



UOHSX005Q908

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.:ÚOHS-S710/2013/VZ-20179/2014/512/JLí

Brno 24. září 2014

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném z moci úřední dne 25.11.2013, jehož účastníkem je

- zadavatel – Fond dalšího vzdělávání, příspěvková organizace, IČO 00405698, Na Maninách 20, 170 00 Praha 7,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) citovaného zákona zadavatelem – Fond dalšího vzdělávání, příspěvková organizace, IČO 00405698, Na Maninách 20, 170 00 Praha 7 – odmítnutím námitek uchazeče – AQE advisors, a.s., IČO 26954770, třída Kpt. Jaroše 1944/31, 602 00 Brno – ze dne 16.4.2013 podaným proti zrušení zadávacího řízení veřejné zakázky „Procesní a dopadová evaluace projektu a analýza opatření pro efektivní nastavení systému“ jejíž oznámení bylo odesláno do Věstníku veřejných zakázek dne 22.8.2012 a uveřejněno dne 23.8.2012 pod ev. č. zakázky 229251, v Úředním věstníku Evropské unie bylo uveřejněno dne 28.8.2012 pod ev. č. 2012/S 164-272736, zrušení zadávacího řízení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 18.4.2013 pod ev. č. zakázky 221828 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 19.4.2013 pod ev. č. 2013/S 077-128467,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Fond dalšího vzdělávání, příspěvková organizace, IČO 00405698, Na Maninách 20, 170 00 Praha 7 – se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že postupoval při vyřizování námitek uchazeče – AQE advisors, a.s., IČO 26954770, třída Kpt. Jaroše 1944/31, 602 00 Brno – v rozporu

s § 111 odst. 1 ve spojení s § 110 odst. 7 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, když námitky jmenovaného uchazeče ze dne 16.4.2013, dodané téhož dne do datové schránky zadavatele, proti zrušení zadávacího řízení veřejné zakázky „Procesní a dopadová evaluace projektu a analýza opatření pro efektivní nastavení systému“ jejíž oznámení bylo odesláno do Věstníku veřejných zakázek dne 22.8.2012 a uveřejněno dne 23.8.2012 pod ev. č. zakázky 229251, v Úředním věstníku Evropské unie bylo uveřejněno dne 28.8.2012 pod ev. č. 2012/S 164-272736, zrušení zadávacího řízení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 18.4.2013 pod ev. č. zakázky 221828 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 19.4.2013 pod ev. č. 2013/S 077-128467, zadavatel nepřezkoumal ve smyslu § 111 odst. 1 citovaného zákona, nýbrž tyto odmítl s odůvodněním, že jmenovaný uchazeč „zaslal zadavateli námitky proti zrušení zadávacího řízení, dále jen „námitky“, prostřednictvím datové schránky bez zaručeného elektronického podpisu založeného na kvalifikovaném certifikátu, tedy v podobě prosté kopie dokumentu.“

II.

Za správní delikt uvedený v bodu I. výroku tohoto rozhodnutí se zadavateli – Fond dalšího vzdělávání, příspěvková organizace, IČO 00405698, Na Maninách 20, 170 00 Praha 7 – podle § 120 odst. 2 písm. b) č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ukládá pokuta ve výši **5 000,- Kč (pět tisíc korun českých)**.

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

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení

1. Zadavatel – Fond dalšího vzdělávání, příspěvková organizace, IČO 00405698, Na Maninách 20, 170 00 Praha 7 (dále jen „zadavatel“) – odeslal podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“) dne 22.8.2012 do Věstníku veřejných zakázek oznámení o veřejné zakázce „Procesní a dopadová evaluace projektu a analýza opatření pro efektivní nastavení systému“, zadávané v otevřeném řízení, které bylo uveřejněno dne 23.8.2012 pod ev. č. zakázky 229251, v Úředním věstníku Evropské unie bylo uveřejněno dne 28.8.2012 pod ev. č. 2012/S 164-272736, zrušení zadávacího řízení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 18.4.2013 pod ev. č. zakázky 221828 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 19.4.2013 pod ev. č. 2013/S 077-128467.
2. Zadavatel rozhodnutím ze dne 12.4.2013 předmětné zadávací řízení zrušil a uchazečům oznámil zrušení zadávacího řízení dopisy z téhož dne.
3. Proti rozhodnutí o zrušení předmětného zadávacího řízení podal uchazeč AQE advisors, a.s., IČO 26954770, třída Kpt. Jaroše 1944/31, 602 00 Brno (dále jen „uchazeč AQE“), jenž oznámení o zrušení zadávacího řízení obdržel dne 15.4.2013, námitky ze dne 16.4.2013, které byly téhož dne dodány do datové schránky zadavatele.
4. Oznámením ze dne 24.4.2013 zadavatel námitky uchazeče AQE odmítl s odůvodněním, že nebyly podány postupem stanoveným zákonem, když uchazeč AQE „zaslal zadavateli námitky proti zrušení zadávacího řízení ... prostřednictvím datové schránky bez zaručeného

elektronického podpisu založeného na kvalifikovaném certifikátu, tedy v podobě prosté kopie dokumentu.“

II. Průběh správního řízení

5. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) obdržel podnět k přezkoumání postupu zadavatele při zrušení zadávacího řízení, na jehož základě si vyžádal dokumentaci o výše specifikované veřejné zakázce.
6. Z předložené dokumentace Úřad získal pochybnosti o tom, zda se zadavatel odmítnutím námitek podaných uchazečem AQE prostřednictvím datové schránky nedopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona, podle kterého se zadavatel dopustí správního deliktu, jestliže odmítne námitky v rozporu s § 110 zákona anebo postupuje při vyřizování námitek v rozporu s § 111 zákona.
7. Úřad proto oznámil zadavateli, který je podle § 116 zákona jediným účastníkem správního řízení, pod č. j. ÚOHS-S710/2013/VZ-22621/2013/512/JLÍ ze dne 21.11.2013 zahájení správního řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona. Oznámení o zahájení správního řízení bylo zadavateli doručeno dne 25.11.2013 a tímto dnem bylo správní řízení zahájeno. Současně Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S710/2013/VZ-22625/2013/512/JLÍ ze dne 21.11.2013 určil zadavateli lhůtu, v níž mohl navrhnout důkazy nebo činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko.
8. Ve stanovené lhůtě zadavatel ve svém vyjádření ze dne 2.12.2013 mj. sdělil, že zkoumal, zda předložené námitky uchazeče AQE obsahují veškeré náležitosti a byly podány v souladu se zákonem. V této souvislosti se zadavatel také zabýval skutečností, zda námitky proti úkonům zadavatele byly podepsány uznávaným elektronickým podpisem dle ustanovení § 149 odst. 4 zákona. Zadavatel uvádí, že se zabýval výkladem ustanovení § 149 odst. 4 zákona v souvislosti s ustanovením § 18 odst. 2 zákona č. 300/2008 Sb., o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon č. 300/2008 Sb.“). Bez znalostí dalšího by bylo možné z ustanovení § 18 zákona č. 300/2008 Sb. vyvodit, že požadavek na uznávaný elektronický podpis námitek proti úkonům zadavatele je nadbytečný. V případě zadávacího řízení je však ustanovení § 149 odst. 4 zákona ustanovením zvláštním ve vztahu k ustanovení § 18 odst. 2 zákona č. 300/2008 Sb., tedy námitky proti úkonům zadavatele podané prostřednictvím datové schránky musí být opatřeny uznávaným elektronickým podpisem. Zadavatel při aplikaci ustanovení § 149 odst. 4 zákona vycházel také z Metodiky k doručování prostřednictvím datových schránek při provádění úkonů v zadávacím řízení (verze duben 2013), kterou pro zadavatele připravilo Ministerstvo pro místní rozvoj ČR (gestor zákona) ve spolupráci s Ministerstvem vnitra ČR (gestor zákona č. 300/2008 Sb.), aby vyřešilo vztah právních norem upravujících komunikaci prostřednictvím datových schránek při zadávání veřejných zakázek a předešlo tak výkladovým nejasnostem při aplikaci platné a účinné legislativy. Zadavatel se při svém postupu rovněž zabýval rozsudkem Nejvyššího správního soudu sp. zn. 8 As 89/2011, nicméně v této souvislosti došel k závěru, že rozsudek řešil doručování orgánům veřejné moci (zadavatel není orgánem veřejné moci) v soudním řízení, tedy nezabýval se zvláštní úpravou řízení dle zákona a požadavkem na uznávaný elektronický podpis ve vztahu k specifikám zadávacího řízení a principům transparentnosti, nediskriminace a rovného zacházení. Zadavatel na základě všech výše uvedených skutečností a v souladu

s ustanovením § 149 odst. 4 zákona podpořeného výkladem gestora zákona a gestora zákona č. 300/2008 Sb. rozhodl o odmítnutí námitek uchazeče proti zrušení předmětného zadávacího řízení a tuto skutečnost oznámil uchazeči dne 24.4.2013 prostřednictvím oznámení o odmítnutí námitek. Zadavatel tedy oznámil odmítnutí námitek uchazeči v dostatečném časovém předstihu před uplynutím lhůty pro podání námitek včetně řádného odůvodnění a dal tak uchazeči dostatečný časový prostor zhojit jeho pochybení a podat námitku v souvislosti s předmětnou veřejnou zakázkou řádně a v souladu s požadavky zákona. Zadavatel také upozorňuje, že Metodika k doručování prostřednictvím datových schránek při provádění úkonů v zadávacím řízení (verze duben 2013) je určena nejen pro zadavatele, ale také pro dodavatele, kteří se účastní procesu zadávání veřejných zakázek, a je volně dostupná na portálu o veřejných zakázkách a koncesích Ministerstva pro místní rozvoj www.portal-vz.cz, tedy uchazeč se mohl s danou problematikou seznámit. Zadavatel uzavírá, že svým postupem zákon neporušil, a proto navrhuje, aby Úřad rozhodl, že se zadavatel správního deliktu nedopustil.

9. Usnesením č. j. ÚOHS-S710/2013/VZ-24230/2013/512/JLÍ ze dne 11.12.2013 stanovil Úřad zadavateli lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Zadavatel ve stanovené lhůtě předložil své vyjádření ze dne 30.12.2013, ve kterém však nesdělil žádné nové skutečnosti.

III. Závěry Úřadu

10. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona tím, že postupoval při vyřizování námitek v rozporu s § 111 zákona ve spojení s § 110 odst. 7 zákona, když námitky podané uchazečem AQE nepřezkoumal ve smyslu § 111 odst. 1 zákona, nýbrž tyto odmítl s odůvodněním, že datová zpráva obsahující námitky nebyla opatřena platným zaručeným elektronickým podpisem založeným na kvalifikovaném certifikátu. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení právních předpisů

11. Podle § 110 odst. 2 zákona námitky lze podat proti všem úkonům zadavatele a stěžovatel je musí doručit zadavateli do 15 dnů a v případě zjednodušeného podlimitního řízení do 10 dnů ode dne, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozví, nejpozději však do doby uzavření smlouvy.
12. Podle § 110 odst. 7 zákona námitky se podávají písemně. V námitkách musí stěžovatel uvést, kdo je podává, proti kterému úkonu zadavatele směřují a v čem je spatřováno porušení zákona. V námitkách podle odstavců 2, 3 a 5 musí být uvedeno, jaká újma stěžovateli v důsledku domnělého porušení zákona hrozí nebo vznikla a čeho se stěžovatel domáhá. Jde-li o námitky podle odstavce 2, musí stěžovatel v námitkách uvést též skutečnosti rozhodné pro stanovení okamžiku, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozvěděl. Námitky neobsahující náležitosti podle tohoto odstavce zadavatel odmítne a bezodkladně písemně uvědomí o této skutečnosti stěžovatele. Podání námitek řádně a včas je podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání postupu zadavatele ve stejné věci. Návrh na uložení

zákazu plnění smlouvy podle § 114 odst. 2 může stěžovatel podat bez předchozího podání námitek.

13. Podle § 111 odst. 1 zákona zadavatel přezkoumá podané námitky v plném rozsahu a do 10 dnů od obdržení námitek odešle stěžovateli písemné rozhodnutí o tom, zda námitkám vyhovuje či nikoliv, s uvedením důvodu. Vyhoví-li zadavatel námitkám, uvede v rozhodnutí způsob provedení nápravy.
14. Podle § 148 odst. 2 zákona písemnosti podle tohoto zákona lze doručit osobně, prostřednictvím osoby, která provádí přepravu zásilek (kurýrní služba), prostřednictvím držitele poštovní licence podle zvláštního právního předpisu, elektronickými prostředky, prostřednictvím datové schránky, nebo jiným způsobem.
15. Podle § 149 odst. 1 zákona elektronickými prostředky se pro účely tohoto zákona rozumí síť a služby elektronických komunikací. Za elektronický prostředek se pro účely tohoto zákona nepovažuje fax.
16. Podle § 149 odst. 4 zákona podává-li dodavatel nabídku, žádost o účast, námitky proti úkonům zadavatele nebo prokazuje-li splnění kvalifikace elektronickými prostředky nebo jde-li o žádost o účast či o návrh v soutěži o návrh nebo odesílá-li zadavatel elektronickými prostředky vyhlášení k uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek či výzvu o zahájení zadávacího řízení, výzvu k jednání nebo k podání nabídky v zadávacím řízení či k účasti v soutěžním dialogu, oznámení o zadání veřejné zakázky, oznámení o způsobu vyřízení námitek či rozhodnutí o nejvhodnějším návrhu v soutěži o návrh, musí být datová zpráva podepsána uznávaným elektronickým podpisem. Zadavatel je oprávněn požadovat podepsání datové zprávy uznávaným elektronickým podpisem nebo označení datové zprávy uznávanou elektronickou značkou u jakýchkoliv datových zpráv zasílaných elektronickými prostředky.
17. Podle § 18 odst. 2 zákona č. 300/2008 Sb. úkon učiněný osobou uvedenou v § 8 odst. 1 až 4 posledně citovaného zákona nebo pověřenou osobou, pokud k tomu byla pověřena, prostřednictvím datové schránky má stejné účinky jako úkon učiněný písemně a podepsaný, ledaže jiný právní předpis nebo vnitřní předpis požaduje společný úkon více z uvedených osob.
18. Podle § 18a odst. 1 zákona č. 300/2008 Sb. Ministerstvo vnitra umožní na žádost fyzické osoby, podnikající fyzické osoby nebo právnické osoby dodávání dokumentů z datové schránky jiné fyzické osoby, podnikající fyzické osoby nebo právnické osoby do datové schránky této osoby. Podle § 18a odst. 2 zákona č. 300/2008 Sb. dokument dodaný podle odstavce 1 je doručen okamžikem, kdy se do datové schránky přihlásí osoba, která má s ohledem na rozsah svého oprávnění přístup k tomuto dokumentu.
19. Podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona zadavatel se dopustí správního deliktu tím, že odmítne námitky v rozporu s § 110 anebo postupuje při vyřizování námitek v rozporu s § 111.

Ke spáchání správního deliktu zadavatelem odmítnutím námitek

20. Z předložené dokumentace Úřad zjistil, že oznámení o zrušení zadávacího řízení obdržel uchazeč AQE dne 15.4.2013. Proti zrušení předmětného zadávacího řízení podal uchazeč AQE námitky ze dne 16.4.2013, které byly téhož dne dodány do datové schránky zadavatele.

Na prezenčním razítku zadavatele, kterým byly námitky opatřeny je mj. uvedeno: „Počet listů:1“, „Č.j.: 200/2013“, „Došlo dne: 16.4.“. Námitky tedy byly podány ve lhůtě stanovené v § 110 odst. 2 zákona, tj. do 15 dnů od doručení oznámení o zrušení zadávacího řízení. Zadavatel však následně námitky nepřezkoumal ve smyslu § 111 odst. 1 zákona, nýbrž je odmítl s odůvodněním, že příslušná datová zpráva nebyla opatřena platným zaručeným elektronickým podpisem založeným na kvalifikovaném certifikátu.

21. V oznámení ze dne 24.4.2013 o odmítnutí námitek zadavatel mj. uvedl, že *uchazeč AQE zaslal zadavateli námitky proti zrušení zadávacího řízení prostřednictvím datové schránky bez zaručeného elektronického podpisu založeného na kvalifikovaném certifikátu, tedy v podobě prosté kopie dokumentu. Dle § 149 zákona, podá-li dodavatel námitky proti úkonům zadavatele, musí být datová zpráva opatřena platným zaručeným elektronickým podpisem založeným na kvalifikovaném certifikátu. Námitky uchazeče AQE nebyly podle zadavatele podány postupem stanoveným zákonem, a proto je zadavatel povinen námitky odmítnout.*
22. Úřad však odmítnutí námitek zadavatelem nepokládá za postup učiněný v souladu se zákonem, a to z následujících důvodů.
23. Ministerstvo vnitra na základě dotazů Ministerstva pro místní rozvoj ČR zpracovalo „Stanovisko k aplikaci č. zákona č. 300/2008 Sb., o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů, na oblasti reglementované zákonem č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách“ č. j. MV-34959-2/LG-2009 ze dne 5.6.2009 (dále jen „stanovisko MV“). Předmětné stanovisko je součástí správního spisu.
24. Ve stanovisku MV je v článku 11. „K atestování informačního systému datových schránek“ uvedeno, že *z obsahu pojmů elektronické prostředky a elektronické nástroje, jak jsou definovány v § 149 odst. 1 a 2 zákona, jednoznačně plyne, že datové schránky, respektive informační systém datových schránek nelze subsumovat ani pod jeden z těchto pojmů. Není ani sítí či službou elektronických komunikací, neboť ke komunikaci mezi dvěma datovými schránkami dochází uvnitř informačního systému datových schránek, nikoliv tedy po síti elektronických komunikací. Není ani programovým vybavením (software), protože datová schránka je kombinací programového vybavení a technického vybavení (hardware). Navíc, byť je spojena se sítí elektronických komunikací, ta slouží pouze k jejímu ovládnutí a úkony jsou činěny pouze mezi schránkami, nikoliv prostřednictvím sítě elektronických komunikací. Z uvedeného důvodu se povinnost atestace podle § 149 zákona na datové schránky, respektive informační systém datových schránek nevztahuje. Ve snaze eliminovat pochybnosti ohledně vztahu datových schránek a elektronických prostředků a elektronických nástrojů Ministerstvo vnitra navíc iniciovalo modifikaci § 148 odst. 2 zákona v podobě doplnění datových schránek mezi způsoby komunikace (viz bod 26 odůvodnění tohoto rozhodnutí).*
25. Ve stanovisku MV je v článku 12. „K užívání zaručeného elektronického podpisu“ mj. uvedeno, že *zda bude datová zpráva dodávaná prostřednictvím datových schránek opatřena zaručeným elektronickým podpisem, respektive zaručeným elektronickým podpisem založeným na kvalifikovaném certifikátu vydaném akreditovaným poskytovatelem certifikačních služeb závisí na povaze odesílatele. Je-li tento orgánem veřejné moci ve smyslu § 1 odst. 1 zákona č. 300/2008 Sb., opatří vždy datovou zprávu zaručeným elektronickým podpisem založeným na kvalifikovaném certifikátu vydaném akreditovaným poskytovatelem certifikačních služeb oprávněné osoby. Důvodem je skutečnost, že adresát nemusí disponovat*

oprávněním provádět autorizovanou konverzi dokumentů z moci úřední a obligatorní podmínkou provedení autorizované konverze dokumentů na žádost je opatření vstupujícího dokumentu zaručeným elektronickým podpisem založeným na kvalifikovaném certifikátu vydaném akreditovaným poskytovatelem certifikačních služeb nebo elektronickou značkou založenou na kvalifikovaném systémovém certifikátu vydaném akreditovaným poskytovatelem certifikačních služeb toho, kdo dokument vydal nebo vytvořil. Jde-li o jiný subjekt, datovou zprávu bude nutno opatřit zaručeným elektronickým podpisem, respektive zaručeným elektronickým podpisem založeným na kvalifikovaném certifikátu vydaným akreditovaným poskytovatelem certifikačních služeb pouze v případě, že právní předpis či vnitřní předpis tohoto subjektu vyžaduje, aby datovou zprávu podepsalo více osob (viz § 18 odst. 2 zákona č. 300/2008 Sb.). V případě doručování prostřednictvím datových schránek nelze aplikovat oprávnění zadavatele podle § 149 odst. 4 věty poslední zákona, neboť to se vztahuje pouze na datové zprávy zasílané elektronickými prostředky. Tím však datové schránky, respektive informační systém datových schránek nejsou, jak vyplývá z článku 11. stanoviska MV (viz bod 24 odůvodnění tohoto rozhodnutí) i z důvodové zprávy k zákonu č. 179/2010 Sb. (viz bod 26 odůvodnění tohoto rozhodnutí).

26. *Ve zvláštní části důvodové zprávy k zákonu č. 179/2010 Sb., kterým se měnil s účinností od 15.9.2010 zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, je k bodu 164., který se týká výslovného začlenění datových schránek ke způsobům komunikace mezi zadavatelem a dodavatelem výslovně uvedeno: „Pro doručování písemností bude moci být využit Informační systém datových schránek dle zákona č. 300/2008 Sb., o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů. Do ustanovení § 148 odst. 2 zákona je tento způsob doručení výslovně doplňován i z důvodu, aby nebyl nesprávně posuzován jako jeden ze způsobů doručování elektronickými prostředky.“*
27. *Metodika k doručování prostřednictvím datových schránek při provádění úkonů v zadávacím řízení, verze duben 2013 (dále jen „metodika“), zpracovaná Ministerstvem pro místní rozvoj ČR, v článku 7.2 „Pravidla pro používání zaručeného elektronického podpisu při komunikaci prostřednictvím datových schránek“ ke vztahu § 149 odst. 4 zákona a § 18 odst. 2 zákona č. 300/2008 Sb. mj. uvádí, že požadavek zaručeného elektronického podpisu vyplývající z ustanovení § 149 odst. 4 zákona je ve své podstatě jedním z požadavků na formu vyjmenovaných úkonů a ustanovení § 149 zákona má tak povahu speciální úpravy k ustanovení § 18 odst. 2 zákona č. 300/2008 Sb. Datové zprávy tak musí být v případě úkonů, u kterých to zákon výslovně stanoví opatřeny zaručeným elektronickým podpisem založeným na kvalifikovaném certifikátu, i když jsou doručovány prostřednictvím datových schránek. K tomu Úřad uvádí, že zadavatelem použitá metodika nereflktuje legislativu účinnou v době zahájení předmětného zadávacího řízení, kdy § 149 odst. 4 zákona stanovil, že datová zpráva musí být podepsána „uznávaným elektronickým podpisem“, nikoliv „zaručeným elektronickým podpisem“.*
28. *K bodům 23 až 27 odůvodnění tohoto rozhodnutí Úřad s ohledem na své kompetence uvádí, že mu nepřísluší posuzovat vzájemný soulad metodiky se zákonem ani soulad postupu zadavatele s metodikou. Je však skutečností, že metodika (v otázce doručování datovými schránkami) ve znění, které v šetřeném případě aplikoval zadavatel, neodráží legislativu účinnou v době zahájení předmětného zadávacího řízení.*

29. K názoru zadavatele, že „podá-li dodavatel námitky proti úkonům zadavatele, musí být datová zpráva opatřena platným zaručeným elektronickým podpisem založeným na kvalifikovaném certifikátu“ Úřad konstatuje, že zadavatel v „oznámení o odmítnutí námitek“ ze dne 24.4.2013 nesprávně uvedl, že datová zpráva musí být opatřena „platným zaručeným elektronickým podpisem založeným na kvalifikovaném certifikátu“ (tento text obsahoval § 149 odst. 4 zákona ve znění účinném do 30.6.2012). Zadavatel však zahájil zadávací řízení dne 22.8.2012 a v této době § 149 odst. 4 zákona stanovil, že datová zpráva musí být podepsána „uznávaným elektronickým podpisem“. Zadavatel tedy v odmítnutí námitek aplikoval nesprávný právní předpis, jeho požadavky na to, co měla datová zpráva obsahovat, nemají oporu v zákoně, a tudíž ani s tímto odůvodněním nemohl námitky v rozhodné době odmítnout. V této souvislosti Úřad uvádí, že požadavek, aby datová zpráva byla opatřena uznávaným (do 30.6.2014 „platným zaručeným“) elektronickým podpisem by byl namísto pouze v případě, pokud by vzájemná komunikace mezi dodavatelem (uchazečem AQE) a zadavatelem probíhala elektronickými prostředky.
30. Z výše uvedených skutečností je zřejmé, že § 149 odst. 4 zákona upravuje mj. i podávání námitek elektronickými prostředky, nikoliv prostřednictvím datových schránek, kterými elektronické prostředky nejsou, jak také vyplývá ze stanoviska MV i z důvodové zprávy k zákonu č. 179/2010 Sb. (viz body 23 – 27 odůvodnění tohoto rozhodnutí). V případě doručování prostřednictvím datových schránek tedy nelze aplikovat oprávnění zadavatele podle § 149 odst. 4 věty poslední zákona, neboť to se vztahuje pouze na datové zprávy zasílané elektronickými prostředky.
31. K tvrzení, že zadavatel při aplikaci ustanovení § 149 odst. 4 zákona vycházel také z metodiky (viz bod 8 odůvodnění tohoto rozhodnutí) Úřad uvádí, že zadavatel je povinen postupovat podle zákona, a nikoliv podle výkladu obsaženého v této metodice. Nezákonný postup zadavatele nelze tedy zhojit tím, že nepostupoval v souladu se zákonem, ale podle metodiky; Úřad však k této skutečnosti přihlédl při stanovení výše sankce.
32. Ustanovení § 148 odst. 2 zákona, které upravuje komunikaci mezi zadavatelem a dodavatelem (viz bod 14 odůvodnění tohoto rozhodnutí) umožňuje, aby se doručování mezi těmito subjekty uskutečňovalo prakticky jakýmkoliv způsobem a všemi dostupnými prostředky. Zadavatel i dodavatel by však měli být vždy schopni prokázat doručení příslušného dokumentu.
33. V šetřeném případě je zcela nepochybné, že zadavatel námitky uchazeče obdržel (viz bod 20 odůvodnění tohoto rozhodnutí), přičemž zadavatel prokazatelně věděl, o jakou písemnost se jedná, resp. jaký je její obsah, i od kterého subjektu tuto písemnost obdržel. S ohledem na zákonem stanovené možnosti komunikace v zadávacím řízení, tedy bylo jeho povinností postupovat při vyřizování námitek podle § 111 odst. 1 zákona a tyto v plném rozsahu přezkoumat. V této souvislosti Úřad poukazuje i na ustanovení § 18a zákona č. 300/2008 Sb., na základě kterého je od 1.1.2010 možné pro fyzické osoby, fyzické osoby - podnikatele a právnické osoby využívat datové schránky pro tzv. dodávání dokumentů, které je obdobné jako při provádění úkonů vůči orgánům veřejné moci s tím rozdílem, že u dodávání mezi fyzickými a právnickými osobami neplatí fikce doručení - dokument je doručen až potvrzením přijetí zasláným skrze datovou schránku příjemce a systém oznámí doručení až po potvrzení přijetí příjemcem.

34. Dále Úřad konstatuje, že odmítnutí námitek uchazeče AQE zadavatelem nemá oporu ani v ustanovení § 110 odst. 7 zákona, ve kterém je stanoveno, že „Námítky se podávají písemně“. Co však znamená „písemně“ není zákonem ve vztahu k podání námitek výslovně stanoveno, a tudíž v této souvislosti je nutno postupovat podle ustanovení § 148 odst. 2 zákona upravujícího komunikaci mezi zadavatelem a dodavatelem tak, že písemnosti podle tohoto zákona lze doručit osobně, prostřednictvím osoby, která provádí přepravu zásilek (kurýrní služba), prostřednictvím držitele poštovní licence podle zvláštního právního předpisu, elektronickými prostředky, prostřednictvím datové schránky, nebo jiným způsobem. Námítky byly podány prostřednictvím datové schránky a vzhledem k tomu, že splňovaly všechny náležitosti stanovené v § 110 odst. 7 zákona zadavatel nebyl oprávněn je odmítnout.
35. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že zadavatel se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona tím, že při vyřizování námitek uchazeče AQE postupoval v rozporu s § 111 zákona ve spojení s § 110 odst. 7 zákona, když námítky uchazeče AQE ze dne 16.4.2013 proti zrušení předmětného zadávacího řízení, dodané téhož dne do datové schránky zadavatele, nepřezkoumal ve smyslu § 111 odst. 1 zákona, nýbrž tyto odmítl s odůvodněním, že uchazeč AQE „zaslal zadavateli námítky proti zrušení zadávacího řízení, dále jen „námítky“, prostřednictvím datové schránky bez zaručeného elektronického podpisu založeného na kvalifikovaném certifikátu, tedy v podobě prosté kopie dokumentu.“

IV. K uložení sankce

36. Podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona se zadavatel správního deliktu dopustí tím, že odmítne námítky v rozporu s § 110 zákona anebo postupuje při vyřizování námitek v rozporu s § 111 zákona.
37. Z obsahu tohoto rozhodnutí vyplývá, že se zadavatel při zadávání veřejné zakázky dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona, a to tím, že při vyřizování námitek postupoval v rozporu s § 111 zákona ve spojení s § 110 odst. 7 zákona, když námítky uchazeče AQE ze dne 16.4.2013 proti zrušení předmětného zadávacího řízení, dodané téhož dne do datové schránky zadavatele, nepřezkoumal ve smyslu § 111 odst. 1 zákona, nýbrž tyto odmítl s odůvodněním, že příslušná datová zpráva obsahující námítky nebyla opatřena platným zaručeným elektronickým podpisem založeným na kvalifikovaném certifikátu.
38. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda nejsou naplněny uvedené podmínky pro zánik odpovědnosti zadavatele. V daném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl z podnětu, který Úřad obdržel dne 7.5.2013. Ke spáchání správního deliktu došlo vydáním oznámení zadavatele o odmítnutí námitek dne 24.4.2013. Úřad tedy konstatuje, že podmínky pro zánik odpovědnosti zadavatele dle citovaného ustanovení zákona nejsou dány.
39. Podle § 120 odst. 2 písm. b) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 20 000 000 Kč, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. b), e), f) nebo g).

40. Podle § 121 odst. 2 zákona při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, se přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům, a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
41. Pokud jde o způsob a následky spáchání správního deliktu, je zřejmé, že v důsledku odmítnutí námitek zadavatelem nedošlo ve vztahu k uchazeči AQE k zákonem upravenému postupu podle § 111 odst. 1 zákona, tedy k přezkoumání podaných námitek v plném rozsahu, přičemž tento nezákonný postup měl v tomto případě za následek i to, že uchazeči AQE se v důsledku toho, že neobdržel rozhodnutí zadavatele o tom, zda námitkám vyhovuje či nikoliv, s uvedením důvodu, nedostalo žádných informací, na základě kterých by případně mohl podat návrh na přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu, což mohlo mít vliv na účinné hájení jeho práv. Odmítnutí námitek namísto jejich vyřízení v plném rozsahu je přitom takové pochybení zadavatele, které nelze nikterak zhojit, resp. nahradit, neboť se jedná o postoj samotného zadavatele vůči namítaným skutečnostem, který tak zůstává navrhovateli skryt.
42. K okolnostem, za nichž byl správní delikt spáchán, Úřad uvádí, že zadavatel svůj postup odůvodňuje tím, že postupoval podle metodiky, ve které je uvedeno, že datové zprávy „musí být v případě úkonů, u kterých to zákon výslovně stanoví, opatřeny zaručeným elektronickým podpisem založeným na kvalifikovaném certifikátu, i když jsou doručovány prostřednictvím datových schránek“ (viz bod 27 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Tuto skutečnost lze považovat za polehčující okolnost, neboť zadavatel mohl důvodně předpokládat, že metodika vydaná Ministerstvem pro místní rozvoj bude správným způsobem řešit vzájemný vztah zákona a zákona č. 300/2008 Sb. Postup zadavatele podle metodiky je tedy významnou polehčující okolností. V konečném důsledku tedy Úřad přihlédl i ke skutečnosti, že zadavatel postupoval při odmítnutí námitek na základě metodiky, nicméně na naplnění skutkové podstaty předmětného správního deliktu to nemá vliv.
43. 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, i funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů Úřad stanovenou výši pokuty vzhledem k souvislostem případu posoudil jako dostačující, neboť naplňuje obě funkce právní odpovědnosti.
44. Při stanovení výše pokuty Úřad rovněž zvažoval, zda pokuta uložená ve výši 5 000 Kč nemůže nepříznivě ovlivnit hospodaření zadavatele, přičemž dospěl k závěru, že pokuta uložená v této výši není způsobitelná negativním způsobem ovlivnit hospodaření ani činnost zadavatele.
45. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele rozhodl o uložení pokuty zadavateli tak, jak je uvedeno ve výroku III. rozhodnutí.
46. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj – pracoviště Brno, zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO zadavatele.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 7, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu, a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

v z. Mgr. Michal Kobza

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží

Fond dalšího vzdělávání, příspěvková organizace, Na Maninách 20, 170 00 Praha 7

Vypraveno dne:

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