



UOHSX00BZ1KX

USNESENÍ

Č. j.: ÚOHS-S0314/2018/VZ-01609/2019/513/JLÍ

Brno: 31.1.2019

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

- obviněný – statutární město Brno, městská část Brno-sever, IČO 44992785, se sídlem Dominikánské nám. 196/1, 601 67 Brno, ve správním řízení zastoupené na základě plné moci ze dne 1.10.2018 JUDr. Ludvíkem Ševčíkem ml., advokátem ev. č. ČAK 10098, Společná advokátní kancelář, se sídlem Koblišná 47/19, 602 00 Brno,

ve věci možného spáchání přestupků při zadávání veřejné zakázky „Rekonstrukce objektu Cejl 68 v Brně“ zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném dne 15.1.2018 uveřejněním výzvy k podání nabídek na profilu obviněného, na kterou byla uzavřena dne 29.5.2018 smlouva, jehož pokračování bylo účastníku řízení oznámeno dopisem č. j. ÚOHS-S0314/2018/VZ-37788/2018/513/JHa ze dne 19.12.2018,

vydává toto

usnesení:

Správní řízení vedené ve věci spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, obviněným – statutární město Brno, městská část Brno-sever, IČO 44992785, se sídlem Dominikánské nám. 196/1, 601 67 Brno – tím, že nedodržel pravidlo stanovené v § 246 odst. 1 písm. a) citovaného zákona, podle kterého zadavatel nesmí uzavřít smlouvu s dodavatelem před uplynutím lhůty pro podání námitek proti rozhodnutí o výběru dodavatele, když podle § 50 citovaného zákona ve spojení s § 53 odst. 5 citovaného zákona neuveřejnil na svém profilu oznámení o výběru dodavatele ING-CZECH s.r.o., se sídlem Lidická 718/77, 602 00 Brno, ve kterém by uvedl odůvodnění výběru jmenovaného dodavatele, a s tímto dodavatelem uzavřel dne 29.5.2018 smlouvu na plnění veřejné zakázky a zadal tak veřejnou zakázku, se podle § 257 písm. f) citovaného zákona **zastavuje, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení sankce podle § 268 citovaného zákona.**

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení

1. Zadavatel – statutární město Brno, městská část Brno-sever, IČO 44992785, se sídlem Dominikánské nám. 196/1, 601 67 Brno, ve správním řízení zastoupené na základě plné moci ze dne 1.10.2018 JUDr. Ludvíkem Ševčíkem ml., advokátem ev. č. ČAK 10098, Společná advokátní kancelář, se sídlem Kobližná 47/19, 602 00 Brno (dále jen „obviněný“ nebo „zadavatel“) – zahájil dne 15.1.2018 zadávání veřejné zakázky „Rekonstrukce objektu Cejl 68 v Brně“ ve zjednodušeném podlimitním řízení uveřejněním výzvy k podání nabídek na profilu obviněného <https://uverejnovani.cz/profiles/details/statutarni-mesto-brno-mestska-cast-brno-sever> (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Dne 30.5.2018 uveřejnil obviněný na svém profilu smlouvu o dílo s dodavatelem ING-CZECH s.r.o., se sídlem Lidická 718/77, 602 00 Brno (dále jen „dodavatel ING-CZECH“), uzavřenou dne 29.5.2018 s cenou ve výši 25 513 736,83 Kč bez DPH, 29 340 798 Kč včetně DPH.

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

3. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), který je podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „zákon“) příslušný k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona, a pro zvláštní postupy podle části šesté, obdržel podnět, ve kterém je mj. uvedeno, že zadavatel nezákonně změnil zadávací podmínky po uplynutí lhůty pro podání nabídek, a že zadavatel uzavřel smlouvu s vybraným dodavatelem, aniž by oznámení o výběru dodavatele uveřejnil na profilu zadavatele. Úřad si proto u zadavatele vyžádal dokumentaci o zadávacím řízení a po jejím posouzení získal pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem, a proto zahájil toto správní řízení vedené pod sp. zn. S0314/2018/VZ.

III. Průběh správního řízení

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

dodavatele, a s tímto dodavatelem uzavřel dne 29.5.2018 smlouvu na plnění veřejné zakázky a zadal tak veřejnou zakázku.

5. Dnem 6.8.2018, kdy obviněný oznámení o zahájení řízení obdržel, bylo podle § 249 zákona, v návaznosti na § 78 odst. 2 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (dále jen „zákon o odpovědnosti za přestupky“), zahájeno řízení ve věci možného spáchání uvedených přestupků.
6. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0314/2018/VZ-27896/2018/513/JLÍ ze dne 24.9.2018 (dále jen „napadené rozhodnutí“), Úřad výrokem I. rozhodl, že obviněný spáchal přestupek podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel zásadu rovného zacházení dle § 6 odst. 2 zákona a pravidlo stanovené v § 122 odst. 3 zákona, když dodavateli ING-CZECH odeslal výzvu ze dne 24.4.2018 k předložení originálů nebo ověřených kopií dokladů o jeho kvalifikaci, která v bodech č. 50 a č. 77 neodpovídala původně stanoveným požadavkům zadavatele dle zadávací dokumentace, a s uvedeným dodavatelem uzavřel dne 29.5.2018 smlouvu na veřejnou zakázku, přičemž svým postupem mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
7. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že se obviněný spáchal přestupek podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nepostupoval v souladu s § 246 odst. 1 zákona, podle kterého zadavatel nesmí uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku před uplynutím lhůty pro podání námitek proti rozhodnutí o výběru dodavatele, když podle § 50 ve spojení s § 53 odst. 5 zákona neuveřejnil na svém profilu oznámení o výběru dodavatele ING-CZECH, ve kterém by uvedl odůvodnění výběru jmenovaného dodavatele, a s tímto dodavatelem uzavřel dne 29.5.2018 smlouvu na plnění veřejné zakázky a zadal tak veřejnou zakázku, přičemž svým postupem mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
8. Za oba výše uvedené přestupky uložil Úřad obviněnému pokutu ve výši 400 000 Kč a povinnost uhradit náklady řízení ve výši 1 000 Kč.
9. Proti napadenému rozhodnutí podal obviněný v zákonné lhůtě rozklad, ve kterém rozporoval, že by se dopustil přestupku uvedeného ve výroku I. napadeného rozhodnutí, neboť podle jeho názoru nepostupoval v rozporu se zásadou rovného zacházení, neporušil pravidlo stanovené v § 122 odst. 3 zákona a svým postupem neovlivnil výběr nejvhodnější nabídky.
10. Obviněný se neztotožnil ani s výrokem II. napadeného rozhodnutí, ve kterém Úřad konstatoval, že se obviněný se dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel pravidlo stanovené v § 246 odst. 1 zákona, podle kterého zadavatel nesmí uzavřít smlouvu s dodavatelem před uplynutím lhůty pro podání námitek proti rozhodnutí o výběru dodavatele, když podle § 50 zákona ve spojení s § 53 odst. 5 zákona neuveřejnil na svém profilu oznámení o výběru dodavatele ING-CZECH, ve kterém by uvedl odůvodnění výběru jmenovaného dodavatele, a s tímto dodavatelem uzavřel dne 29.5.2018 smlouvu na plnění veřejné zakázky a zadal tak veřejnou zakázku, přičemž tím mohl ovlivnit výběr dodavatele. K tomu obviněný mj. uvedl, že nelze dovodit, že by jeho postup měl jakýkoliv vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Své závěry obviněný dokládá tím, že po vyloučení dodavatele WALER, spol. s r.o., IČO 25309536, se sídlem Selská 1063/61, 614 00 Brno - Maloměřice (dále jen „dodavatel WALER“ nebo „společnost WALER“), zbyli již pouze vybraný uchazeč a dodavatel

CAVALON, s.r.o., IČO 27729605, se sídlem Hapalova 1490/22, 621 00 Brno - Řečkovice (dále jen „dodavatel CAVALON“ nebo „společnost CAVALON“), který po celou dobu zadávacího řízení nepodal proti žádnému kroku obviněného námitky a to ani poté, co byl dodavatel WALER vyloučen a dodavateli CAVALON muselo být jasné, že dalším v pořadí je právě dodavatel ING-CZECH. Podle obviněného tak není pravdivé tvrzení Úřadu, že by obviněný znemožnil účastníkům zadávacího řízení využít jejich práva na ochranu před nezákonným postupem zadavatele. Obviněný také dokládá aktuální vyjádření dodavatele CAVALON, ze kterého plyne, že proti výběru vybraného dodavatele nechtěl brojit podáním námitek, z čehož plyne, že postup obviněného nemohl ovlivnit výběr nejhodnější nabídky a závěr Úřadu je tak přepjatě formalistický. Podle obviněného je také nesprávný názor Úřadu, že by zadavatel měl povinnost uveřejnit oznámení o výběru dodavatele ING-CZECH, neboť řádně a podle zákona uveřejnil rozhodnutí o výběru dodavatele WALER se všemi náležitostmi podle § 50 zákona, a to ve vztahu ke všem třem zbývajícím dodavatelům. Podle obviněného se totiž následující dodavatel v pořadí stal *ex lege* vybraným dodavatelem poté, co byl původní vybraný dodavatel WALER ze zadávacího řízení vyloučen. Podle názoru obviněného by uveřejnění zcela totožného rozhodnutí o výběru nejhodnější nabídky s výjimkou, že namísto dodavatele WALER by za vybraného dodavatele byl označen dodavatel ING-CZECH, protože předešlý dodavatel WALER byl ze zadávacího řízení vyloučen, bylo zcela formálním a zbytečným postupem. Jasnost a srozumitelnost svého postupu obviněný opět dokládá tím, že poslední dodavatel v pořadí (dodavatel CAVALON) nepodal proti postupu zadavatele námitky a ani je podat nechtěl. Obviněný také uvádí názor, že dodavatel CAVALON by proti výběru dodavatele ING-CZECH nemohl podat námitky, pokud námitkami nebrotil již proti výběru dodavatele WALER.

11. Obviněný navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí v celém rozsahu zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

Rozhodnutí předsedy Úřadu

12. Po projednání rozkladu a veškerého souvisejícího spisového materiálu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech předseda Úřadu ve smyslu § 98 odst. 1 zákona o odpovědnosti za přestupky přezkoumal správnost a zákonnost napadeného rozhodnutí a správního řízení, které jeho vydání předcházelo, v celém rozsahu a dospěl k následujícím závěrům.
13. Úřad tím, že výrokem I. napadeného rozhodnutí rozhodl tak, jak je shora uvedeno, rozhodl správně a v souladu se zákonem, a proto předseda Úřadu tento výrok rozhodnutím č. j. ÚOHS-R0165/2018/VZ-36976/2018/322/JSu ze dne 14.12.2018 (dále jen „rozhodnutí předsedy Úřadu“), které nabylo právní moci dne 19.12.2018, potvrdil a podaný rozklad v tomto rozsahu zamítl. V této souvislosti lze tudíž v plné míře odkázat na příslušné části napadeného rozhodnutí a rozhodnutí předsedy Úřadu, neboť závěry učiněné v těchto rozhodnutích by v tomto rozhodnutí bylo možné pouze opakovat.
14. Dále předseda Úřadu konstatoval, že výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad nerozhodl správně a podle příslušných právních předpisů, a proto předseda Úřadu přistoupil ke zrušení výroku II. a návazných výroků o uložení pokuty a povinnosti uhradit náklady řízení, přičemž v odůvodnění svého rozhodnutí rozvedl důvody jejich zrušení.

15. Ke zrušení výroku II. napadeného rozhodnutí předseda Úřadu nejprve zrekapituloval, že podle tohoto výroku se obviněný dopustil při zadávání veřejné zakázky přestupku tím, že po vyloučení původně vybraného dodavatele WALER neoznámil výběr dalšího dodavatele v pořadí (dodavatele ING-CZECH), čímž zamezil zbylým účastníkům zadávacího řízení brojit proti tomuto výběru podáním námitek, a na veřejnou zakázku uzavřel smlouvu; Úřad v tomto postupu shledal porušení zákazu uzavřít smlouvu v tzv. blokační lhůtě ve smyslu § 246 odst. 1 písm. a) zákona, neboť tím, že obviněný neoznámil nový výběr dodavatele (v tomto případě dodavatele ING-CZECH), ani nepočala běžet lhůta pro podání námitek proti uvedenému výběru, pročež tedy nemohla daná lhůta ani uplynout a obviněnému tak nebylo ve smyslu § 246 odst. 1 písm. a) zákona umožněno uzavřít smlouvu na předmět plnění veřejné zakázky.
16. Za správnou předseda Úřadu označil úvahu Úřadu, že pokud by zadavatel účastníka zadávacího řízení vyloučil poté, co oznámil jeho výběr a rozhodnul o výběru dodavatele dalšího v pořadí, aniž by toto oznámil, postupoval by v rozporu se zákonem. V tomto případě nelze mít ani pochyb o tom, že svým postupem by zadavatel skutečně zamezil zbylým účastníkům zadávacího řízení brojit proti výběru nového dodavatele podáním námitek a následně případně podáním návrhu k Úřadu. Uzavření smlouvy, aniž by započala běžet lhůta pro podání námitek, neproběhlo v souladu s § 246 odst. 1 písm. a) zákona, neboť myšlenkou tohoto ustanovení nepochybně je, aby byla účastníkům zadávacího řízení dána možnost brojit proti výběru dodavatele podáním námitek a až poté, co nikdo z nich námítky nepodá, by měl zadavatel mít možnost uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku.
17. Podle předsedy Úřadu tak nelze souhlasit s obviněným v tom, že oznámení o výběru dodavatele ING-CZECH by bylo pouhou formalitou. Postup zadavatele ve zjednodušeném podlimitním řízení není regulován zákonem do takové míry jako například postup v otevřeném řízení, to ovšem neznamená, že by zadavatel mohl postupovat zcela dle své libovůle. Je nutno si uvědomit, že uchazečům o veřejnou zakázku, resp. účastníkům zadávacího řízení, není dáno tolik možností uplatnit námítky proti postupu zadavatele. Často je po uplynutí lhůty pro podání nabídek (žádostí o účast, předběžných nabídek) takovou možností právě pouze oznámení o výběru dodavatele. Tím, že obviněný v tomto případě neoznámil výběr nového dodavatele (společnosti ING-CZECH) poté, co vyloučil původního vybraného dodavatele (společnost WALER) neumožnil zbylému účastníkovi zadávacího řízení (společnosti CAVALON) jakkoliv brojit proti výběru právě společnosti ING-CZECH. Obecně totiž nelze z toho, že jeden z účastníků zadávacího řízení nebrojí proti výběru dodavatele, vyvodit závěr, že by nebrojil podáním námitek, ani proti výběru dalšího dodavatele v pořadí. V tomto smyslu tedy nelze oznámení o výběru dalšího dodavatele v pořadí považovat za zcela formální úkon, neboť pouze na jeho základě mohou zbývající účastníci zadávacího řízení výběr toho konkrétního dodavatele napadnout (nelze totiž souhlasit s obviněným v tom, že je možno napadnout potenciální výběr dalšího dodavatele v pořadí již v okamžiku, kdy je oznámen výběr původního dodavatele). Právě uvedené je podle předsedy Úřadu zřejmé i ze znění zákona, kdy z § 125 odst. 2 zákona je zcela patrné, že zadavatel je povinen postupovat při výběru dalšího dodavatele v pořadí téměř stejně (jedinou výjimkou je absence nutnosti opět hodnotit nabídky, pokud vyloučení původního vybraného dodavatele nemá vliv na celkové pořadí dodavatelů) jako u dodavatele vybraného původně, tedy včetně oznámení o výběru dodavatele dle § 123 zákona.

18. I když tak lze podle předsedy Úřadu souhlasit s právním závěrem, že zadavatel nepostupoval v souladu se zákonem, i v tomto případě je nutno k naplnění skutkové podstaty přestupku ve smyslu § 268 odst. 1 písm. a) zákona posoudit vliv takového postupu zadavatele na výběr nejvhodnější nabídky. Nyní posuzovaný úkon obviněného (tedy neoznámení výběru nového dodavatele) je nepochybně úkonem, jehož vliv směřuje dovnitř zadávacího řízení. Vliv vně je v tomto případě zcela vyloučen, neboť již uplynula lhůta pro podání nabídek, čímž se zadávací řízení uzavřelo přístupem jakéhokoliv dalšího dodavatele a postup obviněného tak může být posuzován pouze ve vztahu k již známé množině dodavatelů – účastníků zadávacího řízení.
19. Předseda Úřadu dále uvedl, že „V okamžiku, kdy obviněný vyloučil společnost WALER (tedy původně vybraného dodavatele) v zadávacím řízení již zbývali pouze dva účastníci – společnost ING-CZECH (nový vybraný dodavatel) a společnost CAVALON. Neoznámení výběru společnosti ING-CZECH tak mohlo mít reálný dopad pouze na posledního účastníka zadávacího řízení – společnost CAVALON. Dlužno konstatovat, že Úřad v napadeném rozhodnutí v části, která se týká vlivu předmětného postupu zadavatele (viz body 58. a násl. odůvodnění napadeného rozhodnutí) tento zúžený okruh subjektů, na které mohl mít postup obviněného vliv, nezohlednil. Jeho úvahy také poukazují na to, že se mu jako dostatečná jeví potencialita vlivu postupu zadavatele, která je ze své povahy spíše vlastní vlivu vně zadávacího řízení (viz již uvedený rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 26.3.2015, č. j. 62 Af 120/2013-156). Nicméně v případě, kdy je znám okruh dodavatelů, kteří mohli být postupem zadavatele ovlivněni (v našem konkrétním případě pouze společnost CAVALON), nejsou úvahy o potencialitě vlivu zcela na místě.

Na tomto místě lze poukázat na vyjádření společnosti CAVALON ze dne 2.10.2018, které obviněný přiložil ke svému rozkladu. Z tohoto vyjádření se podává, že společnost CAVALON si byla skutečně vědoma toho, že po vyloučení společnosti WALER bude dalším vybraným dodavatelem právě společnost ING-CZECH. Z vyjádření dále plyne, že společnost CAVALON by proti výběru společnosti ING-CZECH nepodala námitky, neboť jejich umístění v hodnocení nabídek a fakt, že po vyloučení společnosti WALER by obviněný uzavřel smlouvu právě se společností ING-CZECH, plně akceptovala. Byť bylo toto vyjádření společnosti CAVALON připojeno až k rozkladu proti napadenému rozhodnutí, s ohledem na § 97 odst. 1 zákona o přestupkové odpovědnosti platí princip úplné apelace a obviněný z přestupku tak i během odvolacího řízení (resp. řízení o rozkladu) může uvádět nové skutečnosti. K uvedenému vyjádření společnosti CAVALON je tak nutno přihlédnout.

Podle § 152 odst. 5 správního řádu platí pro řízení o rozkladu ustanovení téhož právního předpisu o odvolání, pokud to nevyklučuje povaha věci.

Dle § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu odvolací správní orgán napadené rozhodnutí nebo jeho část zruší a věc vrátí k novému projednání správnímu orgánu, který napadené rozhodnutí vydal, pokud dojde k závěru, že napadené rozhodnutí je v rozporu s právními předpisy nebo zjistí, že je nesprávné. Odvolací správní orgán ve svém rozhodnutí uvede právní názor, který je pro správní orgán, který napadené rozhodnutí vydal, v novém projednání věci závazný.

S ohledem na to, že je z výše uvedeného patrné, že napadené rozhodnutí je v rozsahu výroku II. nesprávné, neboť Úřad v tomto smyslu vycházel z nesprávného právního posouzení vlivu postupu zadavatele na výběr nejvhodnější nabídky. V tomto smyslu lze také poukázat na vyjádření společnosti CAVALON, ke kterému je nutno dle výše uvedeného přihlídnout. Jsou tak splněny zákonem aprobované důvody pro to, aby došlo ke zrušení napadeného rozhodnutí v rozsahu výroku II. a k vrácení věci v tomto rozsahu Úřadu k novému projednání, neboť je zapotřebí opětovně právně posoudit charakter vlivu postupu obviněného na výběr nejvhodnější nabídky a nelze obviněnému odebrat možnost proti takovému novému právnímu posouzení ze strany Úřadu brojit podáním opravného prostředku.

V novém projednání bude Úřad vycházet z teze, že při posouzení vlivu postupu zadavatele (neoznámění výběru dalšího dodavatele v pořadí) na výběr nejvhodnější nabídky je nutno o takovém vlivu uvažovat jako o vlivu „dovnitř“, protože se nelze spolehnout na prokázání potenciality takového vlivu ale tento je nutno zkoumat. Při posouzení vlivu Úřad také přihlídně k vyjádření společnosti CAVALON, které je součástí rozkladu obviněného. Úřad v novém rozhodnutí ve věci posoudí, zda naplnil obviněný skutkovou podstatu přestupku ve smyslu § 268 odst. 1 písm. a) zákona i postupem vymezeným ve výroku II. napadeného rozhodnutí. Pokud Úřad dojde k závěru, že obviněný uvedeným postupem nespáchal přestupek ve smyslu zákona, přistoupí k zastavení správního řízení v tomto rozsahu ve smyslu § 257 písm. f) zákona.“

20. Dále předseda Úřadu uvedl, že „Výrokem III. napadeného rozhodnutí Úřad uložil obviněnému za spáchání obou přestupků vymezených ve výrocih I. a II. napadeného rozhodnutí pokutu. Z § 268 odst. 2 písm. a) zákona, dle kterého Úřad pokutu uložil, jasně plyne, že výrok o pokutě (trestu) je existenčně závislý na výroku o spáchání přestupku (tedy výroku o vině), neboť určení druhu a výměry trestu je dle § 93 odst. 1 písm. d) zákona o přestupkové odpovědnosti podmíněno existencí odsuzujícího výroku.

Na základě právě uvedeného lze tedy konstatovat, že podoba výroku III. je dána i výrokem II. napadeného rozhodnutí, protože lze uzavřít, že i výrok III. následuje procesní osud výroku II. napadeného rozhodnutí. Výrok III. napadeného rozhodnutí je tak nutno zrušit a věc v tomto rozsahu vrátit Úřadu k novému projednání. Úřad v novém projednání věci ve vztahu k výši pokuty bude reflektovat své nové závěry ohledně toho, zda obviněný spáchal i přestupek ve smyslu výroku II. napadeného rozhodnutí.“

21. Obdobný závěr učinil předseda Úřadu i o výroku, kterým Úřad uložil obviněnému povinnost uhradit náklady řízení ve výši 1 000 Kč podle § 72 odst. 5 správního řádu, dle které je povinnost uhradit náklady řízení navázána na porušení zákonné povinnosti, která následně vyvolá potřebu vedení daného správního řízení. Podle předsedy Úřadu v novém projednání věci Úřad znovu posoudí, zda jsou splněny podmínky dle § 72 odst. 5 správního řádu a pokud dospěje k závěru, že ano, tak obviněnému danou povinnost opět uloží.

IV. Pokračování správního řízení

22. Dopisem č. j. ÚOHS-S0314/2018/VZ-37788/2018/513/JHa ze dne 19.12.2018 oznámil Úřad obviněnému pokračování správního řízení.

23. Usnesením č. j. ÚOHS-S0314/2018/VZ-00030/2019/513/JLÍ ze dne 2.1.2019 Úřad určil obviněnému podle § 261 odst. 3 zákona lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Ve stanovené lhůtě ani později se obviněný nevyjádřil.

24. Dne 9.1.2019 nahlédl do správního spisu právní zástupce obviněného.

V. Závěry Úřadu

25. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících zákona postup zadavatele ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech skutečností zjištěných v průběhu správního řízení vedeného pod sp. zn. S0314/2018/VZ včetně argumentace zadavatele, rozhodnutí předsedy Úřadu a na základě vlastního zjištění rozhodl o zastavení správního řízení v části týkající se nedodržení pravidla stanovené v § 246 odst. 1 písm. a) zákona, podle kterého zadavatel nesmí uzavřít smlouvu s dodavatelem před uplynutím lhůty pro podání námitek proti rozhodnutí o výběru dodavatele. Ke svému usnesení Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení zákona

26. Podle § 50 zákona všem účastníkům zadávacího řízení zadavatel odešle oznámení o výběru, ve kterém uvede identifikační údaje vybraného dodavatele a odůvodnění výběru, není-li dále stanoveno jinak.

27. Podle § 53 odst. 5 zákona pokud si to zadavatel v zadávací dokumentaci vyhradil, může oznámení o vyloučení účastníka zadávacího řízení nebo oznámení o výběru dodavatele uveřejnit na profilu zadavatele. V takovém případě se oznámení považují za doručená všem účastníkům zadávacího řízení okamžikem jejich uveřejnění.

28. Podle § 53 odst. 6 zákona pro podání a hodnocení nabídek a výběr dodavatele se použijí § 107 až 110 a § 114 až 122 obdobně. Jako kritéria kvality zadavatel může stanovit i jiná kritéria, než jsou uvedena v § 116, pokud jsou založena na objektivních skutečnostech vztahujících se k osobě dodavatele nebo k předmětu veřejné zakázky. Zadavatel všem účastníkům zadávacího řízení umožní na jejich žádost nahlédnout do písemné zprávy o hodnocení nabídek a pořídit si z ní výpisy, kopie nebo její opisy.

29. Podle § 123 zákona zadavatel odešle bez zbytečného odkladu od rozhodnutí o výběru dodavatele oznámení o výběru dodavatele všem účastníkům zadávacího řízení. S výjimkou jednacích řízení bez uveřejnění a zadávacího řízení, v němž je jeden účastník zadávacího řízení, musí být součástí tohoto oznámení

a) zpráva o hodnocení nabídek, pokud proběhlo hodnocení nabídek,

b) výsledek posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele, který bude obsahovat

1. seznam dokladů, kterými vybraný dodavatel prokazoval kvalifikaci, a

2. u požadované profesní způsobilosti podle § 77 odst. 2, ekonomické kvalifikace a technické kvalifikace údaje rozhodné pro prokázání splnění jednotlivých kritérií kvalifikace,

3. seznam dokladů nebo vzorků, jejichž předložení je podmínkou uzavření smlouvy, pokud si je zadavatel vyhradil podle § 104 písm. a),

4. výsledek zkoušek vzorků, pokud si je zadavatel vyhradil podle § 104 písm. b).

30. Podle § 246 odst. 1 zákona zadavatel nesmí uzavřít smlouvu s dodavatelem
- a) před uplynutím lhůty pro podání námitek proti rozhodnutí o vyloučení účastníka zadávacího řízení, o výběru dodavatele nebo proti úkonu dobrovolného oznámení o záměru uzavřít smlouvu,
 - b) do doby doručení rozhodnutí o námitkách stěžovateli, byly-li námitky podány,
 - c) před uplynutím lhůty pro podání návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, pokud podané námitky odmítl,
 - d) ve lhůtě 60 dnů ode dne zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, pokud byl návrh na zahájení řízení podán včas; zadavatel však může i v této lhůtě smlouvu uzavřít, pokud Úřad návrh zamítl nebo bylo správní řízení vedené o návrhu zastaveno a takové rozhodnutí nabylo právní moci.
31. Podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona zadavatel se dopustí přestupku tím, že nedodrží pravidla stanovená tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postupy podle části šesté, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu v soutěži o návrh, a zadá veřejnou zakázku, uzavře rámcovou dohodu nebo se soutěž o návrh považuje po výběru návrhu za ukončenou.
32. Podle § 257 písm. f) zákona Úřad zahájené řízení zastaví, jestliže v řízení zahájeném z moci úřední nebyly zjištěny důvody pro uložení sankce podle § 268 nebo 269.

Rozhodné skutečnosti

33. Obviněný si v části „*DALŠÍ PODMÍNKY A POŽADAVKY ZADAVATELE*“ v bodu 7. vyhradil v souladu s § 53 odst. 5 zákona právo oznámit rozhodnutí o vyloučení účastníka zadávacího řízení a rozhodnutí o výběru dodavatele jeho uveřejněním na profilu zadavatele.
34. Dne 9.4.2018 obviněný na svém profilu uveřejnil Oznámení o výběru dodavatele WALER. Obsahem tohoto oznámení bylo i výsledné pořadí účastníků zadávacího řízení, kdy jako v druhý v pořadí byl uveden dodavatel ING a třetí v pořadí dodavatel CAVALON a přílohou písemná zpráva o hodnocení nabídek ze dne 9.4.2018 a rovněž výsledek posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele WALER ze dne 9.4.2018.
35. Dne 24.4.2018 obviněný na svém profilu uveřejnil rozhodnutí o vyloučení dodavatele WALER z účasti v zadávacím řízení, který se vzdal práva na realizaci zakázky z organizačních a kapacitních důvodů.
36. Dále obviněný dne 24.4.2018 odeslal výzvu k předložení dokladů podle § 46 a § 122 odst. 3 písm. a) zákona dodavateli ING-CZECH.
37. Dne 11.5.2018 uveřejnil obviněný na svém profilu dokument nazvaný „*Výsledek posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele*“ ING-CZECH, který obsahuje název veřejné zakázky, identifikaci vybraného dodavatele ING-CZECH, seznam předložených dokladů a podpisy zpracovatele tohoto dokumentu a pověřené osoby zadavatele. Oznámení o výběru dodavatele ING-CZECH nebylo na profilu zadavatele dohledáno.

38. Dne 30.5.2018 uveřejnil obviněný na svém profilu smlouvu o dílo s dodavatelem ING-CZECH uzavřenou dne 29.5.2018 s cenou ve výši 25 513 736,83 Kč bez DPH, 29 340 798 Kč včetně DPH.
39. Dne 30.5.2018 uveřejnil obviněný na svém profilu písemnou zprávu zadavatele.
40. Dne 8.10.2018 Úřad obdržel rozklad obviněného, jehož součástí bylo i vyjádření dodavatele CAVALON ze dne 2.10.2018, ve kterém bylo uvedeno následující: *»Oznámení o výběru dodavatele“ ve vztahu k zákonu na zadávání veřejných zakázek nám bylo jasné, že v případě, že by vybraný dodavatel byl vyloučen, tak bude zadavatel jednat s účastníkem, který se umístil další v pořadí. Současně poté, co byl dodavatel WALER, spol. s.r.o. vyloučen, tak zveřejněním dokumentu s výsledkem posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele za společnost ING-CZECH, s.r.o., nám bylo jasné, že zadavatel jedná s tímto o uzavření smlouvy, a teda jedná s účastníkem, který byl další v pořadí. Ke zveřejněnému dokumentu jsme naměli výhrady. Kdybychom je měli, tak bychom podali v danou chvíli námitku. To, že smlouva se společností ING-CZECH s.r.o. uzavřena považujeme za řádný procesní krok a plně jsme to akceptovali.*

Vůči postupu zadavatele jsme neměli a nemáme žádných námitek a podat jsme je nechtěli. Ze zveřejněných dokumentů na profilu zadavatele nám byla jasná naše pozice v rámci zadávacího řízení, a i postup zadavatele se nám zdá v pořádku. Postupem zadavatele se necítíme poškozeni. V případě, kdy by i společnost ING-CZECH s.r.o. byla případně vyloučena, bychom očekávali, že nás zadavatel osloví jako dalšího v pořadí.«

Právní posouzení

41. Zadavatel zadával veřejnou zakázku ve zjednodušeném podlimitním řízení, které představuje oproti ostatním druhům zadávacích řízení časově i administrativně jednodušší druh zadávacího řízení. Zákonná úprava zjednodušeného podlimitního řízení se omezuje na stanovení konkrétních specifik oproti úpravě vztahující se pro zadávání nadlimitních veřejných zakázek s tím, že pokud není výslovně v zákoně odkázáno na konkrétní ustanovení platná pro nadlimitní režim, zadavatel je pouze oprávněn (nikoliv povinen) tyto instituty z nadlimitního režimu použít či se jimi pouze inspirovat při stanovení zadávacích podmínek ve zjednodušeném podlimitním řízení a v samotném postupu ve zjednodušeném podlimitním řízení.
42. Podle § 50 zákona zadavatel všem účastníkům zadávacího řízení odešle oznámení o výběru, ve kterém uvede identifikační údaje vybraného dodavatele a odůvodnění výběru, není-li dále stanoveno jinak.
43. Ustanovení § 50 zákona je ovšem obecnou úpravou, a to i podle komentářové literatury, která např. uvádí, že *„Samostatně platí pro všechny případy, na něž se neuplatní podrobnější ustanovení § 123, s nímž se částečně obsahově kryje. Fakticky se jedná jen o ZPŘ (§ 53 odst. 6 odkazuje jen na použití § 122 a pak § 124 až 127) a zjednodušený režim; v ostatních případech je třeba postupovat také dle § 123.“* (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. 316 a násl.).

44. S ohledem na výše uvedené tedy platí, že § 123 zákona se použije na oznámení o výběru v nadlimitním režimu, přičemž § 123 zákona stanovuje jasné a konkrétní požadavky na to, co takové oznámení o výběru musí obsahovat oproti oznámení o výběru podle § 50 zákona.
45. Vzhledem k tomu, že se ve zjednodušeném podlimitním řízení na oznámení o výběru § 123 zákona nepoužije a zákonodárce nepřistoupil k tomu, že by popsal, jak má zadavatel výběr v oznámení o výběru odůvodnit, pak je zřejmé, že ve zjednodušeném podlimitním řízení jsou nároky na oznámení o výběru dodavatele méně přísné. Nelze tedy aplikovat požadavky podle § 123 zákona i na odůvodnění oznámení o výběru dodavatele ve zjednodušeném podlimitním řízení. Základním požadavkem na odůvodnění oznámení o výběru je tak zásada transparentnosti.
46. Pro dodržení zásady transparentnosti musí zadavatel mimo jiné zdokumentovat své postupy tak, aby jeho postupy byly přezkoumatelné. V této souvislosti lze odkázat na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 45/2010 – 159 ze dne 15. 9. 2010, v němž se Nejvyšší správní soud ztotožňuje s obecným výkladem zásady transparentnosti Krajským soudem v Brně, že požadavek transparentnosti *„není splněn tehdy, pokud jsou v zadavatelově 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.“* Z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 50/2011-72 ze dne 15. 2. 2012 pak vyplývá, že *„úkolem zásady transparentnosti je zajištění toho, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem za předem jasně a srozumitelně stanovených podmínek. Transparentnost procesu zadávání veřejných zakázek je nejen podmínkou existence účinné hospodářské soutěže mezi jednotlivými dodavateli v postavení uchazečů, ale také nezbytným předpokladem účelného a efektivního vynakládání veřejných prostředků. Porušením této zásady pak je jakékoli jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost zadávacího řízení.“*
47. V této souvislosti je nutno poukázat na § 53 odst. 6 zákona, podle kterého zadavatel všem účastníkům zadávacího řízení umožní na jejich žádost nahlédnout do písemné zprávy o hodnocení nabídek a pořídit si z ní výpisy, kopie nebo její opisy. V tomto se zjednodušené podlimitní řízení liší oproti ostatním druhům zadávacího řízení, neboť v těch je zadavatel podle zákona povinen zaslat zprávu o hodnocení nabídek (spolu s výsledkem posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele) jako součást oznámení o výběru dodavatele. Závěry týkající se oznámení o výběru dodavatele vyplývají z rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0152/2018/VZ-33420/2018/322/LKa ze dne 15.11.2018.
48. Přestože tedy oznámení o výběru dodavatele podle § 50 zákona nemusí vždy podávat vyčerpávající informace o hodnocení nabídek, je z hlediska dodržení zásady transparentnosti podstatné, že zadavatel má povinnost podle § 119 odst. 2 zákona pořídit písemnou zprávu o hodnocení nabídek, do které mají účastníci zadávacího řízení možnost na žádost nahlédnout a pořídit si z ní výpisy, kopie nebo její opisy. Zadavatel ani nemá povinnost učinit součástí oznámení o výběru dodavatele „poučení“ o možnosti nahlédnout do písemné zprávy o hodnocení nabídek. Zjednodušené podlimitní řízení je jednodušší obdobou otevřeného řízení a nelze tedy po zadavateli spravedlivě požadovat, aby v rámci zjednodušeného podlimitního řízení odůvodňoval oznámení o výběru dodavatele obdobně široce, jak to požaduje § 123 zákona.

49. Obsah odůvodnění výběru bude vždy záležet na okolnostech konkrétního zjednodušeného podlimitního řízení. V šetřeném případě přílohou oznámení o výběru dodavatele WALER ze dne 9.4.2018 byla písemná zpráva o hodnocení nabídek ze dne 9.4.2018 a rovněž výsledek posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele WALER ze dne 9.4.2018, přičemž po posouzení těchto dokumentů je zřejmé, že by transparentním způsobem odůvodňovaly právě výběr dodavatele WALER. Z hlediska transparentnosti ovšem nelze akceptovat argumentaci zadavatele, že odůvodnění výběru dodavatele ING-CZECH vyplývá z původního oznámení o výběru ze dne 9.4.2018, když jím zadavatel oznamoval výběr dodavatele WALER, z rozhodnutí zadavatele ze dne 24.4.2018 o vyloučení dodavatele WALER a ze zveřejnění výsledku posouzení splnění podmínek účasti dodavatele ING-CZECH dne 11.5.2018. To však nijak nevylučuje tu skutečnost, že v šetřeném případě si dodavatel CAVALON z uvedených dokumentů dovedl, že v průběhu zadávacího řízení se namísto dodavatele WALER stal vybraným dodavatelem ING-CZECH, jak ve svém vyjádření ze dne 2.10.2018 uvedl dodavatel CAVALON, neboť v šetřeném zadávacím řízení byla jediným hodnotícím kritériem nejnižší nabídková cena a vedle dodavatele ING-CZECH byl dodavatel CAVALON jediným dodavatelem, který ještě zůstal účastníkem zadávacího řízení. Je však otázkou, zda by dovození takového závěru, a to od všech účastníků zadávacího řízení, bylo reálné v situaci, kdy by hodnotícím kritériem byla ekonomická výhodnost nabídek a v zadávacím řízení by zůstalo více dodavatelů než dva.
50. Úřad tedy posoudil podle obsahu oznámení o výběru dodavatele WALER ze dne 9.4.2018, rozhodnutí zadavatele ze dne 24.4.2018 o vyloučení dodavatele WALER i výsledek posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele ING-CZECH datovaný dne 10.5.2018 a uveřejněný dne 11.5.2018, přičemž žádný z těchto dokumentů neobsahuje odůvodnění výběru dodavatele ING-CZECH. Rozhodně nelze učinit závěr, že by oznámením o výběru dodavatele ING-CZECH mohlo být oznámení o výběru dodavatele WALER ze dne 9.4.2018 a rozhodnutí zadavatele ze dne 24.4.2018 o vyloučení dodavatele WALER. Pokud se jedná o výsledek posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele ING-CZECH datovaný dne 10.5.2018 a uveřejněný dne 11.5.2018, je skutečností, že jedině v tomto dokumentu je dodavatel ING-CZECH označen jako vybraný dodavatel a jsou zde uvedeny i jeho identifikační údaje, není zde ovšem uvedeno žádné odůvodnění výběru. Dokument obsahuje pouze seznam předložených dokladů bez jakéhokoliv jejich posouzení či zhodnocení a není zde ani závěr o tom, jestli dodavatel ING-CZECH předloženými doklady splnil zadávací podmínky. Ani tento dokument tedy nespĺňuje požadavky zákona na zajištění transparentnosti zadávacího řízení. Účastníci zadávacího řízení mají ze zákona právo na poskytnutí jednoznačné informace o výběru dodavatele, aniž by museli dovozovat, co vyplývá z jednotlivých dílčích úkonů či průběžně v čase uveřejňovaných dokumentů zadavatele.
51. Povinnost zadavatele vyplývající z § 50 zákona oznámit účastníkům zadávacího řízení výběr dodavatele souvisí s dodržením zásady transparentnosti zadávacího řízení. Oznámení o výběru dodavatele zajišťuje, že všichni účastníci zadávacího řízení se transparentně dozvědí, kdo (povinnost zadavatele uvést identifikační údaje vybraného dodavatele) a proč (povinnost uvést odůvodnění výběru dodavatele) byl vybrán jako „vítězný“ dodavatel a kdo bude vyzván k uzavření smlouvy. Z toho je pak zřejmé, že ostatní účastníci se tímto dozvědí, že nebyli se svou nabídkou úspěšní, tzn. že se nestali vybraným dodavatelem a mohou zvážit svůj další

postup, tj. například podat námitky, pokud z odůvodnění výběru zjistí, že vybraný dodavatel podle jejich názoru nepředložil „nejlepší“ nabídku.

52. Obecně lze konstatovat, že povinnost oznámit účastníkům zadávacího řízení rozhodnutí o výběru dodavatele je důležitá pro zachování a případné uplatnění jejich práva na ochranu před nesprávným postupem zadavatele – tedy práva podat námitky, případně návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele Úřadem. Zadavatel tedy neoznámením výběru dodavatele ING-CZECH poté, co vyloučil původního vybraného dodavatele WALER, neumožnil zbylému účastníkovi zadávacího řízení – dodavateli CAVALON – jakkoliv brojit proti výběru dodavatele ING-CZECH (k argumentaci obviněného, podle které dodavatel CAVALON proti výběru dodavatele ING-CZECH brojit nechtěl, viz dále). Obecně totiž nelze z toho, že jeden z účastníků zadávacího řízení nebrojí proti výběru dodavatele, vyvodit závěr, že by nebrojil podáním námitek ani proti výběru dalšího dodavatele v pořadí. Proto nelze oznámení o výběru dalšího dodavatele v pořadí považovat za zcela formální úkon, neboť pouze na jeho základě mohou zbývající účastníci zadávacího řízení výběr toho konkrétního dodavatele zpochybnit. Nelze tedy učinit závěr, že potenciální výběr „dalšího“ dodavatele v pořadí je možno napadnout již v okamžiku, kdy je oznámen výběr „původního“ dodavatele. Právě uvedené ostatně vyplývá i ze znění zákona, kdy je z § 125 odst. 2 zákona zcela patrné, že zadavatel je povinen postupovat při výběru „dalšího“ dodavatele v pořadí téměř stejně (jedinou výjimkou je absence nutnosti opět hodnotit nabídky, pokud vyloučení původního vybraného dodavatele nemá vliv na celkové pořadí dodavatelů) jako u dodavatele vybraného původně, tedy včetně oznámení o výběru dodavatele dle § 123 zákona (srov. komentář 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. 747 – 748, kde je mj. uvedeno: „*Nově vyzvaný účastník se považuje za (nového) vybraného dodavatele a zadavatel vůči němu postupuje stejným způsobem jako u původně vybraného dodavatele, tj. při dodržení § 122 odst. 3 a 5, § 123 a 124.*“).
53. Podle § 242 odst. 2 zákona platí, že námitky proti úkonům oznamovaným v dokumentech, které je zadavatel povinen podle tohoto zákona uveřejnit či odeslat stěžovateli, musí být doručeny zadavateli do 15 dnů od jejich uveřejnění či doručení stěžovateli. Z výše uvedeného vyplývá, že lhůta pro podání námitek podle § 242 odst. 2 zákona ani nezačala běžet. S ohledem na logický a teleologický výklad § 246 odst. 1 písm. a) zákona Úřad došel k závěru, že tento je třeba vyložit tak, že jeho účelem je zabránit uzavření smlouvy jak v situaci, kdy účastníci zadávacího řízení mají reálnou možnost napadnout námitkami uveřejněné oznámení o výběru dodavatele, ale tím více i v situaci, kdy reálnou možnost napadnout námitkami oznámení o výběru dodavatele nemají, tj. i v šetřeném případě, kdy vzhledem k neuveřejnění oznámení o výběru dodavatele tato lhůta ani nezačala plynout. Lze tedy konstatovat, že v šetřeném případě by nebylo možné vyloučit ani podání návrhu na uložení zakazu plnění smlouvy podle § 254 odst. 1 písm. b) zákona, když zadavatel uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku, aniž by na svém profilu uveřejnil oznámení o výběru dodavatele ING-CZECH, neboť lhůta pro podání námitek proti rozhodnutí o výběru dodavatele ING-CZECH nezačala plynout.

54. I když tedy zadavatel nepostupoval při oznámení výběru dodavatele ING v souladu se zákonem, je nutno k naplnění skutkové podstaty přestupku ve smyslu § 268 odst. 1 písm. a) zákona posoudit vliv takového nezákonného postupu zadavatele na výběr dodavatele.
55. V obecné rovině lze uvažovat o dvojím druhu vlivu postupu zadavatele na výběr dodavatele. V případě některých úkonů – typicky těch, které se týkají zadávacích podmínek – jejich vliv obvykle směřuje tzv. „vně“ zadávacího řízení. Jinými slovy takovým postupem zadavatele je ovlivněna neznámá skupina dodavatelů, kteří by se za jiných okolností (pokud by např. postup zadavatele při vymezení zadávacích podmínek byl souladný se zákonem) ucházeli o veřejnou zakázku.
56. Oproti výše uvedenému vlivu zadavatele stojí vliv tzv. „dovnitř“, tedy směrem ke známému okruhu účastníků zadávacího řízení. V tomto smyslu půjde typicky o úkony zadavatele, které následují po uplynutí lhůty pro podání žádostí o účast, předběžných nabídek nebo nabídek, tedy v okamžiku, kdy už je znám okruh účastníků zadávacího řízení (půjde tedy například o nesprávné posouzení kvalifikace jednoho z účastníků zadávacího řízení, zpochybnění provedeného hodnocení nabídek, ...).
57. Při posuzování vlivu vně zadávacího řízení pak judikatura tuzemských soudů dovozuje, že pro to, aby bylo možno konstatovat, že postup zadavatele měl vliv na výběr dodavatele, postačuje, aby byl takový vliv pouze v rovině potenciality (například rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 4.5.2016, č. j. 62 Af 120/2013).
58. Je zřejmé, že neoznámení výběru nového dodavatele je nepochybně úkonem, jehož vliv směřuje dovnitř zadávacího řízení. Vliv vně je v tomto případě zcela vyloučen, neboť již uplynula lhůta pro podání nabídek, čímž se zadávací řízení uzavřelo přístupem jakéhokoliv dalšího dodavatele a postup obviněného tak může být posuzován pouze ve vztahu k již uzavřenému okruhu dodavatelů – účastníků zadávacího řízení.
59. V šetřeném případě v okamžiku, kdy obviněný vyloučil původně vybraného dodavatele WALER, v zadávacím řízení zbyli pouze dva účastníci – nový vybraný dodavatel ING-CZECH a dodavatel CAVALON. Neoznámení výběru dodavatele ING-CZECH tak mohlo mít reálný dopad pouze na posledního účastníka zadávacího řízení v pořadí – dodavatele CAVALON.
60. Pro posouzení naplnění druhého ze znaků skutkové podstaty přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona je nezbytné konstatování alespoň potenciálního vlivu nezákonného jednání zadavatele na výběr dodavatele. Při posouzení naplnění tohoto znaku skutkové podstaty přestupku vzal Úřad jako rozhodující důkaz vyjádření dodavatele CAVALON ze dne 2.10.2018, které obviněný přiložil ke svému rozkladu (viz bod 40. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z tohoto vyjádření vyplývá, že dodavatel CAVALON si byl skutečně vědom toho, že po vyloučení dodavatele WALER bude dalším vybraným dodavatelem v pořadí právě dodavatel ING-CZECH. Z vyjádření dále plyne, že dodavatel CAVALON by proti výběru dodavatele ING-CZECH nepodal námitky, neboť své umístění po hodnocení nabídek a fakt, že po vyloučení společnosti WALER by obviněný uzavřel smlouvu právě s dodavatelem ING-CZECH, plně akceptoval. Byť bylo toto vyjádření dodavatele CAVALON připojeno až k rozkladu obviněného proti napadenému rozhodnutí, s ohledem na § 97 odst. 1 zákona o odpovědnosti za přestupky platí princip úplné apelace a obviněný z přestupku tak i během

odvolacího řízení (resp. řízení o rozkladu) může uvádět nové skutečnosti. K uvedenému vyjádření dodavatele CAVALON je tak nutno přihlídnout.

61. Z vyjádření dodavatele CAVALON tedy vyplývá, že si byl vědom toho, že po vyloučení původně vybraného dodavatele WALER je na základě provedeného hodnocení podle výše nabídkových cen dodavatel ING-CZECH „novým“ vybraným dodavatelem, že tento „posun“ v pořadí akceptoval, a nehodlal proti tomuto postupu brojit námitkami. Žádný další dodavatel, který by mohl podat námitky proti výběru dodavatele ING-CZECH, již v zadávacím řízení nefiguroval, a tudíž lze konstatovat, že výše popsáním postupem zadavatele nedošlo k ovlivnění výběru dodavatele.
62. Podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona zadavatel se dopustí přestupku tím, že nedodrží pravidla stanovená tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postupy podle části šesté, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu v soutěži o návrh, a zadá veřejnou zakázku, uzavře rámcovou dohodu nebo se soutěž o návrh považuje po výběru návrhu za ukončenou. V šetřeném případě zadavatel sice nedodržel pravidlo stanovené v § 246 odst. 1 písm. a) zákona, podle kterého zadavatel nesmí uzavřít smlouvu s dodavatelem před uplynutím lhůty pro podání námitek proti rozhodnutí o výběru dodavatele, když podle § 50 zákona ve spojení s § 53 odst. 5 zákona neuveřejnil na svém profilu oznámení o výběru dodavatele ING-CZECH, ve kterém by uvedl odůvodnění výběru jmenovaného dodavatele, a s tímto dodavatelem uzavřel dne 29.5.2018 smlouvu na plnění veřejné zakázky a zadal tak veřejnou zakázku, avšak v důsledku tohoto porušení zákona nedošlo k ovlivnění výběru dodavatele, jak bylo uvedeno výše, a tudíž nebyly zjištěny důvody pro uložení sankce podle § 268 citovaného zákona. Proto Úřad rozhodl o zastavení části správního řízení, jak je uvedeno ve výroku tohoto usnesení.

POUČENÍ

Proti tomuto usnesení lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. Rozklad nemá podle § 76 odst. 5 správního řádu odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona činí výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží

JUDr. Ludvík Ševčík ml., advokát, Společná advokátní kancelář, Koblížná 47/19, 602 00 Brno

Vypraveno dne

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