



UOHSX00BG3AS

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0025/2018/VZ-21780/2018/512/AKp

Brno: 25. července 2018

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, který je podle ustanovení § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, v řízení o přestupku zahájeném dne 18. 6. 2018 z moci úřední, jehož účastníkem je

- obviněný – Městská část Praha 2, IČO 00063461, se sídlem náměstí Míru 600/20, 120 00 Praha – Vinohrady, v řízení o přestupku zastoupen na základě plné moci ze dne 22. 6. 2018 společností HAVEL & PARTNERS s.r.o., advokátní kancelář, IČO 26454807, se sídlem Na Florenci 2116/15, Nové Město, Praha 1,

ve věci možného spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, obviněným v souvislosti s uzavíráním rámcové dohody zadávané v otevřeném řízení „Energetické služby a dodávky“, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 22. 12. 2016 a ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 27. 12. 2016 pod ev. č. Z2016-007597 ve znění oprav ze dne 23. 1. 2017, 6. 2. 2017, 9. 2. 2017, 13. 2. 2017, 27. 2. 2017, 6. 3. 2017, 23. 3. 2017, 27. 3. 2017, 31. 3. 2017 a 10. 4. 2017, a do Úředního věstníku Evropské unie odesláno dne 22. 12. 2017 pod ev. č. 2016/S 249-158039 ve znění oprav ze dne 18. 1. 2017, 1. 2. 2017, 6. 2. 2017, 9. 2. 2017, 24. 2. 2017, 1. 3. 2017, 20. 3. 2017, 24. 3. 2017, 29. 3. 2017 a 5. 4. 2017,

**rozhodl** takto:

### I.

**Obviněný** – Městská část Praha 2, IČO 00063461, se sídlem náměstí Míru 600/20, 120 00 Praha – Vinohrady – **se** v souvislosti s uzavíráním rámcové dohody zadávané v otevřeném řízení „Energetické služby a dodávky“, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 22. 12. 2016 a ve

Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 27. 12. 2016 pod ev. č. Z2016-007597 ve znění oprav ze dne 23. 1. 2017, 6. 2. 2017, 9. 2. 2017, 13. 2. 2017, 27. 2. 2017, 6. 3. 2017, 23. 3. 2017, 27. 3. 2017, 31. 3. 2017 a 10. 4. 2017, a do Úředního věstníku Evropské unie odesláno dne 22. 12. 2016 pod ev. č. 2016/S 249-158039 ve znění oprav ze dne 18. 1. 2017, 1. 2. 2017, 6. 2. 2017, 9. 2. 2017, 24. 2. 2017, 1. 3. 2017, 20. 3. 2017, 24. 3. 2017, 29. 3. 2017 a 5. 4. 2017, **dopustil přestupku** podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, tím, že při vyřizování námitek podaných stěžovatelem – TEPLO T s.r.o., IČO 25515926, se sídlem Jungmannova 1899, 666 01 Tišnov – dopisem ze dne 15. 3. 2017, které směřovaly proti zadávacím podmínkám citovaného zadávacího řízení, postupoval v rozporu s ustanovením § 245 odst. 1 citovaného zákona, neboť v rozhodnutí ze dne 30. 3. 2017 o námitkách stěžovatele, kterým námitky podle § 245 odst. 3 písm. c) citovaného zákona odmítl, se v odůvodnění výše uvedeného rozhodnutí o námitkách vyjádřil nesrozumitelně k následujícím námitkám stěžovatele ohledně

- o údajného porušení zásad transparentnosti a přiměřenosti uvedených v § 6 citovaného zákona zadavatelem při otevírání obálek, když z ustanovení § 109 citovaného zákona neplyne (oproti § 110 citovaného zákona), jak má zadavatel postupovat při otevírání obálek v elektronické podobě, přičemž stěžovatel současně odkazuje na ustanovení § 10 odst. 1 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, které by se mělo v daném případě s přihlédnutím k postupu podle § 110 citovaného zákona použít,
- o údajného porušení ustanovení § 73 odst. 5 citovaného zákona zadavatelem (obviněným) tím, že v zadávací dokumentaci stanovil neurčitou zadávací podmínku na doložení osvědčení pro provádění oprav vybraných plynových zařízení,

a rovněž se v odůvodnění výše uvedeného rozhodnutí o námitkách vůbec nevyjádřil k následujícím námitkám stěžovatele ohledně

- o skutečnosti, že v jednotlivých minitendrech je zadavatelem (obviněným) vyžadováno držení licence pro výrobu tepelné energie, přičemž v samotných požadavcích na profesní způsobilost předmětný požadavek není, čímž se podle stěžovatele jedná o plánované provedení podstatné změny rámcové dohody,
- o použití vyhláskové účinnosti zdrojů tepla (85 %, příp. 86 %) v zadávací dokumentaci, přičemž je tento postup v rozporu se zákonnou úpravou, konkrétně s rozhodnutím Energetického regulačního Úřadu č. 2/2013 ze dne 1. 11. 2013, čímž zadavatel (obviněný) hodlá fakticky soutěžit pouze výrobní a správní režii,
- o údajného diskriminačního stanovení položky „Oprava a údržba“ a „Nájemné“ v zadávacích podmínkách, když je chybně navázal konkrétní částkou na vyrobené množství tepla, ačkoliv se jedná o náklady hrazené za jednotlivý úkon,
- o skutečnosti, že existuje rozpor ve zveřejněném rozsahu předmětu plnění šetřené zakázky mezi Věstníkem veřejných zakázek (i Úředním věstníkem Evropské unie) a profilem zadavatele (obviněného), přičemž až na profilu zadavatele (obviněného), nikoliv ve Věstníku veřejných zakázek a Úředním věstníku Evropské unie, potenciální dodavatel zjistí, že zadavatel (obviněný) některé bytové domy plánuje privatizovat

(prodat), což mění podmínky pro stanovení nabídkové ceny a jistotu plně po sjednanou dobu.

## II.

Za spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. se obviněnému – Městská část Praha 2, IČO 00063461, se sídlem náměstí Míru 600/20, 120 00 Praha – Vinohrady – 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** od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

## III.

Podle § 79 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 6 odst. 1 vyhlášky č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení, se obviněnému – město Čáslav, IČO 00236021, se sídlem nám. Jana Žižky z Trocnova 1/1, 286 01 Čáslav-Staré Město – **ukládá:**

uhradit **náklady řízení ve výši 1 000 Kč** (jeden tisíc korun českých).

Náklady řízení jsou splatné **do dvou měsíců** od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

## ODŮVODNĚNÍ

### I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Obviněný – Městská část Praha 2, IČO 00063461, se sídlem náměstí Míru 600/20, 120 00 Praha – Vinohrady, v řízení o přestupku zastoupen na základě plné moci ze dne 22. 6. 2018 společností HAVEL & PARTNERS s.r.o., advokátní kancelář, IČO 26454807, se sídlem Na Florenci 2116/15, Nové Město, Praha 1 (dále jen „obviněný“ nebo „zadavatel“) – zahájil podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), otevřené řízení na uzavření rámcové dohody „Energetické služby a dodávky“, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 22. 12. 2016 a ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 27. 12. 2016 pod ev. č. Z2016-007597, ve znění oprav ze dne 23. 1. 2017, 6. 2. 2017, 9. 2. 2017, 13. 2. 2017, 27. 2. 2017, 6. 3. 2017, 23. 3. 2017, 27. 3. 2017, 31. 3. 2017 a 10. 4. 2017, a do Úředního věstníku Evropské unie odesláno dne 22. 12. 2016 pod ev. č. 2016/S 249-158039 ve znění oprav ze dne 18. 1. 2017, 1. 2. 2017, 6. 2. 2017, 9. 2. 2017, 24. 2. 2017, 1. 3. 2017, 20. 3. 2017, 24. 3. 2017, 29. 3. 2017 a 5. 4. 2017 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Zadavatel (obviněný) se nechal ve smyslu ustanovení § 43 zákona zastoupit při výkonu práv a povinností souvisejících se zadávacím řízením na veřejnou zakázku společností – QCM, s.r.o., IČO 26262525, se sídlem Bellova 370/40, 623 00 Brno, Kohoutovice.
3. Předmětem veřejné zakázky podle článku 2 zadávací dokumentace „*je zajištění uzavření rámcové dohody se třemi účastníky, kteří se budou v následujících minutendrech ucházet o uzavření realizačních smluv. Na základě jednotlivých realizačních smluv bude zadavatel zajišťovat správu a komplexní a řádné zajištění výroby energie tepla pomocí soustavy ve*

*vnitřních prostorách budov, na výrobu a rozvod teplé vody a zásobování teplem v souladu s požadavky zákona (...).*

*Zadavatel zajišťuje dodávku tepla a teplé užitkové vody do zhruba 300 nemovitostí, svěřených do jeho správy, prostřednictvím tepelných zařízení – kotelen. V současné době se jedná o 98 kotelen, které byly pořízeny v převážné většině v letech 1993-2000 a které procházejí postupnou modernizací. Přehled kotelen tvoří přílohu č. 1 závazného textu návrhu smlouvy (nebo přílohu č. 1 zadávací dokumentace). Zadavatel plánuje, že pro účely realizace minitenderů a uzavření realizačních smluv budou všechny kotelny rozděleny do skupin (balíčků) a na zajištění správy každého z těchto balíčků bude realizován minitender k výběru dodavatele, jehož nabídka bude v daném minitenderu posouzena jako nejvýhodnější. Zadavatel předběžně předpokládá vznik 3 rozsahem obdobně velkých balíčků.*

*Předmětem veřejné zakázky je uzavření Dohody, na jejímž základě budou zadávány jednotlivé veřejné zakázky na energetické dodávky a služby. Zadavatel bude požadovat poskytnutí zejména následujících služeb:*

- zajištění provozu kotelen;*
- zajištění dodávek všech energií nezbytných pro řádný provoz kotelen;*
- provádění drobných oprav kotelen; za drobné opravy zadavatel považuje opravu, jejíž úhrnná hodnota nepřesáhne 10.000,- Kč bez DPH za rok na jednu kotelnu;*
- poskytování podpory a nezbytné součinnosti při provádění oprav poté, kdy bude u kteréhokoliv z tepelných zdrojů vyčerpána roční finanční částka na tzv. drobné opravy (určená zadavatelem pro každý jednotlivý zdroj tepla), které je povinen na svůj náklad provádět dodavatel a jsou tedy zahrnuty v ceně tepelné energie; náklady za tyto nadlimitní opravy ponese zadavatel;*
- zajištění součinnosti centrální dispečinku dodávek energie tepla a dodávku energie na ohřev teplé vody, provozovanému zadavatelem;“.*

4. Podle zadávací dokumentace stanovil zadavatel předpokládanou hodnotu veřejné zakázky na 183 000 000 Kč bez DPH, přičemž bude podle článku 5 zadávací dokumentace rámcová dohoda uzavřena na dobu určitou, a to na dobu 4 let.
5. Jako základní kritérium hodnocení zvolil zadavatel v článku 9 zadávací dokumentace ekonomickou výhodnost nabídky, přičemž za ekonomicky nejvhodnější nabídku bude v rámci hodnocení považována nabídka s nejnižší nabídkovou cenou bez DPH zpracovanou dle pokynů v bodě 8.3 a 8.6 zadávací dokumentace.
6. Jak vyplývá z dokumentu vysvětlení zadávací dokumentace č. 8 ze dne 5. 4. 2017, resp. z informace zadavatele z téhož dne, lhůta pro doručení nabídek byla zadavatelem stanovena do 9. 5. 2017. Jak dále plyne z protokolu ze dne 9. 5. 2017 o otevírání obálek s nabídkami, doručilo zadavateli ve stanovené lhůtě svoji nabídku celkem 7 uchazečů.
7. Dne 15. 3. 2017 byly zadavateli doručeny stěžovatelem – TEPLO T s. r. o., IČO 25515926, se sídlem Jungmannova 1899, 666 01 Tišnov (dále jen „stěžovatel“) – zdůvodněné námitky z téhož dne směřující proti zadávacím podmínkám předmětného zadávacího řízení.

8. Rozhodnutím ze dne 30. 3. 2017 zadavatel námitky stěžovatele odmítl. Předmětné rozhodnutí bylo stěžovateli doručeno dne 30. 3. 2017.

## II. POSTUP ÚŘADU PŘED ZAHÁJENÍM ŘÍZENÍ O PŘESTUPKU

9. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) jako orgán příslušný podle § 248 zákona k výkonu dozoru 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, a pro zvláštní postupy podle části šesté, obdržel dne 6. 4. 2017 návrh stěžovatele ze dne 5. 4. 2017 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele učiněných v zadávacím řízení na předmětnou veřejnou zakázku. Dne 6. 4. 2017, kdy Úřad návrh obdržel, bylo podle § 249 zákona ve spojení s ustanovením § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele zaevidované Úřadem pod sp. zn. S0132/2017/VZ (dále jen „správní řízení vedené pod sp. zn. S0132/2017/VZ“).
10. Úřad ve správním řízení vedeném pod sp. zn. S0132/2017/VZ rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0132/2017/VZ-17973/2017/512/MHr ze dne 14. 6. 2017 s odkazem na § 263 odst. 5 zákona zrušil rozhodnutí zadavatele ze dne 30. 3. 2017 o námitkách stěžovatele. Předmětné rozhodnutí Úřadu nabylo právní moci dne 30. 6. 2017.
11. Úřad již na tomto místě uvádí, že předmětem správního řízení vedeného pod sp. zn. S0132/2017/VZ nebylo rozhodování o tom, zda se zadavatel v zadávacím řízení na veřejnou zakázku dopustil přestupku ve smyslu § 268 odst. 1 písm. d) zákona či nikoliv. Z uvedeného důvodu má Úřad za to, že řízení o přestupku zahájené vydáním příkazu č. j. ÚOHS-S0025/2018/VZ-17913/2018/512/AKp ze dne 15. 6. 2018 z moci úřední není zatíženo překážkou *res administrata*, z čehož plyne, že ze strany Úřadu nedochází ani k porušení zásady *ne bis in idem*. Úřad v této souvislosti dodává, že charakter správního řízení vedeného na návrh nelze srovnávat s řízením o přestupku zahájeným z moci úřední, jehož výsledkem je konstatování přestupku a uložení sankce. Jak vyplývá z konstantní judikatury správních soudů (viz např. rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 58/2011 ze dne 1. 2. 2013), řízení o návrhu na zahájení správního řízení má povahu kontradiktorního řízení, jehož podstata tkví v posouzení protichůdných zájmů účastníků správního řízení. Předmětem návrhového řízení tedy není posouzení otázky, zda jednání zadavatele naplňuje znaky skutkové podstaty přestupku. S ohledem na posledně uvedené tedy není překážkou, je-li tato otázka řešena samostatně v jiném správním řízení, jehož výsledkem je právě konstatování spáchání přestupku a uložení sankce, přičemž účastníkem tohoto správního řízení je pouze obviněný, jako osoba podezřelá ze spáchání přestupku (srov. § 256 zákona).
12. Pro úplnost lze v této souvislosti rovněž dodat, že v tomto smyslu nedochází ani k popření zásady zákazu dvojího trestání za totéž jednání, resp. za tentýž skutek. Úřad má za to, že jim uložené nápravné opatření svou povahou nelze považovat za trest (sankci) ve smyslu správního trestání. Uvedené vyplývá již ze samotného smyslu nápravného opatření, jehož účelem není zadavatele „potrestat“ ale naopak pouze napravit vzniklý nezákonný stav. Samotné nápravné opatření tak nemá represivní charakter, který je výrazem správního trestání a jehož účelem je postih protiprávního jednání. V této souvislosti lze podpůrně odkázat na závěry vyplývající z rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 29 Af 1/2015 ze dne 17. 1. 2017, kde soud mimo jiné uvedl, že „(l)ze rovněž souhlasit s žalovaným (pozn.

s Úřadem), že jím ukládaná nápravná opatření nejsou projevem správního trestání, a tedy není možné nazírat na souvztažnost výroků žalovaného o porušení zákona zadavatelem a výroku žalovaného o uložení nápravného opatření stejným pohledem jako v případě souvztažnosti výroku žalovaného o spáchání správního deliktu zadavatele a o uložení pokuty zadavateli za takové porušení zákona. (...) Nelze z ničeho dovodit, že by uložení nápravného opatření mělo mít za následek zánik deliktní odpovědnosti zadavatele (či snad popření toho, že k deliktnímu jednání vůbec došlo), pokud je toto deliktní jednání zároveň důvodem pro ono nápravné opatření.“

13. Vzhledem k tomu, že Úřad považoval skutková zjištění z předložených materiálů za dostatečná a považoval za prokázané, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona, zahájil postupem podle § 150 odst. 1 správního řádu řízení o přestupku z moci úřední vydáním příkazu č. j. ÚOHS-S0025/2018/VZ-17913/2018/512/AKp ze dne 15. 6. 2018 (dále také „příkaz“).

14. Ve výroku I. příkazu Úřad rozhodl, že se obviněný dopustil přestupku podle ustanovení § 268 odst. 1 písm. d) zákona tím, že při vyřizování námitek podaných stěžovatelem dopisem ze dne 15. 3. 2017, které směřovaly proti zadávacím podmínkám zadávacího řízení na veřejnou zakázku, postupoval v rozporu s ustanovením § 245 odst. 1 zákona, neboť v rozhodnutí ze dne 30. 3. 2017 o námitkách stěžovatele, kterým námitky podle § 245 odst. 3 písm. c) zákona odmítl, se v odůvodnění výše uvedeného rozhodnutí o námitkách vyjádřil nesrozumitelně k následujícím námitkám stěžovatele ohledně

- údajného porušení zásad transparentnosti a přiměřenosti uvedených v § 6 zákona zadavatelem při otevírání obálek, když z ustanovení § 109 zákona neplyne (oproti § 110 zákona), jak má zadavatel postupovat při otevírání obálek v elektronické podobě, přičemž stěžovatel současně odkazuje na ustanovení § 10 odst. 1 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „občanský zákoník“), které by se mělo v daném případě s přihlédnutím k postupu podle § 110 zákona použít,
- údajného porušení ustanovení § 73 odst. 5 zákona zadavatelem (obviněným) tím, že v zadávací dokumentaci stanovil neurčitou zadávací podmínku na doložení osvědčení pro provádění oprav vybraných plynových zařízení,

a rovněž se v odůvodnění výše uvedeného rozhodnutí o námitkách vůbec nevyjádřil k následujícím námitkám stěžovatele ohledně

- skutečnosti, že v jednotlivých minitendrech je zadavatelem (obviněným) vyžadováno držení licence pro výrobu tepelné energie, přičemž v samotných požadavcích na profesní způsobilost předmětný požadavek není, čímž se podle stěžovatele jedná o plánované provedení podstatné změny rámcové dohody,
- použití vyhláskové účinnosti zdrojů tepla (85 %, příp. 86 %) v zadávací dokumentaci, přičemž je tento postup v rozporu se zákonnou úpravou, konkrétně s rozhodnutím Energetického regulačního Úřadu č. 2/2013 ze dne 1. 11. 2013, čímž zadavatel (obviněný) hodlá fakticky soutěžit pouze výrobní a správní režii,

- údajného diskriminačního stanovení položky „Oprava a údržba“ a „Nájemné“ v zadávacích podmínkách, když je chybně navázal konkrétní částkou na vyrobené množství tepla, ačkoliv se jedná o náklady hrazené za jednotlivý úkon,
- skutečnosti, že existuje rozpor ve zveřejněném rozsahu předmětu plnění šetřené zakázky mezi Věstníkem veřejných zakázek (i Úředním věstníkem Evropské unie) a profilem zadavatele (obviněného), přičemž až na profilu zadavatele (obviněného), nikoliv ve Věstníku veřejných zakázek a Úředním věstníku Evropské unie, potenciální dodavatel zjistí, že zadavatel (obviněný) některé bytové domy plánuje privatizovat (prodat), což mění podmínky pro stanovení nabídkové ceny a jistotu plně po sjednanou dobu.

15. Ve výroku II. příkazu Úřad uložil obviněnému za spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. pokutu ve výši 50 000 Kč splatnou do jednoho měsíce od nabytí právní moci příkazu.

### III. PRŮBĚH ŘÍZENÍ O PŘESTUPKU

16. Úřad vydal dne 15. 6. 2018 příkaz č. j. ÚOHS-S0025/2018/VZ-17913/2018/512/AKp, který byl obviněnému doručen dne 18. 6. 2018. Tímto dnem bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 46 odst. 1 a § 150 odst. 1 správního řádu zahájeno řízení o přestupku z moci úřední.

17. Účastníkem řízení o přestupku je podle § 256 zákona obviněný.

18. Proti uvedenému příkazu podal obviněný dne 25. 6. 2018 odpor ze dne 22. 6. 2018. Podle § 150 odst. 3 správního řádu se podáním odporu příkaz ruší a řízení pokračuje, přičemž lhůty pro vydání rozhodnutí začínají znovu běžet dnem podání odporu.

#### *Odpor obviněného ze dne 22. 6. 2018*

19. Obviněný v rámci daného odporu tvrdil, že *„nebyla naplněna materiální stránka přestupku, která je dána společenskou nebezpečností určitého jednání sankcionovaného zákonem. Dle Úřadu mělo k přestupku dojít vydáním Rozhodnutí o námitkách dne 30. 3. 2017, tj. před účinností novely ZZVZ provedené zákonem č. 183/2017, kterou bylo do ZZVZ promítnuto tzv. formální pojetí přestupku. Podle § 270 odst. 1 ZZVZ, ve znění účinném od 1. 7. 2017, platí, že »má se za to, že čin, který vykazuje formální znaky přestupku podle tohoto zákona, je společensky škodlivý.« Citované ustanovení nicméně nabylo účinnosti až po údajném spáchání přestupku. V době, kdy mělo ke spáchání přestupku dojít, ZZVZ žádné pravidlo o charakteru přestupku z pohledu základů »trestní« odpovědnosti neobsahovalo. Při posuzování předmětného přestupku je proto třeba vycházet z materiálně-formálního pojetí správních deliktů analogického k pojetí trestných činů, které bylo fakticky »kodifikováno« judikaturou správních soudů.“*, přičemž na podporu svých tvrzení obviněný odkazoval na judikaturu Nejvyššího správního soudu.

20. Obviněný také uvedl následující: *„Zadavatel je přesvědčen, že Úřad by měl jednání Zadavatele a jeho intenzitu posuzovat komplexně, a to nikoliv z pohledu jeho potenciálního dopadu, nýbrž z pohledu jeho skutečného (faktického) dopadu na další průběh Zadávacího řízení. Ve vztahu k vytýkanému porušení povinnosti pak musí jednání vykazovat určitou míru společenské škodlivosti, bez ohledu na to, že zákon stricto sensu materiální stránku neupravuje. Ač se Úřad otázkou společenské škodlivosti či nebezpečnosti v Příkazu zabýval, učinil tak až při svém rozhodování o výši trestu (viz body 87 až 90). Dle názoru Zadavatele*

*nicméně v posuzovaném případě existují takové okolnosti, které vylučují, že by byl ohrožen právem chráněný zájem společnosti (a není tedy naplněna materiální stránka přestupku).“*

21. Dále obviněný poukázal na skutečnost, že Úřad zahájil řízení o přestupku v dané věci příkazem, což dle obviněného „snižuje možnost Úřadu zjistit stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a dostát tak zásadě materiální pravdy (...).“ Obviněný taktéž uvedl, že „Úřad nezahájil řízení o přestupku bezprostředně poté, co se o možném porušení ZZVZ dozvěděl, ale k zahájení řízení ve věci údajného spáchání přestupku došlo až s více než ročním odstupem, což jak je Zadavateli známo, není zcela standartní postup.“
22. Obviněný rovněž uvedl, že „v tomto konkrétním případě byl škodlivý následek vytýkaného jednání Zadavatele již eliminován, když
  - a. Úřad v předcházejícím řízení o návrhu Stěžovatele, vedeném pod sp. zn. S0132/2017/VZ, úkon Zadavatele (Rozhodnutí o námitkách) zrušil a na základě tohoto rozhodnutí Úřadu Zadavatel vydal nové rozhodnutí o námitkách, kterým nedostatky původního Rozhodnutí o námitkách napravil, a taktéž uhradil náklady řízení ve výši 30.000,- Kč, a navíc
  - b. Zadávací řízení bylo zrušeno, tudíž cíle podání námitek Stěžovatele bylo dosaženo.“
23. Obviněný v rámci odporu také namítal, že má za to, že byla v daném případě porušena zásada subsidiarity správněprávní represe a v této souvislosti uvedl, že „není dle Zadavatele na místě uplatňovat vůči Zadavateli poté, kdy nápravy bylo dosaženo a navíc požadavku Stěžovatele následným zrušením Zadávacího řízení i fakticky vyhověno, rovněž správněprávní represí ve formě uložení pokuty ze strany Úřadu.“
24. Obviněný dále uvedl, že „(č)asová prodleva mezi návrhovým řízením, v němž bylo o porušení ZZVZ ze strany Zadavatele rozhodnuto, a vydáním Příkazu značně oslabuje účel trestu, jenž je naplňován především prostřednictvím jeho základních funkcí – represivní a preventivní.“
25. Závěrem obviněný uvedl, že „v posuzovaném není naplněna materiální stránka přestupku spočívající ve společenské nebezpečnosti jednání Zadavatele, a proto se Zadavatel domnívá, že by správní řízení z moci úřední vedené se Zadavatelem pod sp. zn. ÚOHS-S0025/2018 mělo být zastaveno. Pokud by Úřad i přes výše uvedené trval na naplnění materiální stránky přestupku, potom se Zadavatel domnívá (i s přihlédnutím ke všem okolnostem, které dle jeho názoru vylučují společenskou škodlivost přestupku), že výše uložené pokuty je nepřiměřená vytýkanému jednání Zadavatele a faktickému dopadu jeho postupu na stav, kterého se Stěžovatel podanými námitkami domáhal. (...) Pokud by tedy Úřad nepřistoupil k zastavení správního řízení, měla by být pokuta s odkazem na všechny výše uvedené skutečnosti i době, která uplynula mezi návrhovým řízením a zahájením správního řízení o spáchání přestupku uložena pouze v symbolické výši.“

*Další průběh řízení o přestupku*

26. Usnesením č. j. ÚOHS-S0025/2018/VZ-19089/2018/512/AKp ze dne 27. 6. 2018 určil Úřad obviněnému lhůtu, ve které byl podle § 36 odst. 1 správního řádu oprávněn navrhopat důkazy a činit jiné návrhy a podle § 36 odst. 2 správního řádu oprávněn vyjádřit v řízení své stanovisko.



27. Dne 29. 6. 2018 Úřad obdržel od obviněného přípis s názvem „Vyjádření zadavatele ve správním řízení“ ze dne 28. 6. 2018.

*Vyjádření obviněného ze dne 28. 6. 2018*

28. V rámci svého vyjádření obviněný uvedl, že „(p)okud jde o vyjádření k zahájenému správnímu řízení a návrh důkazů, odkazuje Zadavatel v plném rozsahu na obsah podaného odporu, v němž předložil konkrétní argumentaci a důkazy svědčící o nenaplnění skutkové podstaty správního deliktu s odkazem na neexistenci jeho materiální stránky, tj. neexistenci společenské škodlivosti.“
29. Obviněný rovněž uvedl, že se dle jeho názoru už v prvotním rozhodnutí o námitkách s každým argumentem stěžovatele vypořádal dostatečně a podrobně, tedy v míře konkrétnosti odpovídající námitkám stěžovatele, a tudíž byl dle obviněného naplněn účel sledovaný zákonem.
30. Obviněný tak setrval na svém návrhu, aby řízení o přestupku zahájené a vedené pod sp. zn. S0025/2018/VZ zastaveno a pro případ, že by se Úřad neztotožnil s tímto návrhem obviněného, tento navrhl, aby pokuta byla „s odkazem na skutečnosti uvedené v Odporu a v tomto vyjádření, jakož i době, která uplynula mezi návrhovým řízením a zahájením správního řízení sp. zn. ÚOHS-S0025/2018, uložena pouze v symbolické výši.“

*Další průběh řízení o přestupku*

31. Usnesením č. j. ÚOHS-S0025/2018/VZ-20187/2018/512/AKp ze dne 11. 7. 2018 určil Úřad obviněnému podle § 261 odst. 3 zákona lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

#### **IV. ZÁVĚRY ÚŘADU**

32. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o zadávacím řízení, odporu obviněného a na základě vlastních zjištění dospěl k následujícím závěrům.
33. Úřad konstatuje, že se obviněný dopustil přestupku podle ustanovení § 268 odst. 1 písm. d) zákona tím, že při vyřizování námitek podaných stěžovatelem dopisem ze dne 15. 3. 2017, které směřovaly proti zadávacím podmínkám zadávacího řízení na veřejnou zakázku, postupoval v rozporu s ustanovením § 245 odst. 1 zákona, neboť v rozhodnutí ze dne 30. 3. 2017 o námitkách stěžovatele, kterým námitky podle § 245 odst. 3 písm. c) zákona odmítl, se v odůvodnění výše uvedeného rozhodnutí o námitkách vyjádřil nesrozumitelně k následujícím námitkám stěžovatele ohledně
- údajného porušení zásad transparentnosti a přiměřenosti uvedených v § 6 zákona zadavatelem při otevírání obálek, když z ustanovení § 109 zákona neplyne (oproti § 110 zákona), jak má zadavatel postupovat při otevírání obálek v elektronické podobě, přičemž stěžovatel současně odkazuje na ustanovení § 10 odst. 1 občanského zákoníku, které by se mělo v daném případě s přihlédnutím k postupu podle § 110 zákona použít,

- o údajného porušení ustanovení § 73 odst. 5 zákona zadavatelem (obviněným) tím, že v zadávací dokumentaci stanovil neurčitou zadávací podmínku na doložení osvědčení pro provádění oprav vybraných plynových zařízení,

a rovněž se v odůvodnění výše uvedeného rozhodnutí o námitkách vůbec nevyjádřil k následujícím námitkám stěžovatele ohledně

- o skutečnosti, že v jednotlivých minitendrech je zadavatelem (obviněným) vyžadováno držení licence pro výrobu tepelné energie, přičemž v samotných požadavcích na profesní způsobilost předmětný požadavek není, čímž se podle stěžovatele jedná o plánované provedení podstatné změny rámcové dohody,
- o použití vyhláškové účinnosti zdrojů tepla (85 %, příp. 86 %) v zadávací dokumentaci, přičemž je tento postup v rozporu se zákonnou úpravou, konkrétně s rozhodnutím Energetického regulačního Úřadu č. 2/2013 ze dne 1. 11. 2013, čímž zadavatel (obviněný) hodlá fakticky soutěžit pouze výrobní a správní režii,
- o údajného diskriminačního stanovení položky „Oprava a údržba“ a „Nájemné“ v zadávacích podmínkách, když je chybně navázal konkrétní částkou na vyrobené množství tepla, ačkoliv se jedná o náklady hrazené za jednotlivý úkon,
- o skutečnosti, že existuje rozpor ve zveřejněném rozsahu předmětu plnění šetřené zakázky mezi Věstníkem veřejných zakázek (i Úředním věstníkem Evropské unie) a profilem zadavatele (obviněného), přičemž až na profilu zadavatele (obviněného), nikoliv ve Věstníku veřejných zakázek a Úředním věstníku Evropské unie, potenciální dodavatel zjistí, že zadavatel (obviněný) některé bytové domy plánuje privatizovat (prodat), což mění podmínky pro stanovení nabídkové ceny a jistotu plně po sjednanou dobu.

34. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

#### **K postavení obviněného jako veřejného zadavatele**

35. Podle ustanovení § 4 odst. 1 písm. d) zákona je veřejným zadavatelem územní samosprávný celek nebo jeho příspěvková organizace.
36. Podle článku 99 zákona č. 1/1993 Sb., Ústavy České republiky, ve znění pozdějších předpisů, se Česká republika člení na obce, které jsou základními územními samosprávnými celky, a kraje, které jsou vyššími územními samosprávnými celky.
37. Podle ustanovení § 3 odst. 1 zákona č. 131/2000 Sb., o hlavním městě Praze, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o hlavním městě Praze“), se hlavní město Praha člení na městské části.
38. Podle ustanovení § 3 odst. 2 zákona o hlavním městě Praze vystupují městské části v rozsahu stanoveném zákonem a Statutem hlavního města Prahy v právních vztazích svým jménem a nesou odpovědnost z těchto vztahů vyplývající.
39. Podle jazykového výkladu § 3 odst. 1 zákona o hlavním městě Praze se hlavní město Praha člení na městské části. Vzhledem k tomu, že obviněný (městská část Praha 2) je částí hlavního města Prahy, které je krajem (vyšším územním samosprávným celkem) a současně i obcí, přičemž současně platí, že městská část vystupuje v právních vztazích svým jménem a

nese odpovědnost z těchto vztahů plynoucí, Úřad dospěl k závěru, že má za prokázané, že došlo k naplnění podmínky uvedené v ustanovení § 4 odst. 1 písm. d) zákona, a pohlíží proto na obviněného jako na veřejného zadavatele. Uvedené ostatně Úřad považuje za nesporné už jen s ohledem na skutečnost, že toto není obviněným nikterak rozporováno.

### **K výroku I. tohoto rozhodnutí**

#### *Relevantní ustanovení zákona*

40. Podle § 6 odst. 1 zákona musí zadavatel při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
41. Podle § 6 odst. 2 zákona ve vztahu k dodavatelům musí zadavatel dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.
42. Podle § 213 odst. 1 zákona zadavatel může použít elektronické nástroje pouze za předpokladu, že použití těchto elektronických nástrojů neporušuje zákaz diskriminace a tyto elektronické nástroje jsou s ohledem na předmět veřejné zakázky obecně dostupné a slučitelné s běžně užívanými informačními a komunikačními technologiemi. Použití elektronického nástroje musí být pro dodavatele bezplatné.
43. Podle § 213 odst. 2 zákona v případě elektronických nástrojů, jejichž prostřednictvím je prováděn příjem nabídek, předběžných nabídek, žádostí o účast, žádostí o zařazení do systému kvalifikace, případně žádostí o účast nebo návrhů v soutěži o návrh, zadavatel zajistí, aby
  - a) mohlo být přesně určeno datum a čas provedení elektronického úkonu podle tohoto zákona,
  - b) před stanovenými lhůtami nikdo neměl přístup k jejich obsahu,
  - c) pouze oprávněné osoby mohly stanovit nebo změnit data pro zpřístupnění doručených údajů,
  - d) během zadávacího řízení nebo soutěže o návrh byl přístup ke všem nebo k části předaných údajů možný pouze na základě předchozího rozhodnutí oprávněných osob,
  - e) rozhodnutí oprávněných osob podle písmene d) mohlo umožnit přístup k předaným informacím nebo dokumentům až po předem stanoveném datu,
  - f) doručené a zpřístupněné informace nebo dokumenty byly přístupné pouze osobám, které jsou oprávněné se s nimi seznamovat, a byly chráněny proti neoprávněnému přístupu třetích osob,
  - g) v případě porušení nebo pokusu o porušení podmínek podle § 213 odst. 2 písm. b) až f) bylo zajištěno, že porušení nebo pokus o porušení budou spolehlivě zjištěné, a
  - h) byla pro elektronické nástroje zajištěna technická podpora a servis v případě poruchy.
44. 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.
45. Podle § 241 odst. 2 zákona námitky podle odstavce 1 se podávají písemně a lze je podat proti

- a) všem úkonům nebo opomenutím zadavatele v zadávacím řízení a zvláštnímu postupu podle části šesté, 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.
46. Podle § 244 odst. 1 zákona v námitkách musí být 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, v námitkách neuvádí, v čem je spatřováno porušení zákona; uvede však popis nápravných opatření, která přijal k obnovení své způsobilosti.
47. Podle § 244 odst. 2 zákona 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.
48. 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 musí být také uvedeno, jaká újma stěžovateli vznikla či hrozí.
49. Podle § 245 odst. 1 zákona 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 vyhová, sdělí v rozhodnutí současně, jaké provede opatření k nápravě.
50. Podle § 245 odst. 3 zákona zadavatel odmítne rovněž námitky, které
- a) nejsou podané oprávněnou osobou podle § 241,
  - b) jsou podány opožděně, nebo
  - c) nesplňují náležitosti podle § 244.
51. Podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona se zadavatel dopustí přestupku tím, že postupuje při vyřizování námitek v rozporu s § 245 odst. 1, 2, 3 nebo 4 zákona.
52. Podle § 268 odst. 2 písm. b) zákona za přestupek podle odstavce 1, nepoužije-li se postup podle odstavce 3, lze uložit pokutu do 20 000 000 Kč, jde-li o přestupek podle odstavce 1 písm. d) zákona.

*Zjištěné skutečnosti z dokumentace o zadávacím řízení*

53. Dne 15. 3. 2017 byly zadavateli doručeny stěžovatelem zdůvodněné námitky z téhož dne směřující proti zadávacím podmínkám zadávacího řízení na veřejnou zakázku.

**Námitky stěžovatele**

54. Stěžovatel ve svých námitkách namítá:

*Námitka č. 1 – CPV-kód*

- V prvním námitkovém bodě údajně chybně zvolený CPV-kód. V souvislosti s chybně zvoleným CPV-kódem stěžovatel namítá i skutečnost, že v jednotlivých minitendrech je zadavatelem vyžadováno držení licence pro výrobu tepelné energie, přičemž v samotných požadavcích na profesní způsobilost nic takového není. Jde tak podle stěžovatele o plánované provedení podstatné změny rámcové dohody.
  - Dále ve vztahu k zadavatelem chybně zvolenému CPV-kódu (správně se má podle stěžovatele jednat o oddíl 71) stěžovatel uvádí, že dochází k porušení základních zásad ve spojení s ustanovením § 114 odst. 3 písm. b) bod 1. zákona, neboť citované ustanovení zakazuje zadavateli stanovit u předmětu poptávaných služeb přiřaditelných do oddílu 71 hlavního slovníku jednotného kvalifikačního systému jako hodnotící kritérium ekonomické výhodnosti „*pouze na základě nejnižší nabídkové ceny*“. V neposlední řadě stěžovatel v souvislosti s chybně zvoleným CPV-kódem vznáší i námitku týkající se ustanovení § 78 odst. 6 zákona, podle něhož není zadavatel oprávněn požadovat ekonomickou kvalifikaci v případě zakázek na služby uvedené v oddílu 71 hlavního slovníku jednotného klasifikačního systému.

#### *Námitka č. 2 – jistota*

- Stěžovatel v druhém námitkovém bodě napadá požadavek zadavatele uvedený v článku 11.4 zadávací dokumentace, ve kterém zadavatel údajně v rozporu s ustanovením § 132 odst. 6 zákona požaduje po účastnících zadávacího řízení na uzavření rámcové poskytnutí jistoty ve výši 1 milionu Kč. Následně stěžovatel doplňuje, že ačkoliv zadavatel tento nezákonný požadavek vysvětlením zadávací dokumentace č. 4 ze dne 17. 2. 2017 (sám) zrušil, neprodloužil však lhůtu pro podání nabídek v souladu s § 57 zákona.

#### *Námitka č. 3 – lhůta pro podání nabídky, způsob poskytnutí*

- V tomto námitkovém bodě stěžovatel nejprve namítá, že měl zadavatel podle § 57 odst. 1 zákona ve spojení s § 96 odst. 2 zákona stanovit lhůtu pro podání nabídek nejméně na 30, resp. 35 dnů, přičemž skutečná lhůta činila pouze „*32 dny a 13 hod.*“ K tomuto stěžovatel dále uvádí, že zadávací dokumentace má být v souladu s § 96 odst. 1 zákona uveřejněna na profilu zadavatele ode dne uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení, k čemuž došlo až dne 27. 12. 2016, avšak v Úředním věstníku Evropské unie bylo oznámení uveřejněno již 24. 12. 2016. Došlo tak ke zkrácení zákonné lhůty. Stěžovatel též brojí proti tomu, že podle jeho názoru není předmětná lhůta „*přiměřená rozsahu a složitosti předmětu plnění*“ veřejné zakázky, neboť se má jednat o velmi rozsáhlou zakázku, což potvrzuje i předpokládaná hodnota 183 milionů Kč.
  - Ve vztahu k času uveřejnění oznámení ve Věstníku veřejných zakázek a Úředním věstníku Evropské unie, tj. ve dnech 27. 12. 2016 a 24. 12. 2016, stěžovatel namítá prvek diskriminace z důvodu víry, neboť se jedná o období vánočních svátků, které jsou ze zákona dny pracovního klidu. Nadto stěžovatel konstatuje i možné porušení § 36 odst. 5 zákona, tzn., nestanovení přiměřené lhůty pro podání nabídek s ohledem na

vyžadované úkony dodavatelů, zvláště když zadavatel nejprve původní termín pro podání nabídek 2. 2. 2017 prodloužil dne 1. 2. 2017, načež následující konec lhůty připadající na 6. 2. 2017 v 13:00 hod. prodloužil cca 0,5 hod. před jeho uplynutím.

- Stěžovatel také namítá i požadavek zadavatele na instalaci zařízení pro dálkový monitoring, neboť mu není známo, o čí majetek se bude jednat a kdo jej zaplatí.
- Závěrem tohoto námitkové bodu stěžovatel konstatuje možné porušení § 36 odst. 1 zákona, neboť se domnívá, že soutěž byla v projednávaném případě ovlivněna již v samotném počátku a jakékoliv prodlužování lhůty pro podání nabídek nemůže tuto skutečnost zhojit, neboť zadavatel již do práv dodavatelů zasáhl.

#### *Námitka č. 4 – trvání vztahu*

- Zde stěžovatel zprvu namítá chybné označení „Rámcová dohoda“ namísto „Rámcová smlouva“, jež je uvedeno ve vzoru výzvy k podání nabídek na základě rámcové dohody. Dále pak namítá stěžovatel i to, že z podmínek rámcové dohody a realizační smlouvy plyne, že „*proběhne soutěž na dobu závazku až 2x 48 měsíců a nikoliv pouze na 48 měsíců, kdy má platit Rámcová dohoda*“, což je v rozporu s § 131 odst. 3 zákona.

#### *Námitka č. 5 – poučení o přezkumném řízení*

- V tomto námitkovém bodu stěžovatel namítá údajné porušení zásady transparentnosti, neboť zadavatel v článku VI.4.3) oznámení o zahájení zadávacího řízení neuvedl „*žádné informace o přezkumném řízení ani subjekt, u kterého lze případně získat informace o přezkumném řízení*“.

#### *Námitka č. 6 – neveřejné otevírání elektronických nabídek*

- Stěžovatel v případě šestého námitkového bodu namítá porušení zásad transparentnosti a přiměřenosti uvedených v § 6 zákona, neboť je toho názoru, že z ustanovení § 109 zákona neplyne (oproti § 110 zákona), jak má zadavatel postupovat při otevírání obálek v elektronické podobě. Zde stěžovatel odkazuje na ustanovení § 10 odst. 1 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, které by se dle jeho názoru mělo použít. Z uvedeného důvodu by se mělo přihlídnout k postupu podle § 110 zákona.

#### *Námitka č. 7 – závazný příslib banky*

- Stěžovatel dále namítá oprávněnost požadavku zadavatele uvedeného v zadávací dokumentaci na závazný příslib banky, jehož platnost musí být po celou dobu zadávací lhůty (3 měsíce) prodloužena o 90 dnů, přičemž zadavatel požaduje i formu jistoty, která v případě bankovní záruky musí být platná nejméně 48 měsíců.
  - Jelikož banka pohlíží na bankovní příslib obdobně jako na bankovní záruku, jedná se podle názoru stěžovatele o požadavek zadavatele, který nemá zákonné opodstatnění, tj. je netransparentní a v rozporu se zásadou přiměřenosti, čímž vytváří neodůvodněnou překážku hospodářské soutěže.

*Námitka č. 8 – uveřejnění odlišných údajů, neurčitost předmět(u) plnění*

- Další námitkou stěžovatel brojí proti údajnému porušení § 212 odst. 8 zákona, když našel rozdíly v uveřejněných informacích ve VVZ a TED a profilem zadavatele. Jde konkrétně o požadavek na jistotu podle § 41 zákona a současně závazný příslib banky, když tyto informace jsou dostupné pouze na profilu zadavatele.
  - Na profilu zadavatele (oproti VVZ a TED) je v zadávací dokumentaci navíc uveden u požadavku odborného týmu požadavek na doložení strukturovaných životopisů členů odborného týmu. Též je na profilu zadavatele (oproti VVZ a TED) požadavek držitele licence na výrobu tepelné energie.
  - Nad rámec shora uvedeného dochází podle stěžovatele na profilu zadavatele k rozšíření předmětu plnění veřejné zakázky o instalaci a zprovoznění dálkového monitoringu, přičemž počítačový terminál má vybrat sám uchazeč. „V této části je předmět plnění“ podle stěžovatele „nejasný, neurčitý a nesrozumitelný, umožňuje více výkladů.“
  - Navíc stěžovatel namítá i skutečnosti, že se v projednávaném případě jedná o uzavření rámcové smlouvy se 3 účastníky, přičemž na profilu zadavatele je u položky „Jedná se o rámcovou dohodu“ vyplněno políčko „NE“ a současně chybí na témže profilu „Evidenční číslo veřejné zakázky ve VVZ“.

*Námitka č. 9 – osvědčení údržbáře*

- V devátém námitkovém bodu stěžovatel namítá porušení § 73 odst. 5 zákona, když zadavatel v zadávací dokumentaci stanovil neurčitou zadávací podmínku na doložení osvědčení pro provádění oprav vybraných plynových zařízení.

*Námitka č. 10 – organizace minitenderů*

- V tomto námitkovém bodu stěžovatel nejprve brojí proti skutečnosti, že až ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 2 zadavatel sdělil, že „plánuje zadat Realizační smlouvy, co nejdříve, předpoklad I.Q/2017“. Podle stěžovatele se tak jedná o podstatnou zadávací podmínku, která měla být známa již v době zahájení zadávacího řízení.
  - Dále stěžovatel namítá, že ze zadávacích podmínek neplyne, zda „lze podat nabídku na jeden, více nebo všechny minitendery“, přičemž závazný příslib banky má být vystaven „na dobu, co sám zadavatel neví, zda nastane.“ Z uvedeného stěžovatel proto dovozuje, že zadavatel nevhodně použil institutu rámcové dohody na předmět veřejné zakázky, pro který není tento institut vhodný. Je tomu tak proto, že zákonodárce zamýšlel použití rámcové dohody na plnění, která se opakují, ale zadavatel neví, kolik plnění bude v jednotlivých obdobích potřebovat, případně se jedná o dynamicky se rozvíjející trh, u kterého cena výrobků rychle klesá. V daném případě však zadavatel ví, jaký objem plnění bude potřebovat.
  - Zadavatel tak podle stěžovatele postupuje v rozporu s § 6 zákona, tj. zásadou transparentnosti a přiměřenosti, ve spojení s § 131 odst. 5 zákona,

neboť musí změnit podmínky v zadávacím řízení na uzavření rámcové dohody.

*Námitka č. 11 – férová soutěž, fixace/zastropování cen*

- Stěžovatel zde namítá skutečnost, že zadavatel v rozporu s § 37 odst. 1 písm. c) zákona stanovil zadávací podmínky nevztahující se k předmětu veřejné zakázky. Jako důvod stěžovatel uvádí, že předmětné zadávací řízení „*není na dodávku paliva (zemního plynu), ale na předmět energetické služby a dodávky.*“ Z uvedeného tedy podle stěžovatele plyne, že lze omezit celkovou nabídkovou cenu zakázky, nikoliv však stanovit omezení pouze jedné položkové ceny kalkulačního vzorce ceny tepla, jak učinil zadavatel v případě cenového stropu 170,- Kč za 1 GJ zemního plynu.
  - Dále stěžovatel namítá, že zadavatel pracuje pouze s toliko vyhláškovou účinností zdrojů tepla (85 %, příp. 86 %), přičemž je tento postup v rozporu se zákonnou úpravou, konkrétně s rozhodnutím Energetického regulačního Úřadu č. 2/2013 ze dne 1. 11. 2013. Zadavatel tak podle stěžovatele hodlá fakticky soutěžit pouze výrobní a správní režii.
  - Stěžovatel také namítá, že není stanoven den zahájení dodávek, nebo ke kterému dni se mají určit výchozí ceny. V uvedeném postupu zadavatele stěžovatel spatřuje vyloučení soutěže pro malé a střední dodavatele (skrytá diskriminace), což odporuje záměru zákonodárce a preambuli evropské směrnice 2014/24 EU ze dne 26. 2. 2016 a vytváření bezdůvodných překážek hospodářské soutěže (§ 36 odst. 1 zákona).
  - V této souvislosti stěžovatel ještě dodává, že zadavatel chybně stanovil položky „Oprava a údržba“ a „Nájemné“, které navázal konkrétní částkou na vyrobené množství tepla. „Nejedná se o variabilní náklady, ale náklady konstantní. Náklady na seřízení a servis hořáků jsou vždy hrazeny za úkon, stejně tak provádění revizí, kontrol, oprav kotlů a ověření měřičů tepla“. Proto stěžovatel považuje tuto zadávací podmínku za diskriminační a nezákonnou.
  - V druhé části tohoto námitkového bodu stěžovatel konstatuje, že v posuzovaném případě zvoleného hodnotícího kritéria nejnižší nabídkové ceny lze stanovit podmínku, že nabídková cena uchazeče nepřekročí předpokládanou hodnotu veřejné zakázky, ale nelze stanovit horní mez ceny pro některou z dílčích rozpočtových položek. Takovýto požadavek je pak podle stěžovatele v rozporu s § 114 odst. 2 ve spojení s § 6 zákona, přičemž může odporovat i institutu mimořádně nízké nabídkové ceny (§ 113 zákona).

*Námitka č. 12 – rozsah předmětu plnění, podstatná změna smlouvy, resp. ceny*

- Stěžovatel v první části tohoto námitkového bodu nejprve namítá, že až na profilu zadavatele, nikoliv ve VVZ a TED, dodavatel v příloze č. 1 rámcové dohody zjistí, že zadavatel některé bytové domy plánuje privatizovat (prodat), což podle stěžovatele „*podstatně mění podmínky pro stanovení nabídkové ceny a vůbec jistotu plnění pro sjednanou dobu.*“ (podle značení stěžovatele bod 12a).



- V druhé části námitkového bodu č. 12 stěžovatel namítá, že zadavatel nepromítl shora uvedenou změnu rozsahu předmětu plnění do mechanismu ujednání změny ceny tepla a pro nakupování množství paliva.
- V závěrečné části pak stěžovatel brojí proti podstatné změně smlouvy, která je v rozporu s § 222 odst. 4 písm. b) bod 1. zákona, když rozsah změny závazku může v případě plnění části první činit až 21,45 % a pro část druhou až 17,41 %.

*Námitka č. 13 – důvody hodné zvláštního zřetele*

- V posledním námitkovém bodě stěžovatel namítá, že zadavatel v článku 11.3 zadávací dokumentace uvedl ve smyslu § 127 odst. 2 písm. d) zákona jako možný důvod hodný zvláštního zřetele „*absenci ekonomicky přijatelných nabídek*“.

55. Rozhodnutím ze dne 30. 3. 2017 zadavatel odmítl námitky stěžovatele. Předmětné rozhodnutí bylo stěžovateli doručeno dne 30. 3. 2017.

**Rozhodnutí zadavatele o námitkách stěžovatele**

56. Zadavatel v rozhodnutí ze dne 30. 3. 2017 o námitkách stěžovatele (dále jen „rozhodnutí o námitkách“), které stěžovatel obdržel téhož dne, uvedl

- K námitkovému bodu č. 1, že souhlasí se stěžovatelem v tom, že je třeba stanovit správný CPV kód, avšak je toho názoru, že „*zakázka je zařazena pod správný CPV kód. CPV kódy, které Stěžovatel navrhuje ve své námitce použít CPV kód 71314000-2 – Energetické služby a související služby nebo 71314200-4 – Správní služby při zabezpečení energie. Zadavatel odmítá názor, že se v daném případě jedná o CPV z oddílu 71 – ARCHITEKTONICKÉ, STAVEBNÍ, TECHNICKÉ A INSPEKČNÍ SLUŽBY, skupina 713 – Technicko-inženýrské služby....* (dále zadavatel cituje obsah činností, které skupina 713 podle dokumentu „CPV 2008 VYSVĚTLIVKY“ obsahuje, pozn. Úřadu) *Stěžovatel sám musí uznat, že provoz kotelen, výroba tepla nespadá pod vysvětlivkami vymezený rámec. Zadavatel nepotřebuje například zpracovat projekt na zateplení kotelen, potřebuje zajistit jejich provoz a výrobu tepla. Zadavatel se neztotožňuje ani s podřazení pod skupinu 093. Předmětem zakázky není pouze dodávka či výroba komodit jako je vytápění či horká voda, ale s tím spojené činnosti – tedy i dodávka rozvod vyrobeného tepla. Navíc vzhledem k nastavenému modelu bude teplo vlastně vyrábět zařízení zadavatele, dodavatel bude zajišťovat obsluhu, dodávku surovin a následné spojené činnosti jako je rozvod vyrobeného tepla. Zadavatel je toho názoru, že oddíl 09 CPV nevystihuje předmět plnění Veřejné zakázky. Ve vysvětlivkách k oddílu 65 se uvádí, že pod oddíl nespádají činnosti uvedené v oddílech 09 a 41. Zadavatel již odpověděl, proč nepovažuje oddíl 09 za vhodný, oddíl 41 se věnuje shromážděné a upravené vodě. Zadavatel tedy je přesvědčen o správnosti svého postupu – hlavní CPV kód byl stanoven správně. Svědčí o tom i poměrně velký zájem dodavatelů o zakázku, který se projevuje například žádostmi o vysvětlení nabídky. Je tedy jasné, že CPV kód byl stanoven správně, protože se subjekty, které běžně podnikají v předmětu Veřejné zakázky, o zakázce dozvěděly.*

*Snaha Stěžovatele je v tomto případě jasně čitelná: Donutit zadavatele k akceptaci CPV kódu z oddílu 71. Tím pádem by zadavatel nemohl zakázku hodnotit v rámci ekonomické výhodnosti nabídky na nejnižší nabídkovou cenu. Tvzení Stěžovatele je taky ryze účelové. Zadavatel je toho názoru, že v dané komoditě je navíc značný veřejný zájem pro získání co největší úspory nákladů spojených s plněním Veřejné zakázky. Postup Zadavatele je každopádně možný – nejedná se o zakázku z oddílu 71 CPV. Stěžovatel dále uvádí, že mají nyní dodavatelé omezenou možnost vyhledání ve Věstníku veřejných zakázek (...). Za to však Zadavatel nemůže, za provoz VVZ odpovídá Ministerstvo pro místní rozvoj. Dodavatele, vč. osoby Stěžovatele, se ale přesto o zakázce dozvěděli. Zadavatel z toho opět vyvozuje, že přes chybějící fulltextové vyhledávání byli schopni dodavatelé zakázku vyhledat na základě CPV kódů.“*

- K námitkovému bodu č. 2, že není pouze jediným subjektem, který má znát zákon a že tuto povinnost mají i dodavatelé. Zadavatel je nadále přesvědčen, že se nejedná o změnu zadávacích podmínek, která by rozšířila okruh potenciálních dodavatelů. Ve vztahu k lhůtě pro podání nabídek pak zadavatel doplňuje, že ta se bude prodlužovat, čímž bude stanovená lhůta delší než původně stanovená.
- K námitkovému bodu č. 3, že není pravdivé tvrzení, že zadávací dokumentace nebyla uvedena na profilu zadavatele a že nebyla uveřejněna včas. Dále pak, že lhůta pro podání nabídek byla dostatečně dlouhá, přičemž ji mohl zadavatel dle § 57 odst. 2 písm. a) zákona zkrátit až o 15 dnů.
  - Ve vztahu k požadavku na instalaci dálkového monitoringu pak zadavatel uvádí, že instalace zařízení je v režii vybraného dodavatele, který služby poskytuje.
  - Argumentaci diskriminací víry považuje zadavatel za úsměvnou, přičemž dodává, že stěžovatel nemohl utrpět žádnou újmu.
- K námitkovému bodu č. 4 to, že opravdu mylně uvedl pojem rámcová dohoda namísto prováděcí smlouvy. Dále však zadavatel námitky stěžovatele nechápe, přičemž dodává, že konkrétní podmínky upřesní ve výzvě k podání nabídek.
- K námitkovému bodu č. 5 skutečnost, že původní verze VVZ (oproti současné) neuváděla poučení, přičemž to nemohlo vést k tomu, že by byl libovolný dodavatel omezen v podání námitek.
- K námitkovému bodu č. 6 následující: *»Demagogické úvahy ohledně nemožnosti neveřejného otevírání nabídek nehodlá Zadavatel rozebírat do hloubky. Zde pouze Zadavatel odkazuje Stěžovatele do komentáře k Zákonu: „Pokud zadavatel obdrží pouze nabídky v elektronické podobě, nekoná se elektronické otevírání nabídek.“<sup>1</sup>«*
- K námitkovému bodu č. 7 nesouhlas s názorem stěžovatele, neboť chce zadavatel předejít situaci, kdy dojde k výběru dodavatele, kterému banka záruku neposkytne.

---

<sup>1</sup>PODEŠVA a kol., *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Zákon o registru smluv. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, str. 456.

- K námitkovému bodu č. 8 tvrzení, že požadavek na předložení životopisů Věstník veřejných zakázek obsahuje. Dále, že zadavatel není povinen požadovat po účastnících všechna oprávnění k podnikání a že není zadavatel povinen uvádět do formuláře VVZ kompletní popis předmětu plnění. Ve vztahu k požadavku na dálkový monitoring zadavatel odkazuje na zadávací podmínky. Chyby zveřejněné na profilu zadavatel (že se nejedná o rámcovou dohodu a špatné evidenční číslo zakázky) zadavatel opravil.
- K námitkovému bodu č. 9 toto: *„Stěžovatel je odborníkem v dané oblasti, takže by měl znát doklady, které potřebuje k provádění činností, které má na základě zadávací dokumentace provádět vybraný dodavatel (zadavatel upřesní označení dokladu v budoucím vysvětlení zadávací dokumentace, pakliže se přesvědčí, že je to potřebné).“*
- K námitkovému bodu č. 10, že nedochází k porušení zákona, neboť je právem zadavatele zvolit typ zadání veřejné zakázky. Délka trvání rámcové dohody je nastavena v závislosti na jejím uzavření.
- K námitkovému bodu č. 11: *„Zadavatel se nadále domnívá, že jím nastavený cenový limit 170 Kč/GJ pro tuto položku je dostatečný (viz i pro uchazeče příznivý mezitímní vývoj ceny komodity – zemního plynu na energetických burzách). S ohledem na pokračování zadávacího řízení, kdy nelze vyloučit opačný (oproti dosavadnímu) vývoj ceny komodity, se zadavatel nicméně rozhodl cenový strop u této nabídkové položky (surovina – zemní plyn) zrušit – dodavatelé při zpracování nabídky nebudou muset přihlížet k cenovému stropu této položky a mohou nabídnout cenu vyšší.“*
- K námitkovému bodu č. 12: *„Dále Stěžovatel protestuje ohledně smluvní podmínky, kdy je Zadavatel oprávněn vyjmout z předmětu plnění část kotelen, v důsledku prodeje nemovitostí. Zadavatel je oprávněn tento požadavek stanovit, musí jako dobrý hospodář zajistit možnost prodeje svých nemovitostí. Stejně tak musí zajistit, aby nebyl nucen platit za plnění, které nebude potřebovat a které neodebere. Z pohledu Zadavatele se tak jedná o obchodní podmínku, kterou dopředu a transparentně stanovuje. Pokud by Zadavatel přistoupil na závěry Stěžovatele, neměl by možnost řádně spravovat svůj majetek a s nemovitostmi prakticky nakládat po dobu trvání jakéhokoliv smluvního vztahu, který se týká předmětu Veřejné zakázky, případně i každého dalšího, který se ke kotelnám váže. V daném případě se určitě nejedná o podstatnou změnu smlouvy – ekonomická rovnováha je zde na straně Zadavatele. § 222 odst. 4 písm. b) bod 1. je třeba vykládat jako cenové navýšení, nikoliv snížení rozsahu předmětu plnění – což je dosti absurdní výklad.“*
- K poslednímu (třináctému) námitkovému bodu, že ekonomické důvody pro zrušení zadávacího řízení mohou spočívat i v tom, že zadavatel obdrží nabídky, které přesáhnou jeho rozpočtové možnosti, příp. že žádná z nabídek nebude reálně odpovídat běžným cenám na trhu.

#### *Právní posouzení*

57. Úřad v obecné rovině uvádí, že námitky jako procesní institut představují primární ochranu dodavatelů před nezákonným postupem zadavatele. Jsou-li námitky podány, je zadavatel

povinen v rozhodnutí o nich uvést, zda námitkám vyhovuje, či je odmítá, a zároveň své rozhodnutí odůvodnit v souladu se zásadou transparentnosti (§ 6 odst. 1 zákona), tedy tak, aby bylo zpětně přezkoumatelné. Úřad v této souvislosti odkazuje na ustálenou judikaturu (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010 č. j. 1 Afs 45/2010 – 159), dle které požadavek transparentnosti „není splněn tehdy, pokud jsou v zadavatelském postupu shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele.“ Tato povinnost zadavatele je pak v § 245 odst. 1 zákona zdůrazněna výslovným požadavkem na to, aby se zadavatel v rozhodnutí o námitkách podrobně a srozumitelně vyjádřil ke všem skutečnostem v nich uvedeným.

58. Přímo ze zákonného ustanovení tedy plyne, že zadavatel své povinnosti ve vztahu k řádně podaným námitkám nesplní, pokud se s nimi vypořádá pouze obecným sdělením, aniž by své rozhodnutí opřel o argumentaci založenou na konkrétních a přezkoumatelných skutečnostech. Za takové (nedostatečné) obecné sdělení je možno např. považovat obecné konstatování, že se namítaného pochybení zadavatel nedopustil, a námitky proto neshledává relevantní. Povinnost podrobně a srozumitelně se vyjádřit ke všem skutečnostem uvedeným v námitkách má zadavatel i v případě zcela nesouvisejících či lichých argumentů stěžovatele, a to v tom smyslu, že musí (konkrétním a zpětně přezkoumatelným způsobem) odůvodnit, proč argumentaci stěžovatele pokládá za nesouvisející, resp. lichou.
59. Podá-li tedy stěžovatel zadavateli námitky, musí se jimi zadavatel zabývat s veškerou pečlivostí. Je tomu tak především proto, že prostřednictvím rozhodnutí o námitkách zadavatel stěžovatele seznamuje se svým pohledem na stěžovatelem vznesené argumenty, což může mít zásadní význam pro rozhodnutí stěžovatele o jeho dalším postupu, tj. zejména též o tom, zda bude proti postupu zadavatele brojit návrhem u Úřadu. V případě, že se stěžovatel rozhodne návrh podat, jsou skutečnosti uvedené v rozhodnutí o námitkách významným podkladem pro náležitou formulaci a odůvodnění takového návrhu. V situaci, kdy zadavatel svůj postup zpochybňovaný námitkami konkrétně nezdůvodňuje, je stěžovatel, chce-li hájit své právo na transparentní postup zadavatele, de facto nucen podávat návrh k Úřadu toliko na základě svých domněnek, tj. aniž by znal argumentaci, na jejímž základě zadavatel pokládá jeho tvrzení za nesprávná či irelevantní.
60. Lze tedy uzavřít, že účelem institutu námitek je, aby se stěžovatel primárně dozvěděl autentický názor zadavatele na veškeré jím vznesené připomínky k jeho postupu v zadávacím řízení. Právě způsob, jakým mají být podané námitky ze strany zadavatele vyřízeny, je z pohledu dodržení zákona zásadní, přičemž tento závěr je zřejmý i ze skutečnosti, že nedodržení postupu zadavatele při vyřizování námitek je v zákoně kvalifikováno jako přestupek ze strany zadavatele. Důležitost institutu námitek a jejich vyřízení tedy vyplývá i z úmyslu zákonodárce sankcionovat zadavatele v případě, že na námitky nebude reagovat způsobem stanoveným zákonem (k tomu srov. ustanovení § 268 odst. 1 písm. d) zákona).
61. V šetřeném případě je v rozhodnutí o námitkách zadavatelem uveden více než jeden důvod k odmítnutí námitek. V přezkoumávaném případě jde o kombinaci důvodů, neboť zadavatel v rozhodnutí o námitkách formálně odkazuje pouze na ustanovení § 245 odst. 3 písm. c) zákona, avšak přitom se s námitkami podle § 245 odst. 2 zákona věcně vypořádává. Uvede-li zadavatel jako důvod pro odmítnutí námitek skutečnost podle § 245 odst. 3 písm. c) zákona, pak v takovém případě lze uvedení tohoto důvodu považovat za „podrobné a srozumitelné“

vyjádření se ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách ve smyslu § 245 odst. 1 zákona pouze tehdy, popíše-li své úvahy o tom, že podané námitky nesplňují náležitosti uvedené v § 244 zákona. Pak je na posouzení Úřadu jako orgánu dozoru, zda bylo možné ze strany zadavatele tento zákonný institut odmítnutí námitek dle § 245 odst. 3 písm. c) zákona využít a nevyjadřovat se tak úplně a srozumitelně k v námitkách uplatněným skutečnostem, jež zpochybňují postup zadavatele např. při stanovení zadávacích podmínek. Jestliže však důvod pro odmítnutí podle § 245 odst. 3 písm. c) zákona dán objektivně není, pak zadavatel nemohl využít (nezákonně využil) formálního odmítnutí námitek podle § 245 odst. 3 písm. c) zákona a musel se zabývat (věcně vypořádat v souladu s § 245 odst. 1 zákona) v námitkách uplatněnými skutečnostmi a výtkami. Jiný postup by dle názoru Úřadu mohl vést k obcházení zákona. Pokud by totiž zadavatel nechtěl námitky vypořádávat, odkazoval by jen na formální důvod uvedený v § 245 odst. 3 písm. c) zákona, přestože ten není dán.

62. S ohledem na výše uvedené se Úřad v šetřeném případě nejprve zabýval tím, zda je naplněn důvod odmítnutí námitek zadavatelem podle § 245 odst. 3 písm. c) zákona. Jak je uvedeno výše, odmítnutí námitek zadavatelem podle ustanovení § 245 odst. 3 písm. c) zákona (zadavatel odmítne námitky, které nesplňují náležitosti podle § 244 zákona) by bylo možno považovat za řádný důvod k odmítnutí námitek (a tím i k nevyjadřování se věcně ke skutečnostem uplatněným v námitkách) pouze v případě, že by byl tento důvod oprávněný, tj. objektivně dán v souladu se zákonem.
63. Z tohoto důvodu se Úřad dále podrobně zabýval tím, zda námitky podané stěžovatelem splňují náležitosti podle § 244 zákona a zda tedy důvod uvedený v rozhodnutí zadavatele o námitkách stěžovatele je objektivně naplněn.

K požadavku zadavatele na formu komunikace

64. S ohledem na výše konstatované se Úřad v šetřeném případě nejprve zabýval otázkou, zda stěžovatel své námitky ze dne 15. 3. 2017 doručené zadavateli prostřednictvím datové schránky, doručil v souladu se zadávacími podmínkami, resp. jestli se jedná o legitimní důvod pro odmítnutí námitek podle zákona. K tomuto Úřad uvádí následující.
65. Ze skutkových zjištění posuzované věci plyne, že zadavatel „obdržel dne 15. 3. 2017 prostřednictvím datové schránky“ (citace z rozhodnutí zadavatele ze dne 30. 3. 2017 o námitkách navrhovatele) námitky stěžovatele, které v souladu s ustanovením § 245 odst. 1 a odst. 3 písm. c) zákona odmítl.
66. Úřad v této věci konstatuje, že nelze souhlasit s odůvodněním odmítnutí námitek stěžovatele, jež zadavatel „spatřuje v porušení podmínky formy komunikace“, neboť jak plyne z ustanovení § 241 zákona ve spojení s § 213 zákona, je základní podmínkou způsobu podání námitek písemná forma. Ústní formu podání námitek zákon nepřipouští. Úřad nahlíží na šetřenou skutečnost tak, že v tomto správním řízení není jeho předmětem posouzení souladu předmětného požadavku na formu komunikace prostřednictvím elektronického nástroje E-ZAK stanoveného v zadávacích podmínkách se zákonem, ale jeho předmětem je zkoumání toho, zda došlo k naplnění účelu ustanovení zákona § 241 a § 244 zákona, které upravují právo dodavatele na podání námitek zadavateli, cítí-li se jeho postupem při zadávání veřejné zakázky krácen na svých právech. Úřad tak má za to, že aniž by musel být nutně vysloven závěr o zákonnosti výše uvedeného požadavku na formu komunikace

zadavatele, je možno s ohledem na skutkové zjištění a nesporná tvrzení stran, že stěžovatel doručil dne 15. 3. 2017 zadavateli prostřednictvím datových schránek zdůvodněné námitky, přičemž je též zřejmé, že tyto byly učiněny písemně, konstatovat, že dodavatel naplnil shora uvedené základní podmínky pro podání námitek.

67. Vzhledem k výše uvedenému Úřad uzavírá, že nelze argumentaci zadavatele týkající se předmětného důvodu pro odmítnutí námitek stěžovatele přijmout, neboť z jazykového, teleologického i systematického výkladu relevantních ustanovení zákona plyne, že námitky jsou základním prostředkem dodavatelů pro jejich ochranu proti postupu zadavatelů, který nesmí být jakkoliv odepírán či (jako v právě projednávaném případě) omezován v případě, jsou-li dodržena ustanovení právních předpisů o jejich formě, neboť by to mělo za následek disproportionci v postavení zadavatele a dodavatele ve prospěch jedné strany (zadavatele). Úřad v této souvislosti konstatuje, že není možné po dodavatelích (i potenciálních) objektivně požadovat, aby své námitky podávali pouze prostřednictvím určitého komunikačního kanálu (v daném případě elektronického nástroje E-ZAK) již ze samotné podstaty věci, neboť pokud by námitky měly směřovat např. proti nesprávně fungujícímu elektronickému nástroji, bylo by tak fakticky zadavatelem vyloučeno jejich podání, a tím zmařen i případný následný efektivní přezkum zadávané veřejné zakázky, který je Česká republika jako členský stát Evropské unie na základě platných směrnic Evropského parlamentu a Rady povinna zajistit.

Ke stěžovatelem tvrzené újmě

68. Ve vztahu k druhému důvodu pro odmítnutí předmětných námitek stěžovatele, a to stěžovatelem neuvedené vzniklé či hrozící újmy, Úřad uvádí následující.
69. Jak uvedl zadavatel ve svém rozhodnutí ze dne 30. 3. 2017 o námitkách stěžovatele, stěžovatel pouze *„zcela vágně označuje, že mu vznikne újma na jeho právech tím, že by neproběhla řádná soutěž“*, přičemž v samotných námitkách stěžovatele ze dne 15. 3. 2017 se uvádí toto: *„(...) vzniká a hrozí újma na našich právech, když by neproběhla řádná, otevřená a férová soutěž.“*
70. Předně je Úřad nucen konstatovat, že újma je pojem zjevně širší než pojem škoda. Újma nemusí a v určitých fázích ani nemůže být přesně vyčíslena, a proto stačí obecné vymezení následku jednání zadavatele vůči stěžovateli. Újma v sobě zahrnuje jak materiální a v daný okamžik vyčíslitelnou škodu, tak škodu, kterou není možné přesně stanovit. Navíc zákonodárce v ustanovení § 241 odst. 1, resp. § 244 odst. 3 zákona připouští i uvedení pouhé potenciality, tj. hrozby újmy na právech eventuálního dodavatele (stěžovatele).
71. Co se týče uvedení újmy jakožto náležitosti návrhu, resp. námitek, tak Úřad odkazuje na aktuální rozhodovací praxi týkající se zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, kterou lze přiměřeně vztáhnout i na vymezení újmy dle zákona, jež se co do obsahového vymezení nezměnila a je zřejmá i kontinuita na úpravu předcházející, a to např. na rozhodnutí předsedy č. j. ÚOHS-R292/2015/VZ-03515/2016/321/EDy ze dne 1. 2. 2016, v němž předseda konstatoval, že *„předmětem správního řízení není zjišťování, zda navrhovateli skutečně vznikla újma nebo zkoumání účelovosti postupu navrhovatele, ale přezkoumání úkonů zadavatele, v nichž navrhovatel spatřuje porušení zákona, v jehož důsledku mu hrozí nebo vznikla újma na jeho právech, tj. i např. újma na právu podat nabídku v zadávacím řízení“*. K tomuto Úřad doplňuje, že v rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 15. 7. 2010, č. j. R158/2009/VZ-10447/2010/310/ASc,

bylo dále konstatováno, že „v zásadě postačí, aby byla újma prokázána aspoň v tom smyslu, že uchazeč ztratil minimálně teoretickou možnost veřejnou zakázku získat“.

72. V intencích posuzované věci pak Úřad dovozuje, že ačkoliv lze přisvědčit zadavateli v tom, že stěžovatel v podaných námitkách nikterak nespécifikuje konkrétní materiální či nemateriální újmu, která by mu měla v důsledku nezákonného postupu zadavatele vzniknout, je možné považovat citovanou formulaci stěžovatele za souladnou se zákonem. Je tomu tak zejména proto, že s ohledem na výše citované závěry předsedy Úřadu uvedené v rozhodnutí ze dne 15. 7. 2010 a rozhodnutí ze dne 1. 2. 2016, Úřad dovozuje, že v důsledku namítaných skutečností dochází podle názoru stěžovatele k zásahu do jeho práv, neboť je důsledkem zadavatelova postupu ohrožena řádnost, otevřenost a férovost zadávacího řízení. Následkem takového jednání pak z logiky věci je, neboť se jedná o potenciálního dodavatele schopného plnit předmět šetřené veřejné zakázky, že stěžovatel ztratil možnost se o zakázku ucházet, resp. tak alespoň ztratil teoretickou možnost předmětnou veřejnou zakázku získat.
73. Na základě shora konstatovaného Úřad považuje předmětnou část podaných námitek ze dne 15. 3. 2017 za dostačující a současně i vyhovující nárokům uvedeným v ustanovení § 244 odst. 3 zákona.
74. Úřad tedy s ohledem na výše uvedené uzavírá, že zadavatel odmítl námitky z důvodu uvedeného v § 245 odst. 3 písm. c) zákona, tj. že nesplňují náležitosti námitek podle § 244 zákona, neoprávněně, neboť tento důvod pro odmítnutí námitek není ve skutečnosti dán. Úřad proto dále posoudil, zda věcné vypořádání námitek, která zadavatel nad rámec svých úvah o samotném splnění náležitostí námitek provedl, splňuje náležitosti ustanovení § 245 odst. 1 zákona.
75. Pro úplnost zde Úřad dodává, že ačkoliv zadavatel šetřené námitky odmítl z důvodu nesplnění náležitostí podle § 244 zákona, což výše Úřad označil za chybné, věcně se vypořádal i s jednotlivými námitkovými body, čímž, v případě, že by nerezignoval na svoji povinnost plynoucí z ustanovení § 245 odst. 1 zákona ve vztahu ke skutečnostem uplatněným v námitkách stěžovatele, mohl toto svoje pochybení zhojit, jestliže by srozumitelně a podrobně odůvodnil ve vztahu ke všem uplatněným skutečnostem, proč tyto nejsou důvodné. Úřad proto následně přistoupil i k posouzení samotného odůvodnění rozhodnutí o námitkách, kterým zadavatel reagoval na skutečnosti uplatněné stěžovatelem v námitkách.
76. Platí totiž, že pokud zadavatel uplatnil jako důvod odmítnutí námitek ten, který je uveden v § 245 odst. 3 písm. c), nezákonně, stíhala jej povinnost se dle § 245 odst. 1 zákona vypořádat se srozumitelně a podrobně se všemi skutečnostmi uplatněnými stěžovatelem v námitkách. Stejně Úřad ostatně postupoval i např. v rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0123/2017/VZ-15529/2017/533/HKu ze dne 19. 5. 2017.
77. Úřad tedy s ohledem na výše uvedené shrnuje, že v šetřeném případě je zřejmé (srov. body 6 a 7 odůvodnění tohoto rozhodnutí), že námitky byly podány s ohledem na lhůtu stanovenou v § 242 odst. 4 zákona včas. Úřad současně dodává, že z výše uvedených zjištění dále vyplývá, že námitky byly podány oprávněnou osobou a obsahovaly rovněž zákonem předepsané náležitosti. S ohledem na tyto skutečnosti měl zadavatel povinnost námitky postupem podle § 245 odst. 1 a násl. zákona náležitě vyřídit, o čemž měl písemnou formou v zákonem stanovené lhůtě informovat stěžovatele. V šetřeném případě je nutné zdůraznit,

že pro splnění povinnosti zadavatele stanovené v § 245 odst. 1 zákona bylo ze strany zadavatele nutné o námitkách rozhodnout tak, aby byl věcně vyčerpán a vyargumentován celý obsah námitek. Právě způsob, jakým mají být podané námitky ze strany zadavatele vyřízeny, tj. zda byly vyřízeny v plném rozsahu, je z pohledu dodržení zákona zásadní.

78. Úřad tedy s ohledem na právě řečené přistoupil k posouzení toho, zda rozhodnutí zadavatele o námitkách stěžovatele ob stojí v testu zákonnosti ve smyslu § 245 odst. 1 zákona, tedy, zda se zadavatel v rozhodnutí o námitkách vyjádřil podrobně a srozumitelně ke všem skutečnostem v námitkách. Úřad v uvedeném smyslu porovnal námitky s rozhodnutím o námitkách a dále shrnuje jednotlivé konkrétní aspekty námitek, přičemž je porovnává s obsahem rozhodnutí o námitkách.

K nepřezkoumatelnosti odůvodnění v rozhodnutí o námitkách pro nesrozumitelnost

79. Úřad nejprve přistoupil k posouzení srozumitelnosti odůvodnění, které zadavatel uvedl ve svém rozhodnutí o námitkách stěžovatele ze dne 15. 3. 2017.
80. Stěžovatel v námitce č. 6 namítá porušení zásady transparentnosti a přiměřenosti uvedené v § 6 zákona, když z ustanovení § 109 zákona neplyne (oproti § 110 zákona), jak má zadavatel postupovat při otevírání obálek v elektronické podobě, přičemž stěžovatel současně odkazuje na ustanovení § 10 odst. 1 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, které by se mělo v daném případě s přihlédnutím k postupu podle § 110 zákona použít.
81. Ze skutkových zjištění, která Úřad v právě posuzovaném případě učinil (viz bod 54. odůvodnění tohoto rozhodnutí – odrážka týkající se námitek č. 6), plyne ve vztahu k námitce týkající se (ne)možnosti veřejného otevírání elektronických nabídek, že zadavatel nesplnil podmínku srozumitelnosti, když v odůvodnění příslušné části rozhodnutí o námitkách pouze odkázal stěžovatele do komentáře k zákonu (PODEŠVA a kol., *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Zákon o registru smluv. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, str. 456) s doplněním o citaci, která je naprosto bezobsažná. Tvzení, že v případě, kdy zadavatel obdrží nabídky pouze v elektronické podobě, „*nekoná se elektronické otevírání nabídek*“, je nejenže naprosto mylné a v rozporu s ustanovením § 109 zákona, ale navíc vnáší do samotné argumentace zadavatele podstatný prvek nepochopitelnosti a nesrozumitelnosti. Úřadu pak zůstává otázkou, jak by se zadavatel s obsahem nabídek vypořádal (provedl posouzení a hodnocení), pokud by se s jejich obsahem neseznámil.
82. Nad rámec výše uvedeného Úřad provedl i porovnání citované části odůvodnění s komentářem, neboť na něj zadavatel v textu rozhodnutí odkazuje, a dodává, že ačkoliv jistě není podmínkou potenciálního dodavatele (stěžovatele) vlastnit předmětný komentář, dozvěděl by se, že zadavatel není schopen správně opsat text „*nekoná se veřejné otevírání nabídek*.“ O to většího prvku nesrozumitelnosti pak předmětné odůvodnění v této části nabývá, když jsou z něj patrné (možné) dva výstupy, přičemž pozorný čtenář nemůže vědět, pro který se rozhodnout. Zda pro ten uvedený v textu samotného rozhodnutí o námitkách, nebo pro ten uvedený v textu komentáře.
83. Vzhledem ke shora konstatovanému Úřad dodává, že předmětná část odůvodnění rozhodnutí o námitkách týkající se otevírání elektronických nabídek je z důvodu své nesrozumitelnosti učiněna v rozporu s ustanovením § 245 odst. 1 zákona.



84. V devátém námitkovém bodu stěžovatel namítá porušení § 73 odst. 5 zákona, když zadavatel v zadávací dokumentaci stanovil neurčitou zadávací podmínku na doložení osvědčení pro provádění oprav vybraných plynových zařízení.
85. Úřad uvádí, že argumentace zvolená zadavatelem týkající se námitky stěžovatele č. 9, tj. (ne)určitosti požadavku na osvědčení údržbáře, taktéž nespĺňuje požadavek srozumitelnosti ukotvený v ustanovení § 245 odst. 1 zákona. Je tomu tak proto, že odůvodnění, které zadavatel zvolil (*„Stěžovatel je odborníkem v dané oblasti, takže by měl znát doklady, které potřebuje k provádění činností, které má na základě zadávací dokumentace provádět vybraný dodavatel (zadavatel upřesní označení dokladu v budoucím vysvětlení zadávací dokumentace, pakliže se přesvědčí, že je to potřebné).“*) je ve světle úvah Úřadu vlivem obsahu samotné závorky vnitřně rozporné, a jako takové neplní svůj účel. Zadavatel na jednu stranu konstatuje, že stěžovatel je odborníkem v dané oblasti a měl by znát doklady potřebné k plnění předmětu veřejné zakázky, na straně druhé však uvádí, že uzná-li to za vhodné, upřesní označení dokladu v budoucím vysvětlení zadávací dokumentace. Stěžovateli se tak podle názoru Úřadu nedostalo konkrétní zpětné vazby, neboť nemá najisto postaveno, jestli se svoji námitkou úspěšl či nikoliv, když sám zadavatel připouští, že stěžovatelem napadaný postup zadavatele by mohl být problematický.
86. Úřad na základě uvedených důkazů dospěl k závěru, že i část odůvodnění rozhodnutí o námitkách týkající se námitky č. 9 (osvědčení údržbáře) je pro svoji vnitřní rozpornost nesrozumitelná a tedy učiněna v rozporu s ustanovením § 245 odst. 1 zákona.
- K nepřezkoumatelnosti odůvodnění rozhodnutí o námitkách pro nedostatek důvodů
87. Poté co Úřad přezkoumal věcnost a především srozumitelnost argumentace, kterou zadavatel odůvodnil své rozhodnutí o námitkách stěžovatele, přistoupil Úřad i k posouzení toho, zda se zadavatel ve svém odůvodnění vypořádal se všemi skutečnostmi, které stěžovatel v námitkách ze dne 15. 3. 2017 uvedl.
88. Úřad předně připouští, že je nepochybné, že v určitých případech eventuální vyšší míra obecnosti či ne zcela jasně vymezené dílčí argumenty v námitkách do jisté míry předurčují rozsah a podrobnost rozhodnutí o nich.
89. V právě posuzovaném případě pak jistě platí, že obsah námitek stěžovatele je velmi špatně „čitelný“, až nekonzistentní. To však není důvodem pro to, aby byly dílčí námitky stěžovatele přehlíženy či dokonce nevypořádaný, či aby zadavatel rezignoval na jejich srozumitelné a úplné odůvodnění (byť například velmi krátké a stručné s ohledem na povahu námitek).
90. Úřad uvádí, že se zadavatel v rozhodnutí ze dne 30. 3. 2017 o námitkách stěžovatele vůbec nevypořádal s dílčí námitkou uvedenou v námitkovém bodě č. 1 (všechny námitky stěžovatele jsou uvedeny pod bodem 54. odůvodnění tohoto rozhodnutí), která se týká absence požadavku vlastnit licenci pro výrobu tepelné energie v profesních požadavcích, ačkoliv je vyžadován v jednotlivých minitendrech.
91. Dále se pak zadavatel nevypořádal s dílčí námitkou uvedenou v rámci námitky č. 11 týkající použití vyhláskové účinnosti zdrojů tepla, což má podle stěžovatele odporovat rozhodnutí Energetického regulačního Úřadu ze dne 1. 11. 2013, a s dílčí námitkou zabývající se požadavkem na ocenění položek „Oprava a údržba“ a „Nájemné“.

92. V neposlední řadě se zadavatel opomněl vyjádřit i k dílčí námitce stěžovatele uvedené v rámci námítky č. 12 označené stěžovatelem bodem 12a, jež se týká rozporu mezi uveřejněním předmětu plnění veřejné zakázky mezi Věstníkem veřejných zakázek včetně Úředního věstníku Evropské unie a profilem zadavatele.
93. Úřad proto konstatuje, že s ohledem na výše uvedené je rozhodnutí zadavatele ze dne 30. 3. 2017 o námitkách stěžovatele učiněno v rozporu s § 245 odst. 1 zákona, tj. je nepřezkoumatelné i pro nedostatek důvodů.
94. Úřad k postupu při vyřizování námitek podle § 245 odst. 1 zákona dodává, že zadavatel se musí nejen vypořádat se všemi námitkami uplatněnými stěžovatelem, ale rozhodnutí o námitkách musí též řádně tj. podrobně odůvodnit, a to ve vztahu ke každé v námitkách uvedené skutečnosti. Rozhodnutí o námitkách musí být odůvodněno přezkoumatelným způsobem, musí být srozumitelné a opřené o relevantní důvody. I kdyby zadavatel považoval některou namítanou skutečnost za irelevantní či se zadávacím řízením nesouvisející, je třeba se i s takovou námitkou vypořádat a zaujmout k ní stanovisko, i kdyby mělo být takové, že námitka se zadávacím řízením nesouvisí, že k namítanému jednání vůbec nedošlo, apod. Nedostatečné odůvodnění rozhodnutí o námitkách způsobuje jeho nepřezkoumatelnost.
95. Úřad uzavírá, že účelu institutu námitek, tzn., aby se stěžovatel dozvěděl autentický názor zadavatele na veškeré jím vznesené připomínky k jeho postupu v zadávacím řízení, tedy v šetřeném případě nebylo dosaženo. Úřad konstatuje, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky z důvodů uvedených výše nedodržel postup pro vyřizování námitek stanovený v § 245 odst. 1 zákona tím, že se v odůvodnění rozhodnutí ze dne 30. 3. 2017 o námitkách stěžovatele v rámci své argumentace nevyjádřil k některým skutečnostem uvedeným v námitkách stěžovatele ze dne 15. 3. 2017 (specifikovány viz výše) srozumitelně a k některým se nevyjádřil vůbec.

Ke spáchání přestupku dle § 268 odst. 1 písm. d) zákona

96. Podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona se zadavatel dopustí přestupku tím, že postupuje při vyřizování námitek v rozporu s § 245 odst. 1, 2, 3 nebo 4 zákona.
97. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že se zadavatel při zadávání veřejné zakázky dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona tím, že při vyřizování námitek podaných stěžovatelem dopisem ze dne 15. 3. 2017, které směřovaly proti zadávacím podmínkám zadávacího řízení na veřejnou zakázku, postupoval v rozporu s ustanovením § 245 odst. 1 zákona, neboť v rozhodnutí ze dne 30. 3. 2017 o námitkách stěžovatele, kterým námitky podle § 245 odst. 3 písm. c) zákona odmítl, se v odůvodnění rozhodnutí o námitkách vyjádřil nesrozumitelně k následujícím námitkám stěžovatele ohledně
- porušení zásady transparentnosti a přiměřenosti uvedené v § 6 zákona, když z ustanovení § 109 zákona neplyne (oproti § 110 zákona), jak má zadavatel postupovat při otevírání obálek v elektronické podobě, přičemž stěžovatel současně odkazuje na ustanovení § 10 odst. 1 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, které by se mělo v daném případě s přihlédnutím k postupu podle § 110 zákona použít,

- o porušení ustanovení § 73 odst. 5 zákona, když zadavatel (obviněný) v zadávací dokumentaci stanovil neurčitou zadávací podmínku na doložení osvědčení pro provádění oprav vybraných plynových zařízení,

a rovněž se v odůvodnění rozhodnutí o námitkách vůbec nevyjádřil k následujícím námitkám stěžovatele ohledně

- o skutečnosti, že v jednotlivých minitendrech je zadavatelem (obviněným) vyžadováno držení licence pro výrobu tepelné energie, přičemž v samotných požadavcích na profesní způsobilost předmětný požadavek není, čímž se podle stěžovatele jedná o plánované provedení podstatné změny rámcové dohody,
- o použití vyhláškové účinnosti zdrojů tepla (85 %, příp. 86 %) v zadávací dokumentaci, přičemž je tento postup v rozporu se zákonnou úpravou, konkrétně s rozhodnutím Energetického regulačního Úřadu č. 2/2013 ze dne 1. 11. 2013, čímž zadavatel (obviněný) hodlá fakticky soutěžit pouze výrobní a správní režii,
- o diskriminačního stanovení položky „Oprava a údržba“ a „Nájemné“ v zadávacích podmínkách, když je chybně navázal konkrétní částkou na vyrobené množství tepla, ačkoliv se jedná o náklady hrazené za jednotlivý úkon,
- o skutečnosti, že existuje rozpor ve zveřejněném rozsahu předmětu plnění šetřené zakázky mezi Věstníkem veřejných zakázek (i Úředním věstníkem Evropské unie) a profilem zadavatele (obviněného), přičemž až na profilu zadavatele (obviněného), nikoliv ve Věstníku veřejných zakázek a Úředním věstníku Evropské unie, potenciální dodavatel zjistí, že zadavatel (obviněný) některé bytové domy plánuje privatizovat (prodat), což mění podmínky pro stanovení nabídkové ceny a jistotu plně po sjednanou dobu.

98. K argumentaci obviněného, kterou uvedl v rámci svého odporu, kdy tvrdil, že „nebyla naplněna materiální stránka přestupku, která je dána společenskou nebezpečností určitého jednání sankcionovaného zákonem. Dle Úřadu mělo k přestupku dojít vydáním Rozhodnutí o námitkách dne 30. 3. 2017, tj. před účinností novely ZZVZ provedené zákonem č. 183/2017, kterou bylo do ZZVZ promítnuto tzv. formální pojetí přestupku. Podle § 270 odst. 1 ZZVZ, ve znění účinném od 1. 7. 2017, platí, že »má se za to, že čin, který vykazuje formální znaky přestupku podle tohoto zákona, je společensky škodlivý.« Citované ustanovení nicméně nabylo účinnosti až po údajném spáchání přestupku. V době, kdy mělo ke spáchání přestupku dojít, ZZVZ žádné pravidlo o charakteru přestupku z pohledu základů »trestní« odpovědnosti neobsahovalo. Při posuzování předmětného přestupku je proto třeba vycházet z materiálně-formálního pojetí správních deliktů analogického k pojetí trestných činů, které bylo fakticky »kodifikováno« judikaturou správních soudů.“ a dále, že „je přesvědčen, že Úřad by měl jednání Zadavatele a jeho intenzitu posuzovat komplexně, a to nikoliv z pohledu jeho potenciálního dopadu, nýbrž z pohledu jeho skutečného (faktického) dopadu na další průběh Zadávacího řízení. Ve vztahu k vytýkanému porušení povinnosti pak musí jednání vykazovat určitou míru společenské škodlivosti, bez ohledu na to, že zákon *stricto sensu* materiální stránku neupravuje. Ač se Úřad otázkou společenské škodlivosti či nebezpečnosti v Příkazu zabýval, učinil tak až při svém rozhodování o výši trestu (viz body 87 až 90). Dle názoru Zadavatele nicméně v posuzovaném případě existují takové okolnosti, které vylučují, že by byl ohrožen právem chráněný zájem společnosti (a není tedy naplněna materiální stránka

*přestupku).“ a v této souvislosti také, že „v tomto konkrétním případě byl škodlivý následek vytýkaného jednání Zadavatele již eliminován, když*

*a. Úřad v předcházejícím řízení o návrhu Stěžovatele, vedeném pod sp. zn. S0132/2017/VZ, úkon Zadavatele (Rozhodnutí o námitkách) zrušil a na základě tohoto rozhodnutí Úřadu Zadavatel vydal nové rozhodnutí o námitkách, kterým nedostatky původního Rozhodnutí o námitkách napravil, a taktéž uhradil náklady řízení ve výši 30.000,- Kč, a navíc*

*b. Zadávací řízení bylo zrušeno, tudíž cíle podání námitek Stěžovatele bylo dosaženo.“,*

Úřad uvádí následující.

99. Předně Úřad nijak nerozporuje tvrzení obviněného ohledně skutečnosti, že přestupek byl v posuzovaném případě obviněným spáchán před nabytím účinnosti novely zákona provedené zákonem č. 183/2017, již bylo do zákona promítnuto tzv. formální pojetí přestupku, z čehož zároveň vyplývá, že je nutné se při posuzování daného přestupku rovněž zabývat materiální stránkou, tedy společenskou nebezpečností, resp. škodlivostí daného přestupku.
100. K posouzení společenské škodlivosti přestupku (tedy jeho závažnosti) Úřad uvádí, že v řešeném případě vzhledem k účelu institutu námitek, kterým je ochrana dodavatelů před nezákonným postupem zadavatele a také vzhledem k výše uvedenému spočívá společenská škodlivost přestupku obviněného ve ztížení, resp. narušení ochrany stěžovatele před nezákonným postupem zadavatele (obviněného) způsobeném zčásti absentujícím a zčásti nesrozumitelným odůvodněním postoje zadavatele (obviněného) k námitkám stěžovatele uvedeném v rozhodnutí o námitkách ze dne 30. 3. 2017. Dále Úřad uvádí, že stupeň společenské škodlivosti přestupku (tedy závažnosti) je dán konkrétní intenzitou naplnění znaků skutkové podstaty přestupku. Při posuzování závažnosti přestupku tedy není hlavním kritériem jeho skutková podstata, ale intenzita skutkových okolností, s jakou došlo k porušení právem chráněných hodnot a zájmů v konkrétním případě. Je proto nutno hodnotit nejen jaké následky byly přestupkem způsobeny, ale také jakou měly intenzitu (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 106/2012 ze dne 6. 6. 2013).
101. V řešeném případě se obviněný i přes povinnost jasně danou zákonem, tj. povinnost přezkoumat a vyřídit veškeré námitky proti jeho postupu v zadávacím řízení, nevyjádřil k některým námitkám stěžovatele uvedeným v námitkách stěžovatele ze dne 15. 3. 2017 srozumitelně a k některým námitkám stěžovatele se nevyjádřil vůbec (všechny námitky jsou specifikovány pod bodem 54. odůvodnění tohoto rozhodnutí), přičemž vzhledem k účelu institutu námitek, tj. ochrana dodavatelů před nezákonným postupem zadavatele, nelze dané pochybení obviněného hodnotit jako marginální. Následkem protiprávního jednání tak bylo, že se stěžovatel nedozvěděl ke skutečnostem obsaženým v námitkách buď žádný relevantní argument ze strany zadavatele, nebo mu bylo ze strany zadavatele prezentováno vyjádření, které, jak bylo prokázáno výše, nelze považovat za vyjádření srozumitelné. Stěžovatel neměl jinou možnost než podat návrh bez znalosti konkrétní argumentace zadavatele. Jednáním obviněného tak nebyl naplněn základní účel námitek, tedy odůvodnění postoje zadavatele k námitkám stěžovatele. Následkem nevyřízení předmětné části námitek tak byl v šetřeném případě výše uvedený „informační deficit“ na straně stěžovatele zásadní a přestupek zadavatele tak má přímý dopad na řádný průběh zadávacího řízení, přičemž to byl

právě stěžovatel, kdo musel přezkum úkonu zadavatele před Úřadem iniciovat, resp. byl v této souvislosti povinen složit nemalou finanční částku jako kauci. Z uvedeného důvodu se proto nemůže v žádném případě jednat pouze o přestupek nízké závažnosti. Pro úplnost Úřad dodává, že z hlediska intenzity zásahu do právem chráněného zájmu se však současně nejedná ani o nejzávažnější porušení zákona ze strany obviněného. V daném případě nelze dovodit, že by obviněný zcela rezignoval na posouzení všech námitek, resp. nelze dovodit, že by obviněný námítky jako celek zcela ignoroval.

102. Úřad také dodává, že dopad uvedeného jednání obviněného (tedy zčásti absentující a zčásti nesrozumitelné odůvodnění postoje obviněného k námítkám stěžovatele uvedené v rozhodnutí o námítkách ze dne 30. 3. 2017), které Úřad shledal v rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0132/2017/VZ-17973/2017/512/MHr ze dne 14. 6. 2017, jež nabylo právní moci dne 30. 6. 2017, v rozporu s § 245 odst. 1 zákona a zrušil rozhodnutí zadavatele ze dne 30. 3. 2017 o námítkách stěžovatele, nebyl potenciální, nýbrž prokazatelně mělo uvedené jednání obviněného už s ohledem na správní řízení zahájené dne 6. 4. 2017 na návrh ze dne 5. 4. 2017 a vedené pod sp. zn. S0132/2017/VZ (dále jen „správní řízení vedené pod sp. zn. S0132/2017/VZ“) skutečný dopad na další průběh zadávacího řízení na veřejnou zakázku, který byl s ohledem na výše uvedené jednáním obviněného značně ztížen.
103. Tvrzení obviněného, že škodlivý následek daného přestupku byl následně dle slov obviněného eliminován tím, že obviněný vydal nové rozhodnutí o námítkách a uhradil náklady řízení a taktéž tím, že zadávací řízení bylo následně zrušeno, Úřad považuje za naprosto lichá.
104. V této souvislosti Úřad uvádí, že zrušením rozhodnutí o námítkách ze dne 30. 3. 2017 a uhrazením nákladů řízení ve výši 30 000,- Kč obviněný pouze splnil povinnosti, jež mu byly uloženy rozhodnutím Úřadu č. j. ÚOHS-S0132/2017/VZ-17973/2017/512/MHr ze dne 14. 6. 2017 vydaném ve správním řízení vedeném pod sp. zn. S0132/2017/VZ, jehož předmětem nebylo rozhodování o tom, zda se obviněný v zadávacím řízení na veřejnou zakázku dopustil přestupku ve smyslu § 268 odst. 1 písm. d) zákona či nikoliv. Úřad v této souvislosti opakovaně dodává, že charakter správního řízení vedeného na návrh nelze srovnávat s řízením o přestupku zahájeným z moci úřední, jehož výsledkem je konstatování přestupku a uložení sankce. Jak vyplývá z konstantní judikatury správních soudů (viz např. rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 58/2011 ze dne 1. 2. 2013), řízení o návrhu na zahájení správního řízení má povahu kontradiktorního řízení, jehož podstata tkví v posouzení protichůdných zájmů účastníků správního řízení. Předmětem návrhového řízení tedy není posouzení otázky, zda jednání zadavatele naplňuje znaky skutkové podstaty přestupku.
105. Dále co se týče obviněným tvrzené skutečnosti, že zrušil zadávací řízení na veřejnou zakázku, Úřad sice nepopírá, že tímto krokem obviněného bylo cíle podání námitek stěžovatele dosaženo, nicméně dle názoru Úřadu ani tato skutečnost nemá vliv na společenskou škodlivost daného přestupku obviněného. Jak již Úřad uvedl výše, v posuzovaném případě spočívá společenská škodlivost daného přestupku obviněného ve ztížení (narušení) ochrany stěžovatele před nezákonným postupem zadavatele (obviněného), z čehož logicky vyplývá, že zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku, které nastalo poté, co obviněný splnil povinnosti, jež mu byly uloženy pravomocným rozhodnutím Úřadu č. j. ÚOHS-S0132/2017/VZ-17973/2017/512/MHr ze dne 14. 6. 2017, tj. poté, co se stěžovatel své

ochrany před nezákonným postupem obviněného „ztíženě“ domohl, již nemůže mít žádný vliv na společenskou škodlivost přestupku.

106. Dále obviněný poukázal na skutečnost, že Úřad zahájil řízení o přestupku v dané věci příkazem, což dle obviněného „snižuje možnost Úřadu zjistit stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a dostát tak zásadě materiální pravdy (...).“ Obviněný taktéž uvedl, že „Úřad nezahájil řízení o přestupku bezprostředně poté, co se o možném porušení ZZVZ dozvěděl, ale k zahájení řízení ve věci údajného spáchání přestupku došlo až s více než ročním odstupem, což jak je Zadavateli známo, není zcela standartní postup.“ a dále dodal, že „(č)asová prodleva mezi návrhovým řízením, v němž bylo o porušení ZZVZ ze strany Zadavatele rozhodnuto, a vydáním Příkazu značně oslabuje účel trestu, jenž je naplňován především prostřednictvím jeho základních funkcí – represivní a preventivní.“ Úřad k tomuto následující.
107. K zahájení řízení o přestupku příkazem Úřad uvádí, že v posuzovaném případě považoval skutková zjištění za dostatečná, tudíž využil možnosti mu dané zákonem, konkrétně v § 150 odst. 1 správního řádu ve spojení s § 90 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (dále jen „zákon o přestupcích“), a rozhodl o přestupku příkazem, přičemž příkaz byl v dané věci prvním úkonem v řízení o přestupku. Úřad dále připomíná, že dle § 150 odst. 3 správního řádu může ten, jemuž se povinnost ukládá (tj. v dané věci obviněný), podat odpor ve lhůtě 8 dnů ode dne oznámení příkazu. Podáním odporu se příkaz ruší a řízení pokračuje, přičemž této možnosti v dané věci obviněný využil a ve stanovené lhůtě odpor proti příkazu podal, příkaz se tedy zrušil a řízení o přestupku pokračuje. Úřad také uvádí, že cílem Úřadu je vždy zjistit stav věci tak, že o něm nejsou důvodné pochybnosti a v případě zahájení řízení příkazem toto platí dvojnásob, jelikož má ten, jemuž se příkazem povinnost ukládá, pouze 8 dní k podání opravného prostředku, tedy odporu a navíc si je Úřad vědom skutečnosti, že v případě podání odporu a následného pokračování řízení by byly případné nedostatky v zjištěném stavu věci jistě objeveny, tudíž požadavky na zjištěný stav věci jsou v případě zahájení řízení příkazem daleko vyšší. Úřad tak odmítá náznaky obviněného, že by se Úřad zahájením řízení prostřednictvím příkazu snažil zakrýt nedostatky ve zjištěném stavu věci a setrvává na již výše uvedeném, tedy že v posuzovaném případě považoval skutková zjištění za dostatečná, tudíž nic nebránilo využití možnosti zahájit řízení o přestupku příkazem jakožto prvním úkonem v daném řízení.
108. K další části argumentace obviněného týkající se jím tvrzené časové prodlevy Úřad bez polemizování nad tím, co si obviněný představuje pod standartním postupem Úřadu, uvádí, že nepopírá vznik jisté časové prodlevy mezi řízením o návrhu vedeném pod sp. zn. S0132/2017/VZ a daným řízením o přestupku představující zhruba rok, nicméně Úřad dále uvádí, že v dané věci postupuje zcela v souladu se zákonem. Podle § 270 odst. 5 zákona činí promlčecí doba 5 let, přičemž podle odst. 6 písm. a) téhož ustanovení zákona se promlčecí doba přerušuje oznámením o zahájení řízení o přestupku. Dále podle § 31 odst. 1 zákona o přestupcích promlčecí doba počíná běžet dnem následujícím po dni spáchání přestupku; dnem spáchání přestupku se rozumí den, kdy došlo k ukončení jednání, kterým byl přestupek spáchán. Je-li znakem přestupku účinek, promlčecí doba počíná běžet dnem následujícím po dni, kdy takový účinek nastal.
109. V návaznosti na výše uvedené Úřad ověřil, zda je v posuzované věci naplněna podmínka uvedená v § 270 odst. 5 zákona. Ke spáchání přestupku zadavatelem došlo uplynutím lhůty

pro odeslání rozhodnutí o námitkách, ve kterém se zadavatel v rámci své argumentace nevyjádřil k některým námitkám stěžovatele uvedeným v námitkách stěžovatele ze dne 15. 3. 2017 srozumitelně a k některým námitkám stěžovatele se nevyjádřil vůbec, tj. dne 31. 3. 2017. Řízení o přestupku bylo zahájeno doručením příkazu, tj. dne 18. 6. 2018. Z uvedených údajů je zřejmé, že promlčecí doba ve vztahu k projednávanému přestupku neuplynula a odpovědnost za přestupek uplynutím promlčecí doby nezanikla. Úřad tak nemůže přisvědčit argumentaci obviněného, že by byla zhruba roční časová prodleva natolik významná, aby byla způsobilá jakkoli oslabit účel pokuty uložené obviněnému, když prokazatelně ještě nedošlo k promlčení a zároveň řízení o přestupku obviněného bylo zahájeno v době, kdy se promlčecí doba ani vzdáleně nenachýlila ke konci.

110. Obviněný v rámci odporu také namítal, že má za to, že byla v daném případě porušena zásada subsidiarity správněprávní represe a v této souvislosti uvedl, že *„není dle Zadavatele na místě uplatňovat vůči Zadavateli poté, kdy nápravy bylo dosaženo a navíc požadavku Stěžovatele následným zrušením Zadávacího řízení i fakticky vyhověno, rovněž správněprávní represí ve formě uložení pokuty ze strany Úřadu.“* Úřad k tomuto předně opakovaně upozorňuje, že v posuzovaném případě nedochází k popření zásady zákazu dvojího trestání za totéž jednání, resp. za tentýž skutek. Úřad má za to, že nápravné opatření jím uložené v rámci řízení o návrhu vedeném pod sp. zn. S0132/2017/VZ svou povahou nelze považovat za trest (sankci) ve smyslu správního trestání. Uvedené vyplývá již ze samotného smyslu nápravného opatření, jehož účelem není zadavatele „potrestat“ ale naopak pouze napravit vzniklý nezákonný stav. Samotné nápravné opatření tak nemá represivní charakter, který je výrazem správního trestání a jehož účelem je postih protiprávního jednání. V této souvislosti lze podpůrně odkázat na závěry vyplývající z rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 29 Af 1/2015 ze dne 17. 1. 2017, kde soud mimo jiné uvedl, že *„(l)ze rovněž souhlasit s žalovaným (pozn. s Úřadem), že jím ukládaná nápravná opatření nejsou projevem správního trestání, a tedy není možné nazírat na souvztažnost výroků žalovaného o porušení zákona zadavatelem a výroku žalovaného o uložení nápravného opatření stejným pohledem jako v případě souvztažnosti výroku žalovaného o spáchání správního deliktu zadavatele a o uložení pokuty zadavateli za takové porušení zákona. (...) Nelze z ničeho dovodit, že by uložení nápravného opatření mělo mít za následek zánik deliktní odpovědnosti zadavatele (či snad popření toho, že k deliktnímu jednání vůbec došlo), pokud je toto deliktní jednání zároveň důvodem pro ono nápravné opatření.“*, přičemž sám obviněný toto nepopírá (viz bod 19. odůvodnění odporu).
111. V této souvislosti Úřad dále uvádí, že ani po zohlednění obviněným několikrát zdůrazňovaných skutečností, tedy že zrušil rozhodnutí o námitkách ze dne 30. 3. 2017 a následně vydal nové rozhodnutí o námitkách a poté zrušil zadávací řízení na veřejnou zakázku, neshledal důvod, jak uvedl obviněný, že by v posuzované věci nebylo účelné obviněného trestat. Jak již Úřad uvedl v předcházejících bodech odůvodnění tohoto rozhodnutí, zrušením rozhodnutí o námitkách ze dne 30. 3. 2017 obviněný pouze splnil povinnosti, jež mu byly uloženy rozhodnutím Úřadu č. j. ÚOHS-S0132/2017/VZ-17973/2017/512/MHr ze dne 14. 6. 2017 vydaném ve správním řízení vedeném pod sp. zn. S0132/2017/VZ a zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku již nemohlo mít žádný vliv na společenskou škodlivost přestupku. Obě tyto skutečnosti tak nemohou být způsobilé změnit stanovisko Úřadu ohledně účelnosti trestání obviněného.

112. Závěrem obviněný uvedl, že „(p)okud by Úřad i přes výše uvedené trval na naplnění materiální stránky přestupku, potom se Zadavatel domnívá (i s přihlédnutím ke všem okolnostem, které dle jeho názoru vylučují společenskou škodlivost přestupku), že výše uložené pokuty je nepřiměřená vytýkanému jednání Zadavatele a faktickému dopadu jeho postupu na stav, kterého se Stěžovatel podanými námitkami domáhal. (...) Pokud by tedy Úřad nepřistoupil k zastavení správního řízení, měla by být pokuta s odkazem na všechny výše uvedené skutečnosti i době, která uplynula mezi návrhovým řízením a zahájením správního řízení o spáchání přestupku uložena pouze v symbolické výši.“ K této argumentaci obviněného Úřad uvádí, že skutečnosti uváděné obviněným, tedy že zrušil rozhodnutí o námitkách ze dne 30. 3. 2017, zaplatil náklady řízení a následně o námitkách stěžovatele rozhodl znovu a poté zrušil zadávací řízení na veřejnou zakázku a dále, že mezi správním řízením vedeným pod sp. zn. S0132/2017/VZ a daným řízením o přestupku je časová prodleva zhruba rok, nemohou být s ohledem na vše Úřadem výše uvedené k těmto skutečnostem způsobilé ani ovlivnit výši pokuty. Úřad dále sice připouští, že pokuta ve výši 50 000,- Kč nemá zanedbatelný charakter, nicméně je třeba si uvědomit, že maximální možná sazba pokuty v posuzovaném případě dle § 268 odst. 2 písm. b) zákona činí 20 000 000 Kč. Výši pokuty tak dle Úřadu nelze považovat za nepřiměřenou.

113. S ohledem na vše výše uvedené tak Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

#### **K výroku II. tohoto rozhodnutí – uložení pokuty**

114. Úřad posoudil postup obviněného a vzhledem ke zjištěným skutečnostem přistoupil k uložení pokuty, neboť zadavatel svým postupem naplnil skutkovou podstatu přestupku podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona.

115. Podle § 270 odst. 5 zákona činí promlčecí doba 5 let, přičemž podle odst. 6 písm. a) téhož ustanovení zákona se promlčecí doba přerušuje oznámením o zahájení řízení o přestupku.

116. Podle § 31 odst. 1 zákona o přestupcích promlčecí doba počíná běžet dnem následujícím po dni spáchání přestupku; dnem spáchání přestupku se rozumí den, kdy došlo k ukončení jednání, kterým byl přestupek spáchán. Je-li znakem přestupku účinek, promlčecí doba počíná běžet dnem následujícím po dni, kdy takový účinek nastal.

117. V návaznosti na výše uvedené Úřad před uložení pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 270 odst. 5 zákona. Ke spáchání přestupku zadavatelem došlo uplynutím lhůty pro odeslání rozhodnutí o námitkách, ve kterém se zadavatel v rámci své argumentace nevyjádřil k některým námitkám stěžovatele uvedeným v námitkách stěžovatele ze dne 15. 3. 2017 (specifikovány viz výše) srozumitelně a k některým námitkám stěžovatele se nevyjádřil vůbec, tj. dne 31. 3. 2017. Řízení o přestupku bylo zahájeno doručením příkazu, tj. dne 18. 6. 2018. Z uvedených údajů je zřejmé, že promlčecí doba ve vztahu k projednávanému přestupku neuplynula a odpovědnost za přestupek uplynutím promlčecí doby nezanikla.

118. Podle § 268 odst. 2 písm. b) zákona lze za přestupek podle odst. 1, nepoužije-li se postup podle odst. 3, uložit pokutu do 20 000 000 Kč, jde-li o přestupek podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona.



119. Podle § 37 písm. a) a c) zákona o přestupcích se při určení druhu správního trestu a jeho výměry přihlédne zejména k povaze a závažnosti přestupku a k přitěžujícím a polehčujícím okolnostem.
120. Podle § 38 zákona o přestupcích je povaha a závažnost přestupku dána zejména významem zákonem chráněného zájmu, který byl přestupkem porušen nebo ohrožen, dále významem a rozsahem následku přestupku a okolnostmi jeho spáchání (Úřad zde uvádí pouze ty skutečnosti citovaného ustanovení zákona o přestupcích, které jsou relevantní ve vztahu k posuzovanému případu).
121. Pokud jde o význam neurčitého právního pojmu „závažnost přestupku“, Úřad uvádí, že stupeň společenské škodlivosti přestupku (tedy závažnosti) je dán konkrétní intenzitou naplnění znaků skutkové podstaty přestupku. Při posuzování závažnosti přestupku tedy není hlavním kritériem jeho skutková podstata, ale intenzita skutkových okolností, s jakou došlo k porušení právem chráněných hodnot a zájmů v konkrétním případě. Z hlediska určení výměry pokuty je proto nutno hodnotit nejen jaké následky byly přestupkem způsobeny, ale také jakou měly intenzitu (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 106/2012 ze dne 6. 6. 2013).
122. V rámci posouzení povahy a závažnosti přestupku Úřad konstatuje, že pro zadavatele ze zákona jednoznačně vyplývá povinnost přezkoumat a vyřídit veškeré námitky proti jeho postupu v zadávacím řízení. Tuto povinnost zadavatel v šetřeném případě zákonem předvídaným způsobem nesplnil, neboť námitky sice včas „vyřídil“, ale neuvedl srozumitelnou resp. k některým uváděným skutečnostem žádnou formulaci důvodů, pro které nepovažuje jednotlivé námitky za akceptovatelné a pro které tyto námitky stěžovatele odmítl.
123. Pochybení v podobě nepřezkoumání námitek stěžovatele, kterého se zadavatel dopustil, nelze přitom hodnotit – vzhledem k účelu, jehož má být institutem námitek dosaženo – jako marginální. Zadavatel se v daném případě nevyjádřil k některým námitkám stěžovatele uvedeným v námitkách stěžovatele ze dne 15. 3. 2017 srozumitelně a k některým námitkám stěžovatele se nevyjádřil vůbec. Následkem protiprávního jednání tak bylo, že se stěžovatel nedozvěděl ke skutečnostem obsaženým v námitkách buď žádný relevantní argument ze strany zadavatele, nebo mu bylo ze strany zadavatele prezentováno vyjádření, které, jak bylo prokázáno výše, nelze považovat za vyjádření srozumitelné.
124. Následkem porušení zákonné povinnosti tedy bylo, že stěžovatel neměl jinou možnost než podat návrh bez znalosti konkrétní argumentace zadavatele. Jednáním obviněného tak nebyl naplněn základní účel námitek, tedy odůvodnění postoje zadavatele k námitkám stěžovatele. Následkem nevyřízení předmětné části námitek tak byl v šetřeném případě výše uvedený „informační deficit“ na straně stěžovatele zásadní a přestupek zadavatele tak má přímý dopad na řádný průběh zadávacího řízení, přičemž to byl právě stěžovatel, kdo musel přezkoumání úkonu zadavatele před Úřadem iniciovat, resp. byl v této souvislosti povinen složit nemalou finanční částku jako kauci. Z uvedeného důvodu se proto nemůže v žádném případě jednat pouze o přestupek nízké závažnosti. Pro úplnost Úřad dodává, že z hlediska intenzity zásahu do právem chráněného zájmu se však současně nejedná ani o nejzávažnější porušení zákona ze strany obviněného. V daném případě nelze dovodit, že by obviněný zcela

rezignoval na posouzení všech námitek, resp. nelze dovodit, že by obviněný námitky jako celek zcela ignoroval.

125. Byť jednání zadavatele tedy nelze s ohledem na výše uvedené bagatelizovat, Úřad však současně nemůže v rámci stanovení trestu (výše sankce) pominout zohlednění i dalších aspektů případu, které by bylo možné případně vyhodnotit jako polehčující okolnosti ve vztahu k postupu zadavatele, což nepochybně vede k dosažení spravedlivého účelu trestu.
126. Úřad v uvedeném smyslu proto jako polehčující okolnost ve prospěch obviněného zohlednil tu skutečnost, že v posuzovaném případě byl obsah námitek stěžovatele velmi špatně „čitelný“, až nekonzistentní. Tato skutečnost sice není důvodem pro to, aby byly dílčí námitky stěžovatele přehlíženy či dokonce nevypořádány, či aby zadavatel rezignoval na jejich srozumitelné a úplné odůvodnění (byť například velmi krátké a stručné s ohledem na povahu námitek), nicméně Úřad připouští, že je nepochybné, že v určitých případech eventuální vyšší míra obecnosti či ne zcela jasně vymezené dílčí argumenty v námitkách do jisté míry předurčují rozsah a podrobnost rozhodnutí o nich.
127. V šetřené věci Úřad neshledal žádné další přitěžující ani polehčující okolnosti.
128. Úřad s ohledem na výše uvedené uzavírá, že – vzhledem k intenzitě skutkových okolností a následků, s jakou došlo k porušení právem chráněných hodnot a zájmů – přestupek spáchaný zadavatelem v šetřeném případě klasifikoval sice jako spíše závažný, ale s přihlédnutím k dalším aspektům případu uvedených výše, a zadavateli uložil pokutu spíše při spodní hranici zákonné sazby.
129. Při určení výše pokuty Úřad přihlédl i k ekonomické situaci zadavatele, neboť vychází z maximy, že není přípustné uložit takovou pokutu, která má likvidační charakter v tom smyslu, že by „zmařila“ samu ekonomickou podstatu zadavatele. Podle schváleného rozpočtu na rok 2017 dostupného na internetové adrese obviněného (<http://rozpocet.praha2.cz/greportviewer/>) vyplývá, že obviněný podle schváleného rozpočtu předpokládal v roce 2017 příjmy ve výši 602 110 200 Kč, z čehož lze učinit závěr, že zadavatel hospodaří s rozpočtem v řádu stovek milionů korun českých. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že vyměřenou výši pokuty nelze v tomto případě považovat za likvidační ani za nepřiměřeně zasahující ekonomickou podstatu zadavatele, a tedy v tomto smyslu nespravedlivou, a to zejména i s odkazem na fakt, že maximální sazba pokuty dosahuje 20 000 000 Kč.
130. Pokuta uložená obviněnému za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Po zvážení všech okolností případu Úřad uložil pokutu při samé spodní hranici zákonné sazby, tj. ve výši 50 000 Kč, neboť naplňuje dostatečně vzhledem k okolnostem případu obě funkce právní odpovědnosti.
131. S ohledem na výše uvedené Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
132. 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, variabilní symbol – IČO obviněného.

### **K výroku III. tohoto rozhodnutí – náklady řízení**

133. Podle § 95 odst. 1 zákona o přestupcích správní orgán uloží obviněnému, který byl uznán vinným, povinnost nahradit náklady řízení paušální částkou. Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí předpis. Vyhláška č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „vyhláška“), stanoví v § 6 odst. 1 vyhlášky, že paušální částka nákladů správního řízení, které účastník vyvolal porušením své právní povinnosti, činí 1 000 Kč.
134. Vzhledem k tomu, že tímto rozhodnutím bylo rozhodnuto, že obviněný porušil svou právní povinnost, tj. dopustil se přestupku podle ustanovení § 268 odst. 1 písm. e) zákona, rozhodl Úřad o uložení povinnosti obviněného uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí.
135. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol – 2018000025.

### **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 činí výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová  
místopředsedkyně

### **Obdrží**

Městská část Praha 2, náměstí Míru 600/20, 120 00 Praha – Vinohrady

### **Vypraveno dne**

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