

Č. j.: R003/2006/02-07668/2007/310-Šp

V Brně dne 18. dubna 2007

Ve správních řízeních o rozkladu podaném dne 6. 1. 2006 zadavatelem – **Městem Vratimov**, se sídlem Frýdecká 853, 739 32 Vratimov, za něhož jedná Mgr. Iveta Zechová, starostka, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 23. 3. 2005 a ze dne 1. 11. 2005 Mgr. Vlastimilem Křesálkem, bytem Dolní 307, 744 01 Frenštát pod Radhoštěm,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 7. 12. 2005, č.j. VZ/S192/05-153/5454/05-LB, ve věci přezkoumání rozhodnutí zadavatele – **Města Vratimov**, učiněného při zadávání podlimitní veřejné zakázky „**Rekonstrukce školní kuchyně dle platných hygienických předpisů**“, zadávané v otevřeném řízení podle § 25 odst. 2 písm. a) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb. a zákona č. 124/2005 Sb., v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo pod ev. č. 50008299 uveřejněno na centrální adrese dne 6. 5. 2005 a dne 13. 6. 2005 opraveno,

jehož dalším účastníkem je společnost **MANDÁK, a.s.**, IČ: 63493675, se sídlem 1. máje 532, 767 01 Kroměříž, za níž jedná Ing. Martin Borovička, předseda představenstva, a Ing. Jiří Zeman, místopředseda představenstva, jíž byla veřejná zakázka přidělena,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., v návaznosti na § 90 odst. 1 písm. b) téhož zákona, na základě návrhu rozkladové komise, ustavené podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 7. 12. 2005, č.j. VZ/S192/05-153/5454/05-LB,

r u š í m

a věc

v r a c í m

k novému projednání Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže.

O d ů v o d n ě n í

I. Zadávací řízení a prvostupňové řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Zadavatel - město Vratimov, IČ: 00297372, se sídlem Frýdecká 853, 739 32 Vratimov, zastoupený na základě plné moci Mgr. Vlastimilem Křesálkem, Dolní 307, 744 01 Frenštát pod Radhoštěm (dále jen „zadavatel“) uveřejnil na centrální adrese dne 6. 5. 2005 (po opravách ze dne 13. 6. 2005) pod ev. č. 50008299 oznámení otevřeného řízení podle § 25 odst. 2 písm. a) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb. a zákona č. 124/2005 Sb. na veřejnou zakázku „Rekonstrukce školní kuchyně dle platných hygienických předpisů“. Pozn.: pokud je v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění platné v době provedení úkonu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“ nebo „orgán dohledu“) nebo v době provedení jednotlivých úkonů účastníků řízení.
2. Ve lhůtě stanovené pro podání nabídek zadavatel obdržel celkem osm nabídek. Hodnotící komise dvě nabídky vyřadila, neboť nebyly z hlediska požadovaného obsahu úplné. Zadavatel dne 17. 6. 2005 rozhodl, že ekonomicky nejvýhodnější nabídku předložil uchazeč MANDÁK a.s., IČ 63493675, se sídlem 1. máje 532, 767 01 Kroměříž, za něhož jedná Ing. Martin Borovička, předseda představenstva, a Ing. Jiří Zeman, místopředseda představenstva (dále jen „vítězný uchazeč“). Uvedené rozhodnutí obdrželi všichni uchazeči dne 20. 6. 2005. Proti rozhodnutí zadavatele o přidělení veřejné zakázky podal uchazeč Sdružení společností NOSTA, s.r.o., IČ: 47671416, se sídlem Svatopluka Čecha 2088/13, 741 11 Nový Jičín, a uchazeč MAVA spol. s r. o., IČ: 48397555, se sídlem Sovova 1291/5, 703 00 Ostrava – Vítkovice, které uzavřely dne 9. 6. 2005 smlouvu o sdružení a za něž jedná Ing. arch. Zdeněk Klos, jednatel společnosti NOSTA, s.r.o. (dále jen „stěžovatel“) námitky, které byly zadavateli doručeny dne 4. 7. 2005 a které zadavatel označil za opožděné a stěžovateli je spolu s odůvodněným dopisem vrátil. Dne 11. 7. 2005 uzavřel zadavatel s vítězným uchazečem smlouvu na realizaci předmětu plnění veřejné zakázky, což všem uchazečům vyjma stěžovatele oznámil dopisem ze dne 13. 7. 2005.
3. Úřad dne 13. 10. 2005 obdržel podnět k zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Na základě vyžádané dokumentace nabyt podezření, že mohlo ze strany zadavatele dojít k porušení zákona, a proto zahájil správní řízení z moci úřední, za jehož účastníky označil zadavatele a vítězného uchazeče.

Napadené rozhodnutí

4. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 7. 12. 2005 rozhodnutí č.j. VZ/S192/05-153/5454/05-LB, kterým rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona, když uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, přičemž nedodržel postup pro přidělení veřejné zakázky stanovených v ustanovení:
 - § 88 odst. 2 zákona, neboť námitky podané stěžovatelem v zákonem stanovené lhůtě označil za opožděné podané a vrátil je stěžovateli;

- § 88 odst. 3 zákona, neboť ve lhůtě 10 dnů od obdržení námitek neodeslal stěžovateli písemné sdělení, zda námitkám vyhovuje či nikoliv, včetně zdůvodnění jejich vyřízení;
- § 88 odst. 4 zákona, když ve lhůtě do 60 dnů od obdržení námitek uzavřel smlouvu, přestože podaným námitkám nevyhověl, a tento postup mohl ovlivnit hodnocení nabídek.

Za uvedené porušení zákona uložil Úřad zadavateli podle § 102 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 30 000,- Kč.

5. Ke způsobu vyřízení námitek orgán dohledu uvedl, že stěžovatel využil svého práva a dne 1. 7. 2005 podal zadavateli námitky, které byly doručeny zadavateli dne 4. 7. 2005, tedy čtrnáctý den ode dne, kdy stěžovatel obdržel rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky. Zadavatel tyto námitky však stěžovateli vrátil jako opožděné s tím, že podle názoru zadavatele bylo rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky doručeno stěžovateli faxem dne 17. 6. 2005 a dosláno doporučeným dopisem. Úřad konstatoval, že podle § 92 odst. 2 zákona doručuje zadavatel písemnosti zájemcům prostřednictvím držitele poštovní licence na adresu uvedenou v žádosti o účast nebo v nabídce jako doporučenou zásilku s doručenkou. Žádný jiný způsob doručování (tedy ani faxem) zákon nepřipouští. V daném případě tedy zadavatel v rozporu se zákonem označil námitky za opožděné, což mělo za následek, že tyto námitky fakticky a věcně nevyřídil, čímž postavil stěžovatele do situace, kdy musel v krátkém časovém okamžiku (de facto již po uplynutí lhůty pro podání námitek) vyřešit otázku, zda má na sdělení zadavatel reagovat nebo zda mu již počala běžet lhůta pro případné podání návrhu k orgánu dohledu. Nadto zadavatel v té době stejně již uzavřel smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky. Úřad se dále vyjádřil k oprávnění stěžovatele podat námitky. Ze smlouvy o sdružení společnosti NOSTA, s.r.o. a MAVÁ, spol. s r.o. vyplývalo, že smlouva o sdružení zanikne v okamžiku, kdy zadavatel smlouvu o dílo na realizaci veřejné zakázky vůbec neuzavře, což se v šetřeném případě nestalo, anebo smlouva na realizaci předmětu plnění bude uzavřena se stěžovatelem, ale s jiným uchazečem. Ani k této situaci však v době podání námitek stěžovatelem nedošlo, neboť smlouvu zadavatel s vítězným uchazečem uzavřel teprve posléze.
6. Dále Úřad konstatoval, že uzavřením smlouvy před uplynutím lhůty 60 dnů neumožnil stěžovateli uplatnit právo na přezkum a dosáhnout řádným vyřízením námitek případné nápravy ze strany zadavatele. K ostatním skutečnostem namítaným v podnětu uvedl, že předmět veřejné zakázky, respektive jeho část, kterou zadavatel vymezil odkazem na konkrétní výrobky, není natolik specifická, že by nebylo možné ji dostatečně popsat pomocí obecných charakteristik. Použití odkazů na konkrétní výrobek určité značky proto v daném případě není v souladu se zákonem, a zadavatel tak porušil zákaz uvedený v § 48 odst. 6 zákona. Uvedené porušení zákona však nemohlo podstatně ovlivnit pořadí úspěšnosti nabídek, když nevedlo k omezení počtu uchazečů. K hodnocení nabídek uvedl orgán dohledu, že mu nepřísluší nabídky hodnotit za zadavatele a tím přejímat jeho úlohu. K námitce podnětu týkajícího se neuvedení délky záruční doby, zjistil orgán dohledu, že nabídka vítězného uchazeče obsahovala garanci záruční doby v trvání 60 měsíců. Jelikož však délka záruční doby nebyla kritériem hodnocení v dílčím kritériu „reklamační podmínky“, nepovažoval orgán dohledu námitku za relevantní.
7. Při úvahách o výši sankce přihlédl Úřad k osobě zadavatele, k charakteru veřejné zakázky, která byla zadána za účelem zajištění školního stravování a nikoli pro

komerční účely, a také ke skutečnosti, že se jednalo o první zjištěné pochybení zadavatele. Z uvedeného důvodu uložil sankci ve výši 30 000,- Kč. Tato sankce se nachází v dolní hranici možné sazby, která činila 523 896,20 Kč. Takto uložená pokuta měla plnit především funkci preventivní. K uložení pokuty přistoupil proto, že se veřejná zakázka nacházela ve stádiu realizace a nápravy nebylo možné dosáhnout jinak.

II. Námitky rozkladu

8. Proti citovanému rozhodnutí podal zadavatel v zákonem stanovené lhůtě rozklad. Zadavatel v rozkladu opětovně vyjádřil názor, že účelem sdružení společností NOSTA, s.r.o. a MAVÁ spol. s r. o. nebyla realizace veřejné zakázky, ale pouze podání nabídky, a že tedy společnost NOSTA, s.r.o. nebyla legitimována k podání námitek proti rozhodnutí zadavatele o přidělení veřejné zakázky. V této souvislosti zadavatel odkázal na ustanovení § 829 občanského zákoníku. Dále poukázal na text smlouvy o sdružení uzavřené mezi společnostmi NOSTA s.r.o. a MAVÁ spol. s r.o. dne 9.6. 2005, kde z čl. II bodu 2.1 vyplývá, že jediným cílem sdružení je podání společné nabídky. S ohledem na výše uvedené vyslovil závěr, že jakékoliv další úkony učiněné účastníky po podání nabídky jsou tedy činěny nad rámec účelu sdružení a nelze je považovat za úkony účastníka sdružení. Tuto skutečnost nemůže dle mínění zadavatele zhojit ani text smlouvy uvedený např. v čl. III. bodu 3.2.: *„K jednání za sdružení navenek vůči třetím osobám je zmocněn účastník NOSTA, s.r.o., a to zejména k podpisu smlouvy o dílo se zadavatelem, jakožto i ke všem dalším úkonům týkajícím se předmětné veřejné zakázky“*. Zadavatel uzavřel, že zmocnění přesahuje rámec předmětu smlouvy o sdružení, neboť každý z účastníků sdružení je oprávněn, resp. povinen vyvíjet pouze takové činnosti, které směřují k dosažení sjednaného účelu (viz § 830 občanského zákoníku), a tím bylo podání společné nabídky.
9. Zadavatel dále uvedl, že postupoval v souladu s § 88 odst. 2 zákona, když námitky stěžovatele, které mu byly doručeny dne 4. 7. 2005, vrátil stěžovateli s odůvodněním, že byly podány opožděně. K tomu doplnil, že rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky odeslal stěžovateli dne 17. 6. 2005 faxem a následně i doručenou zásilkou s dodejkou. Zadavatel má tedy za to, že lhůta pro podání námitek začala běžet dne 17. 6. 2005 a uplynula dnem 2. 7. 2005. Zadavatel uzavírá, že námitky proti jeho rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky ze dne 1. 7. 2005 mu byly doručeny 4. 7. 2005, tedy 2 dny po 15-ti denní zákonné lhůtě k podání námitek, a proto postupoval v souladu se zákonem, když vrátil námitky stěžovateli s odůvodněním, že byly podány opožděně. Při interpretaci ustanovení § 92 odkazuje na důvodovou zprávu k zákonu, v níž je uvedeno, že *„toto ustanovení upravuje obecně formy právních úkonů v zadávacích řízeních a zároveň stanoví dodatečnou potvrzovací schopnost pro určité formy podání“*. S ohledem na toto ustanovení odeslal zadavatel rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky v souladu s ustanovením § 91 odst. 1 zákona uchazeči jiným elektronickým prostředkem (z PC). Doručení je v dokumentaci vykázáno dne 17. 6. 2005 ve 21:46:19 hodin. Lhůta pro podání námitek proto začala běžet dne 17. 6. 2005 a vypršela dne 2. 7. 2005.
10. K porušení § 88 odst. 3 zákona zadavatel uvedl, že musí nejprve obdržet řádnou námitku, aby mohl v desetidenní lhůtě odeslat sdělení o vyřízení námitek. Jelikož řádnou námitku proti rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky neobdržel, nevznikla mu povinnost takové sdělení o vyřízení námitek odeslat. Zadavatel vyjádřil názor, že ustanovení § 88 odst. 4 zákona se vztahuje pouze na případ, kdy zadavatel námitce nevyhoví podle § 88 odst. 3 zákona, nikoliv na její případné vyhovění či vrácení, a tudíž

orgán dohledu nemůže 60-ti denní blokační lhůtu pro uzavření smlouvy s vybraným uchazečem vztahovat k vrácení námítky.

11. Závěrem se zadavatel vyjádřil k výroku napadeného rozhodnutí, podle kterého porušení zákona zadavatelem mohlo ovlivnit hodnocení nabídek. Zadavatel konstatuje, že k podstatnému ovlivnění pořadí úspěšnosti nabídek může dojít jen v případě, kdy zadavatel poruší zákon ve fázi rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky, tj. do stanovení úspěšnosti nabídek. Zadavatel však žádným svým úkonem učiněným do rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky zákon neporušil. Tím, že případně nesprávně vyhodnotil podanou námitku, nemohl vůbec ovlivnit pořadí úspěšnosti, což je zákonnou podmínkou pro aplikaci § 101 odst. 2 zákona, resp. § 102 odst. 1 písm. a) zákona a udělení sankce. Z odůvodnění napadeného rozhodnutí je zřejmé, že zadavatel v době do přidělení veřejné zakázky zákon neporušil, proto jeho postup nemohl ovlivnit pořadí úspěšnosti nabídek, a orgán dohledu nebyl proto ani oprávněn uložit zadavateli sankci.

Závěr rozkladu

12. Ze všech shora uvedených důvodů zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a řízení zastavil.

III. Původní řízení o rozkladu

13. Dne 20. 3. 2006 bylo pod č.j. 2R 003/06-Fr vydáno rozhodnutí předsedy Úřadu, kterým byla změněna část výroku týkající se výše uložené pokuty tak, že Úřad zadavateli uložil za výše zmíněné správní delikty pokutu ve výši 15 000,- Kč.
14. K problematice doručování písemností v souvislosti s podanými námitkami bylo uvedeno, že zákon v § 92 odst. 2 výslovně stanoví, že zadavatel doručuje písemnosti uchazečům prostřednictvím držitele poštovní licence na adresu uvedenou v nabídce jako doporučenou zásilku s doručenkou, přičemž písemnost je doručena okamžikem převzetí, odmítnutím převzetí nebo marným uplynutím doby uložení písemnosti v místně příslušné provozovně držitele poštovní licence. Z dikce zákona vyplývá, že pro stanovení počátku běhu lhůty pro podání námitek stěžovatelem ve smyslu § 88 odst. 2 zákona je rozhodný okamžik převzetí rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky uchazečem či zájemcem o veřejnou zakázku. Vzhledem k tomu, že rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky provedené statutárním orgánem zadavatele muselo být obligatorně stěžovateli oznámeno (§ 65 odst. 2 v návaznosti na § 88 odst. 2 zákona), muselo být při tomto oznamování postupováno ve smyslu § 92 odst. 2 zákona. Dle tohoto ustanovení zákona je zadavatel povinen doručovat písemnosti uchazečům doporučeně s doručenkou prostřednictvím držitele poštovní licence. Patnáctidenní lhůta pro podání námitek proti rozhodnutí zadavatele o přidělení veřejné zakázky začala běžet dne 20. 6. 2005, kdy rozhodnutí zadavatele bylo doručeno uchazečům a tato lhůta skončila dne 5. 7. 2005. Jelikož zadavateli byly doručeny námitky uchazeče dne 4. 7. 2005, byla lhůta pro podání námitek proti rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky zachována. Námitka byla tedy shledána jako nedůvodná.
15. K samotnému pojmu „doručenka“, tak, jak jej používá ust. § 92 odst. 2 zákona bylo uvedeno, že požadavek na doručení rozhodnutí cestou zásilky „s doručenkou“ má svůj původ v právní úpravě poštovních služeb, účinné před vydáním zákona č. 29/2000 Sb., o poštovních službách a o změně některých zákonů (zákon o poštovních službách), ve

znění zákona č. 517/2002 Sb., zákona č. 225/2003 Sb., zákona č. 95/2005 Sb. a zákona č. 444/2005 Sb., která tento způsob doručování předpokládala a umožňovala. Počínaje nabytím účinnosti zákona č. 29/2000 Sb., o poštovních službách a o změně některých zákonů (zákon o poštovních službách), ve znění pozdějších předpisů, kdy došlo nejen k derogaci předcházejícího poštovního zákona (zákon č. 222/1946 Sb., o poště, ve znění pozdějších předpisů), ale i předpisů jej provádějících, však již doručování písemností prostřednictvím držitele poštovní licence „s doručenkou“ není možné. Dle právní úpravy platné v době zahájení správního řízení mohl držitel poštovní licence poskytovat doručení zásilky „s dodejkou“. Přestože § 92 odst. 2 zákona používá pojem „doručenka“, který je nesprávný, za okolností, kdy došlo ke změně předpisů, jak je shora uvedeno, je třeba tuto skutečnost zohlednit a výklad pojmu přizpůsobit.

16. K důvodové zprávě k vládnímu návrhu zákona o veřejných zakázkách, bylo uvedeno, že dodatečná potvrzovací povinnost stanovená v § 92 odst. 2 návrhu zákona se vztahuje pouze na případy podání žádosti o účast v zadávacím řízení nebo výzvy k podání nabídky v užším řízení a v jednacím řízení s uveřejněním telegraficky, dálnopisem, telefonicky nebo elektronicky bez zaručeného elektronického podpisu. Vzhledem k výše uvedenému a s přihlédnutím ke zcela odlišnému znění ustanovení § 92 návrhu zákona a § 92 schváleného znění zákona, který byl do textu zákona začleněn až v průběhu projednávání zákona a není proto v textu důvodové zprávy zohledněn, byla argumentace zadavatele shledána jako nedůvodná.
17. K námitce zadavatele, že společnost NOSTA, s.r.o. nebyla oprávněna podat za stěžovatele v předmětné veřejné zakázce námitky poté, co jí bylo doručeno rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky, bylo konstatováno, že tato námitka byla dostatečným způsobem vypořádána v napadeném rozhodnutí. V souladu se závěry uvedenými v odůvodnění napadeného rozhodnutí byla potvrzena oprávněnost společnosti NOSTA, s.r.o. podat za sdružení NOSTA, s.r.o. a MAVA spol. s r.o. námitky proti rozhodnutí zadavatele o přidělení veřejné zakázky. Tento závěr logicky lze dovodit z textu smlouvy o sdružení, čl. III bod 3.2. cit.: *„K jednání za sdružení navenek vůči třetím osobám je zmocněn účastník NOSTA, s.r.o., a to zejména k podpisu společné nabídky, k podpisu smlouvy o dílo se zadavatelem, jakož i ke všem dalším úkonům týkajících se předmětné veřejné zakázky“*.
18. Pokud jde o výši pokuty, přestože závěry ohledně sankce, které učinil orgán dohledu v napadeném rozhodnutí, byly shledány jako správné, bylo přistoupeno ke snížení uložené pokuty na polovinu.

IV. Řízení o žalobě

19. Proti druhostupňovému rozhodnutí podal zadavatel dne 20. 3. 2005 žalobu ke Krajskému soudu v Brně, kterou se domáhal zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 20. 3. 2006, č.j. 2R 003/06-Fr. Uvedenou žalobu shledal Krajský soud v Brně jako důvodnou, a to rozsudkem ze dne 7. 2. 2007, č.j. 62 Ca 21/2006-195 (dále jen „rozsudek“). Tímto rozsudkem zrušil výše zmíněné rozhodnutí předsedy Úřadu a věc mu vrátil k dalšímu řízení. Při rozhodování o rozkladu zadavatele jsem proto rozhodoval v souladu s výše citovaným rozsudkem.
20. V odůvodnění rozsudku Krajský soud v Brně uvedl, že je při přezkumu napadeného rozhodnutí zásadně vázán obsahem a rozsahem uplatněných žalobních bodů podle § 75

odst. 2 zákona č. 150/2002, soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s.ř.s.“). Nejprve se však musel zabývat otázkou samotné přezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí, a přitom dospěl k závěru, že napadené rozhodnutí přezkoumatelným není. Žalovaný, tedy předseda Úřadu, zřetelně nevyčerpал obsah rozkladu, přitom jde o námitku směřující proti závěru, jenž je z pohledu možnosti žalovaného uložit žalobci pokutu za správní delikt podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona závěrem klíčovým.

21. Zatímco totiž pro konstataci porušení zákona konkrétním úkonem zadavatele postačí splnění podmínky podávané z § 101 odst. 1 zákona (tj. že zadavatel úkonem učiněným při zadání veřejné zakázky nesplnil povinnost nebo porušil zákaz stanovený tímto zákonem, což se analogicky musí nutně aplikovat i na § 101 odst. 2 zákona), pro uložení pokuty podle § 102 odst. 2 písm. a) zákona za správní delikt podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona musí být prokázáno, že k porušení zákona ze strany zadavatele došlo kvalifikovaným způsobem. Tento kvalifikovaný způsob je přitom naplněn tehdy, pokud v důsledku konkrétního porušení zákona ze strany zadavatele alespoň mohlo dojít k ovlivnění hodnocení nabídek. Má-li být otázka splnění podmínky kvalifikovaného porušení zákona předmětem řízení o rozkladu (tu bez ohledu na skutečnost, zda žalobce v rozkladu napadal závěr o možnosti „ovlivnění hodnocení nabídek“ či závěr o možnosti „ovlivnění pořadí úspěšnosti nabídek“), pak se musí orgán rozhodující o rozkladu touto otázkou náležitě zabývat. Soud poznamenal, že dikci § 102 odst. 1 písm. a) zákona při aplikaci písmena b) téhož ustanovení je třeba vykládat v tom směru, že příslušný zadavatelův postup „podstatně ovlivnil“ nebo „mohl podstatně ovlivnit“ hodnocení nabídek, neboť postrádá jakékoli logiky, aby v případě faktického ovlivnění muselo jít o „ovlivnění podstatné“ a v případě pouhé potenciality ovlivnění mohlo jít o „ovlivnění prosté, tedy nikoli podstatné“.
22. Současně Krajský soud v Brně dodal, že napadené rozhodnutí bylo stíženo další vadou. Podle § 59 odst. 2 a 3 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění pozdějších předpisů, má-li být změněna jen část rozhodnutí, je nutno postupovat tak, že se ohledně částí změnou nedotčených musí rozklad zamítnout a v těchto částech rozhodnutí potvrdit. Žalovaný předseda Úřadu tak nemohl rozhodnout, že část napadeného rozhodnutí týkající se uložené pokuty mění, a přitom ohledně zbylé části týkající se protiprávního jednání zadavatele konstatovat, že zůstává beze změn.

V. Nové řízení o rozkladu

23. Dne 1. 1. 2006 nabyl účinnosti zákon č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., (dále jen „správní řád“) podle jehož § 183 se zrušuje zákon č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád). Podle § 179 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb. se řízení, která nebyla pravomocně skončena před účinností tohoto zákona, dokončí podle dosavadních předpisů. Bylo-li rozhodnutí před účinností tohoto zákona zrušeno a vráceno k novému projednání správnímu orgánu, postupuje se podle dosavadních předpisů. Vzhledem k tomu, že rozsudek byl vydán až po nabytí účinnosti (nového) správního řádu, je třeba řízení o rozkladu účastníka řízení dokončit podle nové právní úpravy správního řízení.
24. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 nového správního řádu a po posouzení případu ve všech

jeho vzájemných souvislostech, s ohledem na právní názor vyslovený v odůvodnění rozsudku, jsem dospěl k následujícímu závěru:

25. Úřad tím, že svým rozhodnutím ze dne 7. 12. 2005, č.j. VZ/S192/05-153/5454/05-LB, kterým rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona, když uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, přičemž nedodržel postup pro přidělení veřejné zakázky stanovených v ustanovení:
- § 88 odst. 2 zákona, neboť námitky podané stěžovatelem v zákonem stanovené lhůtě označil za opožděně podané a vrátil je stěžovateli;
 - § 88 odst. 3 zákona, neboť ve lhůtě 10 dnů od obdržení námitek neodeslal stěžovateli písemné sdělení, zda námitkám vyhovuje či nikoliv, včetně zdůvodnění jejich vyřízení;
 - § 88 odst. 4 zákona, když ve lhůtě do 60 dnů od obdržení námitek uzavřel smlouvu, přestože podaným námitkám nevyhověl, a tento postup mohl ovlivnit hodnocení nabídek,
- za což mu Úřad uložil podle § 102 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 30 000,- Kč, nerozhodl správně a v souladu se zákonem. Z uvedeného důvodu jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci k novému projednání orgánem dohledu. V odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech uvedeny důvody, pro které jsem ke zrušení napadeného rozhodnutí přistoupil.

VI. K námitkám rozkladu

K důvodům pro zrušení rozhodnutí

26. Ke zrušení napadeného rozhodnutí jsem přistoupil proto, že ustanovení § 152 odst. 5 písm. a) nového správního řádu neumožňuje rozhodnutí změnit, pokud se plně nevyhoví rozkladu. Zadavatel v podaném rozkladu však jakékoli porušení zákona popírá, a tedy nelze již případně ani snížit uloženou pokutu či od jejího uložení upustit, jestliže by jinak postup a závěry Úřadu byly shledány jako správné. Pokud jde o snížení pokuty, je nutno v dalším průběhu řízení postupovat v souladu se zásadou zákazu *reformationis in peius*, tedy zákazu změny rozhodnutí v neprospěch toho, kdo podal opravný prostředek, resp. kdo inicioval přezkum rozhodnutí správního orgánu ve správním soudnictví. Jestliže tedy již jednou správní orgán rozhodující o rozkladu snížil uloženou pokutu na polovinu, je třeba sníženou výši uložené pokuty zachovat (k tomu odkazuji například na rozhodnutí Ústavního soudu č.j. II. ÚS 213/2000). Jak již však bylo uvedeno, taková změna napadeného rozhodnutí orgánu dohledu by šla nad rámec toho, co je orgánu rozhodujícímu o rozkladu dovoleno § 152 odst. 5 písm. a) správního řádu, a proto nezbyvá než věc vrátit Úřadu k novému rozhodnutí.
27. Co se týče věcného důvodu pro zrušení, který již svým rozsudkem konstatoval Krajský soud v Brně, tj. nepřezkoumatelnosti rozhodnutí Úřadu pro nedostatek odůvodnění, v čem zadavatelovo porušení zákona podstatně ovlivnilo nebo mohlo ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek, odkazuji na předchozí text odůvodnění tohoto rozhodnutí. Orgán dohledu by měl v podrobnostech rozvést, z jakého důvodu (podstatně) mohlo odmítnutí podaných námitek jako opožděných, kdy navíc tyto nebyly z věcného hlediska vypořádány, a na to navazující uzavření smlouvy na realizaci předmětu šetřené veřejné zakázky před uplynutím zákonem stanovené lhůty, ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek.

K ostatním námitkám žaloby

28. Považuji za potřebné vyjádřit se také k dalším námitkám rozkladu zadavatele a jím podané žaloby. Zadavatel v žalobě namítal procesní pochybení Úřadu při doručování písemností v řízení před orgánem dohledu. Zadavatel uvedl, že napadené rozhodnutí mu nebylo doručeno, že mu byla stanovena pouze 7 denní lhůta k předložení podkladů, zatímco stanovena měla být v délce 14 dnů a že mu bylo upřeno právo vyjádřit se k podkladům pro rozhodnutí před jeho vydáním. Vzhledem k tomu, že se ve všech těchto případech jedná o neopakovatelné úkony, není možná náprava jinou cestou než tak, že po vrácení věci orgánu dohledu k novému projednání bude zadavateli dána možnost využít všech svých práv, která mu nový správní řád přiznává. Nelze totiž zavázat orgán dohledu povinnostmi, která je fakticky nesplnitelná. Současně však popírám, že by uvedená pochybení měla vliv na správnost či zákonnost rozhodnutí ve věci samé. Zadavatel předně proti délce lhůty k předložení zadávací dokumentace brojil teprve v podaném rozkladu, aniž by již v řízení před Úřadem požádal např. o její prodloužení, a vyžádanou zadávací dokumentaci taktéž ve stanovené lhůtě společně se svým vyjádřením k podanému podnětu doručil. Není tedy možné tyto vady zhojit například zrušením uvedených úkonů Úřadu vůči zadavateli, a to nejen proto, že se jedná o neopakovatelné úkony, ale také proto, že nemohu zavázat orgán dohledu k takovému postupu, který je prakticky nerealizovatelný.
29. Pokud jde o věcnou stránku napadeného rozhodnutí, ztotožňuji se se závěrem Úřadu, že podle § 92 odst. 2 zákona doručuje zadavatel písemnosti zájemcům prostřednictvím držitele poštovní licence na adresu uvedenou v žádosti o účast nebo v nabídce jako doporučenou zásilku s doručenkou, neboť zákon žádný jiný způsob doručování (tedy ani faxem) nepřipouští. Jak již bylo jednou uvedeno, § 92 odst. 2 zákona výslovně stanoví, jakým způsobem zadavatel doručuje písemnosti uchazečům, a z tohoto ustanovení zákona je zřejmé, že jediný možný způsob doručení písemností, který zákon předvídá, je doručování prostřednictvím držitele poštovní licence. K odkazu na § 91 odst. 1 uvádím, že toto ustanovení se vůbec netýká doručování, nýbrž *formy právních úkonů*. Ustanovení § 92 se však již týká pouze *doručování* písemností (tedy právních úkonů), nikoli jejich vyhotovování či posouzení jejich platnosti, a proto odkaz na § 91 odst. 1 zákona je v šetřeném případě zcela irelevantní. Pro stanovení počátku běhu lhůty pro podání námitek stěžovatelem ve smyslu § 88 odst. 2 zákona je totiž rozhodný okamžik převzetí rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky uchazečem či zájemcem o veřejnou zakázku. Vzhledem k tomu, že rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky provedené statutárním orgánem zadavatele, které bezesporu je písemností, o které hovoří § 92 odst. 2 zákona, muselo být stěžovateli oznámeno podle § 65 odst. 2 v návaznosti na § 88 odst. 2 zákona, a proto při tomto oznamování muselo být postupováno ve smyslu § 92 odst. 2 zákona. Uzavírám tedy, že 15-ti denní lhůta pro podání námitek proti rozhodnutí zadavatele o přidělení veřejné zakázky začala běžet dne 20. 6. 2005, kdy rozhodnutí zadavatele bylo doručeno uchazečům, a že lhůta skončila dne 5. 7. 2005. Jelikož zadavateli byly doručeny námitky uchazeče dne 4. 7. 2005, byla lhůta pro podání námitek proti rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky zachována.
30. Pokud jde o námitku zadavatele, že v důvodové zprávě k vládnímu návrhu zákona o veřejných zakázkách je § 92 interpretován jako ustanovení upravující obecně formy právních úkonů v zadávacích řízeních a zároveň stanoví dodatečnou potvrzovací povinnost pro určité formy podání, konstatuji, že dodatečná potvrzovací povinnost

stanovená v § 92 odst. 2 návrhu zákona se vztahuje pouze na případy podání žádosti o účast v zadávacím řízení nebo výzvy k podání nabídky v užším řízení a v jednacím řízení s uveřejněním telegraficky, dálnopisem, telefonicky nebo elektronicky bez zaručeného elektronického podpisu. Vzhledem k výše uvedenému a s přihlédnutím ke zcela odlišnému znění ustanovení § 92 návrhu zákona a § 92 schváleného znění zákona, kdy byl sporný text zákona začleněn až v průběhu projednávání zákona a není proto v textu důvodové zprávy zohledněn, shledal jsem argumentaci zadavatele jako nedůvodnou. Důvodová zpráva nepředstavuje závazný normativní text, a zvláště pokud neodpovídá schválenému znění zákona – jak tomu bylo v šetřeném případě, nelze k ní přihlídnout jako k interpretačnímu vodítku.

31. S uvedenou otázkou souvisí a věcně na ni navazuje také zpochybňované oprávnění stěžovatele podat námitky. Ze smlouvy o sdružení společnosti NOSTA, s.r.o. a MAVA, spol. s r.o. vyplývalo, že smlouva o sdružení zanikne v okamžiku, kdy smlouva o dílo na realizaci veřejné zakázky nebude uzavřena *vůbec s žádným uchazečem*, anebo smlouva na realizaci předmětu plnění *nebude uzavřena se stěžovatelem, ale s jiným uchazečem*. Smlouva na realizaci předmětu veřejné zakázky však nemůže být uzavřena dříve, než zadavatel vydá rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky, které není napadeno námitkami a které je v souladu se zákonem. Pokud zadavatel odkazuje na smlouvu, kterou uzavřel přes zákaz vyslovený v § 88 odst. 4 zákona, dovolává se nepřipustně svého protiprávního jednání. Pro úplnost dodávám, že smlouvu zadavatel s vítězným uchazečem uzavřel teprve poté, co byly námitky stěžovatelem podány.
32. Pro konstatování správnosti závěru o dalších porušení zákona zadavatelem, tedy porušení § 88 odst. 3 zákona, podle kterého je zadavatel povinen odeslat stěžovateli písemné sdělení, zda námitkám vyhovuje či nikoli, včetně zdůvodnění jejich vyřízení, a porušení § 88 odst. 4 zákona, které zakazuje zadavateli uzavřít smlouvu, když podaným námitkám nevyhověl, je stěžejní závěr o tom, zda § 92 odst. 2 zákona považuje zaslání rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky faxem za doručené řádně a v souladu se zákonem. Jak vyplývá z výše uvedeného, stěžovatel byl oprávněn námitky podat a zákonná 15 denní lhůta pro podání námitek zadavateli byla taktéž zachována.
33. Pokud jde o odůvodnění uložené výše pokuty, Úřad dostatečně zdůvodnil, proč k uložení pokuty přistoupil, ale již neodůvodnil, zda zadavatelovo porušení zákona podstatně ovlivnilo nebo mohlo ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek. V napadeném rozhodnutí Úřad uvedl, že nebylo možné přistoupit k jiné formě nápravného opatření, když zakázka je již ve fázi realizace. Při stanovení výše pokuty pak Úřad vymezil maximální výši možného uložení pokuty podle § 102 odst. 2 písm. a) zákona, které se odvíjí od ceny veřejné zakázky. Zákonem stanovená maximální sazba pokuty, tj. 5 % výše ceny zakázky, tak činila v šetřeném případě 523 896,20 Kč. Když tedy posléze Úřad konstatoval, že pokuta ve výši 30 000,- se nachází na spodní hranici možné výše pokuty, tuto skutečnost opřel o další zdůvodnění, a to, že tak nízkou pokutu uložil proto, že zadavatelem je město Vratimov, veřejná zakázka byla zadána za účelem zajištění školního stravování a nikoli pro komerční účely, a také proto, že se jednalo o první zjištěné pochybení zadavatele. Uložením pokuty představující cca 5,7 % maximální možné zákonné sazby Úřad předpokládal, že takto uložená pokuta bude plnit především funkci preventivní. Navíc v původním řízení o rozkladu byla pokuta snížena na polovinu, tj. na 15 000,- Kč, které představují necelé 3 % maximální možné pokuty podle § 102 odst. 2 písm. a) zákona. Všechny uvedené argumenty skutečně spíše směřují ke zdůvodnění nikoli výše pokuty, ale spíš jejího symbolického charakteru. Jestliže se

přesto zadavatel domnívá, že uložená pokuta je i po svém snížení stále příliš vysoká, pak upozorňuji, že kromě argumentů zpochybňujících deklarované porušení zákona ani on neuvádí žádné další skutečnosti, ke kterým by měl Úřad při případném dalším snížení pokuty přihlédnout.

34. Bez ohledu na výše uvedené je napadené rozhodnutí zrušeno a vráceno s tím, že je třeba, aby se Úřad podrobněji vyjádřil a odůvodnil, zda vyslovená pochybení zadavatele podstatně ovlivnila nebo mohla ovlivnit stanovení úspěšnosti nabídek, případně, bude-li to nutné, v tomto ohledu doplnil dokazování. Dospěje-li k závěru, že porušení zákona zadavatelem neměla ani nemohla mít (podstatný) vliv na stanovení pořadí úspěšnosti nabídek, od sankce upustí.

VII. Závěr

35. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad nepostupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, v souladu s právním názorem vyjádřeném v rozsudku Krajského soudu v Brně, jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí a jeho vrácení k novému projednání orgánem dohledu.
36. Vzhledem k výše uvedenému jsem rozhodl tak, jak je ve výroku uvedeno.

P o u č e n í

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 správního řádu dále odvolat.

Ing. Martin Pecina, MBA
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Mgr. Vlastimil Křesálek, bytem Dolní 307, 744 01 Frenštát pod Radhoštěm
2. MANĎÁK, a.s., se sídlem 1. máje 532, 4767 01 Kroměříž, za niž jedná Ing. Martin Borovička, předseda představenstva, a Ing. Jiří Zeman, místopředseda představenstva
3. spis.

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce