UOHSX00EKS1B

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-S0042/2021/VZ Brno 22.03.2021
Číslo jednací: ÚOHS-10084/2021/500/AIv

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 4. 2. 2021 z moci úřední, jehož účastníkem je

- obviněný – Mikroregion Jesenicko, IČO 70970670, se sídlem 790 61 Lipová-lázně 396,

ve věci možného spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, cit. obviněným v souvislosti se zadáváním veřejné zakázky „Pořízení sněžného vozidla vč. techniky pro údržbu běžeckých tratí“ ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy k podání nabídek ze dne 24. 7. 2020 uveřejněné na profilu zadavatele téhož dne,

rozhodl takto:

I.

Obviněný – Mikroregion Jesenicko, IČO 70970670, se sídlem 790 61 Lipová-lázně 396 – **se v souvislosti se zadáváním veřejné zakázky „Pořízení sněžného vozidla vč. techniky pro údržbu běžeckých tratí“** ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy k podání nabídek ze dne 24. 7. 2020 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 postupoval při vyřizování námitek ze dne 10. 8. 2020 podaných stěžovatelem

Lubomír Rek, s.r.o., IČO 64511821, se sídlem Jamská 1670/30, 591 01 Žďár nad Sázavou, jež byly jmenovanému zadavateli doručeny téhož dne, tj. 10. 8. 2020 a které směřovaly proti zadávacím podmínkám předmětné veřejné zakázky, **v rozporu s § 245 odst. 1 citovaného zákona, když do 15 dnů od jejich doručení**, tj. nejpozději do 25. 8. 2020, **neodeslal stěžovateli rozhodnutí o námitkách**, ve kterém by uvedl, zda námitkám vyhovuje nebo je odmítá.

II.

Za spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se obviněnému – Mikroregion Jesenicko, IČO 70970670, se sídlem 790 61 Lipová-lázně 396 – podle § 268 odst. 2 písm. b) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **ukládá**

pokuta ve výši 65 000,- Kč (šedesát pět tisíc korun českých).

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

III.

Podle § 95 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 79 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, a § 6 odst. 1 vyhlášky č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení, ve znění pozdějších předpisů, **se obviněnému – Mikroregion Jesenicko**, IČO 70970670, se sídlem 790 61 Lipová-lázně 396 – **ukládá**

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

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

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Obviněný - Mikroregion Jesenicko, IČO 70970670, se sídlem 790 61 Lipová-lázně 396 (dále jen „obviněný“ nebo „zadavatel“) - zahájil dle § 53 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), dne 24. 7. 2020 uveřejněním výzvy k podání nabídek z téhož dne zjednodušené podlimitní řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Pořízení sněžného vozidla vč. techniky pro údržbu běžeckých tratí“ (dále jen „veřejná zakázka“ nebo „zadávací řízení“).

2. Dle výzvy k podání nabídek je předmětem plnění veřejné zakázky dodávka sněžného vozidla včetně techniky pro údržbu lyžařských běžeckých tratí. Podrobné vymezení předmětu veřejné zakázky vč. technické specifikace je uvedeno v zadávací dokumentaci. Obviněný stanovil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky ve výši 4 916 691 Kč bez DPH.

3. Zadavatel ve výzvě k podání nabídek stanovil lhůtu pro podání nabídek, a to do 12. 8. 2020 do 10:00 hod.

4. Jak vyplývá z doručenky datové zprávy, obviněný obdržel dne 10. 8. 2020 v 23:56:13 hod. od stěžovatele – Lubomír Rek, s.r.o., IČO 64511821, se sídlem Jamská 1670/30, 591 01 Žďár nad Sázavou 1 (dále je „stěžovatel“) – námitky z téhož dne směřující proti zadávacím podmínkám, resp. zadávací dokumentaci (dále jen „námitky ze dne 10. 8. 2020“). Stěžovatel v námitkách uvedl, že zadavatel vymezil technickou specifikaci předmětu plnění příliš úzce, čímž bezdůvodně zaručil určitým dodavatelům konkurenční výhodu, a v důsledku tak porušil zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace. Stěžovatel namítal, že zmíněným postupem zadavatele je jako možný dodavatel z účasti na veřejné zakázce vylučován, a hrozí mu tak ve smyslu § 241 odst. 1 zákona újma spočívající v marně vynaložených nákladech na účast v daném zadávacím řízení, ušlém zisku z nerealizované zakázky a také v zásahu do dobré pověsti stěžovatele. Stěžovatel se přitom domáhal zrušení zadávacího řízení.

5. Jak však bylo následně Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže (dále také jen „Úřad“) zjištěno, součástí dokumentace o zadávacím řízení nebyl žádný dokument, který by bylo možno považovat za rozhodnutí zadavatele o námitkách stěžovatele ze dne 10. 8. 2020 ve smyslu § 245 odst. 1 zákona, přičemž předložená dokumentace o zadávacím řízení neobsahovala ani případný doklad o tom, že by bylo obdobné rozhodnutí (pokud by bylo zadavatelem či kýmkoliv jiným vyhotoveno) stěžovateli odesláno, či doklad potvrzující jeho doručení. V rámci dokumentace o zadávacím řízení bylo Úřadu předloženo toliko rozhodnutí zadavatele o námitkách ze dne 16. 9. 2020 (odeslané téhož dne), kterým zadavatel odmítl námitky stěžovatele ze dne 14. 9. 2020 směřující proti jeho vyloučení ze zadávacího řízení. Pro úplnost Úřad výslovně konstatuje, že rozhodnutím o námitkách ze dne 16. 9. 2020 zadavatel nerozhodoval o námitkách stěžovatele ze dne 10. 8. 2020.

6. Dne 30. 9. 2020 uzavřel zadavatel s dodavatelem TopKarMoto s.r.o., IČO 25409891, se sídlem Sídlištní 22, 564 01 Dlouhoňovice, smlouvu na veřejnou zakázku.

II. POSTUP ÚŘADU PŘED ZAHÁJENÍM ŘÍZENÍ O PŘESTUPKU

7. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, který je podle § 248 zákona 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 s žádostí o prošetření postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky.

8. Na základě uvedeného podnětu, který byl Úřadem zaevidován pod sp. zn. P0596/2020/VZ, si Úřad přípisem č. j. ÚOHS-37066/2020/522/SFr ze dne 19. 11. 2020 vyžádal dokumentaci o zadávacím řízení a písemné vyjádření k obsahu podnětu. Dne 8. 12. 2020 Úřad obdržel dokumentaci o zadávacím řízení a vyjádření zadavatele k podnětu ze dne 7. 12. 2020.

9. Následně Úřad přípisem č. j. ÚOHS-41634/2020/522/SFr ze dne 23. 12. 2020 požádal zadavatele mimo jiné o sdělení, jakým způsobem byly vypořádány námitky ze dne 10. 8. 2020. K tomuto zadavatel ve svém vyjádření ze dne 4. 1. 2021 uvedl, že datová zpráva obsahující námitky byla z důvodu čerpání dovolené otevřena až 21. 8. 2020, v důsledku čehož zadavatel nebyl schopen námitky vyřídit ve lhůtě dle § 245 odst. 1 zákona. Zadavatel k tomu dodává, že provedl kontrolu zadávacích podmínek a tyto shledal jako souladné se zákonem, přičemž v návaznosti na toto zjištění a vzhledem k tomu, že stěžovatel podal nabídku v zadávacím řízení, *„upustil od snahy rozhodnout o podané námitce alespoň*

s prodlením, a dále postupoval ve smyslu § 245 odst. 5 Zákona, tj. s vědomím nevyvratitelné právní domněnky o odmítnutí námitek.“

III. PRŮBĚH ŘÍZENÍ O PŘESTUPKU

10. Vzhledem k tomu, že Úřad považoval skutková zjištění za dostatečná, vydal dne 3. 2. 2021 příkaz č. j. ÚOHS-04218/2021/500/AIv z téhož dne (dále jen „příkaz“), kterým rozhodl o tom, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona tím, že nesplnil povinnost stanovenou v § 245 odst. 1 zákona, když do 15 dnů od doručení námitek, tj. nejpozději do 25. 8. 2020, neodeslal stěžovateli rozhodnutí o námitkách, ve kterém by uvedl, zda námitkám vyhovuje nebo je odmítá. Ve výroku II. příkazu uložil Úřad obviněnému za spáchání uvedeného přestupku pokutu ve výši 65 000,- Kč.

11. Doručením příkazu obviněnému dne 4. 2. 2021 bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 46 odst. 1 a § 150 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) a ve spojení s § 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“), zahájeno řízení o přestupku.

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

13. Proti uvedenému příkazu podal obviněný dne 10. 2. 2021 odpor z téhož dne. Podle § 150 odst. 3 správního řádu se podáním odporu příkaz ruší a řízení pokračuje, přičemž lhůty pro vydání rozhodnutí začínají znovu běžet dnem podání odporu.

Odpor obviněného ze dne 10. 2. 2021

14. Obviněný v podaném odporu vyjadřuje souhlas s tím, že se při zadávání veřejné zakázky dopustil přestupku, za který by mu měla být uložena pokuta, nicméně se domnívá, že v odůvodnění příkazu, resp. při stanovení výše pokuty, nebyly zohledněny veškeré relevantní skutečnosti. Dle obviněného měla být zohledněna při posouzení intenzity a míry následků přestupku ta skutečnost, že stěžovatel podal v předmětném zadávacím řízení nabídku a že předmět námitek ze dne 10. 8. 2020 (tj. otázka technické specifikace) byl zadavatelem řešen v rámci vysvětlení a doplnění stěžovatelovy nabídky dle § 46 zákona, což zadavatel považuje fakticky za svou snahu napravit své pochybení stran nevyřízení stěžovatelových námitek ze dne 10. 8. 2020 a dodatečně poskytnout stěžovateli možnost plnohodnotné účasti v zadávacím řízení.

Další průběh řízení o přestupku

15. Usnesením č. j. ÚOHS-05301/2021/522/SFr ze dne 10. 2. 2021 určil Úřad obviněnému lhůtu, ve které byl podle § 36 odst. 1 správního řádu oprávněn navrhovat důkazy a činit jiné návrhy a podle § 36 odst. 2 správního řádu oprávněn vyjádřit v řízení své stanovisko.

16. Dne 18. 2. 2021 obdržel Úřad vyjádření obviněného z téhož dne.

Vyjádření obviněného ze dne 18. 2. 2021

17. Obviněný uvedl, že pochybení při nevyřízení námitek proti zadávací dokumentaci bylo způsobeno výhradně chybnou komunikací mezi zadavatelem a administrátorem zadávacího řízení, nikoli svévolnou snahou zadavatele ztěžovat dodavatelům přístup k informacím nebo

účasti v zadávacím řízení. Obviněný se dále domnívá, že svým následným postupem (konzultace se stěžovatelem za účelem vyjasnění namítaných technických parametrů a umožnění doplnění stěžovatelovy nabídky) výrazně zmírnil negativní dopady způsobené nevyřízením námitek stěžovatele a je přesvědčen, že dané pochybení nemělo faktický vliv na výběr dodavatele a že ke všem účastníkům zadávacího řízení přistupoval v souladu se zásadami dle zákona.

Další průběh řízení o přestupku

18. Usnesením č. j. ÚOHS-08455/2021/522/SFr ze dne 8. 3. 2021 určil Úřad obviněnému lhůtu, ve které se mohl podle § 261 odst. 3 zákona vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Obviněný se ve lhůtě určené k vyjádření k podkladům rozhodnutí ani později v průběhu správního řízení již dále nevyjádřil.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

19. Po přezkoumání podkladů, které tvoří součást spisu v této věci vedeného pod sp. zn. S0042/2021/VZ, Úřad dospěl k závěru, že obviněný nepostupoval při vyřizování námitek stěžovatele v souladu se zákonem.

20. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména předložené dokumentace, vyjádření obviněného a na základě vlastních zjištění konstatuje, že se obviněný dopustil přestupku uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí, za což mu byla uložena pokuta uvedená ve výroku II. tohoto rozhodnutí. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

K právnímu postavení zadavatele

21. Před zkoumáním samotného postupu zadavatele Úřad nejprve ověřil postavení zadavatele ve smyslu § 4 zákona.

22. Ustanovení § 4 zákona definuje zadavatele veřejné zakázky, přičemž z odst. 1 písm. e) citovaného ustanovení vyplývá, že veřejným zadavatelem je jiná osoba, pokud

    1. byla založena nebo zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a

    2. jiný veřejný zadavatel ji převážně financuje, může v ní uplatňovat rozhodující vliv nebo jmenuje nebo volí více než polovinu členů v jejím statutárním nebo kontrolním orgánu.

23. Úřad doplňuje, že k tomu, aby bylo možné osobu považovat za veřejného zadavatele ve smyslu § 4 odst. 1 písm. e) zákona, je nezbytné kumulativní naplnění podmínky uvedené v bodu 1. výše citovaného ustanovení zákona a alespoň jedné z podmínek uvedených v bodu 2. výše citovaného ustanovení zákona.

24. Úřad na základě obsahu dokumentu Stanovy svazku obcí Mikroregion Jesenicko, ve znění dodatků č. 1, 2 a 3, ze dne 6. 2. 2018 (dále jen „Stanovy“)[1] dospěl k závěru, že obviněnému při zadávání veřejné zakázky svědčilo postavení zadavatele ve smyslu ust. § 4 odst. 1 písm. e)

[1] Dostupný na http://www.jesenicko.org/stanovy/ds-1001/p1=1011

zákona, neboť ze Stanov lze dovodit naplnění podmínek uvedených v bodu 1. cit. ustanovení zákona (účelem vzniku obviněného je ochrana a prosazování společných zájmů, především pak vzájemná spolupráce a koordinovaný postup při komplexním rozvoji a výkonu samostatné působnosti obcí; viz čl. 1, bod 2 Stanov) a naplnění minimálně jedné podmínky uvedené v bodu 2. cit. ustanovení zákona. Jiný veřejný zadavatel může v obviněném uplatňovat rozhodující vliv, neboť orgán obviněného (správní rada, viz čl. 5 Stanov) se skládá ze starostů členů obviněného, tj. z obcí (viz čl. 1 a čl. 3 Stanov) a další orgán obviněného (dozorčí rada, viz čl. 5 Stanov) je složen na návrh členů obviněného. Přitom obce jsou nepochybně veřejným zadavatelem dle § 4 odst. 1 písm. d) zákona coby územní samosprávné celky.

K výroku I. rozhodnutí - nevyřízení námitek stěžovatele

Relevantní ustanovení zákona

25. 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.

26. Podle § 241 odst. 2 písm. a) zákona se námitky podle § 241 odstavce 1 zákona 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.

27. Podle § 242 odst. 4 zákona platí, že 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.

28. Podle § 244 odst. 1 zákona musí být v námitkách uvedeno, kdo je podává, v čem je spatřováno porušení tohoto zákona zadavatelem a čeho se stěžovatel domáhá. V případě, že účastník zadávacího řízení podává proti svému vyloučení námitky z důvodu obnovení své způsobilosti podle § 76 zákona, v námitkách neuvádí, v čem je spatřováno porušení zákona; uvede však popis nápravných opatření, která přijal k obnovení své způsobilosti.

29. Podle § 244 odst. 3 v případě námitek proti zadávacím podmínkám, proti volbě druhu zadávacího řízení nebo režimu veřejné zakázky, proti postupu, který směřuje k zadání zakázky mimo zadávací řízení, nebo proti dobrovolnému oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle § 212 odst. 2 zákona musí být také uvedeno, jaká újma stěžovateli vznikla či hrozí.

30. 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.

31. Podle § 245 odst. 5 zákona platí, že pokud zadavatel o námitkách nerozhodne ve lhůtě podle odstavce 1, platí pro účely podání návrhu podle § 250 odst. 1 zákona, že námitky odmítl.

32. 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.

Právní posouzení

33. Úřad obecně k vyřízení námitek uvádí, že zadavatel je podle § 245 odst. 1 zákona povinen přezkoumat obdržené námitky v plném rozsahu ve lhůtě 15 dnů od jejich doručení. V této lhůtě je zadavatel povinen odeslat stěžovateli písemné rozhodnutí obsahující způsob vyřízení námitek, kdy zadavatel rozhodne buď o vyhovění námitkám či o jejich odmítnutí, přičemž je povinen své rozhodnutí řádně, tedy podrobně a srozumitelně odůvodnit. Současně je povinen o podaných námitkách rozhodnout výlučně sám zadavatel. Dále je pro řádné vyřízení námitek zadavatel povinen poučit stěžovatele v případě, kdy podané námitky odmítne, o možnosti podat ve lhůtě podle § 251 odst. 2 zákona návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu a o povinnosti doručit v téže lhůtě stejnopis návrhu zadavateli.

34. Shora uvedené povinnosti jsou zadavateli zákonem uloženy především proto, že má institut námitek sloužit jako hlavní prostředek ochrany dodavatelů proti domnělému porušení zákona úkonem zadavatele, kdy by měl být vzniklý „problém“ pramenící z postupu zadavatele vyřešen primárně mezi zadavatelem a stěžovatelem v zadávacím řízení, nikoliv až ve správním řízení před Úřadem. Právě z tohoto důvodu by se měl zadavatel s podstatou argumentace uvedené v námitkách srozumitelně a jasně vypořádat, přičemž by měly být úvahy zadavatele přezkoumatelné, tím spíše v případě, kdy zadavatel námitky stěžovatele odmítá, neboť prostřednictvím rozhodnutí o námitkách zadavatel stěžovatele seznamuje se svým pohledem na stěžovatelem vznesené argumenty. To může mít zásadní význam pro rozhodnutí stěžovatele o jeho dalším postupu, tj. zejména o tom, zda bude proti postupu zadavatele brojit návrhem u Úřadu, či nikoliv. V případě, že se stěžovatel rozhodne návrh podat, jsou pak 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) konkrétně 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.

35. Na tomto místě Úřad konstatuje, 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 v § 245 odst. 1 zákona. Nesplnění povinností vymezených v § 245 odst. 1 zákona pak zákonodárce rovněž spojuje s jednáním, které je klasifikováno jako přestupek [viz § 268 odst. 1 písm. d) zákona].

36. Lze tedy uzavřít, že účelem institutu námitek je, aby se stěžovatel primárně dozvěděl autentický názor zadavatele na podstatu jím vznesených připomínek k jeho postupu v zadávacím řízení. Přímo ze zákonného ustanovení pak plyne, že zadavatel své povinnosti ve vztahu k řádně podaným námitkám nesplní, pokud se s nimi nevypořádá a o námitkách

řádně nerozhodne, tedy nevydá rozhodnutí, v němž námitky buď odmítne, či jim dá za pravdu.

37. V šetřeném případě byly zadavateli dne 10. 8. 2020 doručeny námitky stěžovatele proti zadávacím podmínkám předmětné veřejné zakázky.

38. Námitky byly podány s ohledem na lhůtu stanovenou v § 242 odst. 4 zákona včas (viz k tomu bod 3 a 4 odůvodnění tohoto rozhodnutí), byly podány oprávněnou osobou, obsahovaly zákonem předepsané náležitosti a nebyly vzaty stěžovatelem zpět, přičemž s ohledem na tyto skutečnosti měl zadavatel povinnost tyto námitky postupem podle § 245 odst. 1 a násl. zákona náležitě vyřídit (rozhodnout o nich) některým ze shora uvedených způsobů, o čemž měl stěžovatele písemnou formou informovat v zákonem stanovené lhůtě, tj. v šetřeném případě do 25. 8. 2020.

39. Tuto povinnost však zadavatel nesplnil, jelikož na podané námitky stěžovatele ze dne 10. 8. 2020 vůbec nereagoval, přičemž dle svého výše uvedeného vyjádření ze dne 4. 1. 2021 v této souvislosti postupoval podle § 245 odst. 5 zákona.

40. K tomu Úřad uvádí, že uvedený důvod pro nevyřízení námitek nemůže obstát. Je tomu tak proto, že zákon žádnou výjimku z povinnosti rozhodnout o námitkách nestanoví a zadavatel je tak s ohledem na ust. § 245 zákona námitky povinen vyřídit vždy, např. i v případě, že nejsou podány oprávněnou osobou či jsou podány opožděně (viz k tomu § 245 odst. 3 zákona). Pokud pak zákon v § 245 odst. 5 zakotvuje, že pokud zadavatel o námitkách nerozhodl v zákonné lhůtě (jako v případě šetřené veřejné zakázky), platí pro účely podání návrhu podle § 250 odst. 1 zákona, že námitky odmítl, pak se uvedeným ustanovením sice formuluje nevyvratitelná zákonná domněnka odmítnutí námitek, avšak pouze pro účely podání návrhu, tj. proto, aby byly naplněny zákonné předpoklady pro podání návrhu. Uvedené ustanovení však v žádném případě nemá suplovat výslovné a kvalifikované rozhodnutí o námitkách stěžovatele učiněné zadavatelem (jež má být stěžovateli doručeno) a není ani jeho účelem být nástrojem, s jehož pomocí by mohly být námitky dodavatelů jednoduše ignorovány. Účel této právní domněnky je totiž přesně opačný, neboť má dopomoci k ochraně dodavatelů právě v situaci, kdy zadavatel svoji zákonnou povinnost vyřídit námitky porušuje.

41. Úřad dále uvádí, že na povinnosti zadavatele rozhodnout o námitkách v souladu s § 245 odst. 1 zákona nic nemění ani tvrzení zadavatele, že po obdržení námitek prověřil správnost zadávacích podmínek, ani skutečnost, že stěžovatel podal do zadávacího řízení nabídku.

42. Pro úplnost Úřad dodává, že znakem skutkové podstaty přestupku podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona není [na rozdíl od skutkové podstaty dle § 268 odst. 1 písm. a) zákona] alespoň potenciální vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Proto tuto skutečnost není potřeba ze strany Úřadu ani zkoumat.

43. Vzhledem k výše uvedenému Úřad konstatuje, že zadavatel postupoval při vyřizování námitek podaných stěžovatelem v rozporu s § 245 odst. 1 zákona, když do 15 dnů od jejich doručení, tj. nejpozději do 25. 8. 2020, neodeslal stěžovateli rozhodnutí o námitkách, ve kterém by uvedl, zda námitkám vyhovuje nebo je odmítá, a to s odůvodněním, ve kterém by se podrobně a srozumitelně vyjádřil ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem

v námitkách. Tímto se zadavatel dopustil spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K výroku II. rozhodnutí – k uložení pokuty

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

45. 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.

46. 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.

47. V návaznosti na právě uvedené Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 270 odst. 5 zákona. Ke spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí obviněným došlo dne 26. 8. 2020, tedy dne následujícího po marném uplynutí lhůty pro odeslání rozhodnutí o námitkách podaných stěžovatelem. Řízení o přestupku pak bylo zahájeno doručením příkazu. Z uvedených údajů je zřejmé, že promlčecí doba ve vztahu k projednávanému přestupku neuplynula a odpovědnost obviněného za přestupek tedy nezanikla.

48. Podle § 268 odst. 2 písm. b) zákona se za přestupek uloží pokuta do 20 000 000 Kč, jde-li o přestupek podle § 268 odstavce 1 písm. d) zákona.

49. 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.

50. Podle § 38 zákona o přestupcích povaha a závažnost přestupku je 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 cit. ustanovení zákona o přestupcích, které jsou relevantní ve vztahu k posuzovanému případu).

51. Pokud jde o význam pojmu „závažnost přestupku“, Úřad dále uvádí, že stupeň společenské škodlivosti přestupku (tedy závažnosti) je dán také konkrétní intenzitou naplnění znaků skutkové podstaty přestupku. Při posuzování závažnosti přestupku není hlavním kritériem 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).

52. V rámci posouzení povahy a závažnosti přestupku Úřad konstatuje, že zákon jednoznačně vymezuje povinnosti zadavatele přezkoumat a vyřídit námitky proti jeho postupu v zadávacím řízení. Tuto uloženou povinnost obviněný v šetřeném případě zákonem předvídaným způsobem nesplnil, když o námitkách stěžovatele vůbec nerozhodl, a tudíž

rozhodnutí o námitkách ani neodeslal stěžovateli v zákonem stanovené lhůtě ani později. Pochybení v podobě neodeslání rozhodnutí o námitkách stěžovateli, kterého se obviněný dopustil, je přitom možné hodnotit vzhledem k účelu, jehož má být institutem námitek dosaženo, jako vůbec nejzávažnější, neboť se v tomto případě nejedná o situaci, kdy by se zadavatel opomenul vyjádřit v rámci rozhodnutí o námitkách k dílčí namítané skutečnosti (námitky by tedy vyřídil jen zčásti), příp. by zaslal stěžovateli rozhodnutí o námitkách opožděně. V daném případě tedy obviněný zcela rezignoval na vyřízení námitek stěžovatele.

53. Následkem protiprávního jednání zadavatele bylo, že se stěžovatel vůbec nedozvěděl o postoji zadavatele vůči jím namítaným skutečnostem obsaženým v podaných námitkách. Legitimní očekávání stěžovatele, že na jeho námitky bude ze strany zadavatele náležitě a včas reagováno, tak nebylo naplněno a naplněn nebyl ani základní účel námitek, tedy především odůvodnění postoje zadavatele k nim a sdělení skutečnosti, proč námitkám příp. nevyhovuje. Přitom úkon zadavatele spočívající ve vyřízení námitek, resp. poskytnutí věcného stanoviska zadavatelem stěžovateli, nelze nikterak zhojit či nahradit.

54. Při určení výše pokuty přihlédl Úřad rovněž k hodnotě předmětné veřejné zakázky, neboť ačkoliv horní hranice pokuty činí v šetřeném případě 20 mil. Kč, nelze abstrahovat od skutečné hodnoty veřejné zakázky, která dle čl. 3 kupní smlouvy ze dne 30. 9. 2020 činí 4 855 000,- Kč bez DPH, tj. 5 874 550,- Kč vč. DPH, čemuž by v případě pochybení zadavatele v samotném zadávacím řízení [ve smyslu spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona] odpovídala [dle § 268 odst. 2 písm. a) zákona] maximální pokuta cca 587 tis. Kč.

55. Úřad žádné další polehčující či naopak přitěžující okolnosti neshledal.

56. Ani skutečnost, že se zadavatel seznámil s námitkami (doručenými dne 10. 8. 2020) opožděně (dne 21. 8. 2020) v důsledku čerpání dovolené (viz k tomu bod 9 odůvodnění tohoto rozhodnutí), nemůže představovat polehčující okolnost. Bez ohledu na skutečnost, že lhůta pro vyřízení předmětných námitek trvala až do 25. 8. 2020, Úřad uvádí, že je to právě zadavatel, kdo zahajuje zadávací řízení a určuje lhůtu pro podání nabídek. Rovněž tedy musí počítat s tím (a přizpůsobit tomu svoji činnost), že v této lhůtě může obdržet nejen nabídky, ale právě i námitky, s nimiž se pojí zákonná povinnost vyřídit je v určité lhůtě. Zadavatel má tedy v rámci svého organizačního uspořádání řídit a organizovat činnost svých zaměstnanců tak, aby byl schopen řádně plnit zákonem stanovené povinnosti. Zadavatel musí být vždy připraven řádně splnit povinnosti, jež mu ukládá zákon, a je na něm, aby v rámci své vnitřní organizace přijal taková opatření, která mu to umožní.

57. Stejně tak nemohou být zohledněny při posouzení intenzity a míry následků přestupku ani skutečnosti, které obviněný uvedl v podaném odporu a následném vyjádření (viz k tomu body 14 a 17 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Co se týče poukazu zadavatele, že při určení výše pokuty nebyla zohledněna skutečnost, že stěžovatel podal nabídku a následně v rámci procesu vysvětlení a doplnění této nabídky zadavatel řešil otázku technické specifikace, kterou stěžovatel napadl v předmětných námitkách (ze dne 10. 8. 2020), čímž dal stěžovateli možnost vyjasnit a popř. doplnit či opravit jakékoliv technické parametry, Úřad dospěl na základě předložené dokumentace k těmto zjištěním. Předmětem námitek byl dle stěžovatele neoprávněný požadavek zadavatele na minimální výkon motoru 250 HP a dále parametr „plná kola na 5 odpružených (1 napínací + 4 oběžné) nápravách“. Tyto námitky nebyly – jak již bylo uvedeno výše – zadavatelem vypořádány. Následně po podání

nabídek zadavatel vyzval dne 18. 8. 2020 stěžovatele s odkazem na § 46 zákona k vysvětlení a doplnění jeho nabídky, a to z důvodu chybějící požadované informace o přesném typu rolby nabízené stěžovatelem. Současně zadavatel požádal stěžovatele o kontrolu jím předložené technické specifikace, neboť v jeho nabídce byl uveden nevyhovující parametr min. výkonu motoru. Stěžovatel byl přitom upozorněn, že jím předložená nabídka nevyhovuje zadaným parametrům a nesplňuje zadávací podmínky. Na základě této výzvy stěžovatel předložil doplnění technické specifikace ze dne 20. 8. 2020 obsahující přesný typ nabízeného sněžného pásového vozidla (Prinoth Husky 3,1 m) a již vyhovující parametr minimálního výkonu motoru (namísto původně uvedených 231 HP bylo stěžovatelem potvrzeno splnění požadovaných min. 250 HP). Ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 21. 8. 2020 pak zadavatel ve vztahu ke stěžovatelem doplněné technické specifikaci konstatoval, že nejasnosti v otázce splnění zadávacích podmínek nebyly v rámci tohoto doplnění objasněny, neboť je stále uveden parametr 4 odpružených náprav, jež neodpovídá zadávací dokumentaci a z důvodu neodstranění této vady ani po dodatečném doplnění nabídky pak dne 26. 8. 2020 stěžovatele vyloučil ze zadávacího řízení.

58. V prvé řadě je nutno konstatovat, že není pochybnosti o tom, že stěžovatel stanovené parametry uvedené v zadávacích podmínkách - technické specifikaci nedodržel. Jak však vyplývá z předloženého dokumentu, zadavatel vyzval stěžovatele k vyjasnění a řešil konkrétně parametr výkonu motoru a nikoli parametr počtu náprav. Přitom parametr počtu náprav byl taktéž napaden v námitkách a stejně tak (jako parametr výkonu motoru) neodpovídal zadávacím podmínkám a byl i příčinou následného vyloučení stěžovatele ze zadávacího řízení. Ačkoliv Úřad nerozporuje vyloučení stěžovatele, nelze považovat zadavatelem uvedený úkon (možnost objasnění nebo doplnění nabídky) za polehčující okolnost, jíž by zadavatel zhojil své předchozí pochybení spočívající v nevyřízení námitek vůči zadávací dokumentaci. Naopak daná situace, vzhledem k formulaci výzvy, kdy zadavatel výslovně uvedl jako problematický pouze parametr výkonu motoru, a při absenci vypořádání námitek, spíše mohla ve stěžovateli vyvolat dojem, že zadavatel tuto jednu z jeho námitek akceptoval. Ve výsledku tedy nedošlo k odstranění či zmírnění nedostatku v postupu zadavatele a zadavatelem poukazovaná výzva k tomuto ani vést nemohla, vzhledem k neúplnému, resp. nejednoznačnému obsahu. Uvedeným postupem tedy zadavatel nesnížil následky nevyřízení námitek a nelze tak shledat důvod, proč by daný úkon zadavatele měl být považován za polehčující okolnost. Úřad k tomuto dodává, že možnost využití institutu objasnění nebo doplnění nabídek vyplývající z § 46 zákona v žádném případě nenahrazuje povinnost zadavatele řádně a včas vypořádat námitky, jak mu ukládá § 245 zákona. Zejména ve vztahu k řešení zadávací dokumentace se věcně (§ 46 odst. 2 zákona v zásadě neumožňuje změnu nabídky) i časově (námitky proti zadávací dokumentaci musí být podány před skončením lhůty pro podání nabídek a do 15 dnů vypořádány) jedná o naprosto odlišné instituty, jež z povahy věci nelze zaměňovat.

59. Ani případný vliv působení administrátora na předmětné pochybení nemůže být polehčující okolností při hodnocení pochybení zadavatele, neboť zadavatel je plně odpovědný za dodržení zákona při zadávání veřejné zakázky, i když využije služeb administrátora.

60. Úřad se dále zabýval skutečností, zda přestupek, za který je obviněnému nyní ukládán trest, není v souběhu s dalším přestupkem (správním deliktem) obviněného.

61. Úřad konstatuje, že zjistil, resp. ověřil, že v právě projednávaném případě není přestupek obviněného v souběhu s žádnými dalšími přestupky (správními delikty) obviněného. Vzhledem k právě řečenému tedy Úřad nemusel přikročit k (analogickému) uplatnění institutu souhrnného trestu.

62. Při určení výše pokuty Úřad přihlédl i k ekonomické situaci zadavatele, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. Nepřípustné jsou pak takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Z Výkazu zisku a ztráty a z Rozvahy zadavatele ke dni 31. 12. 2019[2] vyplývá, že zadavatel dosáhl za účetní období roku 2019 při výnosech 2,6 mil. Kč zisku 379 089,06 Kč, přičemž k rozvahovému dni činil zůstatek na běžném účtu 2 032 098,88 Kč. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze v tomto případě považovat za likvidační ani za nepřiměřeně zasahující ekonomickou podstatu zadavatele (a v tomto smyslu nespravedlivou).

63. V souvislosti s uvedeným Úřad doplňuje, že pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Úřad dále uvádí, že peněžitá sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do majetkové sféry pachatele přestupku, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinam. Korektivem tu tedy nemůže být tento nepříznivý zásah samotný, ale až situace, kdy by tento zásah nabyl likvidačního charakteru. Kromě toho se v konečném důsledku nemusí uložená pokuta projevit (výlučně jen) ve sféře obviněného, neboť je na něm, aby případně využil jiné právní nástroje, pomocí kterých je možno uplatnit nárok na náhradu škody proti konkrétním osobám, které zavinily protiprávní stav, jenž vyústil v uložení pokuty.

64. Závěrem tedy Úřad k výši uložené pokuty konstatuje, že dle názoru Úřadu naplňuje dostatečně obě zmíněné funkce, aniž by se současně jednalo o pokutu likvidační. S ohledem na výše uvedené Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

65. Pokuta je splatná do jednoho měsíce od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO obviněného.

K výroku III. tohoto rozhodnutí – k uložení povinnosti nahradit náklady řízení

66. Správní orgán podle § 95 odst. 1 zákona o přestupcích uloží obviněnému, který byl uznán vinným, povinnost nahradit náklady řízení paušální částkou. Pokud bylo rozhodnutí o přestupku zrušeno jiným orgánem veřejné moci a tato skutečnost má za následek nesplnění podmínek pro uložení náhrady nákladů řízení, správní orgán nahrazené náklady vrátí.

67. Vzhledem k tomu, že zákon o přestupcích v současné době náklady řízení blíže neupravuje, musel správní orgán vycházet z obecného právního předpisu, kterým je správní řád.

68. Podle § 79 odst. 5 správního řádu uloží správní orgán povinnost nahradit náklady řízení paušální částkou účastníkovi, který řízení vyvolal porušením své právní povinnosti. Podle

[2] Dostupné na http://www.jesenicko.org/assets/File.ashx?id_org=500112&id_dokumenty=1239

citovaného ustanovení správního řádu výši paušální částky nákladů řízení stanoví prováděcí právní předpis. Tímto předpisem je vyhláška č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „vyhláška“), která v § 6 odst. 1 stanoví, že paušální částka nákladů správního řízení, které účastník vyvolal porušením své právní povinnosti, činí 1 000 Kč.

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

70. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2021000042.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona činí výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:
Mikroregion Jesenicko, 790 61 Lipová-lázně 396

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