro zvolený režim veřejné zakázky, tj. zda předpokládaná hodnota veřejné zakázky nepřesahuje zákonem stanovený limit pro veřejnou zakázku malého rozsahu nebo pro podlimitní veřejnou zakázku. Tento rozsah přezkumu odpovídá charakteru námitek, které mohou být podány podle § 241 odst. 2 písm. c) zákona. Rozhodnutí zadavatele o tom, zda zadává veřejnou zakázku malého rozsahu či podlimitní veřejnou zakázku, musí být přezkoumatelné.
80. Zadavatel ve svém vyjádření dále dovozuje, že ze systematiky zákona plyne úmysl zákonodárce vyčlenit postup zadavatele při zadávání veřejné zakázky malého rozsahu, koncese malého rozsahu a podlimitní sektorové zakázky zcela mimo režim zákona, čímž jsou dodavatelé zbaveni práva podat námitky a zadavatel povinnosti tyto námitky vypořádat. Zároveň v těchto případech není dána dozorová pravomoc Úřadu. Úřad by tedy měl podle zadavatele postupovat jako v případech veřejných zakázek malého rozsahu a ustanovení § 241 zákona na šetřenou věc neaplikovat.
81. Se shora uvedeným argumentem zadavatele se Úřad nemůže ztotožnit. Úřad vychází ze znění § 241 odst. 2 písm. b) a c) zákona, kdy lze námitky podat i proti režimu veřejné zakázky (tedy např. proti podlimitnímu režimu, jako v projednávaném případě) či proti postupu zadavatele směřujícímu k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení (např. v „poptávkovém řízení“, jako v tomto případě). Dodavatelé mají v uvedených případech právo podat námitky. Úřad pak podle § 248 odst. 1 zákona vykonává dozor nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem, a to i pokud jde o veřejné zakázky zadávané mimo zadávací řízení, tj. prověřuje, zda takový postup zadavatele je v souladu se zákonem. Tato pravomoc byla Úřadu svěřena zákonem nově a jejím účelem je reagovat na situace, kdy

zadavatel, aniž by splnil zákonné podmínky, realizuje veřejnou zakázku mimo zadávací řízení. Proto je v zákoně (taktéž nově) zakotvena možnost podání námitek a posléze návrhu proti postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v případě, že se dodavatel domnívá, že zadavatel postupuje v rozporu se zákonem (např. kdy nebyly splněny podmínky pro využití některé výjimky). Současně podle odst. 3 téhož ustanovení Úřad projednává správní delikty a ukládá sankce za jejich spáchání. Pravomoc Úřadu k projednání správního deliktu zadavatele spočívajícího v nevyřízení námitek směřujících proti režimu veřejné zakázky a proti postupu zadavatele směřujícímu k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení je tedy dána.

82. Úřad v této souvislosti zdůrazňuje, že je nezbytné rozlišovat mezi pojmy „zadání“ a „zadávání“ tak, jak jsou užívány v rámci zákona. Zatímco „zadání“ je definováno v § 2 odst. 1 zákona tak, že se jím rozumí uzavření úplatné smlouvy mezi zadavatelem a dodavatelem, z níž vyplývá povinnost dodavatele poskytnout dodávky, služby nebo stavební práce, zákon neobsahuje samostatnou definici pojmu „zadávání“, resp. „zadávání veřejné zakázky“. V kontextu zákona je pojmu „zadávání“ užíváno jak při postupu v zadávacím řízení, tak i při postupu zadavatele mimo zadávací řízení. Např. ustanovení § 2 odst. 1 zákona užívá pojmu „zadávání veřejné zakázky“ ve vztahu ke smlouvám upravujícím spolupráci zadavatele podle § 7 až 12, § 155, 156, 189 a 190 zákona. V § 29 písm. c) zákona se užívá pojmu „zadávání“ pro postup mimo zadávací řízení v kontextu uvedené výjimky a v § 31 zákona se tohoto pojmu používá v rámci veřejné zakázky malého rozsahu. Uvedený výklad potvrzuje i důvodová zpráva k zákonu, která poznamenává, že *„oproti předchozí právní úpravě není definován pojem zadávání. Tento pojem je v textu zákona používán v jeho obecném významu a zahrnuje tak nejen zadávání veřejných zakázek v zadávacím řízení, ale i zadávání veřejných zakázek mimo něj, a to například pokud jde o výjimky nebo o zadávání zakázek osobou, která není zadavatelem apod.“*
83. Zadavatel dále ve svém stanovisku uvádí, že zákon výslovně neřeší podávání námitek v případě podlimitní sektorové veřejné zakázky, proto Úřad neměl aplikovat § 241 zákona (stejně jako u zakázek malého rozsahu). Zadavatel na podporu svého tvrzení cituje z komentářů k zákonu následující:

„Komentářová literatura v souvislosti s § 241 odst. 1 zákona uvádí, že „uvedený výčet jednotlivých režimů veřejné zakázky je taxativní, není jej tedy možné dále rozšiřovat. V této souvislosti je vhodné zdůraznit, že v uvedeném výčtu nejsou uvedeny veřejné zakázky malého rozsahu dle § 27 jakožto svébytný režim veřejné zakázky, a tudíž platí, že v souvislosti s veřejnými zakázkami malého rozsahu není možné podávat námítka. Uvedené omezení představuje funkční návaznost na výjimku dle § 31 z užití tohoto zákona při zadávání veřejné zakázky malého rozsahu. Zadavatel je v této souvislosti povinen dodržovat pouze základní zásady dle § 6, nicméně případné nedodržení této povinnosti není možné napadnout námitkami“ [PODEŠVA, V., SOMMER, L., VOTRUBEC, J., FLAŠKÁR, M., HARNACH, J., MĚKOTA, J., JANOUŠEK, M. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Zákon o registru smluv. Komentář. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, 1108 s.].

Obdobně se k § 241 odst. 1 zákona vyjadřuje i jiný komentář k zákonu, kde je uvedeno, že *„proti postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky malého rozsahu námítka podat nelze. Stejně tak nelze podat námítka v případě, kdy zadavatel postupuje mimo režim zákona (využije některou z výjimek dle § 29, 30, 158, 159, 160, 177 nebo 191 ZZVZ)“* [MACEK, I.,

DERKOVÁ, R., BARTOŇ, D., KOŠTÁL, K., MAREČKOVÁ, E., ZATLOUKAL, P. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Praktický komentář s judikaturou. Komentář. Praha: Leges, 2017, 848 s.].“

84. Úřad v této souvislosti může citovat z jiné odborné literatury následující: „*Obdobně námitky nebude možné uplatnit v případě, že zadavatel veřejnou zakázku oprávněně zadává mimo zadávací řízení v režimu obecných výjimek dle § 29 nebo výjimek pro podlimitní veřejné zakázky podle § 30. V této souvislosti je však třeba poukázat na § 241 odst. 2 písm. c), který stanoví, že dodavatel je oprávněn podat námitky proti postupu zadavatele, který směřuje v rozporu se ZVZ k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení. Z uvedeného lze dovozovat, že pokud bude dodavatel v námitkách argumentovat, že konkrétní veřejná zakázka neměla být zadána mimo zadávací řízení, jsou takové námitky přípustné a zadavatel je musí řádně vypořádat. Analogicky by se podle našeho názoru mělo uvedené ustanovení uplatnit také pro veřejné zakázky, resp. koncese, malého rozsahu.*“ [Dvořák, D., Machurek, T., Novotný P., Šebesta, M. a kolektiv. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, 1320 s.].
85. Rovněž další komentář k zákonu autorů HERMAN, P.; FIDLER, V. a kol. Komentář k zákonu o zadávání veřejných zakázek. Plzeň: Aleš Čeněk, 2016, 589 s. uvádí v komentáři k § 241 odst. 2 zákona, že: „*Námitky také lze podat proti postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu s tímto zákonem. Příkladem by bylo neoprávněné využití výjimky z povinnosti provést zadávací řízení ...*“.
86. Pokud jde o projednávanou veřejnou zakázku zadávanou zadavatelem mimo zadávací řízení a námitky podané proti tomuto postupu zadavatele, první ze zadavatelem uváděných komentářů k § 241 zákona se touto konkrétní situací nezabývá (uvádí pouze, že v souvislosti s veřejnými zakázkami malého rozsahu není možné podávat námitky). Druhý zadavatelem citovaný komentář pak dovozuje, že stejně jako u veřejných zakázek malého rozsahu nelze podat námitky v případě, kdy zadavatel postupuje mimo režim zákona a využije některou z výjimek (např. dle § 158 zákona). Naproti tomu Úřadem prvně citovaný komentář připouští podání námitek v případech, kdy dodavatel v námitkách argumentuje, že veřejná zakázka neměla být zadávána mimo zadávací řízení; takové námitky pak musí zadavatel řádně vypořádat. Analogicky by se podle autorů komentáře mělo dané ustanovení uplatnit také pro veřejné zakázky, resp. koncese, malého rozsahu. Rovněž druhý Úřadem zmíněný komentář v nyní projednávané situaci podání námitek připouští.
87. Úřad tak může shrnout, že ačkoli komentářová literatura nemá na danou věc zcela jednotný názor, přesto většinově potvrzuje právní výklad přijatý Úřadem, a to že při postupu zadavatele mimo zadávací řízení lze námitky podávat a zadavatelé jsou povinni je vyřizovat.
88. Zadavatel dodatečně, a to až po zahájení správního řízení sp. zn. S0097/2017 dne 9. 3. 2017, zaslal stěžovateli (resp. jeho zástupci) dopis ze dne 15. 3. 2017 označený jako „Sdělení ke stížnosti“, jímž se k námitkám stěžovatele ze dne 20. 2. 2017 vyjádřil tak, že zadání předmětné podlimitní veřejné zakázky se neřídí zákonem, neboť předmět plnění nedosahuje limitů dle zákona.
89. Skutečnost, že nedodržení postupu zadavatele při vyřizování námitek je v zákoně vymezena jako samostatný správní delikt, svědčí o tom, že institut podávání a vyřizování námitek je pro vztah zadavatele a stěžovatele zásadní. Účelem vyřízení námitek je primárně to, aby se stěžovatel dozvěděl autentický názor a vysvětlení zadavatele k veškerým jím vzneseným

námítkám. Přezkumná činnost Úřadu nemůže institut vyřízení námitek přímo zadavatelem nahrazovat. Pravomoc Úřadu posoudit zákonnost postupu zadavatele, kdy zadavatel směřuje k zadání veřejné zakázky, aniž by zahájil zadávací řízení, přičemž stěžovatel tvrdí, že předmětné plnění byl zadavatel povinen zadat postupem dle zákona, je jednoznačně dána podle § 248 odst. 1 písm. b) zákona. Návrhu v této věci pak musí předcházet námítky stěžovatele a rozhodnutí zadavatele o těchto námítkách. Ani z tohoto pohledu (provázání námitek a návrhu) neexistuje žádný racionální důvod, proč by se nejprve zadavatel neměl zabývat námítkami směřujícími k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení; teprve poté pak případně Úřad. Nový zákon o zadávání veřejných zakázek na fázi podávání námitek klade ještě větší důraz, než tomu bylo v zákoně předchozím. Problém mezi zadavatelem a dodavatelem musí být řešen především tam, kde je to nejrychlejší, tj. u zadavatele, který má všechny relevantní informace k vyvrácení tvrzení stěžovatele, resp. má možnosti ke zjednáání nápravy. Filozofie nového zákona vychází ze zásady, že námítky musí primárně vypořádat zadavatel a nikdo tuto jeho povinnost nemůže převzít za něj, neboť zadavatel ví (resp. má vědět, když tyto postupy volí), proč zvolil daný druh zadávacího řízení, režim veřejné zakázky, jak si stanovil předpokládanou hodnotu zakázky, proč nastavil určité zadávací podmínky atd. V projednávaném případě však zadavatel námítky ve stanovené lhůtě nevyřídil, tudíž stěžovateli nezbylo, než se obrátit na Úřad jako na instanci, která se měla jako první (namísto zadavatele) jeho námítkami zabývat (ve správním řízení sp. zn. S0097/2017/VZ).¹

90. Vzhledem k výše uvedenému Úřad konstatuje, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona tím, že postupoval při vyřizování námitek ze dne 20. 2. 2017 podaných stěžovatelem, jež byly zadavateli doručeny dne 20. 2. 2017, a jež směřovaly mj. proti režimu této veřejné zakázky a proti jejímu zadání mimo zadávací řízení v rozporu s tímto zákonem, v rozporu s § 245 odst. 1 citovaného zákona, když do 15 dnů od jejich doručení neodeslal stěžovateli rozhodnutí o námítkách, ve kterém by uvedl, zda námítkám vyhovuje nebo je odmítá, a to s odůvodněním, ve kterém by se podrobně a srozumitelně vyjádřil ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námítkách. Úřad proto rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K výroku II. rozhodnutí – uložení pokuty

91. Úřad posoudil postup zadavatele a vzhledem ke zjištěným skutečnostem přistoupil k uložení pokuty, neboť zadavatel svým postupem naplnil skutkovou podstatu správního deliktu podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona.
92. Podle § 270 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán.
93. V návaznosti na to Úřad před uložení pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 270 odst. 3 zákona. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu mohl dozvědět nejdříve z návrhu stěžovatele, který obdržel dne 9. 3. 2017. Správní řízení ve věci spáchání správního deliktu bylo zahájeno doručením příkazu dne 2. 5. 2017. K protiprávnímu

¹ V průběhu tohoto správního řízení bylo správní řízení sp. zn. S0097/2016 usnesením č. j. ÚOHS-S0097/2017/VZ-11093/2017/513/JLÍ ze dne 28. 4. 2017 zastaveno, neboť zadavatel zrušil poptávkové řízení. Toto usnesení nabylo právní moci dne 18. 5. 2017.

jednání zadavatele došlo 8. 3. 2017, tedy dne následujícího po marném uplynutí lhůty pro vyřízení námitek podaných stěžovatelem. Z výše uvedeného vyplývá, že k uplynutí lhůty stanovené zákonem pro zahájení správního řízení nedošlo, tudíž odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.

94. Podle § 268 odst. 2 písm. b) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 20 000 000 Kč, jde-li o správní delikt podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona.
95. Podle § 270 odst. 2 zákona se 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. Zákon tedy demonstrativním výčtem vymezuje, co lze pod pojem závažnost správního deliktu podřadit (způsob jeho spáchání, jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchán). Při zvažování závažnosti správního deliktu pak Úřad zohlednil následující skutečnosti.
96. Ke způsobu spáchání správního deliktu Úřad uvádí, že pro zadavatele ze zákona vyplývá povinnost přezkoumat a vyřídit námitky proti jeho úkonům či postupu. Tuto uloženou povinnost zadavatel v daném případě nesplnil, když námitky stěžovatele vůbec nevyřídil. Pochybení v podobě nepřezkoumání námitek stěžovatele, kterého se zadavatel dopustil, je přitom možné hodnotit vzhledem k účelu, jehož má být institutem námitek dosaženo, jako závažné, neboť se v tomto případě nejedná o situaci, kdy by se zadavatel dopustil drobnějšího opomenutí při vyřizování námitek. V daném případě zadavatel na námitky stěžovatele nikterak nereagoval, žádné rozhodnutí, kterým by námitky vyřídil, nezpracoval a nesdělil tak stěžovateli svůj právní názor k namítaným skutečnostem.
97. Následkem protiprávního jednání zadavatele bylo, že se stěžovatel vůbec nedozvěděl o postoji zadavatele vůči jím namítaným skutečnostem obsaženým v podaných námitkách. Legitimní očekávání stěžovatele, že na jeho námitky bude ze strany zadavatele náležitě a včas reagováno, tak nebylo naplněno a naplněn nebyl ani základní účel námitek, tedy především odůvodnění postoje zadavatele k namítaným skutečnostem a sdělení, proč námitkám příp. nevyhovuje. Přitom úkon zadavatele spočívající ve vyřízení námitek, resp. poskytnutí věcného stanoviska zadavatelem stěžovateli, nelze nikterak zhojit či nahradit.
98. V neprospěch zadavatele Úřad zohlednil tu skutečnost, že i když námitky byly podány řádně, tedy včas a se všemi náležitostmi, zadavatel o nich nerozhodl. Zadavatel tedy měl povinnost o námitkách rozhodnout věcně, ať už jakýmkoli způsobem (vyhovět jim či je odmítnout). Zadavatel namísto toho ponechal námitky bez jakékoli reakce, takže dodavatel žádné odpovědi (vyjádření) ke svým námitkám neobdržel. Tím byl zcela popřen smysl institutu námitek, které mají předcházet obrácení se nespokojeného dodavatele na Úřad, při čemž však již musí skládat nikoli nevýznamnou kauci. Nevyjádření se k argumentům dodavatele nastolených v námitkách pak má velký potenciál ovlivnit rozhodnutí dodavatele o podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele Úřadem, tak i jeho rozhodnutí o způsobu formulace či hloubce odůvodnění návrhu. Dodavatel (a v zásadě tím i Úřad) teprve až ve správním řízení poznávají argumentaci zadavatele ve vztahu k namítaným skutečnostem, což je však v příkrém rozporu se zákonným vymezením (a tím i do normy vtěleným smyslem) institutu námitkového řízení.

99. Úřad ve prospěch zadavatele přihlédl k tomu, že zadavatel alespoň dodatečně (po lhůtě pro vyřízení námitek), informoval stěžovatele, proč o námitkách nerozhodl (viz dopis zadavatele ze dne 15. 3. 2017 označený jako „Sdělení ke stížnosti“).
100. Jako další výrazně polehčující okolnost Úřad shledal skutečnost, že zadavatel poptávkové řízení na danou veřejnou zakázku dne 20. 4. 2017 sám zrušil. Představují-li námitky prostředek obrany proti domnělému porušení zákona úkonem zadavatele v zadávacím řízení (tu v „poptávkovém řízení“) na veřejnou zakázku, pak je nepochybně zrušením takového řízení, jehož se námitky týkají, tohoto účelu dosaženo. Stěžovatel se v námitkách ze dne 20. 2. 2017 domáhal toho, aby zadavatel svým rozhodnutím předmětné zadávací řízení zrušil, což zadavatel dne 20. 4. 2017 učinil. Požadavku stěžovatele tedy v konečném důsledku bylo vyhověno.
101. Pokud jde o intenzitu porušení zákona při spáchání správního deliktu podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona (při vyřizování námitek), lze na škále od nejmírnější intenzity porušení (např. drobné opomenutí vyrovnat se v rozhodnutí o námitkách s jednotlivou dílčí námitkou, která příp. ani nemusí souviset přímo se zadávacím řízením nebo nepatrně opožděné odeslání rozhodnutí o námitkách), přes porušení zákona střední intenzity (např. chybějící poučení o možnosti podat návrh k Úřadu, nedostatečně podrobné a srozumitelné či chybějící odůvodnění odmítnutí námitek), dospět až k opačnému konci škály, tedy k porušení zákona nejvyšší intenzity, jímž je právě situace, kdy zadavatel o námitkách nerozhodne vůbec, tedy na doručené námitky vůbec nereaguje. Úřad proto delikt, který spáchal zadavatel, může označit jako porušení daného ustanovení zákona nejvyšší síly.
102. Ačkoli zadavatel předpokládanou hodnotu veřejné zakázky v žádném dokumentu o průběhu zadávacího řízení nevyčíslil (a zadával ji jako podlimitní), podle stěžovatele měla hodnota zakázky činit minimálně 25 mil. Kč. Pokud bude Úřad poměřovat závažnost deliktu i k hodnotě zakázky uváděné stěžovatelem, je nutno závažnost deliktu v tomto ohledu shledat jako spíše nižší, neboť závažnost jednání lze jistě dát do souvislosti s objemem zakázky, jež by měl být podle stěžovatele realizován mimo zadávací řízení v rozporu se zákonem.
103. Úřad v jednání zadavatele neshledal žádné další polehčující ani přitěžující okolnosti.
104. Úřad shrnuje, že delikt spáchaný zadavatelem ze všech výše uvedených důvodů považuje za delikt méně závažného charakteru.
105. 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. Po zvážení všech okolností případu Úřad při určení výměry uložené pokuty preferoval právě preventivní charakter uložení sankce, aby tak varoval jak zadavatele (Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost), tak i ostatní nositele stejné povinnosti (další zadavatele), aby napříště dbali své povinnosti uložené jim § 245 zákona a doručené námitky vyřizovali v souladu s § 245 zákona. Nelze připustit situaci, kdy by zadavatelé rezignovali na vyřizování námitek s představou, že pokud už jim tento delikt bude prokázán, bude jim uložena pokuta maximálně v řádu tisíců korun českých. Úřad má totiž za to, že bylo záměrem zákonodárce právě delikty spojené s vyřizováním námitek znatelně postihovat, když za tento delikt stanovil horní hranici možné pokuty na 20 mil. Kč, a to bez ohledu na cenu veřejné zakázky. Úřad však po zohlednění všech výše uvedených okolností

(především polehčující okolnosti spočívající ve zrušení poptávkového řízení samotným zadavatelem), ukládá zadavateli pokutu ve výši 50 000 Kč, přičemž stanovená výše pokuty činí méně než 1 % z horní hranice zákonné sazby, přesto dle Úřadu naplňuje vzhledem k okolnostem případu obě funkce právní odpovědnosti.

106. Při určení výše pokuty Úřad přihlédl i k ekonomické situaci zadavatele, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. Nepřípustné jsou pak takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Z výroční zprávy zadavatele za rok 2015 (dostupná na internetových stránkách zadavatele) Úřad zjistil, že výsledkem hospodaření zadavatele byl zisk ve výši 1 255 407 tis. Kč (v předchozím účetním období to bylo 315 956 tis. Kč), přičemž výkony se pohybovaly v řádu několika miliard Kč. Stanovenou pokutu tak je zadavatel vzhledem ke svým finančním možnostem schopen uhradit. Výše pokuty s ohledem na zvažovaná kritéria a zákonný limit vyhovuje podmínce přiměřenosti a nemůže zvláště negativním způsobem ovlivnit ekonomickou situaci zadavatele.
107. S ohledem na výše uvedené Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
108. Pokuta je splatná 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 zadavatele.

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, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona zasílají Úřadu výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží:

Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, Mgr. Jan Slezák, Sokolovská 217/42, 190 22 Praha 9

Vypraveno dne

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