



UOHSX00C4GW2

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0022/2019/VZ-09006/2019/322/JSu

Brno: 29. března 2019

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 25. 1. 2019 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem –

- **ČEPS, a.s.**, IČO 25702556, se sídlem Elektrárenská 774/2, 101 52 Praha 10, ve správním řízení zastoupeným na základě plné moci ze dne 25. 5. 2018 společností HAVEL & PARTNERS s.r.o., advokátní kancelář, IČO 26454807, se sídlem Na Florenci 2116/15, 110 00 Praha 1,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 10. 1. 2019, č. j. ÚOHS-S0223/2018/VZ-00758/2019/541/PDz vydanému ve správním řízení ve věci přezkumu úkonů výše uvedeného zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky na uzavření rámcové dohody s názvem „**Výroba a dodávka ocelových příhradových celošroubovaných stožárových konstrukcí pro venkovní vedení 400 kV**“ v jednacím řízení s uveřejněním, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 30. 11. 2017 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 4. 12. 2017 pod ev. č. Z2017-033813, ve znění opravy uveřejněné dne 18. 12. 2017, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 2. 12. 2017 pod ev. č. 2017/S 232-484353, ve znění opravy uveřejněné dne 19. 12. 2017 pod ev. č. 2017/S 243-507793,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 10. 1. 2019, č. j. ÚOHS-S0223/2018/VZ-00758/2019/541/PDz

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – ČEPS, a.s., IČO 25702556, se sídlem Elektrárenská 774/2, 101 52 Praha 10, ve správním řízení zastoupený na základě plné moci ze dne 25. 5. 2018 společností HAVEL & PARTNERS s.r.o., advokátní kancelář, IČO 26454807, se sídlem Na Florenci 2116/15, 110 00 Praha 1 (dále jako „**zadavatel**“) – odeslal dne 30. 11. 2017 k uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek oznámení o zahájení zadávacího řízení, čímž bylo podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jako „**zákon**“¹) zahájeno zadávací řízení za účelem zadání sektorové veřejné zakázky na uzavření rámcové dohody s názvem „Výroba a dodávka ocelových příhradových celošroubovaných stožárových konstrukcí pro venkovní vedení 400 kV“ (dále jako „**rámcová dohoda**“), přičemž oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 4. 12. 2017 pod ev. číslem Z2017-033813, ve znění opravy uveřejněné dne 18. 12. 2017, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 2. 12. 2017 pod ev. číslem 2017/S 232-484353, ve znění opravy uveřejněné dne 19. 12. 2017 pod ev. č. 2017/S 243-507793 (dále jako „**veřejná zakázka**“).
2. Předmětem plnění rámcové dohody je dle bodu 1. s názvem „Předmět rámcové dohody“ zadávací dokumentace stanovení podmínek a postupu při zadávání dílčích veřejných zakázek na výrobu a dodávku ocelových příhradových celošroubovaných stožárových konstrukcí pro venkovní vedení 400 kV včetně portálových stožárových konstrukcí a ve vybraných případech včetně provedení montážních zkoušek a úpravy dílenské dokumentace. Na stejném místě je dále uvedeno, že výsledkem zadávacího řízení na veřejnou zakázku je zadání rámcové dohody podle § 196 a § 131 zákona mezi zadavatelem a minimálně třemi dodavateli na dobu 8 let ode dne nabytí účinnosti rámcové dohody.

¹ Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení v daném případě ve smyslu ustanovení § 61 odst. 1 zákona v návaznosti na ustanovení § 273 zákona.

3. V bodě 2.6 s názvem „Technická specifikace stožárových konstrukcí“ přílohy č. 1 s názvem „Technická specifikace“ návrhu rámcové dohody, který je přílohou č. 2 zadávací dokumentace, zadavatel mj. uvedl: „*Nerozebíratelný spoj bude tvořen přesným šroubem dle DIN 931 (8.8), podložkou pro ocelové konstrukce podle DIN 7349, šestihrannou maticí podle DIN 934 (8) popř. ČSN EN ISO 4032 a bezpečnostní matice. Detailní informace jsou uvedeny v „Doplňku Technické specifikace – Bezpečnostní matice“.*“ V právě uvedeném dokumentu je dále uvedeno: „*Dodávky bezpečnostních matic zajišťuje společnost EGE spol. s.r.o. (www.EGE.cz). Tato společnost s dodávkou bezpečnostních matic poskytne montážní postup pro správnou montáž zabezpečeného šroubového spoje včetně požadovaných utahovacích momentů pro funkční matici.*“
4. Dne 16. 5. 2018 obdržel Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jako „**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 podnět vedený pod sp. zn. ÚOHS-P0189/2018/VZ týkající se postupu zadavatele v zadávacím řízení na uzavření rámcové dohody směřující mj. proti zadávacím podmínkám.
5. Dne 8. 6. 2018 Úřad obdržel podnět vedený pod sp. zn. ÚOHS-P0215/2018/VZ týkající se postupu zadavatele v zadávacím řízení na uzavření rámcové dohody směřující mj. proti témuž pochybení zadavatele, jako v případě podnětu vedeného pod sp. zn. ÚOHS-P0189/2018/VZ.
6. K zahájení správního řízení sp. zn. ÚOHS-S0223/2018/VZ došlo ve smyslu § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jako „**správní řád**“), v návaznosti na § 249 zákona, dne 12. 6. 2018 poté, co zadavatel obdržel přípis Úřadu o zahájení správního řízení ze dne 11. 6. 2018, č. j. ÚOHS-S0223/2018/VZ-17245/2018/541/PDz.
7. Dne 21. 8. 2018 vydal Úřad ve věci rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0223/2018/VZ-24374/2018/541/PDz (dále jako „**rozhodnutí S0223/2018/VZ**“), ve kterém Úřad rozhodl o tom, že zadavatel nedodržel postup podle § 89 odst. 6 v návaznosti na § 6 odst. 2 zákona, když v rámci vymezení minimálních technických podmínek použil odkaz na určitého dodavatele [tu společnost EGE, spol. s r.o., IČO 157 71 695, se sídlem Novohradská 397/34, 370 01 České Budějovice 6 (dále jako „**společnost EGE**“)], dodávajícího konkrétní zadavatelem požadovaný výrobek, aniž by u tohoto odkazu uvedl možnost nabídnout rovnocenné řešení, čímž uvedeného dodavatele v rozporu se zásadou diskriminace zvýhodnil a stanovil tak zadávací podmínky v rozporu se zákonem.
8. Proti právě uvedenému rozhodnutí podal zadavatel dne 5. 9. 2018 rozklad. Předseda Úřadu dne 6. 11. 2018 vydal rozhodnutí č. j. ÚOHS-R0153/2018/VZ-32251/2018/323/PBI (dále jako „**rozhodnutí R0153/2018/VZ**“), kterým výše uvedené rozhodnutí Úřadu zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

Opatření k nápravě zadavatele ze dne 12. 9. 2018

9. Dne 13. 9. 2018 obdržel Úřad od zadavatele opatření k nápravě ze dne 12. 9. 2018, ve kterém zadavatel oznámil účastníkům zadávacího řízení, že v návaznosti na závěry rozhodnutí S0223/2018/VZ v rámci autoremedury přijal opatření k nápravě spočívající

ve zrušení úkonů: Oznámení o výsledku předběžných nabídek a výzvu k jednání o předběžných nabídkách a k podání nabídek ze dne 10. 4. 2018 a všechny své navazující úkony učiněné v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, přičemž uvedl, že zadávací řízení bude od této fáze pokračovat. Zadavatel v opatření k nápravě také změnil znění zadávacích podmínek, kdy již připouští poskytnutí alternativního plnění k bezpečnostním maticím, které dodává společnost EGE (dále jako „**opatření k nápravě**“).

II. Napadené rozhodnutí

10. Dne 10. 1. 2019 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0223/2018/VZ-00758/2019/541/PDz (dále jako „**napadené rozhodnutí**“), kterým rozhodl, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky pochybil tím, že nedodržel postup stanovený v § 89 odst. 5 zákona v návaznosti na § 6 odst. 2 uvedeného zákona, když při vymezení minimálních technických podmínek v dokumentu označeném jako „Doplňk Technické specifikace – Bezpečnostní matice“, jenž tvoří přílohu zadávací dokumentace, uvedl odkaz na určitého dodavatele dodávajícího konkrétní zadavatelem požadovaný výrobek, čímž jej v rozporu se zásadou diskriminace zvýhodnil, přičemž použití tohoto odkazu nebylo odůvodněno předmětem rámcové dohody, a současně nedodržel postup stanovený v § 89 odst. 6 zákona v návaznosti na § 6 odst. 2 téhož zákona, když v daném případě nebyly naplněny podmínky pro stanovení technických podmínek ve smyslu § 89 odst. 1 zákona týkajících se použití bezpečnostních matic prostřednictvím odkazu na konkrétního dodavatele, neboť technické podmínky bylo možné specifikovat přesně a srozumitelně i bez použití uvedeného odkazu a současně u použití tohoto odkazu v rámci zadávacích podmínek předmětné rámcové dohody neuvedl možnost nabídnout rovnocenné řešení, čímž daného dodavatele v rozporu se zásadou zákazu diskriminace zvýhodnil a stanovil tak zadávací podmínky v rozporu se zákonem (výrok I.) Jako nápravné opatření Úřad zrušil zadávací řízení na veřejnou zakázku (výrok II.) a uložil zadavateli povinnost uhradit náklady správního řízení ve výši 30 000 Kč (výrok III.)
11. Úřad svůj závěr odůvodnil tím, že existují na trhu i jiné bezpečnostní matice, které mohou taktéž uspokojit potřeby zadavatele. Z toho důvodu tak není odkaz na konkrétní výrobek odůvodněn předmětem veřejné zakázky. Úřad také v napadeném rozhodnutí přihlédl k tomu, že zadavatel přijal opatření k nápravě a umožnil dodavatelům použít i jiné bezpečnostní matice, nicméně k tomuto kroku přistoupil zadavatel až v okamžiku, kdy uplynula lhůta pro podání žádostí o účast v zadávacím řízení, pročez nejde o dostatečné opatření k nápravě, neboť okruh adresátů není tentýž jako v případě původní zadávací podmínky. Úřad dále uvedl, že zadavatel tímto postupem přistoupil ke změně zadávací dokumentace, která nebyla přípustná, neboť tím zadavatel změnil minimální technické podmínky, které jsou podle názoru Úřadu dle § 61 odst. 10 zákona neměnné.

III. Rozklad zadavatele

12. Dne 25. 1. 2019 obdržel Úřad rozklad zadavatele z téhož dne proti napadenému rozhodnutí (dále jako „**rozklad**“). Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 10. 1. 2019. Zadavatel tedy podal rozklad v zákonné lhůtě.

Námitky rozkladu

13. Zadavatel rozkladem napadá výroky I. až III. napadeného rozhodnutí. Zadavatel předně uvádí, že Úřad při posouzení, zda zadavatel nepostupoval v rozporu s § 89 odst. 5 a 6 zákona, nedostatečně zohlednil povahu a význam požadované technické podmínky s ohledem na předmět plnění veřejné zakázky a její dopad do soutěže o danou veřejnou zakázku. Zadavatel poukazuje na to, že požadovaná bezpečnostní matice je zanedbatelnou položkou plnění veřejné zakázky, jelikož tvoří méně než 1% z celkového objemu plnění a hodnota uvedené matice se pohybuje v řádu desítek Kč, pročež tento aspekt dle zadavatele není schopen ovlivnit účast relevantních dodavatelů v zadávacím řízení, a to i z toho důvodu, že k okamžiku podání žádosti o účast tento aspekt jednotliví dodavatelé nezohledňovali. Zadavatel také poukazuje na to, že se Úřad dostatečně nevypořádal s tvrzením zadavatele, že mu není známo, že by mimo účastníky zadávacího řízení existovali další relevantní dodavatelé. Zadavatel dále uvádí, že přístup Úřadu, kdy tento pouze generálně odkazuje na potenciální ovlivnění soutěže o veřejnou zakázku, odmítá i judikatura (rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 22. 11. 2017, č. j. 30 Af 91/2015). Dle uvedeného rozsudku je nutno závěry o potenciálním ovlivnění soutěže postavit na kvalifikované úvaze při zohlednění logických argumentů. Pro dokreslení výše uvedeného zadavatel odkazuje na to, že žádný dodavatel, ani účastník zadávacího řízení proti uvedené technické podmínce nebrojil a tato podmínka nebyla ani předmětem žádosti o vysvětlení.
14. Zadavatel dále uvádí, že Úřad nesprávně vyhodnotil otázku odůvodněnosti požadavku na konkrétní bezpečnostní matici předmětem veřejné zakázky. Zadavatel odkázal na konkrétní bezpečnostní matici z důvodu jejích vlastností, které jsou jedinečné z hlediska potřeb zadavatele na zajištění ochrany ocelových stožárových konstrukcí proti jejich poškození a zcizení. V tomto smyslu zadavatel odkazuje na znalecký posudek Doc. Ing. P. Franciska, Ph. D., ze dne 27. 8. 2018, který potvrzuje, že dotčené bezpečnostní matice představují z hlediska zabezpečení stožárových konstrukcí nejvhodnější, osvědčené a v současné době technicky nepřekonané řešení. Zadavatel nicméně nerozporuje, že by neexistovaly i jiné bezpečnostní matice, ale ty jím požadované dle jeho názoru poskytují vyšší míru zabezpečení než ostatní, pročež je odkaz na konkrétní výrobek odůvodněn legitimní a objektivní potřebou zadavatele, kterou chce tento v maximální dostupné míře naplnit. Zadavatel tu také poukazuje na to, že vedení provozovaná zadavatelem jsou prvkem kritické infrastruktury ve smyslu zákona č. 240/2000 Sb., o krizovém řízení a změně některých zákonů (krizový zákon), ve znění pozdějších předpisů, a dle téhož zákona má zadavatel povinnost prvky kritické infrastruktury zabezpečit. Zadavatel uvedené námitky uzavírá tvrzením, že odkaz na konkrétního dodavatele bezpečnostních matic je odůvodněn předmětem veřejné zakázky, pročež jsou splněny podmínky dle § 89 odst. 5 zákona.
15. Zadavatel dále zpochybňuje závěry Úřadu o tom, že zadavatel postupoval v rozporu s § 89 odst. 6 zákona. Dle názoru zadavatele, jsou totiž obecně zadavatelé povinni uvést rovnocenné řešení pouze v případě, kdy odkaz na konkrétní výrobek omezuje hospodářskou soutěž, což v daném případě neplatí. Zadavatel také uvádí, že jeho požadavek odkazem na konkrétní výrobek byl učiněn v souladu s § 89 odst. 5 zákona a odst. 6 téhož ustanovení zákona tak na danou situaci nelze aplikovat.

16. Zadavatel taktéž navrhuje, aby ve věci proběhlo ústní jednání, aby mohl demonstrovat jedinečnost technického řešení předepsané bezpečností matice. Dle zadavatele je ústní jednání jedinou cestou k tomu, aby mohl v plném rozsahu uplatnit svá procesní práva a aby mohl být splněn účel správního řízení.
17. Zadavatel také vyjadřuje nesouhlas se závěrem Úřadu ohledně toho, že zadavatel změnil zadávací podmínky v rozporu se zákonem. Dle zadavatele se neměnnost minimálních technických podmínek dle § 61 odst. 10 zákona vztahuje pouze na jednání o nabídkách, která probíhají mezi zadavatelem a jednotlivými dodavateli. Tímto ustanovením nicméně není ovlivněna možnost zadavatel změnit zadávací podmínky dle § 99 zákona. Zadavatel proto konstatuje, že nelze trvat na absolutní neměnnosti minimálních technických podmínek. Zadavatel uzavírá, že byl tedy oprávněn přijmout opatření k nápravě, protože jsou nyní splněny důvody ve smyslu § 257 odst. 1 písm. m) zákona, resp. ve smyslu § 66 odst. 1 písm. g) a odst. 2 správního řádu, pro zastavení správního řízení pro tzv. „bezpředmětnost“, neboť přijaté opatření k nápravě odstraňuje spornou zadávací podmínku. Zadavatel proto navrhuje, aby Úřad správní řízení pro výše uvedené zastavil.

Závěr rozkladu

18. Zadavatel vzhledem k výše uvedenému navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení sp. zn. ÚOHS-S0223/2018/VZ zastavil, případně aby napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k dalšímu řízení.

IV. Řízení o rozkladu

19. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu a podle § 88 odst. 1 téhož právního předpisu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

20. Po projednání rozkladu a veškerého souvisejícího spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
21. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je shora uvedeno, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem přistoupil k potvrzení napadeného rozhodnutí a zamítnutí podaného rozkladu.

V. K námitkám rozkladu

K postupu v rozporu s § 89 odst. 5 zákona

22. Zadavatel v rozkladu prezentuje názor, že odkaz na konkrétního dodavatele, resp. konkrétní výrobek, byl za daných okolností opodstatněn předmětem veřejné zakázky. Zadavatel uvádí, že odkaz na konkrétní bezpečnostní matice zvolil z důvodu jejich

specifických technických vlastností. Tyto matice dle zadavatele totiž v nejvyšší možné míře naplňují požadavky zadavatele a představují nepřekonané technické řešení v zabezpečení šroubovaných konstrukcí. Dle zadavatele tak byla naplněna podmínka § 89 odst. 5 zákona umožňující použití odkazu na konkrétní výrobek, resp. konkrétního dodavatele, aniž by v takovém případě šlo o pochybení ve smyslu zákona.

23. Zákon obecně požaduje, aby byl předmět veřejné zakázky specifikován obecným a neutrálním způsobem (srov. Kruták, T., Krutáková, L., Gerych, J. Zákon o zadávání veřejných zakázek s komentářem k 1. 10. 2016. Olomouc: Nakladatelství ANAG 2016. s. 284), čímž se zadavatel vyvaruje tomu, že některého dodavatele, nebo skupinu dodavatelů svým jednáním zvýhodní, čímž pokříví soutěž o danou veřejnou zakázku. Tato povinnost ovšem není stanovena bezvýjimečně. Zákon připouští odkaz na konkrétní výrobek ve dvou případech, pokud je to dáno specifiky předmětu veřejné zakázky, nebo pokud nelze – pro objektivní nemožnost – specifikovat předmět plnění veřejné zakázky dostatečně jasně bez použití odkazu na konkrétní výrobek.
24. V nyní řešeném případě lze za stěžejní právní otázku označit právě posouzení toho, zda odkaz na konkrétní společnost, resp. její výrobek, je v daném případě odůvodněn konkrétním předmětem plnění veřejné zakázky. Dlužno konstatovat, že stejným právním posouzením se již zabýval Úřad v napadeném rozhodnutí, a to konkrétně v bodech 87. a násl. odůvodnění. Z komentářové literatury se podává, že tento důvod bude aplikovatelný zejména v situacích, kdy zadavatel již bude disponovat věcí, na kterou bude plnění veřejné zakázky navázáno a se kterou bude toto plnění muset být kompatibilní nebo půjde o situaci, kdy bude zadavatel nucen použít například autorizované náhradní díly (srov. Dvořák, D., Machurek, T., Novotný P., Šebesta, M. a kolektiv. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, s. 548 – 559; rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 6. 11. 2018, č. j. ÚOHS-R0153/2018/VZ-32251/2018/323/PBl; nebo rozhodnutí Úřadu ze dne 5. 11. 2012, č. j. ÚOHS-S205/2012/VZ-20793/2012/540/MDI). Druhým případem pak bude situace, kdy zadavatel bude pro realizaci veřejné zakázky vyžadovat konkrétní výrobek, bez něž není realizace veřejné zakázky možná a který nemá na relevantním trhu alternativu. Je nutno uvést, že v nyní posuzovaném případě by se patrně mohlo jednat o druhý uvedený případ, neboť ze správního spisu není patrné, že by zde existovalo již existující plnění, které má v dispozici zadavatel a se kterým je nutno nyní poptávané plnění učinit kompatibilním.
25. Zda je podmínka podle § 89 odst. 5 splněna a zadavatel může odkázat na konkrétní produkt, může být – pro blízkost obou institutů – obdobně posuzováno optikou, se kterou je nahlíženo na splnění technického důvodu pro postup v jednacím řízení bez uveřejnění ve smyslu § 63 odst. 3 písm. b) zákona. Takový výklad pak také následuje princip restriktivního výkladu podmínek, které umožňují odchýlení se od „standardních“ postupů ve smyslu zákona [srov. bod 14 odůvodnění rozsudku Soudního dvora Evropské unie (dále jako „SDEU“) ze dne 10. 3. 1987 ve věci C-199/85, Komise vs. Itálie; nebo bod 13 rozsudku téhož soudu ze dne 28. 3. 1996, ve věci C-318/94, Komise vs. Německo]. Dle uvedeného ustanovení zákona může zadavatel postupovat v takové situaci, kdy z technických důvodů neexistuje jiné řešení, jak veřejnou zakázku realizovat, než obrátit se na konkrétního dodavatele. I když jsou odkaz na konkrétní výrobek a použití jednacím řízení bez uveřejnění odlišné postupy mající rozdílné dopady do soutěže o veřejnou zakázku (zejména dopady

různé intenzity, neboť v případě odkazu na konkrétní výrobek může být předem určen dodavatel pouze dílčí části plnění, který může ve výsledku figurovat pouze v roli subdodavatele, kdežto v případě jednacního řízení bez uveřejnění bude konkrétní dodavatel často realizovat celou veřejnou zakázku a nikoliv jen její dílčí část), výše uvedený princip posouzení splnění podmínky ve smyslu § 63 odst. 3 písm. b) zákona, by měl být aplikovatelný i na splnění podmínky dle § 89 odst. 5 zákona. Jinými slovy, pokud nebude veřejná zakázka realizovatelná bez konkrétního výrobku nebo dodavatele, bude splněna podmínka, že odkaz na konkrétní výrobek nebo dodavatele je dán předmětem plnění veřejné zakázky. Nicméně splnění podmínky dle § 89 odst. 5 zákona je pak logicky vyloučeno tam, kde existují alternativy k požadovanému plnění a veřejná zakázka tak může být realizována, aniž by konkrétní výrobek byl použit nebo aniž by se konkrétní dodavatel podílel na realizaci takové veřejné zakázky. Právě uvedené ostatně dokládá i posun v legislativní úpravě odkazu na konkrétního dodavatele, nebo konkrétní výrobek. Dle § 44 odst. 11 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jako „ZVZ“) bylo možno odkázat na konkrétního dodavatele nebo výrobek pouze v případě, kdy nebylo možné bez takového odkazu dostatečně jasně specifikovat předmět plnění veřejné zakázky, nebo pokud to odůvodňovala zvláštnost předmětu veřejné zakázky (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 11. 2010, č. j. 9 Afs 30/2010-182). Nicméně u obou uvedených důvodů byl zadavatel následně povinen připustit alternativní plnění k výrobku, na který bylo odkázáno (viz výše uvedený rozsudek Nejvyššího správního soudu, kde je uvedeno: „[t]ěmto podmínkám však zadavatel dodávky na CAS nedostal a nic na tom nemění ani to, že u všech konkrétně uvedených typů požadovaných podvozků CAS připustil též automobilové podvozky jiných kvalitativně a technicky obdobných řešení a vlastností; tak totiž musí učinit vždy, i kdyby zákonem dané podmínky pro použití odkazu na konkrétní obchodní firmu byly splněny; viz výše citové znění § 44 odst. 9 zákona o veřejných zakázkách.“). Dle stávající právní úpravy (srov. § 89 odst. 5 zákona), již k uvedení odkazu na konkrétní výrobek z důvodu specifik předmětu plnění nemusí zadavatel umožnit alternativní plnění. Z takového legislativního posunu v úpravě lze vyvodit, že záměrem zákonodárce bylo vyloučit povinnost uvádět alternativy i u postupu dle § 89 odst. 5 zákona, a to patrně z toho důvodu, že uplatnění podmínky v uvedeném ustanovení zákona je vyloučeno tam, kde jsou přípustné alternativy k výrobku nebo dodavateli, na které zadavatel odkázal.

26. Nyní řešený případ odpovídá právě uvedené situaci. Úřad zcela zřetelně dospěl k závěru, že zde existují alternativy k bezpečnostní matici, kterou dodává výhradně společnost EGE. Pak ovšem platí, že pro realizaci veřejné zakázky není bezpodmínečně nutné, aby dodavatelé použili právě tyto bezpečnostní matice. Tu je nutno ovšem uvést na pravou míru, že Úřad a nyní ani jeho předseda nerozporují tvrzení zadavatele o tom, že bezpečnostní matice, které dodává společnost EGE, nejlépe naplňují jeho potřeby. Takové tvrzení ovšem samo o sobě, nemůže s ohledem na výše uvedené, umožnit zadavateli odkaz na takové bezpečnostní matice, čímž dojde ke zvýhodnění konkrétního dodavatele daných matic. Existenci alternativ k předmětným bezpečnostním maticím ostatně potvrdil i sám zadavatel v přijatém opatření k nápravě. Jak již bylo uvedeno výše (viz bod 9. odůvodnění tohoto rozhodnutí o rozkladu), zadavatel v opatření k nápravě výslovně připustil poskytnutí alternativ k bezpečnostním maticím, které dodává společnost EGE. Tímto dal zadavatel najevo fakt, že jeho potřeby mohou být uspokojeny i jinými bezpečnostními maticemi,

pročež nebyl dán důvod k omezení hospodářské soutěže odkazem na konkrétního dodavatele, resp. výrobek, který dodává.

27. Za daných okolností tedy nebyl dán důvod, který by ve smyslu § 89 odst. 5 zákona umožňoval zadavateli použít odkaz na konkrétního dodavatele, resp. jeho výrobek. Na uvedeném závěru pak ničeho nemění ani tvrzení zadavatele o tom, že bezpečnostní matice, které dodává společnost EGE, jsou technicky nepřekonané, neboť poskytují pouze vyšší míru zabezpečení, nicméně neplatí, že by šlo o jediné bezpečnostní matice na trhu. Zadavatel dále neuvádí argumenty, které by vyvracely závěr Úřadu o tom, že existují alternativní plnění. Tu lze pak učinit dílčí závěr, že právní názor Úřadu ohledně toho, že zadavatel nesplnil podmínky pro použití odkazu na konkrétní výrobek ve smyslu § 89 odst. 5 zákona, právě z toho důvodu, že konkrétní bezpečnostní matice, které dodává společnost EGE, mají na trhu alternativní plnění (což ostatně uznal sám zadavatel), plně ob stojí.

K námitce absence vlivu vytýkaného postupu zadavatele na okruh účastníků zadávacího řízení nebo výběr nejvhodnější nabídky

28. Zadavatel ve svých námitkách dále uvádí, že požadavek na konkrétní bezpečnostní matice nemohl mít jakýkoliv vliv na účast dodavatelů v zadávacím řízení a tedy ani vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Tu je zprvu nutno konstatovat, že pro uložení nápravného opatření při pochybení zadavatele při koncipování zadávacích podmínek – jak ostatně uvádí § 263 odst. 3 zákona – není nutno, aby takový postup zadavatele měl vliv na výběr nejvhodnější nabídky, ať už v rovině vlivu na okruh účastníků zadávacího řízení (tedy vlivu tzv. „vně“ zadávacího řízení) nebo na výběr konkrétního dodavatele (tedy vlivu „dovnitř“ zadávacího řízení). Stejný výklad uvedeného ustanovení zákona obsahuje i komentářová literatura (viz Podešva V., Sommer, L., Votrubec, J., Flašák, M., Harnach, J., Měkota, J., Janoušek, M. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Zákon o registru smluv. Komentář. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, s. 957: „Pokud k pochybení zadavatele dojde při formulaci zadávacích podmínek, lze z formulace „Úřad uloží“ vyložit, že ÚOHS rozhodne o zrušení zadávacího řízení vždy, aniž by tedy musel zkoumat, zda vada zadávacích podmínek měla či mohla mít vliv na výběr dodavatele nebo výběr návrhu.“; dále srov. Dvořák, D., Machurek, T., Novotný P., Šebesta, M. a kolektiv. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, s. 1232-1237). Tu si lze položit otázku, proč tomu tak je. O zadávacích podmínkách lze uvažovat jako o dokumentu, který je v zadávacím řízení nejdůležitějším (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 11. 2010, č. j. 9 Afs 30/2010-182), neboť nastavuje pravidla pro konkrétní zadávací řízení. Není sporu o tom, že účelem procesu zadávání veřejných zakázek dle zákona je zachování férové a zákonné soutěže o danou veřejnou zakázku. Pokud se zadavatel dopustí pochybení v jiných fázích, resp. jiných aspektech zadávacího řízení, lze skutečně uvažovat o tom, jestli tento postup měl vůbec na něco vliv, tedy zda došlo ke zmaření toho, že ve věci proběhne férová a zákonná soutěž o veřejnou zakázku. Penalizace (ať už uložením nápravného opatření nebo uložením sankce) úkonů zadavatele, které nemají reálný dopad do zadávacího řízení, by pak byla nepřiměřená. Nicméně v případě základního stavebního kamene zadávacího řízení je tato úvaha odlišná. Tady není na místě zkoumat, zda konkrétní postup zadavatele mohl ovlivnit soutěž o veřejnou zakázku, neboť v případě, kdy taková soutěž stojí na nezákonných základech, je již vyloučeno, aby ve výsledku proběhla férově a zákonně.

29. Není sporu o tom, že vymezení technické specifikace pro bezpečnostní matice je součástí zadávacích podmínek. V tomto smyslu je pak irelevantní, zda postup zadavatele měl vliv na výběr nejvhodnější nabídky, ale je relevantní pouze to, zda se zadavatel dopustil porušení zákona. Z výše uvedeného je pak zcela zřejmé, že zadavatel neměl možnost (pro nesplnění příslušné podmínky) odkázat na konkrétní výrobek, protože postupoval v rozporu se zákonem. Námitky zadavatele, dle kterých nemohli být potenciální dodavatelé odrazení od účasti na zadávacím řízení z důvodu odkazu na konkrétního dodavatele, resp. konkrétní výrobek, resp. že bezpečnostní matice představují zcela marginální součást celé stožárové konstrukce (dle zadavatele cca 1 %), lze proto v souhrnu označit za irelevantní, neboť otázka vlivu postupu zadavatele není pro dovození pochybení na jeho straně a uložení nápravného opatření ve smyslu § 263 odst. 3 zákona nezbytnou náležitostí. Touto optikou je nutno nahlížet i na jednotlivá vyjádření Úřadu ve vztahu k námitkám zadavatele tohoto charakteru, které vznesl během správního řízení před Úřadem. Úřad patrně tímto způsobem pouze reagoval na jednotlivé námitky zadavatele, než aby tak prezentoval stěžejní závěry pro své rozhodnutí. K vypořádání uvedených námitek v napadeném rozhodnutí je tak nutno přihlížet jako k tvrzením, učiněným nad rámec věci. Fakt, že posouzení vlivu nemělo význam pro shledání pochybení a uložení nápravného opatření pak reflektuje textace výroků I. a II. napadeného rozhodnutí, kde není zmíněno, že by zadavatel svým postupem ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky. Tu lze poznamenat, že je praxí Úřadu i ve výrocích správních rozhodnutí plně reflektovat splnění všech nezbytných zákonných náležitostí pro konstatování pochybení anebo uložení nápravného opatření.

K námitkám týkajícím se opatření k nápravě

30. Jak již bylo popsáno výše (viz bod 9. odůvodnění tohoto rozhodnutí), zadavatel přijal opatření k nápravě a je toho názoru, že zhojil protiprávní stav způsobený vlastním pochybením, protože jsou dány důvody pro zastavení správního řízení ve smyslu § 90 odst. 4 správního řádu v návaznosti na § 257 písm. i) zákona.
31. Touto otázkou se nicméně zabýval již Úřad v napadeném rozhodnutí, neboť zadavatel tuto námitku vznesl již během správního řízení před Úřadem. Úřad zcela správně posoudil skutečnost, zda přijaté opatření k nápravě dostatečně zhojuje stav vzešlý z pochybení zadavatele. V bodě 118. odůvodnění napadeného rozhodnutí dospěl Úřad k závěru, že tomu tak není. V tomto ohledu lze zcela souhlasit s Úřadem v tom, že obecně úkony zadavatele mohou mít jiný okruh adresátů podle toho, v jaké fázi zadávacího řízení byly učiněny. Negativní stav, který vznikne v důsledku pochybení zadavatele, pak nemá pouze obsahovou rovinu, ale pro jeho přesné vymezení je nutno přihlídnout i k okruhu jeho adresátů. Opatření k nápravě, aby mohlo vést ke zhojení stavu způsobeného pochybením zadavatele, pak musí tento stav zhojit nejen po obsahové stránce, ale také musí být adresováno témuž okruhu dodavatelů.
32. Tu lze zopakovat závěry Úřadu z napadeného rozhodnutí, a sice že opatření k nápravě a původní úkon zadavatele, který je předmětem přezkumu ve správním řízení před Úřadem, nemají totožný rozsah recipientů, protože pak dané opatření nemůže vést z logiky věci k plné nápravě stavu, jenž vznikl v důsledku pochybení zadavatele. Zadávací podmínka v původním znění byla totiž adresována všem potenciálním dodavatelům, kteří se o veřejnou zakázku mohli ucházet. Ke změně zadavatel přistoupil až po uplynutí lhůty pro podání žádostí o účast, protože tedy zadávací podmínka v novém znění byla adresována pouze účastníkům

zadávacího řízení. Neplatí pak tvrzení zadavatele, že by přezkoumávaná zadávací podmínka již neexistovala, neboť přezkoumávána není ryze zadávací podmínka, ale úkon zadavatele (viz ostatně vymezení pravomocí Úřadu dle § 248 zákona), který je determinován mimo jiné i okruhem adresátů daného úkonu. Zadavatel tak nezrušil přezkoumávaný úkon ve smyslu § 257 písm. i) zákona, protože není dán důvod pro zastavení správního řízení a ani důvod pro postup podle § 90 odst. 4 správního řádu. Jiný závěr by mohl pramenit ze situace, kdy by zadavatel opatření k nápravě přijal před tím, než by uplynula lhůta pro podání žádosti o účast v zadávacím řízení. Pak by totiž přijaté opatření mělo stejné obsahové i rozsahové vymezení jako přezkoumávaný úkon zadavatele. Teoreticky je také možné, že by se rozšířil okruh účastníků zadávacího řízení o ty dodavatele, pro které byl odkaz na konkrétního dodavatele okolností, která je odradila v ucházení se o veřejnou zakázku. V tomto ohledu tak názor Úřadu v napadeném rozhodnutí ob stojí a námitky zadavatele vztahující se k tomuto aspektu řešené věci je nutno označit za nedůvodné.

33. Úřad při posouzení opatření k nápravě také zohlednil otázku, zda mohl zadavatel uvedené opatření v souladu se zákonem přijmout. Úřad v napadeném rozhodnutí (viz bod 119. odůvodnění) dospěl k závěru, že zadavatel nemohl změnit technické požadavky na bezpečnostní matice, neboť tyto požadavky od počátku prezentuje jako minimální technické podmínky, které jsou dle § 61 odst. 10 zákona neměnné. Zadavatel proti této úvaze brojí a poukazuje na to, že § 61 odst. 10 zákona se uplatní pouze tam, kde by došlo ke změně zadávacích podmínek v důsledku jednání zadavatele s jednotlivými účastníky zadávacího řízení, a opatřením k nápravě byla provedena změna, která je přípustná dle § 99 odst. 1 zákona. S uvedeným tvrzením je ovšem nutno nesouhlasit. Obecně platí, že pro přijetí změny podle § 99 odst. 1 zákona bude i v tomto ohledu relevantní okruh adresátů, kterým byla adresována původní zadávací podmínka, a kterým byla adresována změněná zadávací podmínka. Pouze tak lze docílit toho, aby byl postup zadavatele souladný se základními zásadami zadávání veřejných zakázek (viz Kruták, T., Krutáková, L., Gerych, J. Zákon o zadávání veřejných zakázek s komentářem k 1. 10. 2016. Olomouc: Nakladatelství ANAG 2016. s. 301), včetně zásady rovného zacházení. Pokud by totiž zadavatel změnil zadávací podmínku, která byla od počátku dostupná všem potenciálním dodavatelům, po uplynutí lhůty pro podání žádosti o účast, taková změněná zadávací podmínka by byla adresována pouze účastníkům zadávacího řízení, což jsou nepochybně odlišné množiny subjektů (srov. *mutatis mutandis* rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 5. 2008, č. j. 5 Afs 131/2007-131). Tento závěr ostatně reflektuje i podmínka dle § 99 odst. 1 zákona, dle které nesmí dojít ke změně zadávacích podmínek po okamžiku, který je relevantní pro uzavření soutěže o veřejnou zakázku (tedy podání žádostí o účast, podání předběžných nabídek, nebo podání nabídek). Námitku obviněného, že změna zadávacích podmínek, která byla součástí opatření k nápravě, byla přípustná dle § 99 odst. 1 zákona, tak lze označit za lichou.
34. Ustanovení § 61 odst. 10 zákona pak k výše uvedenému obecnému pravidlu představuje *lex specialis*, který reflektuje charakter jednacího řízení s uveřejněním a dle kterého mohou být zadávací podmínky (s výjimkou minimálních technických podmínek) měněny i po uzavření přístupu do soutěže o veřejnou zakázku. Slovní spojení „v průběhu jednání“, jak je použito v § 61 odst. 10 zákona (nebo například i odst. 9 téhož ustanovení zákona), ovšem nelze chápat tak, že odkazuje na samotný akt jednání zadavatele s dodavatelem, resp. dodavateli. Spojení „v průběhu jednání“ vymezuje fázi jednacího řízení s uveřejněním, které počíná

běžet uplynutím lhůty pro podání předběžných nabídek a končí okamžikem uzavření smlouvy (srov. i čl. 29 odst. 5 Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES). Tento závěr ostatně dokládá i povinnost zadavatele poskytovat informace v průběhu jednání účastníkům zadávacího řízení nediskriminačním způsobem. Pokud by totiž platil názor zadavatele, že „v průběhu jednání“ znamená během samotného aktu jednání, nemohl by zadavatel poskytovat informace nediskriminačním způsobem všem účastníkům zadávacího řízení, ledaže by jednal se všemi účastníky najednou, a zákon zadavateli jednání takovým způsobem nedává za povinnost. Uvedená povinnost poskytovat informace dává smysl, pouze pokud lze slovní spojení „v průběhu jednání“ vykládat tak, že odkazuje na jednací fázi jednacího řízení s uveřejněním.

35. Během jednací fáze jednacího řízení s uveřejněním pak zadavatel může obecně měnit zadávací podmínky (s výjimkou minimálních technických podmínek) bez ohledu na příčinu této změny (srov. Dvořák, D., Machurek, T., Novotný P., Šebesta, M. a kolektiv. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, s. 375 – 383). V průběhu jednání tak může zadavatel přijmout změnu zadávacích podmínek a je irelevantní, zda jej k této změně donutily jiné okolnosti nebo zda k potřebě změny dospěl na základě samotného jednání s dodavateli. Ani v uvedené rovině tak námitka zadavatele nemůže obstát a závěr Úřadu lze označit za správný.

K dalším námitkám rozkladu

36. Zadavatel dále poukazuje na to, že jeho záměrem nebylo postupovat podle § 89 odst. 6 zákona, resp. že jeho odkaz na konkrétní výrobek nestojí na splnění podmínky uvedeného ustanovení zákona. Tu lze poukázat na to, že Úřad k posouzení splnění podmínky i dle tohoto ustanovení zákona přistoupil s ohledem na procesní důslednost. Lze také uvést, že zadavatel sám konstatuje, že posouzení této podmínky pro něj není relevantní, neboť tento postup nezamýšlel použít, a k danému neuvádí dalších námitek. Lze tak konstatovat, že Úřad při koncipování uvedeného právního závěru vycházel ze správně a dostatečně zjištěného skutkového stavu, na který aplikoval správné právní normy. Úřad tak dospěl k závěru, který lze v intencích rozkladových námitek označit za správný a v kontextu požadavku na plný přezkum zákonnosti napadeného rozhodnutí (viz § 89 odst. 2 správního řádu), lze tento závěr označit taktéž za zákonný.
37. Zadavatel dále navrhuje nařízení ústního jednání, aby mu bylo umožněno doložit a demonstrovat technické vlastnosti bezpečnostních matic, které dodává společnost EGE. Tu je nutno opět uvést, že Úřad a ani jeho předseda nerozporují fakt, že uvedené bezpečnostní matice disponují zvláštním technickým řešením. Nicméně jak bylo již uvedeno, není zde pochyb o tom, že k daným bezpečnostním maticím existují i alternativy, což odůvodňuje závěr, že v daném případě není odkaz na konkrétního dodavatele a jím dodávaný výrobek odůvodněn předmětem plnění veřejné zakázky, pročež zadavateli není zákonem dovoleno takový odkaz použít. Pokud tak zadavatel navrhuje provedení ústního jednání za účelem objasnění skutkového stavu, lze uvést, že takové objasnění skutkového stavu není v daném případě nutné, neboť přezkum napadeného rozhodnutí stojí na posouzení právní otázky – a sice výkladu podmínky dle § 89 odst. 5 zákona. Za daných okolností tak nejsou splněny důvody dle § 49 odst. 1 správního řádu, které by odůvodnily nařízení ústního jednání ve věci (srov. § 89 odst. 5 zákona; srov. též rozsudek Nejvyššího

správního soudu ze dne 12. 5. 2016, č. j. 1 As 256/2015-95 body [118] až [120] odůvodnění; rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 26. 9. 2016, č. j. 30 Af 73/2014-184 nebo rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 13. 3. 2013, č. j. 1 As 157/2012-40), neboť nařízení ústního jednání v daném případě neukládá jiný zákon a ani to není nezbytné pro uplatnění práv účastníků řízení nebo ke splnění účelu správního řízení.

38. Je otázkou, co zadavatel zamýšlel argumenty obsaženými v bodě 51. rozkladu, neboť není jasné, jaký vliv na posouzení zákonnosti a správnosti napadeného rozhodnutí má tvrzení, že výpadek v dodávkách bezpečnostních matic by představoval podstatnou změnu okolností ve smyslu § 1765 zákona č. 89/2014 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jako „**občanský zákoník**“), a také by byly dány důvody pro modifikaci závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku ve smyslu § 222 zákona. Tu je nutno uvést, že tuto argumentační linii napadené rozhodnutí nezohledňuje, a to patrně z toho důvodu, že tato linie není pro posouzení úkonu zadavatele relevantní. Tu je nutno uvést, že k modifikaci závazku ve smyslu § 222 zákona může obecně přistoupit jakýkoliv zadavatel, pokud naplní dílčí podmínky změn, které *ex lege* nejsou podstatné, nebo pokud jím přijatá (resp. připuštěná) změna není změnou podstatnou ve smyslu § 222 odst. 3 zákona. Nicméně předmětem přezkumu v tomto případě není postup zadavatele dle § 222 zákona. Tento postup je ostatně vyloučen i tím, že ke změně závazku ze smlouvy může z logiky věci dojít až po uzavření smlouvy na veřejnou zakázku (tedy vzniku závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku). S ohledem na to, že v daném případě doposud nedošlo k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku, je vyloučeno, aby předmětem posouzení v tomto případě vůbec hypotetický postup zadavatele dle § 222 zákona byl. Uvedená argumentace tak postrádá pro nynější správní řízení relevanci.

Shrnutí

39. Je záhodno na tomto místě shrnout argumenty tohoto rozhodnutí o rozkladu. Úřad v napadeném rozhodnutí zcela správně dovedl, že podmínka umožňující odkaz na konkrétní výrobek dle § 89 odst. 5 bude zásadně vyloučena tam, kde jsou přípustné alternativy k výrobku, na který bylo odkázáno. Na aplikovatelnost této výjimky ze zákazu odkázat na konkrétní výrobek, by mělo být pohlíženo stejně striktní optikou jako na možnost zadavatele postupovat v jednacím řízení bez uveřejnění ve smyslu § 63 odst. 3 písm. b) zákona. Úřad také správně dovedl, že v daném případě zadavatel nemohl odkázat na konkrétního dodavatele a jeho výrobek ani dle § 89 odst. 6 zákona, neboť ze správního spisu není patrné, že by zadavatel objektivně nemohl vymezit požadavky na bezpečnostní matici. Lze také uvést, že sám zadavatel konstatoval, že výjimku dle § 89 odst. 6 zákona nezamýšlel použít. Za daných okolností je tedy zřejmé, že zadavatel nebyl oprávněn použít odkaz na konkrétní výrobek, pročez tedy postupoval v rozporu se zákonem, neboť tímto zvýhodnil konkrétního dodavatele (společnost EGE). S ohledem na to, jak je koncipován § 263 odst. 3 zákona, není v případě nezákonného vymezení zadávacích podmínek nezbytnou podmínkou pro uložení nápravného opatření, aby takový postup zadavatele měl vliv na výběr nejhodnější nabídky. Přesněji řečeno, Úřad je v takovém případě povinen uložit nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení, aniž by se vlivem postupu zadavatele na soutěž o veřejnou zakázku zabýval. Napadené rozhodnutí tak primárně stojí na právních závěrech o pochybení zadavatele, které jsou – jak již bylo uvedeno výše – zcela správné a zákonné.

40. Během správního řízení Úřad vycházel také z vyjádření společnosti EGE ze dne 20. 4. 2018, ze kterého vyplynulo, že uvedená společnost nebude schopna poskytnout předmětné bezpečnostní matice dalším účastníkům zadávacího řízení. V tomto ohledu tedy zadavatel odkazem na konkrétního dodavatele a jeho výrobek, umožnil tomuto dodavateli blokovat soutěž o veřejnou zakázku a její realizaci, a to pouze z toho titulu, že je dodavatelem – dle slov zadavatele – marginální části poptávaného plnění. Tu se lze tedy – nad rámec řešené věci – zamyslet nad tím, jak by zadavatel mohl postupovat, aniž by pochybil a aniž by se dostal do potenciálně bezvýchodné situace. Zadavatel mohl přistoupit k tomu, že by bezpečnostní matice, které dodává společnost EGE, poptal v samostatném zadávacím řízení, ve kterém si mohl nastavit hodnotící kritéria takovým způsobem, aby ve výsledku měl k dispozici matice, které odpovídají jeho požadavkům na zabezpečení. Tyto matice pak zadavatel mohl poskytnout jednotlivým dodavatelům, se kterými by uzavřel rámcovou dohodu na „hlavní“ veřejnou zakázku, čímž by se vyhnul případné bezvýchodné situaci.
41. Ve smyslu § 89 odst. 2 správního řádu jsem přezkoumal zákonnost napadeného rozhodnutí v celém jeho rozsahu a jeho věcnou správnost v intencích rozkladových námitek, současně jsem přezkoumal i zákonnost postupu Úřadu, když jsem napadené rozhodnutí shledal zákonným a věcně správným. Z napadeného rozhodnutí je jasně patrné, z jakých podkladů pro vydání rozhodnutí Úřad vycházel a jaké právní normy na takto zjištěný skutkový stav aplikoval.

VI. Závěr

42. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodu uváděných v rozkladu.
43. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 5 téhož zákona, nelze dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

HAVEL & PARTNERS s.r.o., advokátní kancelář, Na Florenci 2116/15, 110 00 Praha 1

Vypraveno dne:

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