



UOHSX00BKFJR

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0314/2018/VZ-27896/2018/513/JLÍ

Brno: 24. září 2018

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 6.8.2018 z moci úřední, jehož účastníkem je

- obviněný – statutární město Brno, městská část Brno-sever, IČO 44992785, se sídlem Dominikánské nám. 196/1, 601 67 Brno,

ve věci možného spáchání přestupku při zadávání veřejné zakázky „Rekonstrukce objektu Cejl 68 v Brně“ zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném dne 15.1.2018 uveřejněním výzvy k podání nabídek na profilu obviněného, na kterou byla uzavřena dne 29.5.2018 smlouva,

rozhodl takto:

I.

- **Obviněný** – statutární město Brno, městská část Brno-sever, IČO 44992785, se sídlem Dominikánské nám. 196/1, 601 67 Brno – **se dopustil přestupku** podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, tím, že **nedodržel zásadu rovného zacházení stanovenou v § 6 odst. 2 citovaného zákona a pravidlo stanovené v § 122 odst. 3** citovaného zákona pro zadání veřejné zakázky, když dodavateli ING-CZECH s.r.o., se sídlem Lidická 718/77, 602 00 Brno, **odeslal výzvu** k předložení originálů nebo ověřených kopií dokladů o jeho kvalifikaci, **která v bodech č. 50 a č. 77**, ve kterých uvedl, že
 - „*bod 50 je možné doložit trojsklem s $U_g \leq 0,5 W(m2K)$ nebo dvojsklem s $U_g \geq 1.0 W(m2K)U_g$, avšak u dvojskla se zachováním zadavatelem požadovaného U_w .*“

- *bod 77 bod je možné doložit trojsklem s $U_g = 0,7 \text{ W(m}^2\text{K)}$ nebo dvojsklem s $U_g \geq 1.0 \text{ W(m}^2\text{K)}$ U_g avšak u dvojskla se zachováním zadavatelem požadovaného U_w .”,*

neodpovídala původně stanoveným požadavkům zadavatele uvedeným ve výzvě k podání nabídek ze dne 15.1.2018 v části „**POŽADAVKY NA PROKÁZÁNÍ KVALIFIKACE**“, v bodu 3) Technická kvalifikace, kde mj. požadoval „*dle ustanovení § 79 odst. 2 písm. l) zákona*“:

- „pro okna hliníková: prohlášení o vlastnostech zasklení otvorových výplní skly složenými ze dvou tabulí a s jednou komorou vyplněnou inertním plynem $U_g \leq 0,5 \text{ W(m}^2\text{K)}$ “,
- „pro okna a dveře dřevěné Euro“: prohlášení o vlastnostech zasklení exteriérového křídla otvorových výplní skly složenými ze dvou tabulí a s jednou komorou vyplněnou inertním plynem /4-8Ar-4/ $U_g = 0,7 \text{ W(m}^2\text{K)}$ “,

a s dodavatelem ING-CZECH s.r.o., se sídlem Lidická 718/77, 602 00 Brno, od kterého obdržel doklady, které neodpovídaly původně stanoveným požadavkům na prokázání kvalifikace, uzavřel dne 29.5.2018 smlouvu na plnění veřejné zakázky a zadal tak veřejnou zakázku, přičemž tím ovlivnil výběr dodavatele.

II.

Obviněný – statutární město Brno, městská část Brno-sever, IČO 44992785, se sídlem Dominikánské nám. 196/1, 601 67 Brno – **se dopustil přestupku** podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, tím, že **nedodržel pravidlo stanovené v § 246 odst. 1 citovaného zákona, podle kterého zadavatel nesmí uzavřít smlouvu s dodavatelem před uplynutím lhůty pro podání námitek** proti rozhodnutí o výběru dodavatele, když podle § 50 citovaného zákona ve spojení s § 53 odst. 5 citovaného zákona neuveřejnil na svém profilu oznámení o výběru dodavatele ING-CZECH s.r.o., se sídlem Lidická 718/77, 602 00 Brno, ve kterém by uvedl odůvodnění výběru jmenovaného dodavatele, a s tímto dodavatelem uzavřel dne 29.5.2018 smlouvu na plnění veřejné zakázky a zadal tak veřejnou zakázku, přičemž tím mohl ovlivnit výběr dodavatele.

III.

Za spáchání přestupků uvedených ve výrocích I. a II. tohoto rozhodnutí se obviněnému – statutární město Brno, městská část Brno-sever, IČO 44992785, se sídlem Dominikánské nám. 196/1, 601 67 Brno – podle § 268 odst. 2 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ukládá

pokuta ve výši 400 000 Kč (čtyři sta tisíc korun českých).

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

III.

Podle § 79 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, 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 – statutární město Brno, městská část Brno-sever, IČO 44992785, se sídlem Dominikánské nám. 196/1, 601 67 Brno – 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. Zadavatel – statutární město Brno, městská část Brno-sever, IČO 44992785, se sídlem Dominikánské nám. 196/1, 601 67 Brno (dále jen „obviněný“ nebo „zadavatel“) – zahájil dne 15.1.2018 zadávání veřejné zakázky „Rekonstrukce objektu Cejl 68 v Brně“ ve zjednodušeném podlimitním řízení uveřejněním výzvy k podání nabídek na profilu obviněného <https://uverejnovani.cz/profiles/details/statutarni-mesto-brno-mestska-cast-brno-sever> (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Dne 30.5.2018 uveřejnil obviněný na svém profilu smlouvu o dílo s dodavatelem ING-CZECH s.r.o., se sídlem Lidická 718/77, 602 00 Brno (dále jen „dodavatel ING-CZECH“), uzavřenou dne 29.5.2018 s cenou ve výši 25 513 736,83 Kč bez DPH, 29 340 798 Kč včetně DPH.

II. Postup Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže před zahájením správního řízení

3. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), který je podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „zákon“) příslušný 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 zákona, a pro zvláštní postupy podle části šesté, obdržel podnět, ve kterém je mj. uvedeno, že zadavatel nezákonně změnil zadávací podmínky po uplynutí lhůty pro podání nabídek, a že zadavatel uzavřel smlouvu s vybraným dodavatelem, aniž by oznámení o výběru dodavatele uveřejnil na profilu zadavatele. Úřad si proto u zadavatele vyžádal dokumentaci o zadávacím řízení a po jejím posouzení získal pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem, a proto zahájil toto správní řízení vedené pod sp. zn. S0314/2018/VZ.

III. Průběh správního řízení

4. Úřad dopisem č. j. ÚOHS-S0314/2018/VZ-22711/2018/513/JLÍ ze dne 3.8.2018 oznámil obviněnému, jako jedinému účastníkovi správního řízení podle § 256 zákona, zahájení řízení z moci úřední ve věci možného spáchání přestupků podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona při zadávání předmětné veřejné zakázky tím, že nedodržel zásadu rovného zacházení stanovenou v § 6 odst. 2 zákona a pravidlo stanovené v § 122 odst. 3 zákona pro zadání veřejné zakázky, když dodavatel ING-CZECH s.r.o., se sídlem Lidická 718/77, 602 00 Brno (dále jen „dodavatel ING-CZECH“), odeslal výzvu k předložení originálů nebo ověřených kopií dokladů o jeho kvalifikaci, která neodpovídala původně stanoveným požadavkům zadavatele uvedeným ve výzvě k podání nabídek ze dne 15.1.2018, přičemž tím ovlivnil výběr dodavatele, a tím, že nedodržel pravidlo stanovené v § 246 odst. 1 zákona, podle kterého zadavatel nesmí uzavřít smlouvu s dodavatelem před uplynutím lhůty pro podání námitek proti rozhodnutí o výběru dodavatele, když podle § 50 zákona ve spojení s § 53 odst. 5 zákona neuveřejnil na svém profilu oznámení o výběru dodavatele ING-CZECH, ve kterém by uvedl odůvodnění výběru jmenovaného dodavatele, přičemž tím mohl ovlivnit výběr dodavatele, a s tímto dodavatelem uzavřel dne 29.5.2018 smlouvu na plnění veřejné zakázky a zadal tak veřejnou zakázku.

5. Dnem 6.8.2018, kdy obviněný oznámení o zahájení řízení obdržel, bylo podle § 249 zákona, v návaznosti na § 78 odst. 2 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (dále jen „zákon o přestupcích“), zahájeno řízení ve věci možného spáchání uvedených přestupků.
6. Usnesením č. j. ÚOHS-S0314/2018/VZ-23893/2018/513/JLÍ ze dne 15.8.2018 Úřad obviněnému stanovil lhůtu, ve které byl oprávněn navrhopat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko.
7. Obviněný se k řízení vyjádřil dopisem ze dne 21.8.2018.
8. K pochybnosti, zda obviněný dodržel zásadu rovného zacházení stanovenou v § 6 odst. 2 zákona a pravidlo stanovené v § 122 odst. 3 zákona, obviněný uvedl, že zásada rovného zacházení a zákaz diskriminace podle § 6 odst. 2 zákona byla dodržena a že přímo nikterak neovlivňoval výběr dodavatele. Úprava v požadavku obviněného na prokázání splnění kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. l) zákona v bodech 50 a 77 požadavků byla akceptována na základě přípisu dodavatele ISS stavtrade s.r.o., IČO 29303192, se sídlem Březinova 745/27a, 616 00 Brno - Žabovřesky (dále jen „dodavatel ISS stavtrade“), ze dne 16.3.2018 (doručeno zadavateli dne 19.3.2018) a následně byla uplatněna i vůči dodavateli WALER, spol. s r.o., IČO 25309536, se sídlem Selská 1063/61, 614 00 Brno - Maloměřice (dále jen „dodavatel WALER“), a poté i vůči dodavateli ING-CZECH. Obviněný podle svého názoru v žádném případě k dodavateli, se kterým uzavřel smlouvu, nepřistupoval nestandardně a rovným způsobem zacházel se všemi zúčastněnými dodavateli. Obviněný také zastává názor, že ve výzvě k předložení dokladů ve smyslu § 122 odst. 3 zákona nedošlo ke změně zadávacích podmínek, neboť byla stále požadována hodnota U_w shodná se zadávací dokumentací a pouze došlo k akceptaci sdělení dodavatele společnosti ISS stavtrade, které pak bylo, s ohledem na zachování rovných podmínek, postoupeno na dodavatele, kteří se umístili další v pořadí po vyloučení dodavatele ISS stavtrade.
9. K pochybnosti zda obviněný dodržel pravidlo stanovené v § 246 odst. 1 zákona, když podle § 50 zákona ve spojení s § 53 odst. 5 zákona neuveřejnil na svém profilu oznámení o výběru dodavatele ING-CZECH obviněný uvedl, že oznámení o výběru dodavatele bylo uveřejněno na profilu zadavatele dne 9.4.2018. Poté, co byl vybraný dodavatel WALER podle § 124 odst. 2 zákona zadavatelem vyloučen, a to rozhodnutím o vyloučení, které bylo dne 24.4.2018 zveřejněno na profilu zadavatele, zadavatel postupoval ve smyslu § 125 odst. 1 zákona a vyzval k předložení dokladů prokazujících splnění kvalifikace účastníka, který se umístil jako další v pořadí, a to dodavatele ING-CZECH. Odůvodnění výběru dodavatele ING-CZECH jako vybraného dodavatele, vyplývá z původního oznámení o výběru ze dne 9.4.2018 a z rozhodnutí o vyloučení ze dne 24.4.2018. Zveřejněním výsledku posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele ING-CZECH dne 11.5.2018 se tento stal vybraným dodavatelem. Zadavatel neuzavřel smlouvu před uplynutím lhůt podle § 246 odst. 1 zákona. Absencí oznámení o výběru dodavatele ING-CZECH jako vybraného dodavatele se ze strany zadavatele jedná pouze o administrativní nedostatek, neboť odůvodnění výběru vyplývá ze samotného postupu výběrového řízení zveřejněného na profilu zadavatele a z původního oznámení o výběru ze dne 9.4.2018. Vybraným se stal dodavatel, který předložil ekonomicky nejvýhodnější nabídku ve smyslu původní Zprávy o hodnocení nabídek poté, co byl dodavatel, který se umístil na prvním místě dne 24.4.2018 vyloučen. Obviněný zastává názor, že se nejedná o spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona.

10. Usnesením č. j. ÚOHS-S0314/2018/VZ-25228/2018/513/JLÍ ze dne 30.8.2018 Úřad obviněnému stanovil lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
11. Obviněný se ve lhůtě určené Úřadem, ani později, k podkladům rozhodnutí nevyjádřil.

Závěry Úřadu

12. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících zákona šetřený případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech skutečností zjištěných v průběhu správního řízení vedeného pod sp. zn. S0314/2018/VZ rozhodl ve výrocích I. a II. tak, že obviněný se dopustil dvou přestupků podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona, za což mu byla uložena pokuta uvedená ve výroku III. tohoto rozhodnutí. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

Výrok I. rozhodnutí

Relevantní ustanovení zákona

13. Podle § 6 odst. 1 zákona zadavatel při postupu podle tohoto zákona musí dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
14. Podle § 6 odst. 2 zákona ve vztahu k dodavatelům musí zadavatel dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.
15. Podle § 37 odst. 1 zákona podmínky účasti v zadávacím řízení může zadavatel stanovit jako
 - a) podmínky kvalifikace,
 - b) technické podmínky vymezující předmět veřejné zakázky včetně podmínek nakládání s právy k průmyslovému nebo duševnímu vlastnictví vzniklými v souvislosti s plněním smlouvy na veřejnou zakázku,
 - c) obchodní nebo jiné smluvní podmínky vztahující se k předmětu veřejné zakázky, nebo
 - d) zvláštní podmínky plnění veřejné zakázky, a to zejména v oblasti vlivu předmětu veřejné zakázky na životní prostředí, sociálních důsledků vyplývajících z předmětu veřejné zakázky, hospodářské oblasti nebo inovací.
16. Podle § 39 odst. 1 zákona zadavatel postupuje v zadávacím řízení podle pravidel stanovených tímto zákonem a je přitom povinen dodržet stanovené zadávací podmínky. Pokud pravidla pro průběh zadávacího řízení tento zákon nestanoví, určí je zadavatel v souladu se zásadami podle § 6.
17. Podle § 39 odst. 2 zákona v průběhu zadávacího řízení zadavatel vybírá z účastníků zadávacího řízení vybraného dodavatele na základě
 - a) posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení,
 - b) snížení počtu účastníků zadávacího řízení nebo snížení počtu předběžných nabídek nebo řešení, pokud je tímto zákonem pro zvolený druh zadávacího řízení připuštěno a zadavatel si je vyhradil,
 - c) hodnocení nabídek.

18. Podle § 79 odst. 2 písm. l) zákona k prokázání kritérií technické kvalifikace zadavatel může požadovat doklad prokazující shodu požadovaného výrobku s požadovanou technickou normou nebo technickým dokumentem.
19. Podle § 86 odst. 3 zákona před uzavřením smlouvy si zadavatel od vybraného dodavatele vždy vyžádá předložení originálů nebo ověřených kopií dokladů o kvalifikaci, pokud již nebyly v zadávacím řízení předloženy.
20. Podle § 122 odst. 3 zákona zadavatel odešle vybranému dodavateli výzvu k předložení
 - a) originálů nebo ověřených kopií dokladů o jeho kvalifikaci, pokud je již nemá k dispozici, a
 - b) dokladů nebo vzorků, jejichž předložení je podmínkou uzavření smlouvy, pokud si je zadavatel vyhradil podle § 104.
21. Podle § 122 odst. 7 zákona zadavatel vyloučí účastníka zadávacího řízení, který nepředložil údaje, doklady nebo vzorky podle odstavce 3 nebo 5 nebo výsledek zkoušek vzorků neodpovídá zadávacím podmínkám.
22. Podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona zadavatel se dopustí přestupku tím, že nedodrží pravidla stanovená tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postupy podle části šesté, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu v soutěži o návrh, a zadá veřejnou zakázku, uzavře rámcovou dohodu nebo se soutěž o návrh považuje po výběru návrhu za ukončenou.
23. Podle § 268 odst. 2 písm. a) zákona za přestupek podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona lze uložit pokutu do 10 % ceny veřejné zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

24. Obviněný ve výzvě k podání nabídek ze dne 15.1.2018 (dále jen „výzva“), v části „POŽADAVKY NA PROKÁZÁNÍ KVALIFIKACE“, v bodu 3) Technická kvalifikace mj. požadoval „dle ustanovení § 79 odst. 2 písm. l) zákona“:
 - „pro okna hliníková: prohlášení o vlastnostech zasklení otvorových výplní skly složenými ze dvou tabulí a s jednou komorou vyplněnou inertním plynem $U_g \leq 0,5 \text{ W/m}^2\text{K}$ “,
 - „pro okna a dveře dřevěné Euro“: prohlášení o vlastnostech zasklení exteriérového křídla otvorových výplní skly složenými ze dvou tabulí a s jednou komorou vyplněnou inertním plynem /4-8Ar-4/ $U_g = 0,7 \text{ W/m}^2\text{K}$ “.
25. Dále si obviněný v části „DALŠÍ PODMÍNKY A POŽADAVKY ZADAVATELE“ v bodu 7. vyhradil v souladu s § 53 odst. 5 zákona právo oznámit rozhodnutí o vyloučení účastníka zadávacího řízení a rozhodnutí o výběru dodavatele jeho uveřejněním na profilu zadavatele.
26. Dopisem ze dne 8.3.2018 vyzval obviněný podle § 46 a § 122 zákona dodavatele ISS stavtrade (výběr dodavatele ISS stavtrade byl schválen usnesením 7/71. schůze Rady městské části Brno-sever konané dne 7.3.2018) k předložení originálů nebo ověřených kopií dokladů prokazujících kvalifikaci vybraného dodavatele. Zadavatel usnesením 7/72. schůze Rady městské části Brno-sever konané dne 22.3.2018 dodavatele ISS stavtrade vyloučil

„v souladu s ustanovením § 122 odst. 7 zákona dle ustanovení § 48 odst. 2 písm. a) zákona“ z důvodu, že „nesplnil technickou kvalifikaci požadovanou zadavatelem“. Obviněný proto vyzval k předložení dokladů prokazujících splnění kvalifikace v pořadí druhého dodavatele WALER.

27. Dne 9.4.2018 obviněný na svém profilu uveřejnil oznámení o výběru dodavatele WALER.
28. Dne 24.4.2018 obviněný na svém profilu uveřejnil rozhodnutí o vyloučení dodavatele WALER z účasti v zadávacím řízení, který se vzdal práva na realizaci zakázky z organizačních a kapacitních důvodů.
29. Dále obviněný vyzval k předložení dokladů podle „§ 46“ a § 122 odst. 3 písm. a) zákona dopisem ze dne 24.4.2018 v pořadí třetího dodavatele ING-CZECH, přičemž v tomto dopisu obviněný mj. k bodům 50 a 77 sdělil, že „zadavatel akceptoval sdělení společnosti ISS stavtrade, s.r.o., IČ 29303192, která byla vyloučena, že u daných bodů jsou přípustná následující řešení při prokazování kvalifikace:
 - bod 50 je možné doložit trojsklem s $U_g \leq 0,5 \text{ W(m}^2\text{K)}$ nebo dvojsklem s $U_g \geq 1.0 \text{ W(m}^2\text{K)}$ Ug, avšak u dvojskla se zachováním zadavatelem požadovaného Uw.
 - bod 77 bod je možné doložit trojsklem s $U_g = 0,7 \text{ W(m}^2\text{K)}$ nebo dvojsklem s $U_g \geq 1.0 \text{ W(m}^2\text{K)}$ Ug avšak u dvojskla se zachováním zadavatelem požadovaného Uw.“
30. V dokumentu ze dne 27.4.2018 o kontrole úplnosti dokladů předložených dodavatelem ING-CZECH provedené pověřenou osobou zadavatele bylo mj. uvedeno následující:
 - k bodu 50 „pro okna hliníková: prohlášení o vlastnostech zasklení otvorových výplní skly složenými ze dvou tabulí a s jednou komorou vyplněnou inertním plynem $U_g \leq 0,5 \text{ W(m}^2\text{K)}$,
U bodu 50 bylo zadavatelem přípustné dvojí řešení při prokazování, a to trojsklem s $U_g \leq 0,5 \text{ W(m}^2\text{K)}$ nebo dvojsklem s $U_g \geq 1.0 \text{ W(m}^2\text{K)}$ Ug, avšak u dvojskla se zachováním zadavatelem požadovaného Uw. Dodavatel předložil prohlášení o vlastnostech s řešením trojskla s $U_g \leq 0,5 \text{ W(m}^2\text{K)}$.“
 - k bodu 77 „pro okna a dveře dřevěné Euro: prohlášení o vlastnostech zasklení exteriérového křídla otvorových výplní skly složenými ze dvou tabulí a s jednou komorou vyplněnou inertním plynem /4-8Ar-4/ $U_g = 0,7 \text{ Wm}^2\text{K}$),
U bodu 77 bylo zadavatelem přípustné dvojí řešení při prokazování, a to trojsklem s $U_g = 0,7 \text{ W(m}^2\text{K)}$ nebo dvojsklem s $U_g \geq 1.0 \text{ W(m}^2\text{K)}$ Ug, avšak u dvojskla se zachováním zadavatelem požadovaného Uw. Dodavatel předložil prohlášení o vlastnostech s řešením trojskla s $U_g = 0,7 \text{ W(m}^2\text{K)}$.“

Právní posouzení

31. Zadavatel je povinen dodržet základní zásady zadávacího řízení, jež nachází své vyjádření v § 6 odst. 1 a 2 zákona, aby bylo dosaženo účelu předpokládaného zákonem, a to uskutečnění soutěže o veřejnou zakázku za splnění základních zásad veřejného zadávání, a to zásad transparentnosti, přiměřenosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Dodržování zásad zadávání veřejných zakázek je nezbytné pro zajištění konkurenčního prostředí a

následně i předpokladem výběru takové nabídky, která je zpracována v souladu se zadávacími podmínkami a bezesbytku tyto zadávací podmínky splní.

32. Pokud jde o zásadu rovného zacházení, tak tuto lze obecně chápat jako povinnost zadavatele postupovat vůči všem dodavatelům v rámci celého zadávacího řízení stejným způsobem, a to i na základě zadávacích podmínek, ve kterých je zadavatel především povinen popsat podmínky účasti v zadávacím řízení veřejné zakázky včetně podmínek kvalifikace a technických podmínek, a které jsou dodavatelé povinni splnit. Současně je ovšem nezbytné zdůraznit, že i zadavatel je vázán podmínkami, které sám stanovil a v žádném případě se od nich po podání nabídek nesmí odchýlit (tj. měnit je), tedy ani při hodnocení nabídek a posuzování splnění podmínek účasti dodavatelů v zadávacím řízení a rovněž, jako v šetřeném případě, i při výzvě dodavateli k předložení dokladů k prokázání kvalifikace, ve které zadavatel nesmí uplatnit jiné požadavky, než které byly stanoveny v zadávacích podmínkách veřejné zakázky, a současně je i povinen doklady předložené dodavatelem posoudit podle stanovených zadávacích podmínek.
33. Zadavatel dne 24.4.2018 vyzval dodavatele ING-CZECH k předložení dokladů podle § 122 odst. 3 písm. a) zákona, přičemž v bodech 50 a 77 umožnil splnit původně stanovené požadavky na kritéria technické kvalifikace a jejich prokázání

- „pro okna hliníková: prohlášení o vlastnostech zasklení otvorových výplní skly složenými ze dvou tabulí a s jednou komorou vyplněnou inertním plynem $U_g \leq 0,5 \text{ W/m}^2\text{K}$ “,
- „pro okna a dveře dřevěné Euro“: prohlášení o vlastnostech zasklení exteriérového křídla otvorových výplní skly složenými ze dvou tabulí a s jednou komorou vyplněnou inertním plynem /4-8Ar-4/ $U_g = 0,7 \text{ W/m}^2\text{K}$ “,

jiným způsobem než v původně stanovených podmínkách, a to:

- „bod 50 je možné doložit trojsklem s $U_g \leq 0,5 \text{ W(m}^2\text{K)}$ nebo dvojsklem s $U_g \geq 1.0 \text{ W(m}^2\text{K)}$ U_g , avšak u dvojskla se zachováním zadavatelem požadovaného U_w .
- bod 77 bod je možné doložit trojsklem s $U_g = 0,7 \text{ W(m}^2\text{K)}$ nebo dvojsklem s $U_g \geq 1.0 \text{ W(m}^2\text{K)}$ U_g avšak u dvojskla se zachováním zadavatelem požadovaného U_w .“

34. K tomu Úřad uvádí, že zadavatel ve výzvě k podání nabídek stanovil podmínky kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. l) zákona tak, že požadoval k bodům č. 50 a č. 70 (viz výše) doložení dokladů o zasklení dvěma tabulemi s jednou komorou vyplněnou inertním plynem s dodržáním příslušné hodnoty U_g . Z dokumentace o zadávacím řízení vyplývá, že v rozhodnutí o vyloučení dodavatele ISS stavtrade zadavatel mj. k argumentaci dodavatele ISS stavtrade o nesplnitelnosti požadovaných hodnot U_g uvedl, že hodnot U_g požadovaných v bodech č. 50 a č. 70 výzvy k předložení dokladů podle § 122 odst. 3 písm. a) zákona lze dosáhnout zasklením trojsklem i dvojsklem. Předmětem správního řízení je však posouzení až následného postupu zadavatele, a to zejména výzva dodavateli ING-CZECH ze dne 24.4.2018, ve které zadavatel (oproti původně v zadávacích podmínkách stanoveným požadavkům na kritéria technické kvalifikace a jejich prokázání) uvádí, že u daných bodů jsou přípustná následující řešení při prokazování kvalifikace:

- bod 50 je možné doložit trojsklem s $U_g \leq 0,5 \text{ W(m}^2\text{K)}$ nebo dvojsklem s $U_g \geq 1.0 \text{ W(m}^2\text{K)}$ U_g , avšak u dvojskla se zachováním zadavatelem požadovaného U_w .

- bod 77 bod je možné doložit trojsklem s $U_g = 0,7 \text{ W(m}^2\text{K)}$ nebo dvojsklem s $U_g \geq 1.0 \text{ W(m}^2\text{K)}$ U_g avšak u dvojskla se zachováním zadavatelem požadovaného U_w .
35. Úřad tedy pro větší srozumitelnost své argumentace uvádí, že zadavatel tedy ve výzvě k předložení dokladů dodavateli ING-CZECH dodatečně vedle požadavku na dvojsklo s inertním plynem nově uvedl i možnost zasklení trojsklem.
36. Vybraný dodavatel ING-CZECH však na základě výzvy zadavatele ze dne 24.4.2018 nedoložil k bodům 50 a 77 doklady podle původně stanovených podmínek, nýbrž předložil zadavatelem v rozporu s původními podmínkami připuštěné „*prohlášení o vlastnostech s řešením trojskla*“ (viz bod 30. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
37. V důsledku tohoto nezákonného postupu zadavatele tak vybraný dodavatel ING-CZECH nedoložil požadované doklady tak, jak byly původně specifikovány zadavatelem v zadávacích podmínkách. Pro posouzení věci není přitom podstatné, že zadavatel změny týkající se bodů 50 a 77 učiněné výzvě k předložení dokladů ze dne 24.4.2018 provedl na základě poznatků, které získal při posuzování kvalifikace u dodavatele ISS stavtrade. Uvedeným postupem došlo k ovlivnění výběru dodavatele, neboť v konečném důsledku se doklady předložené dodavatelem ING-CZECH (byť na základě nezákonného postupu zadavatele) liší od dokladů specifikovaných zadavatelem v zadávacích podmínkách, a proto smlouva s dodavatelem ING-CZECH neměla být uzavřena. Tím byl dodavatel ING-CZECH zcela reálně zvýhodněn oproti ostatním dodavatelům (nebyla dodržena zásada stejného zacházení) a ovlivněn výběr dodavatele.
38. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že se zadavatel dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel zásadu rovného zacházení stanovenou v § 6 odst. 2 zákona a pravidlo stanovené v § 122 odst. 3 zákona pro zadání veřejné zakázky, když dodavateli ING-CZECH odeslal výzvu k předložení originálů nebo ověřených kopií dokladů o jeho kvalifikaci, odeslal výzvu k předložení originálů nebo ověřených kopií dokladů o jeho kvalifikaci, která v bodech č. 50 a č. 77, ve kterých uvedl, že
- „*bod 50 je možné doložit trojsklem s $U_g \leq 0,5 \text{ W(m}^2\text{K)}$ nebo dvojsklem s $U_g \geq 1.0 \text{ W(m}^2\text{K)}$ U_g , avšak u dvojskla se zachováním zadavatelem požadovaného U_w .*
 - *bod 77 bod je možné doložit trojsklem s $U_g = 0,7 \text{ W(m}^2\text{K)}$ nebo dvojsklem s $U_g \geq 1.0 \text{ W(m}^2\text{K)}$ U_g avšak u dvojskla se zachováním zadavatelem požadovaného U_w .*“,

neodpovídala původně stanoveným požadavkům zadavatele uvedeným ve výzvě k podání nabídek ze dne 15.1.2018 v části „*POŽADAVKY NA PROKÁZÁNÍ KVALIFIKACE*“, v bodu 3) Technická kvalifikace, kde zadavatel mj. požadoval „*dle ustanovení § 79 odst. 2 písm. l) zákona*“:

„*pro okna hliníková: prohlášení o vlastnostech zasklení otvorových výplní skly složenými ze dvou tabulí a s jednou komorou vyplněnou inertním plynem $U_g \leq 0,5 \text{ W(m}^2\text{K)}$* “,

„*pro okna a dveře dřevěné Euro*“: *prohlášení o vlastnostech zasklení exteriérového křídla otvorových výplní skly složenými ze dvou tabulí a s jednou komorou vyplněnou inertním plynem /4-8Ar-4/ $U_g = 0,7 \text{ W(m}^2\text{K)}$* “,

a s dodavatelem ING-CZECH, od kterého obdržel doklady, které neodpovídaly původně stanoveným požadavkům na prokázání kvalifikace, uzavřel dne 29.5.2018 smlouvu na plnění veřejné zakázky a zadal tak veřejnou zakázku, přičemž tím ovlivnil výběr dodavatele.

Výrok II. rozhodnutí

Relevantní ustanovení zákona

39. Podle § 50 zákona všem účastníkům zadávacího řízení zadavatel odešle oznámení o výběru, ve kterém uvede identifikační údaje vybraného dodavatele a odůvodnění výběru, není-li dále stanoveno jinak.
40. Podle § 53 odst. 5 zákona pokud si to zadavatel v zadávací dokumentaci vyhradil, může oznámení o vyloučení účastníka zadávacího řízení nebo oznámení o výběru dodavatele uveřejnit na profilu zadavatele. V takovém případě se oznámení považují za doručená všem účastníkům zadávacího řízení okamžikem jejich uveřejnění.
41. Podle § 246 odst. 1 zákona zadavatel nesmí uzavřít smlouvu s dodavatelem
 - a) před uplynutím lhůty pro podání námitek proti rozhodnutí o vyloučení účastníka zadávacího řízení, o výběru dodavatele nebo proti úkonu dobrovolného oznámení o záměru uzavřít smlouvu,
 - b) do doby doručení rozhodnutí o námitkách stěžovateli, byly-li námitky podány,
 - c) před uplynutím lhůty pro podání návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, pokud podané námitky odmítl,
 - d) ve lhůtě 60 dnů ode dne zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, pokud byl návrh na zahájení řízení podán včas; zadavatel však může i v této lhůtě smlouvu uzavřít, pokud Úřad návrh zamítl nebo bylo správní řízení vedené o návrhu zastaveno a takové rozhodnutí nabylo právní moci.
42. Podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona zadavatel se dopustí přestupku tím, že nedodrží pravidla stanovená tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postupy podle části šesté, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu v soutěži o návrh, a zadá veřejnou zakázku, uzavře rámcovou dohodu nebo se soutěž o návrh považuje po výběru návrhu za ukončenou.
43. Podle § 268 odst. 2 písm. a) zákona za přestupek podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona lze uložit pokutu do 10 % ceny veřejné zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

44. Obviněný si v části „*DALŠÍ PODMÍNKY A POŽADAVKY ZADAVATELE*“ v bodu 7. vyhradil v souladu s § 53 odst. 5 zákona právo oznámit rozhodnutí o vyloučení účastníka zadávacího řízení a rozhodnutí o výběru dodavatele jeho uveřejněním na profilu zadavatele.
45. Dne 9.4.2018 obviněný na svém profilu uveřejnil Oznámení o výběru dodavatele WALER.
46. Dne 24.4.2018 obviněný na svém profilu uveřejnil rozhodnutí o vyloučení dodavatele WALER z účasti v zadávacím řízení, který se vzdal práva na realizaci zakázky z organizačních a kapacitních důvodů.

47. Dále obviněný dne 24.4.2018 odeslal výzvu k předložení dokladů podle § 46 a § 122 odst. 3 písm. a) zákona dodavateli ING-CZECH.
48. Dne 11.5.2018 uveřejnil obviněný na svém profilu dokument nazvaný „*Výsledek posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele*“ ING-CZECH, který obsahuje název veřejné zakázky, identifikaci vybraného dodavatele ING-CZECH, seznam předložených dokladů a podpisy zpracovatele tohoto dokumentu a pověřené osoby zadavatele.
49. Dne 30.5.2018 uveřejnil obviněný na svém profilu smlouvu o dílo s dodavatelem ING-CZECH uzavřenou dne 29.5.2018 s cenou ve výši 25 513 736,83 Kč bez DPH, 29 340 798 Kč včetně DPH.
50. Dne 30.5.2018 uveřejnil obviněný na svém profilu písemnou zprávu zadavatele.
51. Oznámení o výběru dodavatele ING-CZECH nebylo na profilu zadavatele dohledáno.

Právní posouzení

52. Podle § 246 odst. 1 písm. a) zákona zadavatel mj. nesmí uzavřít smlouvu s dodavatelem před uplynutím lhůty pro podání námitek proti rozhodnutí o výběru dodavatele. Úřad zjistil, že obviněný na svém profilu uveřejnil pouze jedno oznámení o výběru dodavatele, a to dne 9.4.2018 oznámení o výběru dodavatele WALER. Od 9.4.2018 tedy běžela dodavatelům patnáctidenní lhůta pro případné podání námitek proti rozhodnutí o výběru dodavatele WALER. Dne 24.4.2018 ovšem uveřejnil zadavatel na svém profilu rozhodnutí o vyloučení dodavatele WALER, který tak přestal být vybraným dodavatelem. Zadavatel následně vyzval dopisem ze dne 24.4.2018 k předložení dokladů podle „§ 46“ a § 122 odst. 3 písm. a) zákona dodavatele ING-CZECH a dne 11.5.2018 uveřejnil obviněný na svém profilu dokument nazvaný „*Výsledek posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele*“, který neobsahuje nic jiného než název veřejné zakázky, identifikaci vybraného dodavatele ING-CZECH, seznam předložených dokladů a podpisy zpracovatele tohoto dokumentu a pověřené osoby zadavatele. Oznámení o výběru dodavatele ING-CZECH ovšem na profilu zadavatele uveřejněno nebylo, a tedy ani nezačala běžet patnáctidenní lhůta pro případné podání námitek proti rozhodnutí o výběru dodavatele ING-CZECH.
53. Úřad nepochybně postup zadavatele, kdy po vyloučení dodavatele WALER vyzval k předložení dokladů dalšího dodavatele v pořadí, tedy dodavatele ING-CZECH. Pokud však zadavatel dodavatele ING-CZECH vyhodnotil jako vybraného dodavatele, bylo jeho povinností uveřejnit na profilu zadavatele oznámení o výběru dodavatele ING-CZECH s uvedením jeho identifikačních údajů a odůvodnění výběru, jak vyplývá z § 50 zákona ve spojení s § 53 odst. 5 zákona. Bez uveřejnění oznámení o výběru dodavatele totiž ani dodavatelům nezačne běžet lhůta pro případné podání námitek proti rozhodnutí o výběru dodavatele podle § 242 odst. 2 zákona, jejíž uplynutí je podmínkou pro uzavření smlouvy mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem.
54. Oznámit účastníkům zadávacího řízení rozhodnutí o výběru dodavatele je tedy důležité pro zachování a případné uplatnění jejich práva na ochranu před nesprávným postupem zadavatele – tedy práva podat námítky, případně návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele Úřadem. Účelem oznámení o výběru dodavatele je informovat účastníky zadávacího řízení o výsledcích posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele a o hodnocení nabídek, seznámit je s odůvodněním těchto výsledků a avizovat, který z účastníků

bude zadavatelem vyzván k uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky. Odůvodnění výběru musí být dostatečně určité a podrobné, aby bylo možné výběr dodavatele přezkoumat a byla tak zachována transparentnost zadávacího řízení. Obsah odůvodnění výběru bude vždy záležet na okolnostech konkrétního zadávacího řízení na veřejnou zakázku.

55. Zadavatel tedy neoznámením výběru dodavatele ING-CZECH prakticky znemožnil účastníkům zadávacího řízení využít jejich práva na ochranu před nezákonným postupem zadavatele, neboť ti se o výběru dodavatele ING-CZECH nedozvěděli a nemohli tak případně podat zdůvodněné námitky, na základě kterých by zadavatel mohl v případě zjištění porušení zákona svá eventuální pochybení napravit. Neuveřejněním oznámení o výběru dodavatele ING-CZECH tedy mohlo dojít k ovlivnění výběru dodavatele. Nelze akceptovat argumentaci zadavatele, že odůvodnění výběru dodavatele ING-CZECH vyplývá z původního oznámení o výběru ze dne 9.4.2018 (zadavatel oznamoval výběr dodavatele WALER), z rozhodnutí zadavatele ze dne 24.4.2018 o vyloučení dodavatele WALER a ze zveřejnění výsledku posouzení splnění podmínek účasti dodavatele ING-CZECH dne 11.5.2018. Úřad posoudil podle obsahu oznámení o výběru dodavatele WALER ze dne 9.4.2018, rozhodnutí zadavatele ze dne 24.4.2018 o vyloučení dodavatele WALER i výsledek posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele ING-CZECH datovaný dne 10.5.2018 a uveřejněný dne 11.5.2018, přičemž žádný z těchto dokumentů neobsahuje odůvodnění výběru dodavatele ING-CZECH. Rozhodně nelze učinit závěr, že by oznámením o výběru dodavatele ING-CZECH mohlo být oznámení o výběru dodavatele WALER ze dne 9.4.2018 a rozhodnutí zadavatele ze dne 24.4.2018 o vyloučení dodavatele WALER. Pokud se jedná o výsledek posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele ING-CZECH datovaný dne 10.5.2018 a uveřejněný dne 11.5.2018, je skutečností, že jedině v tomto dokumentu je dodavatel ING-CZECH označen jako vybraný dodavatel a jsou zde uvedeny i jeho identifikační údaje, není zde ovšem uvedeno odůvodnění výběru. Dokument obsahuje pouze seznam předložených dokladů bez jakéhokoliv jejich posouzení či zhodnocení a není zde ani závěr o tom, jestli dodavatel ING-CZECH předloženými doklady splnil zadávací podmínky. Ani tento dokument tedy nesplňuje požadavky zákona na obsah oznámení výběru, přičemž absence odůvodnění výběru je z hlediska požadavku zákona na zajištění transparentnosti zadávacího řízení naprosto nepřijatelná. Účastníci zadávacího řízení mají ze zákona právo na poskytnutí jednoznačné informace o výběru dodavatele, aniž by museli dovozovat, co vyplývá z jednotlivých dílčích úkonů či průběžně v čase uveřejňovaných dokumentů zadavatele.
56. Povinnost zadavatele vyplývající z § 50 zákona oznámit účastníkům zadávacího řízení výběr dodavatele souvisí s dodržáním zásady transparentnosti zadávacího řízení. Oznámení o výběru dodavatele zajišťuje, že všichni účastníci zadávacího řízení se transparentně dozvědí, kdo (povinnost zadavatele uvést identifikační údaje vybraného dodavatele) a proč (povinnost uvést odůvodnění výběru dodavatele) byl vybrán jako „vítězný“ dodavatel a kdo bude vyzván k uzavření smlouvy. Z toho je pak zřejmé, že ostatní účastníci se tímto dozvědí, že nebyli se svou nabídkou úspěšní, tzn. že se nestali vybraným dodavatelem a mohou zvážit svůj další postup, tj. například podat námitky, pokud z odůvodnění výběru zjistí, že vybraný dodavatel podle jejich názoru nepředložil „nejlepší“ nabídku, případně že nesplnil zadávací podmínky. K tomu je ovšem zapotřebí, aby zadavatel skutečně výběr dodavatele odůvodnil, nikoliv, aby například pouze vyjmenoval posuzované či hodnocené údaje.

57. Podle § 242 odst. 2 zákona platí, že námitky proti úkonům oznamovaným v dokumentech, které je zadavatel povinen podle tohoto zákona uveřejnit či odeslat stěžovateli, musí být doručeny zadavateli do 15 dnů od jejich uveřejnění či doručení stěžovateli. Z výše uvedeného vyplývá, že lhůta pro podání námitek podle § 242 odst. 2 zákona ani nezačala běžet. S ohledem na logický a teleologický výklad § 246 odst. 1 písm. a) zákona Úřad došel k závěru, že tento je třeba vyložit tak, že jeho účelem je zabránit uzavření smlouvy jak v situaci, kdy účastníci zadávacího řízení mají reálnou možnost napadnout námitkami uveřejněné oznámení o výběru dodavatele, ale tím více i v situaci, kdy reálnou možnost napadnout námitkami oznámení o výběru dodavatele nemají, tj. i v šetřeném případě, kdy vzhledem k neuveřejnění oznámení o výběru dodavatele tato lhůta ani nezačala plynout. Lze tedy konstatovat, že v šetřeném případě by nebylo možné vyloučit ani podání návrhu na uložení zakazu plnění smlouvy podle § 254 odst. 1 písm. b) zákona, když zadavatel uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku, aniž by na svém profilu uveřejnil oznámení o výběru dodavatele ING-CZECH, neboť lhůta pro podání námitek proti rozhodnutí o výběru dodavatele ING-CZECH nezačala plynout.
58. Neuveřejnění oznámení o výběru dodavatele mohlo ovlivnit výběr dodavatele, neboť nelze vyloučit, že jeho uveřejněním se všemi náležitostmi vyplývajícími z § 50 zákona mohlo dojít i k podání námitek, které by, pokud by byly shledány oprávněnými, mohly vést i ke zrušení výběru dodavatele ING-CZECH, a v konečném důsledku i k následnému uzavření smlouvy s jiným dodavatelem. Nelze tedy vyloučit, že neuveřejnění oznámení o výběru dodavatele v souladu s § 50 zákona mohlo ovlivnit výběr dodavatele.
59. Pro úplnost Úřad dodává, že zákon v případě přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona nevyžaduje výlučně prokázání vlivu na výběr dodavatele, postačí takové jednání (postup) zadavatele, které mohlo mít vliv na výběr dodavatele. V této souvislosti je možno poukázat např. na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R180/2008/VZ-1837/2009/310/ASc ze dne 12.2.2009, ve kterém je k dané problematice uvedeno, že *„[s]kutková podstata správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona je navíc naplněna, i pokud jednání zadavatele má pouze potenciál podstatně ovlivnit výběr nabídky, tedy je pouze schopno tohoto ovlivnění, aniž by k němu nutně došlo. Z dikce zákona jasně plyne, že slovo ‚podstatně‘ se vztahuje jak na skutečné ovlivnění (ovlivnil) tak i na potenciální možnost ovlivnění (mohl ovlivnit) výběru nabídky. (...) k uložení pokuty Úřadem postačí pouze potenciální možnost ovlivnění výběru nevhodnější nabídky. Úřad tedy není nucen zkoumat, zda k ovlivnění skutečně došlo či nedošlo, neboť z hlediska ustanovení § 120 zákona stačí pouhá možnost tohoto ovlivnění.“* K obdobným závěrům dospěl rovněž Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 36/2012-104 ze dne 9.5.2013 či v rozsudku č. j. 62 Af 14/2011-74 ze dne 19.7.2012, ve kterém mj. judikoval, že *„[z] uvedeného ustanovení [§ 120 odst. 1 písm. a) zákona] je zřejmé, že se deliktu dopustí již ten zadavatel, který nedodrží ZVZ, přičemž tím pouze hypoteticky ovlivní výběr nevhodnější nabídky.“*
60. Rovněž Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku č. j. 4 As 61/2016-38 ze dne 28.6.2016 konstatoval, že v případě, kdy správní orgán (Úřad) shledá, že *„se v daném případě jedná o ohrožovací formu správního deliktu, nelze faktický vznik škody z logiky věci nijak prokazovat. Pokud by totiž správní orgán toto ohrožení právem chráněného zájmu blíže prokazoval, ve skutečnosti by jeho dokazování směřovalo k tomu, do jaké míry došlo ke skutečné poruše u tohoto právem chráněného zájmu (...) Nejvyšší správní soud se v tomto směru ztotožňuje*

s názorem (...), že takové dokazování by bylo nepřiměřeně obtížné či přímo někdy i nemožné, neboť by bylo nutné oslovit blíže neurčený okruh jiných dodavatelů nacházejících se často na velkém území. Takové dokazování by proto bylo často za hranicí možností správního orgánu a mohlo by vést k nemožnosti účinného postihování porušení povinností zadavatelů dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ.“

61. Z výše uvedeného vyplývá, že pouhá potencialita vlivu na výběr dodavatele je tak s ohledem na znění zákona zcela postačující v případě spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona, a Úřadu tedy nezbývá než uzavřít, že obviněný svým jednáním naplnil všechny znaky skutkové podstaty přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona. Přestože se tedy uvedená judikatura vztahuje k předchozímu zákonu č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, lze ji aplikovat i na současnou právní úpravu.
62. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že obviněný se dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel pravidlo stanovené v § 246 odst. 1 zákona, podle kterého zadavatel nesmí uzavřít smlouvu s dodavatelem před uplynutím lhůty pro podání námitek proti rozhodnutí o výběru dodavatele, když podle § 50 zákona ve spojení s § 53 odst. 5 zákona neuveřejnil na svém profilu oznámení o výběru dodavatele ING-CZECH, a s tímto dodavatelem uzavřel dne 29.5.2018 smlouvu na plnění veřejné zakázky a zadal tak veřejnou zakázku, přičemž tím mohl ovlivnit výběr dodavatele.

K uložení pokuty

63. Úřad posoudil postup obviněného a vzhledem ke zjištěným skutečnostem přistoupil k uložení pokuty, neboť obviněný svým postupem naplnil skutkovou podstatu přestupků podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona, když
 - nedodržel zásadu rovného zacházení stanovenou v § 6 odst. 2 zákona a pravidlo stanovené v § 122 odst. 3 zákona pro zadání veřejné zakázky, když dodavateli ING-CZECH odeslal výzvu k předložení originálů nebo ověřených kopií dokladů o jeho kvalifikaci, která v bodech č. 50 a č. 77 neodpovídala původně stanoveným požadavkům zadavatele uvedeným ve výzvě k podání nabídek ze dne 15.1.2018, a s dodavatelem ING-CZECH, od kterého obdržel doklady, které neodpovídaly původně stanoveným požadavkům na prokázání kvalifikace, uzavřel dne 29.5.2018 smlouvu na plnění veřejné zakázky a zadal tak veřejnou zakázku, přičemž tím ovlivnil výběr dodavatele, a
 - nedodržel pravidlo stanovené v § 246 odst. 1 zákona, podle kterého zadavatel nesmí uzavřít smlouvu s dodavatelem před uplynutím lhůty pro podání námitek proti rozhodnutí o výběru dodavatele, když podle § 50 zákona ve spojení s § 53 odst. 5 zákona neuveřejnil na svém profilu oznámení o výběru dodavatele ING-CZECH a s tímto dodavatelem uzavřel dne 29.5.2018 smlouvu na plnění veřejné zakázky a zadal tak veřejnou zakázku, přičemž tím mohl ovlivnit výběr dodavatele.
64. Odpovědnost za přestupek zaniká mj. uplynutím promlčecí doby, která podle § 270 odst. 5 zákona činí 5 let.
65. Podle § 31 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon 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.

66. V návaznosti na výše uvedené Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 270 odst. 5 zákona. Ke spáchání přestupků došlo zadáním veřejné zakázky, tj. uzavřením smlouvy dne 29.5.2018 mezi obviněným a dodavatelem ING-CZECH. Úřad se o spáchání přestupků dozvěděl z podnětu, který obdržel dne 5.6.2018. Řízení o přestupcích bylo zahájeno doručením oznámení o zahájení řízení z moci úřední dne 6.8.2018. K uplynutí lhůty vymezené zákonem pro zahájení řízení tedy nedošlo a odpovědnost obviněného za přestupky uplynutím promlčecí doby nezanikla.
67. Podle § 41 odst. 1 zákona o přestupcích se za dva nebo více přestupků téhož pachatele projednaných ve společném řízení uloží správní trest podle ustanovení vztahujícího se na přestupek nejpřísněji trestný. Jsou-li horní hranice sazeb pokut stejné, uloží se správní trest podle ustanovení vztahujícího se na přestupek nejzávažnější.
68. Vzhledem k tomu, že přestupky, kterých se obviněný dopustil, mají stanovenou totožnou horní hranici zákonné sazby pro uložení pokuty, je nutné podle § 41 odst. 1 zákona o přestupcích uložit pokutu podle ustanovení vztahujícího se na přestupek nejzávažnější.
69. Úřad považuje za závažnější přestupek spočívající v nedodržení zásady rovného zacházení stanovené v § 6 odst. 2 zákona a pravidla stanoveného v § 122 odst. 3 zákona, neboť jeho důsledkem bylo přímé ovlivnění výběru dodavatele.
70. V šetřeném případě tedy Úřad uložil sankci za přestupek uvedený ve výroku I. tohoto příkazu.
71. Podle § 268 odst. 2 písm. a) zákona se za přestupek uloží pokuta do 10 % ceny veřejné zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o přestupek podle odstavce 1 písm. a) až c) zákona.
72. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu, a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí 29 340 798 Kč včetně DPH. Horní hranice možné pokuty tedy činí částku 2 934 079,80 Kč.
73. 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.
74. V rámci posouzení povahy a závažnosti přestupku ve smyslu § 37 písm. a) přestupkového zákona Úřad konstatuje, že obviněný zasláním výzvy dodavateli ING-CZECH k předložení originálů nebo ověřených kopií dokladů o kvalifikaci podle § 46 a § 122 zákona, která neodpovídala původně stanoveným požadavkům obviněného uvedeným ve výzvě k podání nabídek ze dne 15.1.2018 a uzavřením smlouvy s dodavatelem ING-CZECH nedodržel zásadu stejného zacházení. Jedná se o spáchání přestupku, který v sobě zahrnuje vliv na výběr dodavatele, proto se jedná o závažné porušení zákona. Následek spáchání přestupku pak spočívá v tom, že smlouva byla uzavřena s dodavatelem, jehož předložené doklady o kvalifikaci neodpovídaly původně stanoveným požadavkům zadavatele stanoveným jako podmínka kvalifikace, kterou zadavatel vyžadoval podle § 79 odst. 2 písm. l) zákona.

75. Co se týče kritéria uvedeného v § 37 písm. c) přestupkového zákona Úřad v šetřeném případě zohlednil významně ve prospěch obviněného jako polehčující okolnost fakt, že původně stanoveným požadavkům zadavatele neodpovídala pouze marginální část dokladů. Jako k přitěžující okolnosti pak Úřad přihlédl druhému spáchanému přestupku. Žádné další přitěžující ani polehčující okolnosti, které by měly vliv na výši uložené pokuty, Úřad neshledal.
76. Při posuzování výše uložené pokuty Úřad vycházel rovněž z premisy, že pokuta uložená obviněnému má splňovat dvě základní funkce právní odpovědnosti, které nelze oddělit, a to funkci represivní, tj. postih za porušení povinností stanovených zákonem, a funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. V případě projednávaného přestupku Úřad s ohledem na konkrétní okolnosti daného případu z vyložených důvodů upřednostnil význam funkce preventivní před funkcí represivní, aby za uvedené situace pokuta primárně vyjadřovala to, že obviněný musí dostát zákonem stanoveným povinností, takže jde primárně o sankci, která má vést obviněného k přijetí takových opatření, aby se v budoucnu nerespektování normy vystříhal, přičemž za jiných okolností by její nerespektování mohlo mít v souvislosti s přezkumem postupu obviněného zásadnější dopady. Úřad má za to, že uložená výše pokuty je přiměřená následkům přestupku.
77. Při stanovení výše pokuty Úřad musí rovněž zvažovat, zda uložená pokuta nemůže nepříznivě ovlivnit hospodaření obviněného. Ze schváleného rozpočtu obviněného Úřad zjistil, že v roce 2018 plánuje hospodařit s vyrovnaným rozpočtem, jehož příjmy i výdaje jsou ve shodné výši 407 718 000 Kč. V této souvislosti Úřad dospěl k závěru, že pokuta uložená v této výši není způsobilá zásadním negativním způsobem ovlivnit hospodaření obviněného, a to zejména s ohledem na to, že nedosáhl ani 15 % z horní hranice možné výše pokuty, ani výkon jeho činností souvisejících se zajištěním správy městské části Brno-sever.
78. Úřad rovněž ze své úřední činnosti ověřil, zda obviněný nespáchal projednávané přestupky v souběhu s delikty/přestupky, o nichž Úřad rozhodl již dříve, a zjistil, že tomu tak nebylo.
79. Po zvážení všech okolností případu Úřad stanovil výměru pokuty ve výši uvedené ve výroku III. tohoto rozhodnutí, neboť tuto výši pokuty považuje Úřad za dostačující k naplnění obou základních funkcí právní odpovědnosti.
80. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto příkazu na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO zadavatele.

Náklady řízení

81. Podle § 79 odst. 5 správního řádu uloží správní orgán povinnost nahradit náklady řízení paušální částkou účastníkovi, který řízení vyvolal porušením své právní povinnosti. Podle citovaného ustanovení správního řádu výši paušální částky nákladů řízení stanoví prováděcí právní předpis. Tímto předpisem je 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 (dále jen „vyhláška“), která v § 6 odst. 1 stanoví, že paušální částka nákladů správního řízení, které účastník vyvolal porušením své právní povinnosti, činí 1 000 Kč.

82. Jelikož v daném případě Úřad zahájil správní řízení z moci úřední, neboť dospěl k závěru, že se obviněný dopustil přestupku, je zřejmé, že řízení bylo vyvoláno porušením právní povinnosti obviněného a Úřad je tedy povinen obviněnému uložit náhradu nákladů řízení ve výši stanovené vyhláškou. Z toho důvodu Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku IV. tohoto rozhodnutí.
83. 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 2018000314.

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. 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

v z. Mgr. Michal Kobza

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží

Statutární město Brno, městská část Brno-sever, Dominikánské nám. 196/1, 601 67 Brno

Vypraveno dne

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