



UOHSX00C7FQ0

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



PŘÍKAZ

Č. j.: ÚOHS-S0131/2019/VZ-09709/2019/512/KMo

Brno: 4. dubna 2019

Úřad pro ochranu hospodářské soutěž, který je podle ustanovení § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, 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, a pro zvláštní postupy podle části šesté, ve věci spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. d) citovaného zákona obviněným

- město Nepomuk, IČO 00256986, se sídlem náměstí Augustina Němejce 63, 335 01 Nepomuk a Fotbalový klub Nepomuk z.s., IČO 49182587, se sídlem Nádražní 402, 335 01 Nepomuk, kteří dne 12. 1. 2018 uzavřeli smlouvu o společné investici a realizaci veřejně prospěšného projektu,

v souvislosti se zadáváním veřejné zakázky „Víceúčelové hřiště Nepomuk“ ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném na základě výzvy k podání nabídek ze dne 9. 3. 2018 uveřejněné na profilu zadavatele téhož dne,

vydává podle ustanovení § 90 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, ve znění pozdějších předpisů, tento

příkaz

I.

Obviněný – město Nepomuk, IČO 00256986, se sídlem náměstí Augustina Němejce 63, 335 01 Nepomuk a Fotbalový klub Nepomuk z.s., IČO 49182587, se sídlem Nádražní 402, 335 01 Nepomuk, kteří dne 12. 1. 2018 uzavřeli smlouvu o společné investici a realizaci veřejně prospěšného projektu – **se** v souvislosti se zadáváním veřejné zakázky „Víceúčelové hřiště

Nepomuk“ ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném na základě výzvy k podání nabídek ze dne 9. 3. 2018 uveřejněné na profilu zadavatele téhož dne, **dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona** č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **tím, že při vyřizování námitek** podaných stěžovatelem – VYSSPA Sports Technology s.r.o., IČO 27967638, se sídlem Cvokařská 10, 301 00 Plzeň – dne 28. 3. 2018, **postupoval v rozporu s ustanovením § 245 odst. 1 citovaného zákona**, když v rozhodnutí ze dne 11. 4. 2018 o námitkách stěžovatele, kterým námitky podle § 245 odst. 1 citovaného zákona odmítl, se v odůvodnění výše uvedeného rozhodnutí o námitkách podrobně nevyjádřil k námitce stěžovatele ohledně:

- údajné nezákonnosti nastavení kritérií technické kvalifikace v bodu 5.4 zadávací dokumentace, kde zadavatel pro jejich prokázání požadoval doložení seznamu stavebních prací podle § 79 odst. 2 písm. a) citovaného zákona, jehož součástí bude
 - seznam minimálně 5 stavebních prací poskytnutých za posledních 5 let před zahájením zadávacího řízení, jejichž předmětem plnění byla výstavba nebo rekonstrukce hřiště s UMT povrchem III. generace, na které byla vydána řádná Atestace Fotbalové asociace České republiky, a to samostatně nebo včetně atletického oválu okolo hřiště v minimální hodnotě 9 000 000,-- Kč bez DPH za každou významnou stavební práci, přičemž alespoň u dvou referencí se musí jednat o hřiště s UMT včetně atletického oválu okolo hřiště. Účastník zadávacího řízení doloží spolu se seznamem stavebních prací, jejichž předmětem plnění byla výstavba nebo rekonstrukce hřiště s UMT povrchem III. generace, Atestaci Fotbalové asociace České republiky, která byla vydána na účastníka zadávacího řízení, jakožto dodavatele povrchu hřiště s UMT povrchem III. generace.

II.

Za spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. tohoto příkazu **se** obviněnému – město Nepomuk, IČO 00256986, se sídlem náměstí Augustina Němejce 63, 335 01 Nepomuk a Fotbalový klub Nepomuk z.s., IČO 49182587, se sídlem Nádražní 402, 335 01 Nepomuk, kteří dne 12. 1. 2018 uzavřeli smlouvu o společné investici a realizaci veřejně prospěšného projektu – podle § 268 odst. 2 písm. b) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **ukládá**

pokuta ve výši 30 000 Kč (třicet tisíc korun českých)

Pokuta je splatná **do jednoho měsíce** od nabytí právní moci tohoto příkazu.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Obviněný – město Nepomuk, IČO 00256986, se sídlem náměstí Augustina Němejce 63, 335 01 Nepomuk a Fotbalový klub Nepomuk z.s., IČO 49182587, se sídlem Nádražní 402, 335 01 Nepomuk, kteří dne 12. 1. 2018 uzavřeli smlouvu o společné investici a realizaci veřejně prospěšného projektu (dále jen „obviněný“ či také „zadavatel“) – zahájil dne 9. 3. 2018 ve smyslu § 53 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), zadávací řízení na veřejnou zakázku „Víceúčelové hřiště Nepomuk“ zadávanou ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě

výzvy k podání nabídek ze dne 9. 3. 2018 uveřejněné na profilu zadavatele téhož dne (dále jen „veřejná zakázka“).

2. V bodu 3.1 „PŘEDMĚT PLNĚNÍ“ zadávací dokumentace je předmět veřejné zakázky vymezen následovně: *„Předmětem této veřejné zakázky je provedení stavebních prací, které jsou technicky definovány zpracovanou projektovou dokumentací. Předmět plnění veřejné zakázky je dále podrobněji vymezen podmínkami v textové části zadávací dokumentace stavby, soupisem prací a soupisem vedlejších a ostatních nákladů.*

Součástí díla jsou všechny nezbytné práce a činnosti pro komplexní dokončení díla v celém rozsahu zadání, který je vymezen projektem, určenými standardy a obecně technickými požadavky na výstavbu.“

3. V návrhu smlouvy o dílo, která je součástí a zvláštní přílohou č. 6 zadávací dokumentace, zadavatel v článku II. „Předmět plnění“ odst. II. 1. stanovil, že *„[p]ředmětem plnění podle této smlouvy je zhotovení stavebního díla (dále jen díla) „Víceúčelové hřiště Nepomuk“ v rozsahu podle zadávací dokumentace zakázky, kterou tvoří:*
 - *projektová dokumentace „Víceúčelové hřiště s atletickými disciplínami“, soupis prací a dodávek a soupis vedlejších a ostatních nákladů, které zpracovala DM – PROJEKCE A STAVITELSTVÍ s.r.o., Nádražní 290, 330 03 Chrást, IČ: 06262597*
 - *zadávací podmínky veřejné zakázky, které zpracovala STAVEBNÍ PORADNA, spol. s r.o., Průběžná 48, 370 04 České Budějovice, IČ: 62508822*

a nabídka zhotovitele ze dne __. __. 2018 (doplní zadavatel).“

4. Podle bodu 3.1 „PŘEDMĚT PLNĚNÍ“ zadávací dokumentace činí předpokládaná hodnota veřejné zakázky 23.784.332,- Kč bez DPH.
5. Dne 28. 3. 2018 byly zadavateli doručeny stěžovatelem – VYSSPA Sports Technology s.r.o., IČO 27967638, se sídlem Cvokařská 10, 301 00 Plzeň (dále jen „stěžovatel“) – námitky ze dne 27. 3. 2018 směřující proti zadávací dokumentaci a zadávacím podmínkám předmětné veřejné zakázky (dále jen „námitky“).
6. Námitky stěžovatele zadavatel rozhodnutím ze dne 11. 4. 2018 (dále jen „rozhodnutí o námitkách“ či také „rozhodnutí zadavatele ze dne 11. 4. 2018 o námitkách stěžovatele“), které bylo stěžovateli doručeno téhož dne, odmítnul.

II. POSTUP ÚŘADU

7. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) jako orgán příslušný podle § 248 zákona k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178, a pro zvláštní postupy podle části šesté, obdržel dne 20. 4. 2018 návrh stěžovatele z téhož dne na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele učiněných v zadávacím řízení na předmětnou veřejnou zakázku.
8. Dne 20. 4. 2018, kdy Úřad návrh obdržel, bylo podle § 249 zákona ve spojení s ustanovením § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele zaevidované Úřadem pod sp. zn. S0147/2018/VZ (dále jen „správní řízení vedené pod sp. zn. S0147/2018/VZ“).

9. Úřad ve správním řízení vedeném pod sp. zn. S0147/2018/VZ rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0147/2018/VZ-18428/2018/512/KMo ze dne 20. 6. 2018 s odkazem na § 263 odst. 5 zákona zrušil rozhodnutí zadavatele ze dne 11. 4. 2018 o námitkách stěžovatele. Předmětné rozhodnutí Úřadu nabylo právní moci dne 10. 7. 2018.
10. Úřad již na tomto místě uvádí, že předmětem správního řízení vedeného pod sp. zn. S0147/2018/VZ nebylo rozhodování o tom, zda se zadavatel v zadávacím řízení na veřejnou zakázku dopustil přestupku ve smyslu § 268 odst. 1 písm. d) zákona či nikoliv. Z uvedeného důvodu má Úřad za to, že správní řízení zahájené vydáním tohoto příkazu z moci úřední není zatíženo překážkou *res administrata*, z čehož plyne, že ze strany Úřadu nedochází ani k porušení zásady *ne bis in idem*. Úřad v této souvislosti dodává, že charakter správního řízení vedeného na návrh nelze srovnávat se správním řízením zahájeným z moci úřední, jehož výsledkem je konstatování přestupku a uložení sankce. Jak vyplývá z konstantní judikatury správních soudů (viz např. rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 58/2011 ze dne 1. 2. 2013), řízení o návrhu na zahájení správního řízení má povahu kontradiktorního řízení, jehož podstata tkví v posouzení protichůdných zájmů účastníků správního řízení. Předmětem návrhového řízení tedy není posouzení otázky, zda jednání zadavatele naplňuje znaky skutkové podstaty přestupku. S ohledem na posledně uvedené tedy není překážkou, je-li tato otázka řešena samostatně v jiném správním řízení, jehož výsledkem je právě konstatování spáchání přestupku a uložení sankce, přičemž účastníkem tohoto správního řízení je pouze obviněný, jako osoba podezřelá ze spáchání přestupku (srov. § 256 zákona).
11. Pro úplnost lze v této souvislosti rovněž dodat, že v tomto smyslu nedochází ani k popření zásady zákazu dvojího trestání za totéž jednání, resp. za tentýž skutek. Úřad má za to, že jim uložené nápravné opatření svou povahou nelze považovat za trest (sankci) ve smyslu správního trestání. Uvedené vyplývá již ze samotného smyslu nápravného opatření, jehož účelem není zadavatele „potrestat“ ale naopak pouze napravit vzniklý nezákonný stav. Samotné nápravné opatření tak nemá represivní charakter, který je výrazem správního trestání a jehož účelem je postih protiprávního jednání. V této souvislosti lze podpůrně odkázat na závěry vyplývající z rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 29 Af 1/2015 ze dne 17. 1. 2017, kde soud mimo jiné uvedl, že *„(l)ze rovněž souhlasit s žalovaným (pozn. s Úřadem), že jím ukládaná nápravná opatření nejsou projevem správního trestání, a tedy není možné nazírat na souvztažnost výroků žalovaného o porušení zákona zadavatelem a výroku žalovaného o uložení nápravného opatření stejným pohledem jako v případě souvztažnosti výroku žalovaného o spáchání správního deliktu zadavatele a o uložení pokuty zadavateli za takové porušení zákona. (...) Nelze z ničeho dovodit, že by uložení nápravného opatření mělo mít za následek zánik deliktní odpovědnosti zadavatele (či snad popření toho, že k deliktnímu jednání vůbec došlo), pokud je toto deliktní jednání zároveň důvodem pro ono nápravné opatření.“*

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

12. Podle § 90 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o přestupcích“), správní orgán může o přestupku rozhodnout příkazem. Příkazem lze uložit správní trest napomenutí, pokuty, zákazu činnosti, nebo propadnutí věci nebo náhradní hodnoty.

13. Úřad konstatuje, že byly dostatečně zjištěny skutkové okolnosti pro vydání příkazu, kdy podle ustanovení § 150 odst. 1 správního řádu lze povinnost v řízení z moci úřední a ve sporném řízení uložit formou písemného příkazu, přičemž příkaz může správní orgán vydat, považuje-li skutkové zjištění za dostatečné; vydání příkazu může být prvním úkonem v řízení. V tomto případě je vydání příkazu prvním úkonem ve správním řízení.

K postavení obviněného

14. Pro řádné prošetření případu považuje Úřad za rozhodné nejprve určení toho, pod kterou konkrétní kategorií zadavatelů upravenou v zákoně je třeba obviněného podřadit, ve vztahu k čemuž uvádí následující skutečnosti.
15. Podle § 4 odst. 1 písm. d) zákona je veřejným zadavatelem územní samosprávný celek nebo jeho příspěvková organizace.
16. Podle čl. 99 ústavního zákona č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, ve znění pozdějších předpisů, se Česká republika člení na obce, které jsou základními územními samosprávnými celky, a kraje, které jsou vyššími územními samosprávnými celky.
17. Úřad se na prvním místě zabýval otázkou, zda město Nepomuk naplňuje zákonné znaky veřejného zadavatele.
18. Vzhledem k tomu, že město Nepomuk je územně samosprávným celkem, naplňuje tak definici veřejného zadavatele ve smyslu § 4 odst. 1 písm. d) zákona, protože se na něj vztahuje zákon o zadávání veřejných zakázek.
19. Dále se Úřad zabýval otázkou, zda Fotbalový klub Nepomuk z.o. naplňuje zákonné znaky veřejného zadavatele.
20. Město Nepomuk a Fotbalový klub Nepomuk zadali předmětnou veřejnou zakázku společně, a to na základě Smlouvy o společné investici a realizaci veřejně prospěšného projektu ze dne 12. 1. 2018, přičemž platí podle § 7 odst. 1 věty 2. zákona, že zadavatel může veřejnou zakázku zadat také společně s osobou, která nemá povinnost postupovat podle tohoto zákona.
21. K tomu Úřad uvádí, že nemá postaveno najisto, zda Fotbalový klub Nepomuk z.o. je veřejným zadavatelem dle zákona. Úřad v této souvislosti dále uvádí, že pro šetření předmětného případu je skutečnost, zda je Fotbalový klub Nepomuk z.o. veřejným zadavatelem dle zákona nepodstatná, neboť ji s ohledem na ustanovení § 4 odst. 5 a § 7 odst. 3 zákona není třeba zkoumat, neboť v případě společného zadávání nesou všechny zúčastněné osoby společnou a nerozdílnou odpovědnost za dodržení zákona.

K výroku I. tohoto příkazu

Relevantní ustanovení zákona

22. Podle § 6 odst. 1 zákona musí zadavatel při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
23. Podle § 6 odst. 2 zákona ve vztahu k dodavatelům musí zadavatel dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.
24. Podle § 241 odst. 1 zákona může námitky podat dodavatel, kterému postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním podlimitní nebo nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese

s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona nebo se zvláštními postupy podle části šesté zákona hrozí nebo vznikla újma.

25. Podle § 241 odst. 2 písm. a) zákona námitky podle odstavce 1 se podávají písemně a lze je podat proti všem úkonům nebo opomenutím zadavatele v zadávacím řízení a zvláštnímu postupu podle části šesté, včetně stanovení zadávacích podmínek
26. Podle § 242 odst. 1 zákona není-li dále uvedeno jinak, musí být námitky doručeny zadavateli do 15 dnů ode dne, kdy se stěžovatel dozvěděl o domnělém porušení tohoto zákona zadavatelem; námitky nelze podat po uzavření smlouvy nebo poté, co se soutěž o návrh považuje po výběru návrhu za ukončenou.
27. Podle § 242 odst. 2 zákona 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.
28. Podle § 242 odst. 4 zákona pokud je v zadávacím řízení stanovena lhůta pro podání nabídek, musí být námitky proti zadávací dokumentaci doručeny zadavateli nejpozději do skončení této lhůty; v případě jednacího řízení s uveřejněním musí být námitky proti zadávací dokumentaci doručeny zadavateli nejpozději do skončení lhůty pro podání předběžných nabídek.
29. Podle § 245 odst. 1 zákona zadavatel do 15 dnů od doručení námitek odešle rozhodnutí o námitkách stěžovateli. V rozhodnutí uvede, zda námitkám vyhovuje nebo je odmítá; součástí rozhodnutí musí být odůvodnění, ve kterém se zadavatel podrobně a srozumitelně vyjádří ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách. Pokud zadavatel námitkám vyhoví, sdělí v rozhodnutí současně, jaké provede opatření k nápravě.
30. Podle § 245 odst. 2 zákona pokud zadavatel neshledá důvody pro vyhovění, námitky rozhodnutím odmítne. Za odmítnutí se považuje i částečné vyhovění námitkám nebo provedení jiného opatření k nápravě, než kterého se stěžovatel v námitkách domáhal. Provede-li zadavatel jiné opatření k nápravě, než kterého se stěžovatel domáhá, je stěžovatel oprávněn podat nové námitky i proti takovému opatření k nápravě.
31. Podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona se zadavatel dopustí přestupku tím, že postupuje při vyřizování námitek v rozporu s § 245 odst. 1, 2, 3 nebo 4 zákona.
32. Podle § 268 odst. 2 písm. b) zákona za přestupek podle odstavce 1, nepoužije-li se postup podle odstavce 3, lze uložit pokutu do 20 000 000 Kč, jde-li o přestupek podle odstavce 1 písm. d) zákona.

Zjištěné skutečnosti z dokumentace o zadávacím řízení

Námitky stěžovatele

33. Dne 28. 3. 2018 byly zadavateli doručeny stěžovatelem námitky ze dne 27. 3. 2018 směřující proti zadávací dokumentaci a zadávacím podmínkám předmětné veřejné zakázky.
34. Předně stěžovatel ve svých námitkách uvádí, že zadavatel porušil ustanovení § 54 odst. 6 a § 36 odst. 5 zákona, když nestanovil přiměřené lhůty potřebné k průběhu zadávacího řízení, když dobu pro prohlídku místa plnění neurčil tak, aby se prohlídka uskutečnila nejpozději 5 pracovních dnů před skončením lhůty pro podání nabídek, neboť podle stěžovatele, aby byla

dodržena lhůta pro prohlídku místa plnění v souladu se zákonem, byl zadavatel povinen, s ohledem na skutečnost, že lhůta pro podání nabídek byla zadavatelem stanovena do 28. 3. 2018 do 9:00 hodin, stanovit lhůtu pro prohlídku místa plnění před dnem 21. 3. 2018 a nikoliv na den 21. 3. 2018 v 10:00 hodin, jak je uvedeno v bodu 2.3 zadávací dokumentace. Podle stěžovatele byla prohlídka místa plnění zásadní pro stanovení ceny veřejné zakázky, a proto byl zadavatel povinen dodržet zákonem stanovenou lhůtu. Stěžovatel dále uvádí, že podle ustanovení § 97 písm. b) zákona je zadavatel povinen v případě, že umožní prohlídku místa plnění, stanovit lhůtu pro podání nabídek tak, aby byla delší než minimální lhůta stanovená pro příslušný druh zadávacího řízení a v šetřeném případě tak měla být delší než 11 pracovních dnů. Lhůta pro podání nabídek, kterou zadavatel stanovil v délce 12 pracovních dnů od zahájení zadávacího řízení, není podle stěžovatele, s ohledem na předmět veřejné zakázky a rozsah prací a dodávek přiměřená. Stěžovatel je přesvědčen, že *„[d]élka lhůt musí být stanovena tak, aby byla zajištěna přiměřená doba pro vyžadované úkony dodavatelů a v rozporu¹ s ust. § 54 odst. 6 ZZVZ.“*

35. Stěžovatel dále v námitkách uvádí, že zadavatel stanovil zadávací podmínky v rozporu se zákonem, když přenesl odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek na účastníky zadávacího řízení, což podle stěžovatele vyplývá zejména z ustanovení článku II. „Předmět plnění“ návrhu smlouvy o dílo. Stěžovatel dále konstatuje, že jak vyplývá z ustanovení § 92 zákona *„musí zadávací dokumentace obsahovat dokumentaci a soupis stavebních prací, dodávek a služeb s výkazem výměr v rozsahu stanoveném vyhláškou.“* Soupis prací pak podle stěžovatele musí obsahovat položky veškerých předpokládaných stavebních prací, dodávek nebo služeb nezbytných pro zhotovení stavebního objektu, inženýrského objektu nebo provozního souboru a položky soupisu prací *„musí být popsány v podrobnostech jednoznačně vymezujících obsah požadovaných stavebních prací, dodávek či služeb a umožňující porovnatelné ocenění tohoto obsahu.“*
36. Stěžovatel dále spatřuje porušení zákona zadavatelem ve vztahu k požadavku na prokázání technické kvalifikace uvedené v bodu 5.4 zadávací dokumentace, neboť podle stěžovatele se jedná o požadavky nepřiměřené a diskriminační zaručující konkurenční výhodu některým dodavatelům, a to jak požadavek na doložení minimálně 5 stavebních prací za posledních 5 let před zahájením zadávacího řízení v minimální hodnotě 9.000.000,- Kč bez DPH, na které byla vydána řádná Atestace Fotbalové asociace České republiky s tím, že Atestace Fotbalové asociace České republiky musí být vydána na účastníka zadávacího řízení, jakožto dodavatele povrchu UT3G, tak požadavek, že u 2 referencí se musí jednat o hřiště s UMT včetně atletického oválu okolo hřiště. V této souvislosti je stěžovatel přesvědčen, že k prokázání kvalifikace realizovat atletickou dráhu *„není nutné prokazovat schopnosti a zkušenosti s realizací oválu okolo hřiště“* s tím, že stěžovatel dále uvádí, že *„realizoval velké množství atletických drah s atletickými disciplínami, která nebyla realizována kolem fotbalového hřiště, na která byla vydána atestace FAČR, přesto splňují technické a kvalitativní parametry stanovené pro veřejnou zakázku.“* Na základě těchto skutečností stěžovatel, konstatuje, že má schopnosti a zkušenosti s realizací atletických drah s atletickými disciplínami, přesto, jak uvádí *„je vyloučen z účasti v zadávacím řízení.“*

¹ zřejmě myšleno v „souladu“ – pozn. Úřadu

37. Stěžovatel je dále toho názoru, že ze strany zadavatele došlo k porušení zásady rovnosti, přiměřenosti a transparentnosti řízení, když zadavatel v bodu 10. zadávací dokumentace a v článku VII. odst. VII. 13. návrhu smlouvy o dílo stanovil požadavek na předložení seznamu poddodavatelů, pokud jsou účastníkovi známi s vymezením věcného a finančního plnění a seznamu poddodavatelů, kterými dodavatel prokazoval kvalifikaci s tím, jak stěžovatel uvádí ve svých námitkách, že *„zhotovitel se zavazuje, že nezmění další zhotovitele – poddodavatele – uvedené v nabídce bez písemného souhlasu zadavatele. Porušení těchto povinností je podle ujednání stran zvláště závažným a podstatným porušením povinností zhotovitele, které zakládá právo objednatele od této smlouvy odstoupit a právo na sjednanou smluvní pokutu i náhradu vzniklé škody.“* Podle stěžovatele se ze strany zadavatele jedná o neúměrné a neodůvodněné zvýhodnění dodavatelů, kteří neznají své poddodavatele ke dni podání nabídek nebo budou dílo realizovat vlastními kapacitami a dodavatel, jak uvádí stěžovatel, *„který předloží v nabídce seznam poddodavatelů, je oprávněn jejich změnu provést pouze na základě písemného souhlasu zadavatele, oproti tomu dodavatel, který poddodavatele neuvede, může dílo realizovat prostřednictvím jakéhokoliv poddodavatele.“* Stěžovatel je dále toho názoru, že pokud má být dílo zahájeno v termínech tak, jak jsou uvedeny v článku IV. odst. IV. 1. návrhu smlouvy o dílo, a podle stěžovatele tak není znám přesný termín plnění, obává se stěžovatel toho, *„že poddodavatelé, kterým má v úmyslu zadat plnění některých částí veřejné zakázky, po zjištění přesného termínu plnění nebudou mít již volnou kapacitu a bude nutné poddodavatele změnit“*, na což je vázán písemný souhlas objednatele, což podle stěžovatele opět zvýhodňuje dodavatele, kteří budou dílo realizovat vlastními kapacitami nebo ty dodavatele, kteří neznají své poddodavatele ke dni podání nabídky.

Rozhodnutí zadavatele o námitkách stěžovatele

38. Rozhodnutím ze dne 11. 4. 2018 zadavatel odmítl námitky stěžovatele. Předmětné rozhodnutí bylo stěžovateli doručeno dne 11. 4. 2018.
39. Zadavatel v rozhodnutí ze dne 11. 4. 2018 o námitkách stěžovatele ve vztahu k namítané skutečnosti ohledně stanovení lhůty pro podání nabídek a lhůty pro prohlídku místa plnění uvádí, že je stanovil v souladu se zákonem, a že *„při stanovení lhůty pro podání nabídek zohlednil předmět a povahu veřejné zakázky, složitost zadávacích podmínek, rozsah a přiměřenost požadavků zadavatele a dobu pro vyžadované úkony dodavatelů tak, aby bylo dodavatelům umožněno podat ve stanovené lhůtě náležitou a úplnou konkurenceschopnou nabídku.“*
40. Zadavatel ve svém rozhodnutí o námitkách uvádí, že nesouhlasí s argumentací stěžovatele ohledně přenesení odpovědnosti za správnost a úplnost zadávacích podmínek na účastníky zadávacího řízení, neboť podle zadavatele u předmětné veřejné zakázky na stavební práce obsahuje zadávací dokumentace projektovou dokumentaci *„Víceúčelové hřiště s atletickými disciplínami“*, kterou zpracovala společnost DM – PROJEKCE A STAVITELSTVÍ s.r.o., IČO 06262597, se sídlem Nádražní 290, 330 03 Chrást, která obsahuje soupis stavebních prací a dodávek s výkazem výměr včetně soupisu vedlejších a ostatních nákladů, přičemž předmětná projektová dokumentace je zpracovaná ve stupni dokumentace pro provedení stavby dle vyhlášky o dokumentaci staveb a je tedy zpracovaná v rozsahu stanoveném vyhláškou Ministerstva pro místní rozvoj č. 169/2016 Sb., a proto dle zadavatele splňuje požadavek v souladu s ustanovením § 36 odst. 1 zákona a je dostatečná pro účast v zadávacím řízení.

41. Zadavatel ve vztahu k požadavku na prokázání technické kvalifikace v rozhodnutí o námitkách stěžovatele konstatuje, že podle ustanovení § 79 odst. 2 písm. a) zákona, tj. stanovení kritérií technické kvalifikace za účelem prokázání lidských zdrojů, technických zdrojů nebo odborných schopností a zkušeností nezbytných pro plnění veřejné zakázky v odpovídající kvalitě, *„odpovídají druhu, rozsahu a zejména složitosti předmětu plnění veřejné zakázky.“* Zadavatel dále konstatuje, že nemůže nastavit požadavky na prokázání technické kvalifikace takovým způsobem, aby je splnili všichni možní dodavatelé, neboť jak zadavatel uvádí *„[ú]čelem stanovení odpovídající úrovně technické kvalifikace není umožnit realizaci veřejné zakázky všem možným dodavatelům, ale jen těm, kteří danou schopnost prokážou (resp. jsou schopni ji prokázat) zejména v návaznosti na jejich dosavadní činnost, zkušenosti a aktuální dispozici určitými kapacitami (technickými, personálními atd.).“* Zadavatel je přesvědčen, že jeho požadavky na prokázání technické kvalifikace bezprostředně souvisí s předmětem veřejné zakázky, jsou nastaveny správně, zákonně a nejsou vzhledem k rozsahu předmětu veřejné zakázky neúměrné.
42. Ohledně požadavku na předložení seznamu poddodavatelů v nabídce zadavatel s argumentací stěžovatele nesouhlasí. Předně zadavatel v rozhodnutí o námitkách uvádí, že obchodní podmínky stanovil formou vzorového návrhu smlouvy o dílo, jakožto zvláštní přílohy č. 6 zadávací dokumentace a v bodu 7.1 zadávací dokumentace vymezil povinnosti účastníkům řízení ohledně znění návrhu smlouvy o dílo s tím, že zbylý obsah smlouvy nesmí být účastníky zadávacího řízení měněn nebo doplňován tam, kde to zadavatel výslovně nepožaduje. Zadavatel dále považuje požadavek stanovený v článku VII. odst. VII. 13. návrhu smlouvy o dílo *„za naprosto opodstatněný“*, neboť jak zadavatel uvádí *„má právě zamezit tomu, že bude zhotovitel dle své libovůle realizovat dílo prostřednictvím osob (poddodavatelů), které nebudou mít odpovídající kvalifikaci a zkušenosti.“* Zadavatel uvádí, že tento požadavek souvisí zejména s ustanovením § 105 odst. 1 zákona, na základě kterého může zadavatel v zadávací dokumentaci po všech účastnících zadávacího řízení požadovat, aby uvedli, které části veřejné zakázky hodlají plnit prostřednictvím poddodavatelů, nebo aby účastníci zadávacího řízení předložili seznam poddodavatelů, pokud jsou účastníkovi zadávacího řízení známi s uvedením, kterou část veřejné zakázky bude každý poddodavatel plnit, a dále pak s ustanovením § 105 odst. 3 zákona, které stanoví, že u veřejných zakázek na stavební práce a veřejných zakázek na služby, které mají být poskytnuty v zařízení, které je pod přímým dohledem zadavatele, je vybraný dodavatel povinen předložit zadavateli identifikační údaje poddodavatelů těchto stavebních prací nebo služeb, a to nejpozději do 10 pracovních dnů od doručení oznámení o výběru dodavatele, pokud jsou mu známi. Ve vztahu k termínům realizace díla uvedených v bodu 3.3 zadávací dokumentace a v článku IV. odst. IV. 1. návrhu smlouvy o dílo zadavatel uvádí, že je přesvědčen, že jsou stanoveny jednoznačně, srozumitelně a transparentně, aniž by zaručovaly konkurenční výhodu těm dodavatelům, kteří budou dílo realizovat vlastními kapacitami nebo těm dodavatelům, kteří neznají poddodavatele ke dni podání nabídky.

Právní posouzení

43. Úřad nejprve v obecné rovině k problematice institutu námitek uvádí, že námitky jsou procesní institut, který představuje primární ochranu dodavatelů před nezákonným postupem zadavatele. Jsou-li námitky podány, je zadavatel povinen v rozhodnutí o nich uvést, zda námitkám vyhovuje, či je odmítá, a zároveň toto své rozhodnutí odůvodnit, a to

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

44. Přímo ze zákonného ustanovení tedy plyne, že zadavatel své povinnosti ve vztahu k řádně podaným námitkám nesplní, pokud se s nimi vypořádá pouze obecným sdělením, aniž by své rozhodnutí opřel o argumentaci založenou na konkrétních a přezkoumatelných skutečnostech. Za takové (nedostatečné) obecné sdělení je možno např. považovat obecné konstatování, že se namítaného pochybení zadavatel nedopustil, a námitky proto neshledává relevantní. Povinnost podrobně a srozumitelně se vyjádřit ke všem skutečnostem uvedeným v námitkách má zadavatel i v případě zcela nesouvisejících či lichých argumentů stěžovatele, a to v tom smyslu, že musí (konkrétním a zpětně přezkoumatelným způsobem) odůvodnit, proč argumentaci stěžovatele pokládá za nesouvisející, resp. lichou.
45. Úřad pokládá za potřebné zároveň vyjasnit, že uvedené nároky, které jsou na vyřízení námitek zákonem kladeny, byť by se mohly na první pohled jevit jako přísné, nejsou ve vztahu k zadavateli nikterak nespravedlivé. Je totiž třeba předně vycházet z toho, že primárním účelem regulace zadávání veřejných zakázek je ochrana prostředků, které jsou prostřednictvím veřejných zakázek vynakládány, a to především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, na jejichž základě jsou veřejné zakázky plněny, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli. Má-li zadavatel (právě za účelem ochrany hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s takto vydávanými prostředky) zákonem stanovenou obecnou povinnost zadávat veřejné zakázky prostřednictvím v zákoně upravených zadávacích řízení (nelze-li na danou veřejnou zakázku vztáhnout některou ze zákonem definovaných výjimek z této povinnosti) a je-li zadavatel zároveň osobou odpovědnou za zákonný průběh daného zadávacího řízení, nelze považovat za nepřiměřené, aby měl zároveň povinnost k námitce stěžovatele svůj postup relevantním způsobem odůvodnit. Jinými slovy řečeno, je-li zadavatel ve své smluvní volnosti zákonem omezen v tom smyslu, že k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku může obecně přistoupit toliko na základě formalizovaného postupu, který musí vyhovět zákonem stanoveným podmínkám, musí na každý svůj krok v zadávacím řízení nahlížet též z toho pohledu, zda je v souladu se zákonem. Za takového stavu věci nemůže pro zadavatele představovat žádný problém své úvahy, na základě kterých dospěl k závěru, že postupuje v souladu se zákonem, stěžovateli sdělit. Navíc je právě férový (transparentní) takový postup zadavatele, kdy obdrží výtky dodavatele a reaguje na ně tak, že se s nimi srozumitelně a jasně vypořádá. To implikuje, že zareaguje na všechny vznesené argumenty a např. uvede, proč je nepovažuje za legitimní. Právě to je základním smyslem řízení o námitkách. Postup, kdy dodavatel vznese řadu argumentů, pro které považuje postup zadavatele za nezákonný, a zadavatel část z nich

ignoruje či na konkrétní argumenty reaguje nedůvodně jen povšechně, aniž by vysvětlil, proč tato námitka není důvodná, nemůže být v souladu se zákonem.

46. Lze konstatovat, že každý dodavatel pohybující se na dotčeném trhu má právo na transparentní a nediskriminační postup zadavatele v zadávacím řízení a právo na nezávislý přezkum úkonů či rozhodnutí zadavatele poté, co se u něj dotčený uchazeč neúspěšně bránil námitkami dle zákona (k tomuto závěru srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 4. 2008, č. j. 5 As 50/2006 - 137). Právě k plnohodnotnému naplnění tohoto práva pak směřuje úprava uvedená v ustanovení § 245 odst. 1 a v § 263 odst. 5 zákona.
47. Jestliže totiž stěžovatel podá zadavateli námitky, musí se jimi zadavatel zabývat s veškerou pečlivostí. Je tomu tak především proto, že prostřednictvím rozhodnutí o námitkách zadavatel stěžovatele seznamuje se svým pohledem na stěžovatelem vznesené argumenty, což může mít zásadní význam pro rozhodnutí stěžovatele o jeho dalším postupu, tj. zejména též o tom, zda bude proti postupu zadavatele, který jeho námitky odmítl, brojit návrhem u Úřadu či nikoliv. V případě, že se stěžovatel rozhodne návrh podat, jsou pak z povahy věci skutečnosti uvedené zadavatelem v rozhodnutí o námitkách významným podkladem pro náležitou formulaci a odůvodnění takového návrhu. V situaci, kdy zadavatel svůj postup (zpochybňovaný podanými námitkami) konkrétním způsobem nezdůvodňuje, je stěžovatel, chce-li hájit své právo na transparentní postup zadavatele, de facto nucen podávat návrh k Úřadu (přičemž nelze přehlížet, že s jeho podáním je spojena i povinnost složit peněžitou kauci) toliko na základě svých domněnek, tj. aniž by znal argumentaci, na jejímž základě zadavatel pokládá jeho tvrzení za nesprávná či irelevantní. Za této situace by pak bylo krajně nespravedlivé, aby zadavatel až v průběhu správního řízení představil komplexní argumentaci (kterou přitom musí znát od samého počátku, resp. od okamžiku, kdy se pro určitý postup rozhodl) opřenou o relevantní podklady, na základě které by dosáhl zamítnutí návrhu (a propadnutí navrhovatelem složené kauce státu).
48. Právě s cílem předejít naposledy zmíněným situacím zákonodárce v předmětných zákonných ustanoveních konstruoval takové pojetí vyřizování námitek, které zajišťuje, že stěžovatel nebude na svých právech dotčen neochotou (či snad dokonce neschopností) zadavatele svůj postup racionálně hájit, když však přitom setrvává na tom, že jeho postup je zákonný.
49. Ze skutkových zjištění projednávané věci plyne, že zadavatel obdržel dne 28. 3. 2018 prostřednictvím datové schránky námitky stěžovatele, které v souladu s ustanovením § 245 odst. 1 zákona odmítl.
50. Úřad konkrétně ve vztahu k rozhodnutí zadavatele o námitkách stěžovatele uvádí, že ze skutkových zjištění, která Úřad v právě posuzovaném případě učinil (viz body 34. až 43. odůvodnění tohoto příkazu) má za to, že zadavatel námitku stěžovatele týkající se požadavku na prokázání technické kvalifikace, konkrétně požadavek na předložení 2 referenčních staveb, u kterých se musí jednat o realizaci hřiště s UMT včetně atletického oválu okolo hřiště v odůvodnění rozhodnutí o námitkách vypořádal ve velmi obecné rovině, tj. nikoli podrobně ve smyslu § 245 odst. 1 zákona.
51. Úřad uvádí, že k námitce stěžovatele týkající se požadavku na prokázání technické kvalifikace, kdy stěžovatel uvádí, že „[k] prokázání kvalifikace realizovat atletickou dráhu není nutné prokazovat schopnosti a zkušenosti s realizací oválu okolo hřiště. Stěžovatel realizoval velké množství atletických drah s atletickými disciplínami, která nebyla realizována kolem

fotbalového hřiště, na která byla vydána atestace FAČR, přesto splňují technické a kvalitativní parametry stanovené pro veřejnou zakázku. Přestože má stěžovatel schopnosti a zkušenosti, je vyloučen z účasti v zadávacím řízení.“ zadavatel uvedl, že považuje požadavek na počet a podobu resp. rozsah referenčních staveb i jejich předmět plnění – tj. seznam minimálně 5 stavebních prací poskytnutých za posledních 5 let před zahájením zadávacího řízení, jejichž předmětem plnění byla výstavba nebo rekonstrukce hřiště s UMT povrchem III. generace, na které byla vydána řádná Atestace Fotbalové asociace České republiky, a to samostatně nebo včetně atletického oválu okolo hřiště v minimální hodnotě 9.000.000,- Kč bez DPH za každou významnou stavební práci, přičemž alespoň u dvou referencí se musí jednat o hřiště s UMT včetně atletického oválu okolo hřiště, „*za přiměřený, zejména odpovídající složitosti a rozsahu plnění samotné veřejné zakázky a je tudíž souladný se zákonem.“*

52. Úřad zde uvádí, že za situace, kdy stěžovatel ve vztahu k požadavku zadavatele na doložení alespoň 2 referenčních staveb, u kterých se musí jednat o hřiště s UMT včetně atletického oválu okolo hřiště, uvedl v námitkách skutečnost, že k prokázání kvalifikace realizovat atletickou dráhu není nutné prokazovat schopnosti a zkušenosti s realizací oválu okolo hřiště, a že dle svého názoru dostatečně prokázal své schopnosti a zkušenosti s realizací atletických drah s atletickými disciplínami, které splňují technické a kvalitativní parametry stanovené pro veřejnou zakázku, aniž by se jednalo o atletické ovály okolo hřiště, je zadavatel, aby dostal svým povinnostem ve vztahu k přezkoumatelnosti rozhodnutí o námitkách, povinen se k tomuto tvrzení stěžovatele vyjádřit podrobně a srozumitelně. Výše uvedená obecná proklamace zadavatele pak podle Úřadu nepostačuje. Zadavatel ve svém rozhodnutí o námitkách uvádí, proč formuloval samotný požadavek na kvalifikaci v takovém rozsahu, v jakém uvedl v zadávací dokumentaci, avšak vůbec se nevypořádal s tvrzením stěžovatele, že tento je dle svého názoru schopen reálně činnosti poptávané zadavatelem kvalifikovaně provést i na základě realizace jiných referenčních stavebních prací, než jaké požaduje zadavatel. Stěžovatel uvádí, že se cítí být vyloučen z účasti v zadávacím řízení, tj. fakticky diskriminován, avšak zadavatel stěžovateli v rozhodnutí o námitkách neodůvodnil, zdali se stanovením výše uvedené zadávací podmínky nedopouští nedodržení zásady zákazu diskriminace, a proč a zdali vůbec má tato možná diskriminace oporu ve složitosti a rozsahu plnění samotné zakázky, jelikož podstatou námítky stěžovatele je právě to, že tuto oporu nemá. Zadavatelovo odůvodnění v rozhodnutí o námitkách, že jde o přiměřený požadavek odpovídající složitosti a rozsahu plnění veřejné zakázky, se vyjadřuje pouze k dodržení zásady přiměřenosti. Zadavatel se však v odůvodnění námitek měl zabývat podrobně i tím, zda nejde o porušení zásady zákazu diskriminace. Stěžovatel v námitkách uvedl konkrétní důvody pro to, že se cítí být kvalifikovaný pro plnění veřejné zakázky a proč jej postup zadavatele z účasti v zadávacím řízení vylučuje. Podrobné odpovědi na jeho námitku se mu však v odůvodnění námitek nedostalo. Aniž by Úřad chtěl jakkoliv suplovat roli zadavatele, odmítá-li zadavatel tuto námitku, v úvahu by zde teoreticky připadalo zejména detailní odůvodnění rozdílných specifických technických podmínek při plnění zakázky, jejímž předmětem je pouze výstavba nebo rekonstrukce hřiště s UMT povrchem III. generace nebo atletický ovál, a zakázky, jejímž předmětem je výstavba nebo rekonstrukce hřiště s UMT povrchem III. generace včetně atletického oválu okolo hřiště, a odůvodnění požadavku zadavatele ve vazbě na tyto různé technické podmínky, tj. proč nelze považovat za kvalifikovaného takového dodavatele, který nerealizoval hřiště s UMT povrchem III. generace včetně atletického oválu okolo hřiště v rámci jedné zakázky.

53. Úřad uzavírá, že účelu institutu námitek, tzn., aby se stěžovatel, resp. případný navrhovatel primárně dozvěděl autentický názor zadavatele na veškeré jim vznesené připomínky k jeho postupu v zadávacím řízení, tedy nemohlo být dosaženo. Úřad proto dodává, že právě způsob, jakým mají být podané námitky ze strany zadavatele vyřízeny, je z pohledu dodržení zákona zásadní. Lze tedy konstatovat, že pokud má zadavatel za to, že jeho postup je důvodný, měl by být schopen nikoli pouze obecnými frázemi, ale podrobně a srozumitelně své stanovisko obhájit. Takové zdůvodnění postupu zadavatele by pak na druhé straně mělo sloužit stěžovateli jako základní podklad pro úvahu, zda si za svým názorem o nezákonném postupu zadavatele stojí natolik, že je ochoten vyvolat zahájení správního řízení před Úřadem na základě návrhu.

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

54. Podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona se zadavatel dopustí přestupku tím, že postupuje při vyřizování námitek v rozporu s § 245 odst. 1, 2, 3 nebo 4 zákona.

55. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že se zadavatel v souvislosti se zadáváním veřejné zakázky dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona tím, že při vyřizování námitek podaných stěžovatelem dne 28. 3. 2018, postupoval v rozporu s ustanovením § 245 odst. 1 zákona, když se v rozhodnutí ze dne 11. 4. 2018 o námitkách stěžovatele, kterým námitky podle § 245 odst. 1 zákona odmítl, v odůvodnění rozhodnutí o námitkách podrobně nevyjádřil k námitce stěžovatele ohledně:

- údajné nezákonnosti nastavení kritérií technické kvalifikace v bodu 5.4 zadávací dokumentace, kde zadavatel pro jejich prokázání požadoval doložení seznamu stavebních prací podle § 79 odst. 2 písm. a) citovaného zákona, jehož součástí bude
 - seznam minimálně 5 stavebních prací poskytnutých za posledních 5 let před zahájením zadávacího řízení, jejichž předmětem plnění byla výstavba nebo rekonstrukce hřiště s UMT povrchem III. generace, na které byla vydána řádná Atestace Fotbalové asociace České republiky, a to samostatně nebo včetně atletického oválu okolo hřiště v minimální hodnotě 9 000 000,-- Kč bez DPH za každou významnou stavební práci, přičemž alespoň u dvou referencí se musí jednat o hřiště s UMT včetně atletického oválu okolo hřiště. Účastník zadávacího řízení doloží spolu se seznamem stavebních prací, jejichž předmětem plnění byla výstavba nebo rekonstrukce hřiště s UMT povrchem III. generace, Atestaci Fotbalové asociace České republiky, která byla vydána na účastníka zadávacího řízení, jakožto dodavatele povrchu hřiště s UMT povrchem III. generace.

56. S ohledem na výše uvedené Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto příkazu.

K výroku II. tohoto příkazu – uložení pokuty

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

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

59. Podle § 31 odst. 1 zákona o přestupcích promlčecí doba počíná běžet dnem následujícím po dni spáchání přestupku; dnem spáchání přestupku se rozumí den, kdy došlo k ukončení jednání, kterým byl přestupek spáchán. Je-li znakem přestupku účinek, promlčecí doba počíná běžet dnem následujícím po dni, kdy takový účinek nastal.
60. V návaznosti na výše uvedené Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 270 odst. 5 zákona. Ke spáchání přestupku zadavatelem došlo dne 11. 4. 2018 doručením rozhodnutí o námitkách, ve kterém se zadavatel v rámci své argumentace nevyjádřil k námitce stěžovatele uvedené v námitkách stěžovatele ze dne 27. 3. 2018 (specifikované viz výše) podrobně, čímž postupoval v rozporu s ustanovením § 245 odst. 1 zákona. Pro úplnost Úřad uvádí, že jiné rozhodnutí o námitkách, které by povinností stanoveným v § 245 odst. 1 zákona dostalo, zadavatel stěžovateli neodeslal. Řízení o přestupku je pak zahájeno doručením tohoto příkazu. Z uvedených údajů je zřejmé, že promlčecí doba ve vztahu k projednávanému přestupku neuplynula a odpovědnost za přestupek uplynutím promlčecí doby nezanikla.
61. Podle § 268 odst. 2 písm. b) zákona lze za přestupek podle odst. 1, nepoužije-li se postup podle odst. 3, uložit pokutu do 20 000 000 Kč, jde-li o přestupek podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona.
62. 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.
63. Podle § 38 zákona o přestupcích je povaha a závažnost přestupku dána zejména významem zákonem chráněného zájmu, který byl přestupkem porušen nebo ohrožen, dále významem a rozsahem následku přestupku a okolnostmi jeho spáchání (Úřad zde uvádí pouze ty skutečnosti citovaného ustanovení zákona o přestupcích, které jsou relevantní ve vztahu k posuzovanému případu).
64. Pokud jde o význam neurčitého právního pojmu „závažnost přestupku“, Úřad uvádí, že stupeň společenské škodlivosti přestupku (tedy závažnosti) je dán konkrétní intenzitou naplnění znaků skutkové podstaty přestupku. Při posuzování závažnosti přestupku tedy není hlavním kritériem jeho skutková podstata, ale intenzita skutkových okolností, s jakou došlo k porušení právem chráněných hodnot a zájmů v konkrétním případě. Z hlediska určení výměry pokuty je proto nutno hodnotit nejen jaké následky byly přestupkem způsobeny, ale také jakou měly intenzitu (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 106/2012 ze dne 6. 6. 2013).
65. V rámci posouzení povahy a závažnosti přestupku Úřad konstatuje, že pro zadavatele ze zákona jednoznačně vyplývá povinnost přezkoumat a vyřídit veškeré námitky proti jeho postupu v zadávacím řízení. Tuto povinnost zadavatel v šetřeném případě zákonem předvídaným způsobem nesplnil, neboť námitky sice včas „vyřídil“, ale v odůvodnění rozhodnutí o námitkách stěžovatele neuvedl podrobnou formulaci důvodů, pro které nepovažuje dílčí námitku za akceptovatelnou a pro které námitky stěžovatele odmítl.
66. Pochybení v podobě nepřezkoumání námitek stěžovatele, kterého se zadavatel dopustil, nelze přitom hodnotit – vzhledem k účelu, jehož má být institutem námitek dosaženo – jako marginální. Zadavatel se v daném případě nevyjádřil podrobně k námitce stěžovatele

uvedené v námitkách stěžovatele ze dne 27. 3. 2018 (specifikované viz výše). Následkem protiprávního jednání tak bylo, že stěžovateli bylo ze strany zadavatele prezentováno vyjádření, které, jak bylo prokázáno výše, nelze považovat za vyjádření podrobné.

67. Následkem porušení zákonné povinnosti tedy bylo, že stěžovatel neměl jinou možnost než podat návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu bez znalosti konkrétní argumentace zadavatele. Jednáním obviněného tak nebyl naplněn základní účel námitek, tedy odůvodnění postoje zadavatele k námitkám stěžovatele. Následkem nevyřízení předmětné části námitek tak byl v šetřeném případě výše uvedený „informační deficit“ na straně stěžovatele zásadní a přestupek zadavatele tak má přímý dopad na řádný průběh zadávacího řízení, přičemž to byl právě stěžovatel, kdo musel přezkoumání úkonu zadavatele před Úřadem iniciovat, resp. byl v této souvislosti povinen složit nemalou finanční částku jako kauci. Z uvedeného důvodu se proto nemůže v žádném případě jednat pouze o přestupek nízké závažnosti. Pro úplnost Úřad dodává, že z hlediska intenzity zásahu do právem chráněného zájmu se však současně nejedná ani o nejzávažnější porušení zákona ze strany obviněného. V daném případě nelze dovodit, že by obviněný zcela rezignoval na posouzení všech námitek, resp. nelze dovodit, že by obviněný námitky jako celek zcela ignoroval.
68. Byť jednání zadavatele tedy nelze s ohledem na výše uvedené bagatelizovat, Úřad však současně nemůže v rámci stanovení trestu (výše sankce) pominout zohlednění i dalších aspektů případu, které by bylo možné případně vyhodnotit jako polehčující okolnosti ve vztahu k postupu zadavatele, což nepochybně vede k dosažení spravedlivého účelu trestu.
69. Úřad v uvedeném smyslu proto jako polehčující okolnost ve prospěch obviněného zohlednil tu skutečnost, že obviněný zcela nerezignoval na posouzení všech námitek, resp. nelze dovodit, že by obviněný námitky jako celek zcela ignoroval, neboť pochybení zadavatele se týkalo jen části námitek stěžovatele obsažených v podaných námitkách ze dne 27. 3. 2018.
70. V šetřené věci Úřad neshledal žádné další přitěžující ani polehčující okolnosti.
71. Úřad s ohledem na výše uvedené uzavírá, že – vzhledem k intenzitě skutkových okolností a následků, s jakou došlo k porušení právem chráněných hodnot a zájmů – přestupek spáchaný zadavatelem v šetřeném případě klasifikoval sice jako spíše závažný, ale s přihlédnutím k dalším aspektům případu uvedených výše, a zadavateli uložil pokutu spíše při spodní hranici zákonné sazby.
72. Při určení výše pokuty Úřad přihlédl i k ekonomické situaci zadavatele, neboť vychází z maximy, že není přípustné uložit takovou pokutu, která má likvidační charakter v tom smyslu, že by „zmařila“ samu ekonomickou podstatu zadavatele. Podle schváleného rozpočtu na rok 2019 dostupného na internetové adrese obviněného, město Nepomuk (<https://www.nepomuk.cz/article-files/2104-schvaleny-rozpocet-mesta-nepomuk-na-rok-2019.pdf>) vyplývá, že obviněný, město Nepomuk, podle schváleného rozpočtu předpokládá v roce 2019 příjmy ve výši 107.896.800,- Kč. V této souvislosti Úřad uvádí, že vzhledem k tomu, že obviněný, město Nepomuk a obviněný, Fotbalový klub Nepomuk z.o., zadali předmětnou veřejnou zakázku společně na základě Smlouvy o společné investici a realizaci veřejně prospěšného projektu ze dne 12. 1. 2018 a tudíž ručí za dodržení zákona společně a nerozdílně, považuje Úřad, k prověření majetkových poměrů obviněného, město Nepomuk, pro posouzení výše pokuty, získané informace o hospodaření obviněného, město Nepomuk,

z jeho internetových stránek (viz výše) za dostačující. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že vyměřenou výši pokuty nelze v tomto případě považovat, s ohledem na to, že její maximální výše může dosáhnout až 20 000 000 Kč, za likvidační ani za nepřiměřeně zasahující do ekonomické podstaty obviněného (a v tomto smyslu nespravedlivou), neboť představuje naprosto marginální částku ve srovnání s prostředky, se kterými obviněný hospodaří.

73. Pokuta uložená obviněnému za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Po zvážení všech okolností případu Úřad při určení výměry uložené pokuty preferoval preventivní charakter uložení sankce a stanovenou pokutu vzhledem k souvislostem případu posoudil jako dostačující. Úřad uložil pokutu při samé spodní hranici zákonné sazby, tj. ve výši 30 000 Kč, která naplňuje dostatečně vzhledem k okolnostem případu obě funkce právní odpovědnosti.
74. S ohledem na výše uvedené Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto příkazu.
75. Pokuta je splatná do jednoho měsíce 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 obviněného.

POUČENÍ

Proti tomuto příkazu lze podle § 150 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, možno podat odpor ve lhůtě 8 dnů ode dne jeho oznámení, a to u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Lhůta pro podání odporu běží ode dne následujícího po dni doručení tohoto příkazu. Podáním odporu se příkaz ruší a řízení pokračuje. Lhůty pro vydání rozhodnutí začínají znovu běžet dnem podání odporu. Zpětvzetí odporu není přípustné. Příkaz, proti němuž nebyl podán odpor, se stává pravomocným a vykonatelným rozhodnutím.

otisk úředního razítka

v z. Mgr. Michal Kobza
JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží

1. město Nepomuk, náměstí Augustina Němejce 63, 335 01 Nepomuk
2. Fotbalový klub Nepomuk z.s., Nádražní 402, 335 01 Nepomuk

Vypraveno dne

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