UOHSX006HK61

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S859/2014/VZ-26744/2014/523/KHl Brno 15. prosince 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 21. 10. 2014, jehož účastníkem je

- zadavatel – Ing. Anton Jurica, IČO 11364343, se sídlem Boží Dar 176, 362 62 Boží Dar, ve správním řízení zastoupený na základě plné moci ze dne 16. 6. 2014 Mgr. Michalem Burešem, advokátem, ev. č. ČAK 10105, advokátní kancelář BUREŠ MAGLIA, advokáti s.r.o., se sídlem Bělehradská 14, 360 01 Karlovy Vary,

ve věci možného spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) a b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavatelem při zadávání veřejné zakázky „Lyžařský areál Boží Dar – Neklid: Novostavba lyžařského vleku a technické zasněžování – Část 3“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 6. 1. 2014 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 7. 1. 2014 pod ev. č. 374400, ve znění opravy uveřejněné dne 17. 1. 2014,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Ing. Anton Jurica, IČO 11364343, se sídlem Boží Dar 176, 362 62 Boží Dar – **se dopustil správního deliktu** podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že při zadávání veřejné zakázky „Lyžařský areál Boží Dar – Neklid: Novostavba lyžařského vleku a technické zasněžování – Část 3“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 6. 1. 2014 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 7. 1. 2014 pod ev. č. 374400, ve znění opravy uveřejněné dne 17. 1. 2014, postupoval

v rozporu s § 73 odst. 1 citovaného zákona a zásadou transparentnosti zakotvenou v § 6 odst. 1 citovaného zákona, když v protokolu o otevírání obálek ze dne 5. 2. 2014 neuvedl údaje sdělované přítomným uchazečům podle § 71 odst. 9 citovaného zákona, konkrétně pak, že nabídka je zpracována v požadovaném jazyku a návrh smlouvy je podepsán osobou oprávněnou jednat jménem či za uchazeče, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel dne 17. 2. 2014 s vybraným uchazečem – KERS s.r.o., IČO 25947273, se sídlem Čejkovice 9, 506 01 Podhradí – smlouvu na veřejnou zakázku.

II.

Zadavatel – Ing. Anton Jurica, IČO 11364343, se sídlem Boží Dar 176, 362 62 Boží Dar – se **dopustil správního deliktu** podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že při zadávání veřejné zakázky „Lyžařský areál Boží Dar – Neklid: Novostavba lyžařského vleku a technické zasněžování – Část 3“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 6. 1. 2014 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 7. 1. 2014 pod ev. č. 374400, ve znění opravy uveřejněné dne 17. 1. 2014, postupoval v rozporu s § 48 odst. 1 citovaného zákona, když na profilu zadavatele neuveřejnil alespoň textovou část zadávací dokumentace ode dne uveřejnění oznámení šetřeného zadávacího řízení alespoň do konce lhůty pro podání nabídek, neboť profil zadavatele ve smyslu § 17 písm. w) citovaného zákona byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn až dne 5. 6. 2014, přestože oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo ve Věstníku veřejných zakázek zveřejněno dne 7. 1. 2014.

III.

Zadavatel – Ing. Anton Jurica, IČO 11364343, se sídlem Boží Dar 176, 362 62 Boží Dar – **se dopustil správního deliktu** podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že při zadávání veřejné zakázky „Lyžařský areál Boží Dar – Neklid: Novostavba lyžařského vleku a technické zasněžování – Část 3“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 6. 1. 2014 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 7. 1. 2014 pod ev. č. 374400, ve znění opravy uveřejněné dne 17. 1. 2014, postupoval v rozporu s § 85 odst. 4 citovaného zákona, když na profilu zadavatele neuveřejnil písemnou zprávu zadavatele nejpozději do 15 dnů od ukončení zadávacího řízení, když profil zadavatele ve smyslu § 17 písm. w) citovaného zákona byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn až dne 5. 6. 2014, přestože zadavatel ukončil šetřené zadávací řízení dne 17. 2. 2014 podpisem smlouvy s vybraným uchazečem.

IV.

Za spáchání správních deliktů uvedených ve výroku I. až III. tohoto rozhodnutí **se** podle § 120 odst. 2 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavateli – Ing. Anton Jurica, IČO 11364343, se sídlem Boží Dar 176, 362 62 Boží Dar – **ukládá**

pokuta ve výši 50 000,- Kč (padesát tisíc korun českých).

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

V.

Správní řízení se v části, týkající se pochybnosti, zda zadavatel – Ing. Anton Jurica, IČO 11364343, se sídlem Boží Dar 176, 362 62 Boží Dar – postupoval v souladu s § 40 odst. 3 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, když dne 14. 1. 2014 formou dodatečných informací č. 2 provedl změnu návrhu smlouvy, kterou zkrátil sjednanou splatnost faktur na 30 dnů, a současně neprodloužil lhůtu pro podání nabídek tak, aby od okamžiku změny činila celou původní délku lhůty pro podání nabídek, podle § 117a písm. d) citovaného zákona **zastavuje**, neboť v řízení zahájeném z moci úřední nebyly zjištěny důvody pro uložení sankce podle § 120 citovaného zákona.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), obdržel podnět k přezkoumání postupu zadavatele – Ing. Anton Jurica, IČO 11364343, se sídlem Boží Dar 176, 362 62 Boží Dar, ve správním řízení zastoupený na základě plné moci ze dne 16. 6. 2014 Mgr. Michalem Burešem, advokátem, ev. č. ČAK 10105, advokátní kancelář BUREŠ MAGLIA, advokáti s.r.o., se sídlem Bělehradská 14, 360 01 Karlovy Vary (dále jen „zadavatel“) – při zadávání veřejné zakázky „Lyžařský areál Boží Dar – Neklid: Novostavba lyžařského vleku a technické zasněžování – Část 3“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 6. 1. 2014 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek (dále jen „věstník“) dne 7. 1. 2014 pod ev. č. 374400, ve znění opravy uveřejněné dne 17. 1. 2014 (dále jen „veřejná zakázka“).

2. Předmětem plnění šetřené veřejné zakázky je podle bodu 3.2 zadávací dokumentace *„realizace stavebních prací a dodávek a technologického zařízení (nákup strojů a zařízení vč. montáže) v rozsahu projektové dokumentace a výkazů výměr objektů:*

SO-01 Lyžařský vlek

SO-02 Obslužný objekt (pokladna)

SO-03 Obslužný objekt (kontrolní stanoviště)

SO-04 Kabelové rozvody

SO-07 Čerpací stanice

SO-08 Technické zasněžování

SO-09 Dopravní zařízení“.

3. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla podle bodu 3.5 zadávací dokumentace stanovena ve výši 16 434 124,- Kč bez DPH.

4. Dne 17. 2. 2014 uzavřel zadavatel smlouvu o dílo s vybraným uchazečem KERS s.r.o., IČO 25947273, se sídlem Čejkovice 9, 506 01 Podhradí (dále jen „vybraný uchazeč“). Cena díla byla ve smlouvě sjednána ve výši 16 339 107,- Kč bez DPH (tj. 19 770 319,- Kč vč. DPH).

5. Na základě obdrženého podnětu si Úřad od zadavatele vyžádal stanovisko ke skutečnostem uvedeným v podnětu a dokumentaci o uvedené veřejné zakázce. Z předložené dokumentace vznikla Úřadu pochybnost, zda zadavatel postupoval v souladu

   a) s § 40 odst. 3 zákona, když dne 14. 1. 2014 formou dodatečných informací č. 2 provedl změnu návrhu smlouvy, když zkrátil sjednanou splatnost faktur na 30 dnů, a současně neprodloužil lhůtu pro podání nabídek tak, aby od okamžiku změny činila celou původní délku lhůty pro podání nabídek,

   b) s § 73 odst. 1 zákona, když v protokolu o otevírání obálek ze dne 5. 2. 2014 nejsou u každé nabídky uvedeny údaje sdělované přítomným uchazečům podle § 71 odst. 9 zákona,

   c) s § 48 odst. 1 zákona a na profilu zadavatele uveřejnil alespoň textovou část zadávací dokumentace ode dne uveřejnění oznámení šetřeného zadávacího řízení, když profil zadavatele byl ve věstníku uveřejněn až dne 13. 6. 2014, přestože oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo ve věstníku zveřejněno dne 7. 1. 2014, a

   d) s § 85 odst. 4 zákona, když na profilu zadavatele neuveřejnil písemnou zprávu zadavatele nejpozději do 15 dnů od ukončení zadávacího řízení, když profil zadavatele byl ve věstníku uveřejněn až dne 13. 6. 2014, přestože zadavatel ukončil šetřené zadávací řízení dne 17. 2. 2014 podpisem smlouvy s vybraným uchazečem .

II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

6. Účastníkem správního řízení podle § 116 zákona je zadavatel.

7. Zahájení správního řízení oznámil Úřad zadavateli přípisem č. j. ÚOHS-S859/2014/VZ-22134/2014/523/KHl ze dne 20. 10. 2014, který byl zadavateli doručen dne 21. 10. 2014; tímto dnem bylo podle ust. § 113 zákona ve spojení s § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) správní řízení zahájeno. Usnesením č. j. ÚOHS-S859/2014/VZ-22140/2014/523/KHl z téhož dne určil Úřad zadavateli lhůtu, ve které byl oprávněn navrhovat důkazy a činit jiné návrhy, a ve které mohl vyjádřit v řízení své stanovisko.

8. Usnesením č. j. ÚOHS-S859/2014/VZ-23452/2014/523/KHl ze dne 7. 11. 2014 stanovil Úřad zadavateli lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

9. Ve stanovené lhůtě se zadavatel k podkladům rozhodnutí nevyjádřil.

10. Usnesením č. j. ÚOHS-S859/2014/VZ-24654/2014/523/KHl ze dne 20. 11. 2014 stanovil Úřad zadavateli lhůtu k doložení dokumentů, ze kterých bude vyplývat, jakým způsobem byla předmětná veřejná zakázka financována.

11. Dne 26. 11. 2014 doručil zadavatel Úřad dokumenty, z nichž vyplývá způsob financování veřejné zakázky. Součástí uvedeného podání byla také žádost zadavatele, že pokud dojde Úřad k závěru, že se zadavatel při zadávání veřejné zakázky dopustil pochybení, měl by Úřad při svém rozhodnutí zohlednit tu skutečnost, že zadavatel byl již za průběh veřejné zakázky „*potrestán korekcí přidělené dotace*.“

12. Usnesením č. j. ÚOHS-S859/2014/VZ-25130/2014/523/KHl ze dne 26. 11. 2014 stanovil Úřad zadavateli novou lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

13. Ve stanovené lhůtě se zadavatel k podkladům rozhodnutí nevyjádřil.

Stanovisko zadavatele

14. Dne 29. 10. 2014 obdržel Úřad vyjádření zadavatele. K prodloužení lhůty pro podání nabídek zadavatel uvádí, že souhlasí s Úřadem, že po provedených změnách dne 14. 1. 2014 bylo nutné prodloužit lhůtu k podání nabídek dodavatelů, avšak je toho názoru, že postupoval zcela v souladu s § 40 odst. 3 zákona, když přiměřeně prodloužil lhůtu pro podání nabídek o 19 dní (ode dne 17. 1. 2014, kdy byla změna zveřejněna ve věstníku). Zadavatel má dále za to, že provedené změny nejsou takového charakteru, aby mohly rozšířit okruh potenciálních dodavatelů, neboť nedošlo ke změně předmětu veřejné zakázky, ceny či rozsahu prací. Zadavatel je přesvědčen, že se dodavatelé mohli o provedené změně dozvědět již dne 14. 1. 2014 z profilu zadavatele, neboť profil zadavatele byl uveden v oznámení o zakázce uveřejněném dne 7. 1. 2014 ve věstníku. Zadavatel považuje svůj postup za transparentní a podle jeho názoru nemohl mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky.

15. K protokolu o otevírání obálek zadavatel uvedl, že zákonným předpokladem pro postup podle § 71 odst. 9 zákona je přítomnost uchazečů při otevírání obálek. V šetřeném případě se podle zadavatele otevírání obálek nezúčastnili žádní uchazeči, tudíž hodnotící komise neměla komu při otevírání obálek sdělovat informace stanovené v § 71 odst. 8 zákona. Nicméně dále uvedl, že hodnotící komise u každého uchazeče splnění uvedených podmínek konstatovala. Jako důkaz předložil zadavatel čestné prohlášení členů hodnotící komise, že se tak skutečně stalo. Podle svého vyjádření tak zadavatel při vyhodnocení postupoval zcela v souladu se zákonem, neboť nebylo možné do protokolu o otevírání obálek uvést, že uchazečům byly sdělovány informace podle § 71 odst. 8 zákona, když tito se otevírání obálek nezúčastnili. Pokud by protokol o otevírání obálek obsahoval sdělení, že hodnotící komise sdělila uchazečům informace podle § 71 odst. 9 zákona, jednalo by se podle zadavatele o nepravdivý a nesmyslný údaj.

16. K uveřejnění zadávací dokumentace na profilu zadavatele zadavatel uvádí, že si je vědom, že jeho profil nebyl ve věstníku uveřejněn ke dni podání oznámení o zakázce, ale uvádí, že všechny formuláře zveřejněné ve věstníku odkaz na profil zadavatele obsahovaly, a to již od 7. 1. 2014. Zadavatel má tedy za to, že tímto byla podmínka stanovená ust. § 17 písm. w) splněna, neboť k uveřejnění internetové adresy ve věstníku došlo. Zadavatel je přesvědčen, že je profil zadavatele potřeba chápat v širším slova smyslu a zveřejnění odkazu na profil ve všech ostatních formulářích postačuje ke splnění uvedené podmínky. Na podporu svých tvrzení přiložil zadavatel k vyjádření e-mailovou korespondenci mezi zadavatelem a uchazeči, z níž podle zadavatele vyplývá, že uchazeči byli informováni o změnách probíhajících na profilu zadavatele a že si z profilu zadavatele stahovali umístěné dokumenty. V okamžiku, kdy zadavatel zjistil, že jeho profil není zveřejněn ve věstníku, vyvinul podle svého vyjádření veškerou snahu k napravení tohoto stavu. Pozdní zveřejnění profilu zadavatele ve věstníku dle jeho názoru nemohlo a nemělo mít vliv na průběh ani výsledek zadávacího řízení.

17. Ke zveřejnění písemné zprávy zadavatele na profilu zadavatele odkazuje zadavatel ke svému vyjádření uvedenému v předchozím bodu odůvodnění tohoto rozhodnutí.

18. Dne 31. 10. 2014 doručil zadavatel Úřadu doplnění svého vyjádření, jež je shodné s vyjádřením ze dne 29. 10. 2014 a jako přílohu zadavatel doplnil čestné prohlášení administrátorky profilu zadavatele, která uvedla, že profil zadavatele byl založen již

3. 12. 2013, administrativním pochybením byl však zveřejněn až 13. 6. 2014. Dále prohlásila, že potvrzuje, že mezi administrátory a zadavatelem probíhá od ledna 2014 korespondence ohledně odstranění uvedeného nedostatku a všechny odkazy na profil zadavatele na dokumentech zveřejněných ve věstníku byly správné a funkční.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

19. Vzhledem k tomu, že zadavatel je podnikající fyzickou osobou nezapsanou v obchodním rejstříku, Úřad se před samotným odůvodněním závěrů uvedených ve výrocích I., II., III. a V. tohoto rozhodnutí předně vyjadřuje k postavení zadavatele jako zadavatele ve smyslu zákona a v návaznosti na to k příslušnosti Úřadu k přezkumu postupu zadavatele v šetřené veřejné zakázce.

20. Podle § 2 odst. 1 zákona se za zadavatele veřejné zakázky pro účely tohoto zákona považuje veřejný, dotovaný a sektorový zadavatel.

21. Podle § 2 odst. 3 zákona je dotovaným zadavatelem právnická nebo fyzická osoba, která zadává veřejnou zakázku hrazenou z více než 50 % z peněžních prostředků z veřejných zdrojů nebo pokud peněžní prostředky poskytnuté na veřejnou zakázku z těchto zdrojů přesahují 200 000 000 Kč; peněžní prostředky jsou poskytovány z veřejných zdrojů i v případě, pokud jsou poskytovány prostřednictvím jiné osoby.

22. V části VI.2) oznámení o zakázce se uvádí, že veřejná zakázka je financována z prostředků operačního programu financovaného Evropskou unií ROP NUTS 2 Severozápad. Ze smlouvy č. CZ.1.09/4.1.00/36.00857 o poskytnutí dotace rozpočtových prostředků Regionální rady regionu soudržnosti Severozápad ze dne 19. 3. 2012 vyplývá, že zadavateli bude poskytnuta dotace ve výši 60 % celkových způsobilých výdajů. Z uvedeného tedy vyplývá, že veřejná zakázka bude hrazena z více jak 50 % z peněžních prostředků z veřejných zdrojů.

23. S ohledem na výše uvedené skutečnosti Úřad konstatuje, že v předmětném případě je zadavatel zadavatelem dotovaným podle § 2 odst. 3 zákona a Úřad je tedy oprávněn k přezkumu jeho postupu v šetřené veřejné zakázce. Skutečnost, že je zadavateli přislíbena dotace ve výši 60 % celkových způsobilých výdajů (hrazených prostředky z veřejných zdrojů) sama o sobě znamená, že zadavatel má postavení zadavatele dotovaného, a to i bez ohledu na to, zda v budoucnu případně dojde ke korekci původně přislíbené dotace ze strany poskytovatele dotace, neboť podmínky pro postup dle zákona je nutno posuzovat k okamžiku zahájení zadávacího řízení.

K výroku I. tohoto rozhodnutí

24. Podle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

25. Podle § 71 odst. 7 zákona se otevírání obálek mají právo účastnit uchazeči, jejichž nabídky byly zadavateli doručeny ve lhůtě pro podání nabídek, a další osoby, o nichž tak stanoví zadavatel. Zadavatel může po přítomných uchazečích požadovat, aby svou účast při otevírání obálek stvrdili podpisem v listině přítomných uchazečů.

26. Podle § 71 odst. 8 zákona otevírá komise obálky postupně podle pořadového čísla a kontroluje, zda

a) je nabídka zpracována v požadovaném jazyku a

b) je návrh smlouvy podepsán osobou oprávněnou jednat jménem či za uchazeče.

27. Podle § 71 odst. 9 zákona sdělí komise po provedení kontroly každé nabídky podle § 71 odstavce 8 zákona přítomným uchazečům identifikační údaje uchazeče a informaci o tom, zda nabídka splňuje požadavky podle § 71 odstavce 8 zákona; komise přítomným uchazečům sdělí rovněž informace o nabídkové ceně a informace o údajích z nabídek odpovídající číselně vyjádřitelným dílčím hodnotícím kritériím.

28. Podle § 71 odst. 10 zákona jestliže nabídka nevyhoví požadavkům podle § 71 odstavce 8 zákona, komise nabídku vyřadí. Zadavatel bezodkladně vyloučí uchazeče, jehož nabídka byla komisí vyřazena, z účasti v zadávacím řízení. Vyloučení uchazeče včetně důvodů zadavatel bezodkladně písemně oznámí uchazeči.

29. Podle § 73 odst. 1 zákona sepisuje komise o otevírání obálek či nabídek podaných v elektronické podobě protokol o otevírání obálek. U každé nabídky uvede komise údaje sdělované přítomným uchazečům podle § 71 odst. 9 zákona.

30. V obecné rovině Úřad uvádí, že proces otevírání obálek s nabídkami je ze zákona nevratným a neopakovatelným úkonem. O otevírání obálek má zadavatel povinnost pořídit protokol, přičemž jeho cílem je zachycení a zdokumentování procesu otevírání obálek s nabídkami. Jedná se o formální úkon zadavatele, který je klíčový pro dodržení zásady transparentnosti celého zadávacího řízení.

31. Úřad dále uvádí, že protokol o otevírání obálek je stěžejním dokumentem zachycujícím transparentnost procesu otevírání a umožňuje uchazečům přesvědčit se o zákonnosti postupu komise, resp. zadavatele. Zákon také vymezuje několik základních náležitostí protokolu o otevírání obálek s nabídkami, a to konkrétně identifikační údaje uchazečů, informace sdělované hodnotící komisí přítomným uchazečům podle § 71 odst. 8 zákona, tedy zda je nabídka zpracována v požadovaném jazyce a zda je návrh smlouvy podepsán osobou oprávněnou jednat jménem či za uchazeče, dále informace o nabídkové ceně uchazečů a informace o číselně vyjádřitelných hodnotících kritériích.

32. Protokol o otevírání obálek ze dne 5. 2. 2014, který je součástí dokumentace o veřejné zakázce, obsahuje identifikační údaje uchazečů, hodnotící kritérium a údaje o nabídkových cenách jednotlivých uchazečů. Naopak uvedený protokol neobsahuje informace, které zadavatel v souladu s ust. § 71 odst. 9 zákona sděluje uchazečům přítomným otevírání obálek, tedy, zda nabídka splňuje požadavky podle § 71 odst. 8 písm. a) a b) zákona.

33. Úřad uvádí, že nelze akceptovat argument zadavatele, který uvedl ve svém vyjádření doručeném Úřadu dne 29. 10. 2014, tedy že součástí protokolu o otevírání obálek ze dne 5. 2. 2014 nejsou informace podle § 71 odst. 8 zákona, neboť se v šetřeném případě otevírání obálek nezúčastnili žádní uchazeči, tudíž hodnotící komise neměla komu při otevírání obálek sdělovat informace podle § 71 odst. 9 zákona.

34. K uvedenému argumentu Úřad sděluje, že kontrola, zda je nabídka zpracována v požadovaném jazyku a zda je návrh smlouvy podepsán oprávněnou osobou, je jednou z povinností hodnotící komise. Nesplnění jednoho či obou požadavků zakotvených v ust. § 71 odst. 8 zákona je důvodem pro vyřazení nabídky a následné vyloučení uchazeče z účasti v zadávacím řízení podle § 71 odst. 10 zákona. Pro vyšší míru transparentnosti procesu

otevírání obálek je zákonem umožněno, aby se otevírání obálek s nabídkami účastnili i ti uchazeči, jejichž nabídky byly zadavateli doručeny ve lhůtě pro podání nabídek. Těmto uchazečům pak hodnotící komise při otevírání obálek podle § 71 odst. 9 zákona sděluje, zda jednotlivé nabídky vyhověly požadavkům podle § 71 odst. 8 zákona.

35. Protokol o otevírání obálek podle § 73 odst. 1 zákona pak musí mj. obsahovat také údaje, které komise podle § 71 odst. 8 zákona kontroluje, a které (obvykle) sděluje případně přítomným uchazečům. Zachycení a zdokumentování těchto údajů hodnotící komisí se však neváže na přítomnost či nepřítomnost uchazečů při otevírání obálek, ale k povinnosti hodnotící komise zkontrolovat tyto údaje u jednotlivých nabídek a transparentním způsobem zdokumentovat, že ke kontrole předmětných údajů skutečně došlo.

36. Lze tedy dovodit, že i v případě, kdy otevírání obálek probíhá bez přítomnosti uchazečů, kteří doručili své nabídky zadavateli ve lhůtě pro podání nabídek, musí hodnotící komise zkontrolovat a konstatovat, zda jednotlivé nabídky vyhovují požadavkům podle § 71 odst. 8 zákona, a tyto své závěry zdokumentovat v souladu s ust. § 73 odst. 1 zákona v protokolu o otevírání obálek. Jen takový postup hodnotící komise vyhoví zásadě transparentnosti procesu otevírání obálek podle § 6 odst. 1 zákona, jakož i obligatornosti písemného průběhu zadávacího řízení jako celku. Skutečnost, že je otevírání obálek realizováno „neveřejně“ (tedy bez přítomnosti uchazečů), naopak ještě více zvyšuje nároky na transparentnost procesu otevírání obálek, resp. nároky na zachycení rozhodných skutečností v příslušném dokumentu.

37. Zásada transparentnosti zadávání veřejných zakázek, vyjádřená v § 6 odst. 1 zákona, je vedle zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace jednou ze základních zásad, jež musí být zadavatelem bezvýhradně dodržována v celém průběhu zadávacího řízení. Otázkou zásady transparentnosti se ve své judikatorní činnosti již opakovaně zabývaly soudy a taktéž je častou otázkou, jež je řešena Úřadem. Např. v rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 50/2011-72 ze dne 15. 2. 2012 bylo řečeno, že „*úkolem zásady transparentnosti je zajištění toho, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem za předem jasně a srozumitelně stanovených podmínek. Transparentnost procesu zadávání veřejných zakázek je nejen podmínkou existence účinné hospodářské soutěže mezi jednotlivými dodavateli v postavení uchazečů, ale také nezbytným předpokladem účelného a efektivního vynakládání veřejných prostředků. Porušením této zásady pak je jakékoli jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost zadávacího řízení*.“

38. Z výše uvedeného tedy vyplývá, že aplikace zásady transparentnosti v procesu zadávání veřejných zakázek zajišťuje průhledný, předvídatelný a zpětně lehce přezkoumatelný postup zadavatele (resp. hodnotící komise). Je proto důležité, aby všechny kroky zadavatele (resp. hodnotící komise) v průběhu celého zadávacího řízení, které jsou zaznamenány v dokumentaci o veřejné zakázce, byly snadno čitelné, kontrolovatelné a jejich konání nevzbuzovalo pochybnosti o pravých důvodech tohoto jednání zadavatele.

39. Zjištění absence výše uvedených údajů v protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 5. 2. 2014 (viz bod 32. odůvodnění tohoto rozhodnutí) zakládá netransparentní postup zadavatele při zadávání šetřené veřejné zakázky.

40. Výše uvedený postup zadavatele mohl mít zároveň vliv na výběr nejvhodnější nabídky, jako další podmínky pro naplnění skutkové podstaty správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona, k čemuž se Úřad vyjadřuje níže.

41. V případě pochybení zadavatele spočívajícího v neuvedení informací podle § 71 odst. 8 zákona do protokolu o otevírání obálek se jedná o pochybení, jež zakládá potenciální možnost ovlivnění výběru nejvýhodnější nabídky, neboť jde o pochybení, které má za následek netransparentnost celého zadávacího procesu, jež se stává zpětně nekontrolovatelným. K pojmu nekontrolovatelnosti jako prvku netransparentnosti se vyjádřil i Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 15. 9. 2010, č.j. 1 Afs 45/2010 – 159, ve kterém soud konstatoval, že požadavek transparentnosti *„není splněn tehdy, pokud jsou v zadavatelově postupu shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele*“.

42. Jestliže se v šetřeném případě otevírání obálek účastnili pouze členové hodnotící komise a protokol o otevírání obálek neobsahuje konstatování, že jednotlivé nabídky vyhověly požadavkům podle § 71 odst. 8 zákona, nelze zcela vyloučit, že mohla nastat situace, kdy jeden z uchazečů podal zadavateli svoji nabídku, která např. nebyla podepsána osobou oprávněnou jednat jménem či za uchazeče. V takovém případě pak mohlo dojít k dohodě mezi zadavatelem (hodnotící komisí) a daným uchazečem a nabídka mohla být zpětně podepsána osobou oprávněnou jednat jménem či za uchazeče. Takovýto postup zadavatele by pak mohl mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky, neboť nabídka neobsahující povinné náležitosti má být z účasti v zadávacím řízení vyloučena, avšak netransparentní a zpětně těžko přezkoumatelný proces otevírání obálek (chybějící údaje podle § 71 odst. 8 zákona v protokolu o otevírání obálek) by mohl umožnit, že vyřazena nebude a naopak případně bude posuzována, hodnocena a následně i eventuálně vybrána jako nejvhodnější.

43. Úřad připomíná, že zákon označuje za správní delikt nejen jednání, které prokazatelně ovlivnilo zadávací řízení, ale i takové jednání, které pouze mělo potenciál takového ovlivnění, aniž nutně k tomuto ovlivnění prokazatelně došlo. Uvedené vyplývá jak z výslovného textu zákona (podstatně ovlivnil nebo *mohl* ovlivnit), tak i např. z rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 7. 10. 2011, č. j. 62 Af 41/2010-72, kde soud uvedl, že *„pro spáchání správního deliktu podle tohoto ustanovení (a pro uložení pokuty podle § 120 odst. 2 ZVZ) musí být prokázáno, že zadavatel porušil ZVZ, přitom k porušení ZVZ ze strany zadavatele došlo kvalifikovaným způsobem. Tento kvalifikovaný způsob porušení ZVZ (závažnější, „nebezpečnější“ porušení ZVZ) je dán tehdy, pokud kromě samotného nedodržení pravidla podávaného z některého z ustanovení ZVZ již došlo k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku a zároveň pokud samotné nedodržení pravidla podávaného z některého z ustanovení ZVZ buď podstatně ovlivnilo, nebo mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky*“. Úvaha Úřadu nad případnými následky úkonů zadavatele je v této souvislosti součástí správního uvážení Úřadu a je pojmovou součástí skutkové podstaty spáchání správního deliktu.

44. Součástí vyjádření zadavatele doručeného dne 29. 10. 2014 Úřadu je také čestné prohlášení členů hodnotící komise ze dne 23. 10. 2014, že *„při otevírání obálek dne 5. 2. 2014 bylo předsedou hodnotící komise Ing. Antonem Juricou u každé otevírané obálky konstatováno, zda nabídka daného uchazeče splňuje podmínky ve smyslu ustanovení § 71 odst. 8 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „ZVZ“), tedy zda je nabídka zpracována*

v českém jazyce a zda je návrh smlouvy podepsán oprávněnou osobou jednat za uchazeče nebo uchazečem samotným.“

45. K výše citovanému čestnému prohlášení Úřad sděluje, že jeho předložením Úřadu nelze zhojit netransparentní postup zadavatele při otevírání obálek. Jestliže hodnotící komise splnila svoji povinnost a zkontrolovala podané nabídky co do splnění požadavků podle § 71 odst. 8 zákona, měla do protokolu o otevírání obálek ze dne 5. 2. 2014 tuto skutečnost v souladu s ust. § 73 odst. 1 zákona uvést spolu s konstatováním, zda jednotlivé nabídky těmto požadavkům vyhověly. Zadávací řízení bylo ukončeno dne 17. 2. 2014 podpisem smlouvy s vybraným uchazečem, a tudíž již nelze žádným způsobem zhojit netransparentní postup zadavatele dodatečně doplněným prohlášením.

46. S ohledem na výše uváděné skutečnosti Úřad konstatuje, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky postupoval v rozporu s § 73 odst. 1 zákona a zásadou transparentnosti zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona, když v protokolu o otevírání obálek ze dne 5. 2. 2014 neuvedl údaje sdělované přítomným uchazečům podle § 71 odst. 9 zákona, konkrétně pak, že nabídka je zpracována v požadovaném jazyku a návrh smlouvy je podepsán osobou oprávněnou jednat jménem či za uchazeče, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a s vybraným uchazečem uzavřel dne 17. 2. 2014 smlouvu na veřejnou zakázku.

K výroku II. tohoto rozhodnutí

47. Podle § 17 písm. w) zákona je profilem zadavatele elektronický nástroj, prostřednictvím kterého zadavatel podle tohoto zákona uveřejňuje informace a dokumenty ke svým veřejným zakázkám způsobem, který umožňuje neomezený a přímý dálkový přístup, a jehož internetová adresa je uveřejněna ve Věstníku veřejných zakázek; požadavky na náležitosti profilu zadavatele stanoví prováděcí právní předpis.

48. Podle § 48 odst. 1 zákona uveřejní zadavatel v otevřeném řízení, zjednodušeném podlimitním řízení, užším řízení a jednacím řízení s uveřejněním, s výjimkou postupu sektorového zadavatele podle § 33 zákona, na profilu zadavatele alespoň textovou část zadávací dokumentace ode dne uveřejnění oznámení zadávacího řízení či výzvy k podání nabídek ve zjednodušeném podlimitním řízení nebo ode dne odeslání výzvy k podání nabídek v užším řízení nebo jednacím řízení s uveřejněním, a to alespoň do konce lhůty pro podání nabídek; to neplatí, pokud by uveřejněním došlo k vyzrazení nebo ohrožení utajovaných informací.

49. Podle § 2 odst. 1 vyhlášky č. 133/2012 o uveřejňování vyhlášení pro účely zákona o veřejných zakázkách a náležitostech profilu zadavatele (dále jen „vyhláška“) uveřejní zadavatel nebo vybraný uchazeč údaje o veřejných zakázkách prostřednictvím formulářů uvedených v § 3 ve Věstníku veřejných zakázek.

50. Podle § 3 odst. 1 písm. h) vyhlášky použije zadavatel k uveřejnění vyhlášení ve Věstníku veřejných zakázek pro oznámení profilu zadavatele formulář Oznámení profilu zadavatele uvedený v příloze č. 3 k této vyhlášce.

51. Oznámení o zahájení zadávacího řízení předmětné veřejné zakázky zveřejnil zadavatel ve věstníku dne 7. 1. 2014.

52. Profil zadavatele podle § 17 písm. w) zákona byl ve věstníku zveřejněn dne 5. 6. 2014 a následně dne 13. 6. 2014 opraven.

53. Úřad uvádí, že profilem zadavatele je elektronický nástroj, který slouží k uveřejňování informací o veřejných zakázkách zadavatele. Smyslem profilu zadavatele je umožnit přístup k informacím a dokumentům o veřejných zakázkách zadavatele co nejširšímu spektru dodavatelů. Aby mohl zadavatel informace a dokumenty související s veřejnými zakázkami správně uveřejňovat (tj. aby webová adresa zadavatele splňovala náležitosti profilu zadavatele podle zákona), je podstatné, aby byla adresa profilu zadavatele uveřejněna ve věstníku. K uveřejnění profilu zadavatele ve věstníku slouží formulář, který tvoří přílohu č. 3 vyhlášky. Teprve zveřejnění profilu zadavatele ve věstníku prostřednictvím formuláře č. 3 vyhlášky naplňuje smysl profilu zadavatele podle zákona, tedy poskytnout informace o veřejných zakázkách zadavatele co nejširšímu okruhu dodavatelů. Úřad uvádí, že právě věstník je tím prostředkem, kde mohou všichni potenciální dodavatelé – na jednom místě – najít informace o všech profilech zadavatelů. Právě proto je podstatné, aby byla adresa profilu zadavatele uveřejněna ve věstníku, a to právě prostřednictvím formuláře č. 3 vyhlášky. Dále Úřad dodává, že nelze vyloučit, že existuje určitý okruh dodavatelů, kteří v širokém spektru veřejných zakázek uveřejňovaných ve věstníku vyhledávají veřejné zakázky, o které by měli případný zájem, i právě prostřednictvím profilů zadavatelů. Tyto profily pak průběžně sledují a zjišťují informace o na nich uveřejňovaných veřejných zakázkách. Tím, že není profil zadavatele uveřejněn ve věstníku, je možné, že se některý uchazeč o veřejné zakázce nedozví.

54. Jestliže tedy zadavatel dne 7. 1. 2014 uveřejnil ve věstníku oznámení o šetřené veřejné zakázce a teprve dne 5. 6. 2014 uveřejnil ve věstníku oznámení profilu zadavatele, lze konstatovat, že ke dni uveřejnění oznámení o zakázce nebyl profil zadavatele (zveřejněný na internetové adrese http://www.e-zakazky.cz/Profil-Zadavatele/0a25a88c-74b3-4696-9400-9334d2a711c3) profilem zadavatele ve smyslu zákona (a nenaplňoval vzhledem k závěrům uvedeným v bodu 53 odůvodnění tohoto rozhodnutí zcela jeho účel a smysl). Profilem zadavatele ve smyslu zákona se stal až dnem zveřejnění ve věstníku, tedy dne 5. 6. 2014.

55. Z ustanovení § 48 odst. 1 zákona vyplývá povinnost zadavatele uveřejnit ode dne uveřejnění oznámení o veřejné zakázce ve věstníku na profilu zadavatele alespoň textovou část zadávací dokumentace. Dne 14. 1. 2014 zveřejnil zadavatel textovou část zadávací dokumentace na internetové adrese http://www.e-zakazky.cz/Profil-Zadavatele/0a25a88c-74b3-4696-9400-9334d2a711c3/Zakazka/P14V00000001. Protože zadavatel zveřejnil profil zadavatele ve věstníku až dne 5. 6. 2014, tímto dnem tedy byla na profilu zadavatele platně a v souladu se zákonem zveřejněna i textová část zadávací dokumentace (tedy téměř 4 měsíce poté, co byla na předmětnou veřejnou zakázku uzavřena smlouva s vybraným uchazečem). S ohledem na výše uvedené lze konstatovat, že zadavatel nesplnil povinnost uveřejnění alespoň textové části zadávací dokumentace na profilu zadavatele podle § 48 odst. 1 zákona.

56. Zadavatel se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky postupoval v rozporu s § 48 odst. 1 zákona, když na profilu zadavatele neuveřejnil alespoň textovou část zadávací dokumentace ode dne uveřejnění oznámení šetřeného zadávacího řízení, neboť profil zadavatele byl ve věstníku uveřejněn

až dne 5. 6. 2014, přestože oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo ve věstníku zveřejněno dne 7. 1. 2014.

57. Úřad uvádí, že k naplnění skutkové podstaty tohoto správního deliktu postačí pouhé nesplnění povinnosti uveřejnění ukládané zákonem, bez ohledu na možný vliv této skutečnosti na výběr nejvhodnější nabídky.

58. K argumentu zadavatele, že profil zadavatele je potřeba chápat v širším slova smyslu a zveřejnění odkazu na profil zadavatele ve všech ostatních formulářích uveřejněných ve věstníku postačuje ke splnění podmínky pro profil zadavatele, tedy možnost dodavatelů získat dokumentaci z profilu zadavatele, Úřad uvádí, že s tímto argumentem nelze souhlasit. Podle § 17 písm. w) zákona je jedním ze znaků profilu zadavatele to, že je jeho internetová adresa zveřejněna ve věstníku. Tato povinnost vyplývá z ust. § 2 odst. 1 vyhlášky, jež byla vydána na základě zákonného zmocnění obsaženého v poslední větě § 17 písm. w) zákona. Ke zveřejnění profilu zadavatele ve věstníku slouží formulář pro oznámení profilu zadavatele, který je uveden v příloze č. 3 vyhlášky. Je-li tedy v ust. § 17 písm. w) zákona uvedeno, že internetová adresa profilu zadavatele má být uveřejněna ve věstníku, je tím míněno, že profil zadavatele je ve věstníku uveřejněn právě prostřednictvím formuláře oznámení profilu zadavatele a teprve tímto okamžikem se stává profilem zadavatele podle zákona.

59. Okamžikem uveřejnění formuláře č. 3 vyhlášky oznámení profilu zadavatele ve věstníku je tento profil zadavatele možné zobrazit v sekci VYHLEDAT PROFIL – SEZNAM PLATNÝCH PROFILŮ ZADAVATELŮ. Pak je možné ve věstníku vyhledávat veřejné zakázky i právě prostřednictvím profilu zadavatele. Jestliže je internetová adresa profilu zadavatele uvedena ve věstníku jiným než výše popsaným způsobem, např. uvedením adresy profilu zadavatele ve formuláři oznámení o zakázce, pak adresa profilu zadavatele není uvedena v seznamu platných profilů zadavatelů a popsané vyhledávání není umožněno.

60. Závěrem Úřad uvádí, že v oznámení o zahájení správního řízení č. j. ÚOHS-S859/2014/VZ-22134/2014/523/KHl ze dne 20. 10. 2014 bylo uvedeno, že profil zadavatele byl uveřejněn ve věstníku dne 13. 6. 2014. Ve zmiňovaném oznámení bylo jako datum uveřejnění profilu zadavatele ve věstníku chybně uvedeno datum uveřejnění jeho opravy, přestože datum uveřejnění oznámení profilu zadavatele bylo ve věstníku uveřejněno již dne 5. 6. 2014. Tato nesrovnalost však nemůže způsobit nezákonnost tohoto rozhodnutí nebo jemu předcházejícího řízení, neboť i přes výše uvedenou chybu v datu zveřejnění profilu zadavatele zadavatel přesně věděl, co je předmětem řízení a k čemu se má vyjadřovat, což dokazuje i vyjádření zadavatele ze dne 29. 10. 2014. Chybami uvedenými v oznámení o zahájení správního řízení se zabýval také Krajský soud v Brně ve svém rozhodnutí sp. zn. 29 Af 65/2012 ze dne 29. 5. 2014, kde mimo jiné uvedl že *„[v]e věci je podstatné, že žalobce fakticky neměl pochybnosti o předmětu řízení“*. Úřad dále konstatuje, že výše uvedené chybné datum uveřejnění profilu zadavatele ve věstníku současně nemělo vliv na skutečnost, že došlo ke spáchání správního deliktu zadavatele podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona, neboť aby se zadavatel správního deliktu nedopustil, musel by uveřejnit profil zadavatele nejpozději v den, kdy měl na něm uveřejnit textovou část zadávací dokumentace (tedy dne 7. 1. 2014.)

K výroku III. tohoto rozhodnutí

61. Podle § 17 písm. w) zákona je profilem zadavatele elektronický nástroj, prostřednictvím kterého zadavatel podle tohoto zákona uveřejňuje informace a dokumenty ke svým veřejným zakázkám způsobem, který umožňuje neomezený a přímý dálkový přístup, a jehož internetová adresa je uveřejněna ve Věstníku veřejných zakázek; požadavky na náležitosti profilu zadavatele stanoví prováděcí právní předpis.

62. Podle § 17 písm. k) zákona se pro účely tohoto zákona zadáním rozumí rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky a uzavření smlouvy s vybraným uchazečem, uskutečněné v zadávacím řízení.

63. Podle § 17 písm. m) zákona se pro účely tohoto zákona zadáváním rozumí závazný postup zadavatele podle tohoto zákona v zadávacím řízení, jehož účelem je zadání veřejné zakázky, a to až do uzavření smlouvy nebo do zrušení zadávacího řízení; zadáváním se rozumí i postup zadavatele směřující k zadání veřejné zakázky v dynamickém nákupním systému, a řízení, ve kterém veřejný zadavatel zadává veřejnou zakázku na základě rámcové smlouvy,

64. Podle § 85 odst. 1 zákona vyhotoví zadavatel o každé veřejné zakázce písemnou zprávu.

65. Podle § 85 odst. 4 zákona uveřejní zadavatel písemnou zprávu na profilu zadavatele nejpozději do 15 dnů od ukončení zadávacího řízení.

66. Dne 17. 2. 2014 uzavřel zadavatel smlouvu s vybraným uchazečem.

67. Profil zadavatele podle § 17 písm. w) zákona byl ve Věstníku veřejných zakázek zveřejněn dne 5. 6. 2014 a následně dne 13. 6. 2014 opraven.

68. Jak vyplývá mimo jiné z definičních ustanovení § 17 písm. m) a písm. k) zákona, je zadávací řízení proces, jehož cílem je uzavření smlouvy s vybraným uchazečem (tj. zadání). Ukončení zadávacího řízení uvedené v ust. § 85 odst. 4 zákona je tedy nutno chápat tak, že nastává okamžikem podpisu smlouvy s vybraným uchazečem, k čemuž v nyní posuzovaném případě došlo dne 17. 2. 2014. Jak již dovodil Úřad v bodech 54. až 55. odůvodnění tohoto rozhodnutí, disponoval zadavatel profilem zadavatele podle zákona až ke dni 5. 6. 2014. Podle ust. § 85 odst. 4 zákona je zadavatel povinen uveřejnit písemnou zprávu zadavatele na profilu zadavatele do 15 dnů od skončení zadávacího řízení. Zadavatel uzavřel dne 17. 2. 2014 smlouvu s vybraným uchazečem a ukončil tak zadávací řízení. V šetřeném případě tak byl zadavatel povinen zveřejnit písemnou zprávu zadavatele nejpozději dne 4. 3. 2014. Zadavatel sice dne 19. 2. 2014 uveřejnil písemnou zprávu zadavatele na internetové adrese http://www.e-zakazky.cz/Profil-Zadavatele/0a25a88c-74b3-4696-9400-9334d2a711c3/Zakazka/P14V00000001, nicméně jak je výše uvedeno, uvedenou internetovou adresu je možné považovat za profil zadavatele až dnem uveřejnění ve věstníku.

69. S ohledem na skutečnost, že zadavatel zveřejnil profil zadavatele ve věstníku až dne 5. 6. 2014, byla také až tohoto dne platně zveřejněna i písemná zpráva zadavatele.

70. Vzhledem k výše uvedenému Úřad konstatuje, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky postupoval v rozporu s § 85 odst. 4 zákona, když na profilu zadavatele ve smyslu § 17 písm. w) zákona neuveřejnil písemnou zprávu zadavatele nejpozději do 15 dnů od ukončení zadávacího řízení,

když profil zadavatele byl ve věstníku uveřejněn až dne 5. 6. 2014, přestože zadavatel ukončil šetřené zadávací řízení dne 17. 2. 2014 podpisem smlouvy s vybraným uchazečem.

71. Závěrem Úřad uvádí, že k naplnění skutkové podstaty tohoto správního deliktu (jak již bylo konstatováno výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí) postačí pouhé nesplnění povinnosti uveřejnění ukládané zákonem, bez ohledu na možný vliv této skutečnosti na výběr nejvhodnější nabídky.

K výroku V. tohoto rozhodnutí

72. Podle § 2 odst. 5 zákona postupuje dotovaný zadavatel při zadávání veřejné zakázky podle ustanovení tohoto zákona platných pro veřejného zadavatele; tím není dotčeno ustanovení odstavce 7. Dotovaný zadavatel nepostupuje podle ustanovení tohoto zákona v případě zadávání veřejné zakázky v oblasti obrany nebo bezpečnosti.

73. Podle § 22 odst. 3 písm. b) zákona nesmí být u podlimitních veřejných zakázek lhůta pro podání nabídek v otevřeném řízení kratší než 22 dny.

74. Podle § 40 odst. 3 zákona provede-li veřejný zadavatel úpravy zadávacích podmínek, je povinen současně přiměřeně prodloužit lhůtu pro podání žádostí o účast v zadávacím řízení nebo lhůtu pro podání nabídek, a to podle povahy provedené úpravy. V případě takové změny zadávacích podmínek, která může rozšířit okruh možných dodavatelů, prodlouží zadavatel lhůtu tak, aby od okamžiku změny činila celou původní délku lhůty pro podání žádosti o účast nebo pro podání nabídek.

75. Podle § 49 odst. 3 zákona zadavatel vždy uveřejní dodatečné informace včetně přesného znění žádosti stejným způsobem, jakým uveřejnil textovou část zadávací dokumentace nebo kvalifikační dokumentaci.

76. Oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo do věstníku odesláno dne 6. 1. 2014. Lhůta pro podání nabídek byla stanovena na 27. 1. 2014. Lhůta pro podání nabídek tedy činila 21 dnů.

77. Článek V. odst. 7 návrhu smlouvy, který byl součástí dokumentace o veřejné zakázce ke dni 6. 1. 2014, obsahoval následující ujednání: *„[s]mluvní splatnost faktur je 90 dní ode dne doručení faktury objednateli*."

78. Dodatečnou informací ze dne 8. 1. 2014 prodloužil zadavatel z důvodu úpravy harmonogramu plnění veřejné zakázky lhůtu pro podání nabídek do dne 30. 1. 2014. Lhůta pro podání nabídek tak činila 22 dnů. Dodatečnou informaci zveřejnil zadavatel na internetové adrese http://www.e-zakazky.cz/Profil-Zadavatele/0a25a88c-74b3-4696-9400-9334d2a711c3/Zakazka/P14V00000001.

79. Dodatečnou informací č. 2 ze dne 14. 1. 2014 (dále jen „dodatečná informace č. 2") upravil zadavatel zadávací dokumentaci a lhůtu pro podání nabídek stanovil na 5. 2. 2014. Dodatečnou informaci č. 2 zveřejnil zadavatel dne 14. 1. 2014 na internetové adrese http://www.e-zakazky.cz/Profil-Zadavatele/0a25a88c-74b3-4696-9400-9334d2a711c3/Zakazka/P14V00000001 a následně dne 17. 1. 2014 uveřejnil ve věstníku prodloužení lhůty pro podání nabídky. Lhůta pro podání nabídek tedy činila 22 dnů.

80. Z dokumentace o veřejné zakázce, kterou má Úřad k dispozici, vyplývá, že výše uvedenou dodatečnou informací č. 2 upravil zadavatel mimo jiné čl. V. odst. 7 návrhu smlouvy, když zkrátil tam sjednanou splatnost faktur z 90 dnů na 30 dnů.

81. Zákon v ust. § 40 odst. 3 uvádí, že jestliže zadavatel provede takové úpravy zadávacích podmínek, které mohou rozšířit okruh potencionálních dodavatelů, je povinen prodloužit lhůtu pro podání nabídek o celou původní délku lhůty.

82. Úřad se tedy nejdříve zabýval charakterem provedené změny v článku V. odst. 7 návrhu smlouvy, tedy zkrácením sjednané splatnosti faktur z 90 dnů na 30 dnů. Sjednaná splatnost faktur je jedním faktorů, se kterými dodavatelé kalkulují v rámci svých dodavatelsko-odběratelských vztahů, a od kterého se odvíjí jejich následná platební schopnost. Lze říci, že čím delší uvádí zadavatel lhůty splatnosti faktur, tím více potenciálních uchazečů může ztratit o plnění veřejné zakázky zájem.

83. Jestliže tedy zadavatel dodatečnou informací č. 2 zkrátil sjednanou splatnost faktur uvedenou v návrhu smlouvy z 90 dnů na 30 dnů (tedy dřívější úhradu faktur zadavatelem), mohla mít tato změna za následek rozšíření okruhu dodavatelů, neboť úhrada faktur zadavatelem ve lhůtě 30 dnů je pro dodavatele výhodnější při zvažování účasti v zadávacím řízení, než úhrada faktur ve lhůtě 90 dnů, neboť kratší doba splatnosti znamená možnou dřívější dispozici uhrazenými finančními prostředky. Zadavatelem provedená změna obsažená v dodatečných informacích č. 2 je tedy změnou zadávacích podmínek, která mohla rozšířit okruh možných dodavatelů. V takovém případě je zadavatel podle § 40 odst. 3 zákona povinen prodloužit lhůtu pro podání nabídek o celou původní délku lhůty pro podání nabídek.

84. Zadavatel zahájil zadávací řízení odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení dne 6. 1. 2014. Lhůta pro podání nabídek byla stanovena do 27. 1. 2014. Lhůta pro podání tak činila 21 dnů. Dodatečnou informací ze dne 8. 1. 2014 pak prodloužil lhůtu pro podání nabídek do 30. 1. 2014 a lhůta tak činila 22 dnů.

85. Dodatečnou informací č. 2 provedl zadavatel změnu zadávacích podmínek, přičemž lhůtu pro podání nabídek nově stanovil na 5. 2. 2014. Nově stanovená lhůta pro podání nabídek tak činila 22 dnů.

86. Minimální délka lhůty pro podání nabídky činí u podlimitních veřejných zakázek zadávaných v otevřeném řízení podle § 22 odst. 3 písm. b) zákona 22 dnů. Zadavatel tak byl povinen prodloužit lhůtu pro podání nabídek (po provedené změně uvedené v dodatečných informacích č. 2) o 22 dnů.

87. Úřad tedy uvádí, že zadavatel postupoval v souladu s § 40 odst. 3 zákona, když lhůtu pro podání nabídek prodloužil po provedené změně, obsažené v dodatečných informacích č. 2, o celou původní délku lhůty, tedy o 22 dnů.

88. Dále Úřad uvádí, že zadavatel je podle § 48 odst. 1 zákona povinen uveřejnit alespoň textovou část zadávací dokumentace na profilu zadavatele. Podle § 49 odst. 3 zákona uveřejní zadavatel dodatečné informace stejným způsobem, jakým uveřejnil textovou část zadávací dokumentace. Zadavatel je tedy povinen uveřejnit rovněž dodatečné informace na profilu zadavatele.

89. Úřad konstatuje, že dodatečnou informací č. 2, která změnila čl. V. odst. 7 návrhu smlouvy, jež byl součástí zadávací dokumentace, zveřejnil zadavatel na internetové adrese http://www.e-zakazky.cz/Profil-Zadavatele/0a25a88c-74b3-4696-9400-9334d2a711c3/Zakazka/P14V00000001, která však s ohledem na závěry učiněné v bodech 54. a 55. odůvodnění tohoto rozhodnutí nebyla profilem zadavatele ve smyslu zákona. Profilem zadavatele ve smyslu zákona se tato internetová adresa stala až dne 5. 6. 2014, tedy dnem uveřejnění ve věstníku.

90. S ohledem na skutečnost, že dodatečnou informací č. 2, kterou zadavatel nezveřejnil na profilu zadavatele, změnil zadavatel zadávací dokumentaci a spáchání správního deliktu spočívajícího v neuveřejnění zadávací dokumentace na profilu zadavatele již Úřad konstatoval ve výroku II. tohoto rozhodnutí, by nebylo účelné postihovat zadavatele za toto jednání, neboť v šetřeném případě je neuveřejnění dodatečných informací na profilu zadavatele fakticky konzumováno správním deliktem neuveřejnění textové části zadávací dokumentace na profilu zadavatele jako takové ode dne uveřejnění oznámení zadávacího řízení.

91. Na základě výše uvedených závěrů rozhodl Úřad o zastavení správního řízení podle § 117a písm. d) zákona, a to v části týkající se pochybnosti, zda zadavatel postupoval v souladu s § 40 odst. 3 zákona, když 14. 1. 2014 formou dodatečných informací č. 2 provedl změnu návrhu smlouvy, kterou zkrátil sjednanou splatnost faktur na 30 dnů, a současně neprodloužil lhůtu pro podání nabídek tak, aby od okamžiku změny činila celou původní délku lhůty pro podání nabídek, neboť v řízení zahájeném z moci úřední nebyly zjištěny důvody pro uložení sankce podle § 120 zákona.

K uložení sankce

92. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.

93. Podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nesplní povinnost uveřejnění stanovenou tímto zákonem, nebo nedodrží způsob uveřejnění stanovený tímto zákonem.

94. Podle § 121 odst. 5 zákona se na odpovědnost za jednání, k němuž došlo při podnikání fyzické osoby nebo v přímé souvislosti s ním, vztahují ustanovení tohoto zákona o odpovědnosti a postihu právnické osoby.

95. V případě šetřené veřejné zakázky se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí tím, že postupoval v rozporu s § 73 odst. 1 zákona a zásadou transparentnosti zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona, když v protokolu o otevírání obálek ze dne 5. 2. 2014 neuvedl údaje podle § 71 odst. 9 zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dne 17. 2. 2014 uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku.

96. Dále se zadavatel v šetřeném případě dopustil celkem dvou správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona uvedených ve výrocích II. a III. tohoto rozhodnutí tím, že postupoval v rozporu s § 48 odst. 1 zákona, když na profilu zadavatele ve smyslu § 17 písm. w) zákona neuveřejnil alespoň textovou část zadávací dokumentace ode dne uveřejnění oznámení

šetřeného zadávacího řízení alespoň do konce lhůty pro podání nabídek, neboť profil zadavatele byl ve věstníku uveřejněn až dne 5. 6. 2014, přestože oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo ve věstníku zveřejněno dne 7. 1. 2014 a dále tím, že postupoval v rozporu s § 85 odst. 4 zákona, když na profilu zadavatele ve smyslu § 17 písm. w) zákona neuveřejnil písemnou zprávu zadavatele nejpozději do 15 dnů od ukončení zadávacího řízení, když profil zadavatele byl ve věstníku uveřejněn až dne 5. 6. 2014, přestože zadavatel ukončil šetřené zadávací řízení dne 17. 2. 2014 podpisem smlouvy s vybraným uchazečem.

97. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost právnické osoby 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.

98. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl na základě podnětu, který obdržel dne 25. 6. 2014. Správní řízení z moci úřední zahájil Úřad dne 21. 10. 2014, přičemž k uzavření smlouvy s vybraným uchazečem došlo dne 17. 2. 2014. Z uvedených údajů tedy vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele ve vztahu ani k jednomu ze správních deliktů nezanikla.

99. K uložení pokuty za spáchání správních deliktů uvedených ve výroku I. až III. tohoto rozhodnutí Úřad předně uvádí, že při stanovení výše sankce je nutné postupovat v souladu se zásadou absorpce, která se uplatní při postihu souběhu správních deliktů a jejíž podstata tkví v absorpci sazeb (poena maior absorbet minorem – tedy přísnější trest pohlcuje mírnější). Jak již v minulosti několikráte dovodil Nejvyšší správní soud (např. v rozsudku č. j. 1 As 28/2009-62 ze dne 18. 6. 2009 nebo v rozsudku č. j. 5 Afs 9/2008-328 ze dne 31. 10. 2008), při trestání správních deliktů týmž správním orgánem se přiměřeně uplatní i principy ovládající souběh trestných činů. Nutnost aplikovat trestněprávní instituty i při trestání správním orgánem vyplývá z obecné potřeby použít ve prospěch obviněného analogii z trestního práva všude tam, kde vzhledem k neexistenci jednotného kodexu správního trestání v českém právním řádu nejsou výslovně upraveny některé základní zásady a instituty, jež by měly být zohledněny v případě jakéhokoliv veřejnoprávního deliktu. Použití analogie ve správním trestání je v omezeném rozsahu přípustné tehdy, pokud právní předpis, který má být aplikován, určitou otázku vůbec neřeší a nevede-li výklad za pomocí analogie ani k újmě účastníka řízení, ani k újmě na ochraně hodnot, na jejichž vytváření a ochraně je veřejný zájem (viz rozsudky Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 27/2008 – 67 ze dne 16. 4. 2008 a č. j. 8 As 17/2007 – 135 ze dne 31. 5. 2007). Pro ukládání trestů za správní delikty se proto musí uplatnit obdobné principy a pravidla jako pro ukládání trestů za trestné činy.

100. Úprava zákona o veřejných zakázkách je ve vztahu k trestání souběhu správních deliktů na rozdíl od úpravy trestněprávní neúplná. Zejména pak neřeší moment, do kdy je správní delikty možno považovat za sbíhající se, jakož ani důsledky, není-li z jakýchkoli důvodů vedeno společné řízení. Souhrnné či úhrnné tresty, jimiž se postihuje souběh trestných činů, přitom představují pro pachatele výhodnější postup, neboť je v nich zohledněna skutečnost, že pachatel se dopustil dalšího trestného činu, aniž byl „varován“ odsuzujícím rozsudkem týkajícím se dřívějšího trestného činu.

101. Podle 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a), c) nebo d) zákona.

102. 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) zákona.

103. Hodnota uzavřené smlouvy na veřejnou zakázku činí v šetřeném případě 19 770 319,- Kč vč. DPH. Uložená pokuta by pak podle § 120 odst. 2 písm. a) mohla být stanovena maximálně ve výši 1 977 031,9 Kč.

104. V souladu s citovanou zásadou absorpce (viz bod 99. a 100. odůvodnění tohoto rozhodnutí) v rámci správně-právního trestání Úřad ve správním řízení uloží pokutu podle přísněji trestného správního deliktu, a proto se Úřad nejprve zabýval v rozhodnutí otázkou, jaký správní delikt je v šetřeném případě možné považovat za závažnější, tj. za který z nich je možno uložit přísnější sankci (vyšší pokutu). Za správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona uvedený ve výroku I. tohoto rozhodnutí lze uložit pokutu v maximální výši 1 977 031,9 Kč (viz bod 103. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Za správní delikty podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona uvedené ve výroku II. a III. tohoto rozhodnutí lze uložit maximální pokutu ve výši 20 000 000,- Kč. Úřad tedy přistoupil k uložení sankce za správní delikt podle § 120 odst. 2 písm. b) zákona, neboť za ně může být uložena vyšší pokuta.

105. Z hlediska výše uložené sankce jsou pak správní delikty podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona uvedené ve výroku II. a III. tohoto rozhodnutí tedy stejně závažné. Z hlediska následků jednání zadavatele však Úřad považuje za závažnější správní delikt uvedený ve výroku II. tohoto rozhodnutí, neboť neuveřejnění zadávací dokumentace na profilu zadavatele je pochybení, které se děje již na samém počátku zadávacího řízení a pokřivuje principy hospodářské soutěže v dalších fázích zadávacího řízení, zatímco písemná zpráva zadavatele se na profilu zadavatele uveřejňuje až v samotném závěru zadávacího řízení a neuveřejněním sice došlo do jisté míry k narušení možnosti veřejné kontroly postupu zadavatele, na druhou stranu však z povahy věci nemůže dojít k narušení hospodářské soutěže (jejíž ochrana je nepochybně sekundárním cílem zákonodárství v oblasti veřejných zakázek) či zásad zákazu diskriminace a rovného zacházení.

106. Podle § 121 odst. 2 zákona při určení výměry pokuty právnické osobě se přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.

107. Hlavním kritériem, rozhodným pro určení výměry pokuty, je závažnost správního deliktu. Jedná se o obecnou kategorii poměřující rozsah dopadu konkrétního deliktního jednání na specifický právem chráněný zájem s přihlédnutím k významu tohoto chráněného zájmu. Zákon pak demonstrativním výčtem vymezuje, co lze pod pojem závažnost správního deliktu podřadit (způsob jeho spáchání, jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchán).

108. Co se týče způsobu a následků správního deliktu, Úřad konstatuje, že na neuveřejnění zadávací dokumentace na profilu zadavatele dnem odeslání oznámení o zahájení zadávacího řízení do věstníku lze pohlížet jako na omezení principů hospodářské soutěže uplatňovaných po celý průběh zadávacího řízení, neboť zadávací dokumentace je základním dokumentem,

který je nezbytný pro zpracování a podání nabídek dodavatelů. Úřad proto považuje správní delikt zadavatele za správní delikt závažnějšího charakteru.

109. Významnou polehčující okolnost spatřuje Úřad v té skutečnosti, že zadavatel uveřejnil dne 14. 1. 2014 zadávací dokumentaci na internetové stránce http://www.e-zakazky.cz/Profil-Zadavatele/0a25a88c-74b3-4696-9400-9334d2a711c3/Zakazka/P14V00000001, která se stala profilem zadavatele až dne 5. 6. 2014, kdy byla uveřejněna ve věstníku, a dále, že odkaz na uvedenou internetovou adresu uveřejnil zadavatel dne 7. 1. 2014 ve věstníku v oznámení o zakázce ev. č. 374400, a následně uveřejněných opravách tohoto oznámení, a tudíž alespoň tímto způsobem byla zadávací dokumentace pro uchazeče dostupná.

110. Úřad při stanovení výše pokuty přihlédl i k ekonomické situaci zadavatele, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. V této souvislosti Úřad odkazuje na nález Ústavního soudu č. 405/2002 uveřejněný ve Sbírce zákonů. Podle uvedeného nálezu je v případě ukládání pokut vyloučen takový zásah do majetku, v důsledku kterého by byla „zničena“ majetková základna pro další podnikatelskou činnost. Nepřípustné jsou takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Z podkladů o financování veřejné zakázky, které zadavatel doručil Úřadu dne 26. 11. 2014, vyplývá, že zadavateli byla přidělena dotace od Regionální rady regionu soudržnosti Severozápad ve výši 9 860 473,99 Kč. Vlastní podíl zadavatele na financování veřejné zakázky činil 6 573 650,01 Kč, z toho 3 300 000,- je hrazeno úvěrem. Ve vyjádření k financování ze dne 26. 11. 2014 zadavatel uvedl, že mu byla Regionální radou regionu soudržnosti Severozápad poskytnutá dotace pokrácena o 2 452 783,- Kč. Dále zadavatel ve vyjádření uvádí, že *„[r]ozdíl mezi přidělenou a skutečně vyplacenou dotací nyní zadavatel hradí z vlastních finančních zdrojů“*. S ohledem na skutečnost, že je zadavatel schopen hradit část ceny veřejné zakázky z vlastních finančních zdrojů, shledává Úřad výši uložené pokuty za přiměřenou a nemající likvidační charakter.

111. K žádosti zadavatele, aby Úřad při svém rozhodování zohlednil tu skutečnost, že zadavatel již za průběh veřejné zakázky obdržel od poskytovatele dotace korekci dotace, uvádí Úřad následující. Úřad a Regionální rada regionu soudržnosti Severozápad (jakožto poskytovatel dotace v šetřeném případě) vykonávají svoji činnost zcela odděleně a vzájemně nezávisle na sobě. Rozhodování o tom, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem, probíhá u obou orgánů na základě odlišných procesů a postupů. Z uvedených důvodů nemůže mít korekce poskytnuté dotace od poskytovatele dotace dopad na rozhodování Úřadu. Udělenou korekci však Úřad zohlednil z hlediska ekonomické situace zadavatele.

112. V této souvislosti Úřad dále poznamenává, že pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit zejména 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 v souladu se zákonem. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů Úřad stanovenou výši pokuty vzhledem k souvislostem případu posoudil jako dostačující. Výše uložené pokuty, byť v šetřeném případě stanovená při samé dolní hranici její maximální možné výše, naplňuje dostatečně vzhledem k okolnostem případu obě základní funkce právní odpovědnosti.

113. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem uložil Úřad pokutu tak, jak je uvedeno ve výroku IV. tohoto rozhodnutí.

114. Uloženou pokutu je zadavatel povinen uhradit ve lhůtě splatnosti uvedené ve výroku IV. tohoto rozhodnutí, tj. ve lhůtě 2 měsíců ode dne nabytí právní moci tohoto rozhodnutí. Úhrada se provádí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj, číslo účtu 3754-17721621/0710, variabilní symbol – identifikační číslo 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

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží
Mgr. Michal Bureš, advokát, BUREŠ MAGLIA, advokáti s.r.o., Bělehradská 1042/14, 360 01 Karlovy Vary

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