UOHSX00BRJCF

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0169/2018/VZ-37846/2018/323/MBr Brno 19. prosince 2018

V řízení o rozkladu ze dne 25. 10. 2018 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 26. 10. 2018, který podal navrhovatel – společnosti:

- **PKS stavby a.s.,** IČO 46980059, se sídlem Brněnská 126/38, 591 01 Žďár nad Sázavou,
- **Chládek & Tintěra, Pardubice a.s.,** IČO 25253361, se sídlem K Vápence 2677, 530 02 Pardubice,
- **BAK stavební společnost a.s.,** IČO 28402758, se sídlem Žitenická 871/1, 190 00 Praha 9, které dne 9. 8. 2018 uzavřely podle § 2716 a násl. zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů společenskou smlouvu o vzniku společnosti „PKS stavby + Chládek a Tintěra + BAK stavební společnost“ za účelem společné podání společné nabídky,

proti usnesení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0390/2018/VZ-28516/2018/531/VNe ze dne 11. 10. 2018 vydanému ve správním řízení vedeném ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Nemocnice Pardubického kraje, a.s.**, IČO 27520536, se sídlem Kyjevská 44, 532 03 Pardubice,

učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „**NPK, a.s. Pardubická nemocnice, nová psychiatrie**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 3. 7. 2018 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 9. 7. 2018 pod ev. č. Z2018-010664, ve znění opravy uveřejněné dne 9. 8. 2018, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 5. 7. 2018 pod ev. č. 2018/S 127-288772, ve znění opravy uveřejněné dne 11. 8. 2018 od ev. č. 2018/S 154-352594,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Usnesení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0390/2018/VZ-28516/2018/531/VNe ze dne 11. 10. 2018

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Dne 27. 9. 2018 obdržel Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)[1] k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, návrh navrhovatele ze dne 26. 9. 2018 – společnosti PKS stavby a.s., IČO 46980059, se sídlem Brněnská 126/38, 591 01 Žďár nad Sázavou, společnosti Chládek & Tintěra, Pardubice a.s., IČO 25253361, se sídlem K Vápence 2677, 530 02 Pardubice, a společnosti BAK stavební společnost a.s., IČO 28402758, se sídlem Žitenická 871/1, 190 00 Praha 9, které dne 9. 8. 2018 uzavřely podle § 2716 a násl. zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů společenskou smlouvu o vzniku společnosti „PKS stavby + Chládek a Tintěra + BAK stavební společnost“ za účelem podání společné nabídky (dále jen „**navrhovatel**“) – na zahájení správního řízení (dále jen „**návrh**“) ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Nemocnice Pardubického kraje, a.s., IČO 27520536, se sídlem Kyjevská 44, 532 03 Pardubice, (dále jen „**zadavatel**“) – učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „NPK, a.s. Pardubická nemocnice, nová psychiatrie“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 3. 7. 2018 a ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 9. 7. 2018 pod ev. č. Z2018-010664, ve znění opravy uveřejněné dne 9. 8. 2018, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 5. 7. 2018 pod ev. č. 2018/S 127-288772, ve znění opravy uveřejněné dne 11. 8. 2018 pod ev. č. 2018/S 154-352594 (dále jen „**veřejná zakázka**“).

[1] *Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení v daném případě ve smyslu ustanovení § 56 odst. 1 zákona v návaznosti na ustanovení § 273 zákona.*

2. Doručením návrhu navrhovatele bylo podle § 249 zákona ve spojení s ustanovením § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) zahájeno správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele.

II. Napadené usnesení

3. Dne 11. 10. 2018 vydal Úřad usnesení č. j. ÚOHS-S0390/2018/VZ-28516/2018/531/VNe (dále jen „**napadené usnesení**“).

4. Výrokem napadeného usnesení Úřad rozhodl, že se správní řízení podle § 257 písm. d) zákona zastavuje, neboť k návrhu navrhovatele nebyl připojen doklad o doručení námitek zadavateli (dále jen „**doklad o doručení**“).

5. Úřad přezkoumal náležitosti návrhu a na základě zjištěných skutečností konstatoval, že návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele ve věci předmětné veřejné zakázky nesplňuje podmínky stanovené v § 251 odst. 1 zákona, pročež Úřadu nezbylo nic jiného, než správní řízení zastavit. Součástí návrhu navrhovatele nebyl jakýkoli dokument, kterým by navrhovatel mohl prokázat, že z jeho strany došlo k doručení námitek zadavateli v souladu se zákonem.

III. Námitky rozkladu

6. Napadené usnesení bylo navrhovateli doručeno dne 11. 10. 2018. Dne 26. 10. 2018 obdržel Úřad rozklad navrhovatele ze dne 25. 10. 2018. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě.

7. Navrhovatel má za to, že Úřad při posuzování otázky, zda navrhovatel splnil zákonem uloženou povinnost předložit spolu s návrhem doklad o doručení námitek zadavateli, setrval na svém zcela formalistickém přístupu a že Úřad nepřipustil možnost, že by doklad o řádném a včasném doručení námitek mohl vyplývat ze spisové dokumentace zadavatele, kterou navrhovatel v textu svého návrhu označil jako důkaz, kterým hodlá prokazovat svá tvrzení obsažená v návrhu. Součástí spisové dokumentace je nejen listinný důkaz svědčící o řádnosti doručení námitek, ale rovněž důkaz o včasnosti podání námitek.

8. V této souvislosti navrhovatel odkazuje na rozhodnutí Úřadu ÚOHS-S0039/2017/VZ-03042/2017/512/VNV ze dne 10. 2. 2017, resp. na závěry učiněné v citovaném rozhodnutí, kde dle názoru navrhovatele Úřad připouští, že si lze představit situaci, kdy by i v případě, že k návrhu nebyl připojen doklad o doručení námitek zadavateli, bylo z ostatních příloh návrhu a z konkrétních okolností případu zcela jisté, že námitky byly zadavateli doručeny řádně a včas. Dle Úřadu takovou situací může být zejména případ, kdy je návrh doručen Úřadu ještě před uplynutím lhůty pro podání námitek a současně z příloh návrhu jednoznačně vyplývá, že námitky byly zadavateli řádně odeslány (např. je přílohou návrhu doklad o dodání námitek do datové schránky zadavatele či podací lístek pošty) a že je zadavatel obdržel. Na základě uvedeného navrhovatel konstatoval, že z formulovaných závěrů uvedeného rozhodnutí zřetelně plyne, že existují situace, jež mohou v praxi reálně nastat, za kterých by Úřad byl ochoten se odchýlit od své obvyklé praxe a striktně nevyžadoval předložení dokladu svědčícího o včasnosti podání námitek.

9. Navrhovatel dále zdůraznil, že jako důkaz svých tvrzení (včetně tvrzení řádnosti a včasnosti doručení námitek zadavateli) označil spisovou dokumentaci zadavatele. Podle názoru navrhovatele se napadené rozhodnutí příčí základním zásadám zákona a jde proti celému

smyslu zákona, neboť platí, že tam kde absentuje jakýkoli doklad, lze tento nahradit právě čestným prohlášením dodavatele (např. u prokázání kvalifikačních předpokladů). Postup Úřadu se navrhovateli tedy jeví jako postup, který opomíjí zjevný záměr celé nové právní úpravy, jenž má ulehčit subjektům zátěž, kterou představuje formalisticky nadbytečná administrativa.

10. Dále navrhovatel v rozkladu poukázal na zřetelný posun rozhodovací praxe Úřadu v posuzované otázce, v souvislosti s čímž cituje závěry Úřadu učiněné v rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0117/2017/VZ-12069/2017/522/PKř ze dne 10. 4. 2017 a v rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0765/2016/VZ-01046/2017/513/JLí ze dne 10. 1. 2017, dále závěry předsedy Úřadu učiněné v rozhodnutí č. j. ÚOHS-R0025/2017/VZ-10300/2017/322/DJa ze dne 24. 3. 2017 a závěry Krajského soudu v Brně učiněné v rozsudku č. j. 30 Af 97/2016-84, a zdůraznil, že pokud podle názoru Úřadu dokladem o včasném a řádném doručení námitek nemohl být spis zadavatele (resp. zadávací dokumentace), je nutné za takový doklad považovat také prohlášení tří subjektů (navrhovatelů) o tom, že námitky byly doručeny dne 5. 9. 2018, když takové prohlášení je činěno přímo v návrhu.

11. Závěrem rozkladu navrhovatel uvedl, že nelze odhlédnout od skutečnosti, že Úřad má v souladu se zákonem účinný nástroj, jak tento jím tvrzený formální nedostatek návrhu odstranit (§ 251 odst. 4 druhé části věty první zákona) a že Úřad tohoto nástroje nevyužil. Postup Úřadu tak dle názoru navrhovatele opomíjí úmysl evropské směrnice, jímž je také zachovat právo každého dodavatele na přezkum postupu zadavatele. Podle navrhovatele by neměl zjevně nezákonný postup zadavatele (bez ohledu na výsledek řízení o rozkladu) uniknout pozornosti Úřadu, neboť je oprávněním Úřadu zahájit se zadavatelem správní řízení z moci úřední ve věci přezkoumání úkonů zadavatele, jehož výsledkem může být uložení nápravného opatření, pokud zjistí skutečnosti, jež zakládají podezření, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky postupoval v rozporu se zákonem.

Závěr rozkladu

12. Navrhovatel se rozkladem domáhá, aby předseda Úřadu napadené usnesení v celém rozsahu zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

Vyjádření zadavatele k rozkladu

13. Dne 2. 11. 2018 bylo Úřadu doručeno vyjádření zadavatele k předmětnému rozkladu. Zadavatel ve svém vyjádření prvně zrekapituloval dosavadní průběh zadávacího řízení a shrnul obsah rozkladu podaného navrhovatelem.

14. Zadavatel ve svém vyjádření uvedl, že judikaturu prezentovanou navrhovatelem v rozkladu nepovažuje za přiléhavou na šetřený případ. Zadavatel na podporu svého tvrzení citoval z odborné literatury, v níž je uvedeno, že „[p]*odmínkou pro vedení řízení o návrhu, který nesměřuje k uložení zákazu plnění smlouvy, je doložení skutečnosti, že návrhu předcházely řádně podané námitky. Doklad o doručení námitek zadavateli je tak další z povinných náležitostí návrhu, jehož absence vede k zastavení řízení.“* Obdobné závěry dle názoru zadavatele vyplývají i z komentáře k zákonu v právním informačním systému ASPI, kde je k ustanovení § 257 písm. d) zákona uvedeno, že*„ (…) rovněž v tomto bodě dochází k zastavení správního řízení bez dalšího, tedy chybějící náležitost není možno doplnit dodatečně, a navrhovatel tak nebude k jejímu doplnění vyzván“*.

15. Dle názoru zadavatele k judikatuře uvedené v rozkladu navrhovatele nelze též přihlédnout z toho důvodu, že důvodová zpráva k zákonu uvádí, že tato nová právní úprava pro případy zastavení správního řízení má odstranit pochybnosti, jež o důvodech zastavení vznikly právě v dosavadní judikatuře.

16. Zadavatel tak shledává postup Úřadu za souladný se zákonem a navrhuje, aby napadené rozhodnutí bylo potvrzeno a podaný rozklad zamítnut.

IV. Řízení o rozkladu

17. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

18. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného usnesení a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.

19. Úřad tím, že napadeným usnesením rozhodl tak, že zastavil správní řízení o návrhu podle § 257 písm. d) zákona, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem přistoupil k potvrzení napadeného usnesení a k zamítnutí rozkladu.

V. K námitkám rozkladu

Obecně

20. Náležitosti řádného návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele upravuje § 251 odst. 1 zákona tak, že *„návrh musí vedle obecných náležitostí podání stanovených správním řádem obsahovat označení zadavatele, v čem je spatřováno porušení zákona, v jehož důsledku navrhovateli hrozí nebo vznikla újma na jeho právech, návrhy na provedení důkazů, a čeho se navrhovatel domáhá. Navrhovatel je povinen k návrhu připojit v elektronické podobě písemné důkazní prostředky, jejichž provedení navrhl, nejsou-li součástí dokumentace o zadávacím řízení. Součástí návrhu je doklad o složení kauce podle § 255 odst. 1 nebo 2 a v případě návrhu zasílaného Úřadu před uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku rovněž doklad o doručení námitek zadavateli*.“

21. V případě, že návrhu chybí kterákoliv náležitost dle § 251 odst. 1 zákona, pak je třeba takový návrh považovat za vadný. Vady návrhu představují obligatorní zákonný důvod pro zastavení řízení. Úřad zahájené řízení ve smyslu § 257 zákona zastaví, pokud *„a) návrh neobsahuje obecné náležitosti podání stanovené správním řádem nebo označení zadavatele nebo v něm není uvedeno, čeho se navrhovatel domáhá, nebo k návrhu není připojen doklad o složení kauce ve výši podle § 255 odst. 1 nebo 2 a navrhovatel tyto nedostatky návrhu ve lhůtě stanovené Úřadem neodstranil*“. Úřad zahájené řízení ve smyslu § 257 písm. d) zákona rovněž zastaví, aniž by navrhovatele vyzýval k odstranění vad podání v případě,

že „*d) k návrhu zasílanému Úřadu před uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku není připojen doklad o doručení námitek zadavateli*.“

22. Ze shora uvedeného plyne, že Úřad je povinen rozlišovat mezi vadami odstranitelnými a neodstranitelnými a z hlediska toho, o jakou vadu se jedná, postupovat v zásadě dvěma možnými způsoby. V případě odstranitelné vady Úřad vyzve (ve smyslu § 37 odst. 3 a § 45 odst. 2 správního řádu) navrhovatele k jejímu odstranění v dodatečně poskytnuté lhůtě. V případě, že se však jedná o vadu neodstranitelnou, Úřad může toliko zahájené správní řízení zastavit pro vady podání, neboť zde není dán prostor pro nápravu takového nedostatku ze strany navrhovatele.

23. Na tomto místě považuji za vhodné uvést, že ustanovení § 251 odst. 1 zákona bylo v téměř totožném znění upraveno i v nyní již derogovaném zákoně č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v posledním znění (dále jen „**ZVZ**“), a to v ustanovení § 114 odst. 3 ZVZ. Stejně tak institut upravující zastavení řízení pro vadu návrhu v podobě nepřipojení dokladu o doručení námitek zadavateli (§ 257 zákona) byl upraven taktéž v § 117a ZVZ.

24. Vzhledem k výše uvedenému lze tedy pro výklad účelu ustanovení § 251 odst. 1 a ustanovení § 257 zákona, rovněž vyjít z důvodové zprávy k zákonu č. 40/2015 Sb., kterým se mění ZVZ, který s účinností od 6. 3. 2015 změnil mimo jiné i § 114 a § 117a ZVZ (dále jen „**novela zákona**“). Důvodová zpráva k novele zákona ve vztahu ke změně § 117a ZVZ výslovně uvádí, že „*nově je také koncipován důvod pro zastavení správního řízení, kdy v tomto ustanovení specifikované vady návrhu jsou vadami neodstranitelnými, což má za následek zastavení správního řízení. Smyslem je posílení odpovědnosti navrhovatele za jeho podání, kdy již před podáním návrhu ví, jaké náležitosti musí jeho návrh splňovat. S ohledem na důraz, který je kladen na rychlost správního řízení týkajícího se přezkumu veřejných zakázek, se jeví nezbytné, aby správní řízení, které je zahájeno i na základě vadného návrhu (toliko neběžela lhůta pro vydání rozhodnutí), nebylo zbytečně (a mnohdy obstrukčně) protahováno ze strany navrhovatelů na úkor postupu zadavatelů v rámci zadávacího řízení. Jde o standardní požadavky na navrhovatele, kterému je ze zákona zřejmé, že mimo jiné má spolu s návrhem složit kauci v předepsané výši či že má jednoznačně uvést, v čem spatřuje porušení zákona, v jehož důsledku navrhovateli hrozí nebo vznikla újma na jeho právech*.“

25. V návaznosti na výše uvedené akcentuji, že novela zákona (ZVZ) klade a současně tedy i nový zákon klade na navrhovatele větší odpovědnost za řádnost návrhu a dodržení všech formálních náležitostí, jejichž nesplnění spojuje přímo či nepřímo s právním následkem zastavení řízení.

26. Povinné náležitosti návrhu dle zákona přitom nejsou vyžadovány nijak svévolně. Dikce splnění všech náležitostí již při zahájení správního řízení sleduje legitimní účel, reprezentovaný především prevencí vedení nedůvodných a neoprávněných správních řízení. Za splnění všech formálních náležitostí návrhu jako nezbytné podmínky pro vedení správního řízení pak odpovídá navrhovatel, neboť k jeho žádosti je správní řízení zahajováno a vedením správního řízení může současně dojít k omezení práv dalších účastníků zadávacího řízení.

27. Samotný doklad o doručení námitek zadavateli má stěžejní význam pro zahájení správního řízení, neboť představuje rozhodnou okolnost pro posouzení přípustnosti podaného návrhu z hlediska obligatorního a řádného předchozího využití institutu námitek a dále pro stanovení počátku běhu lhůty, po kterou zadavatel nesmí (ve smyslu § 246 odst. 1

písm. d) zákona) v případě podání návrhu uzavřít smlouvu na plnění veřejné zakázky. Za zákonnost správního řízení a jeho vedení v souladu se zásadou hospodárnosti a efektivnosti odpovídá Úřad, který je k zajištění účelu řízení oprávněn, pro zahájení řízení, potažmo vydání závazného rozhodnutí, požadovat po navrhovateli kvalifikované podklady. Klade-li tedy zákon odpovědnost za prokázání doručení námitek zadavateli na navrhovatele, je navrhovatel povinen již při podání návrhu předložit způsobilý doklad o doručení.

K námitce přepjatého formalismu a nepřipuštění situace, že by doklad o řádném a včasném doručení námitek mohl vyplývat z dokumentace o zadávacím řízení, kterou navrhovatel v textu svého návrhu označil jako důkaz.

28. K uvedené námitce uvádím, že doklad o doručení jako povinná náležitost návrhu nepředstavuje skutečnost, která by měla být primárně předmětem dokazování v průběhu správního řízení, když zákon vyžaduje, aby doručení námitek zadavateli bylo postaveno najisto **již při podání návrhu**.

29. Ve svém návrhu navrhovatel pouze uvedl, „[ž]*e dne 5. 9. 2018 jsme podali v zákonné lhůtě proti rozhodnutí o zadavatele o zrušení zadávacího řízení ze dne 22. 8. 2018 námitky (…). Tyto naše námitky byly zadavateli doručeny v zákonné lhůtě“.*

30. Tvrzení navrhovatele, že námitky byly zadavateli doručeny v zákonné lhůtě lze považovat za neověřenou informaci. K prokázání tohoto tvrzení navrhovatel nepředložil žádný doklad, navrhovatel se pouze odkázal na dokumentaci o zadávacím řízení. Odkaz na dokumentaci o zadávacím řízení nelze považovat za doklad, kterým navrhovatel může v návrhu osvědčit skutečnost, že doručil námitky řádně a včas, což dále odůvodňuji.

31. Zákonodárce stanovil lhůtu pro doručení dokladu o doručení námitek zadavateli a lhůtu pro doručení dokumentace o zadávacím řízení samostatně. Smyslem lhůty pro doručení dokladu současně s návrhem je požadavek zákonodárce na to, aby Úřad mohl posoudit včasnost a zákonem stanovené náležitosti návrhu, a to ještě před tím, než mu bude doručena dokumentace o zadávacím řízení. Z tohoto důvodu zákonodárce požaduje doručení dokladu, spolu s návrhem viz ust. § 251 odst. 1 věta třetí: *„Součástí návrhu je doklad o složení kauce podle § 255 odst. 1 nebo 2 a v případě návrhu zasílaného Úřadu před uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku rovněž doklad o doručení námitek zadavateli.“*

32. Námitku navrhovatele, že dokumentace o zadávacím řízení představuje způsobilý doklad o doručení, jsem nucen, stejně jako tvrzení, že datum doručení námitek zadavateli je prokázáno i tím, že zadavatel včas podané námitky projednal a následně o nich rozhodl, odmítnout jako nedůvodnou. Skutečnost, že dle názoru navrhovatele zadavatel věcně posoudil námitky, nutně neznamená, že námitky byly zadavateli doručeny řádně a včas. I k námitkám, které zadavatel odmítne pro opožděnost, se může zadavatel nad rámec věcně vyjádřit (projednat je). Postup Úřadu s ohledem na uvedené tak nemohu považovat za přepjatý formalismus.

33. Podle § 252 odst. 1 zákona platí, že dokumentaci o zadávacím řízení Úřad musí obdržet od zadavatele ve lhůtě 10 kalendářních dní od doručení návrhu navrhovatele. Naproti tomu doklad o doručení námitek zadavateli musí být předložen spolu s návrhem. Jak jsem již uvedl výše, Úřad musí mít ve chvíli zahájení správního řízení postaveno najisto, že námitky byly zadavateli doručeny řádně a včas. Úřad nemůže vyčkávat do chvíle, než mu bude doručena

dokumentace o zadávacím řízení, aby si z ní dovodil datum doručení námitek zadavateli, neboť to zákon neumožňuje.

34. Doklad o doručení námitek musí být však předložen **současně** s návrhem zaslaným Úřadu. Judikatura Krajského soudu v Brně výkladem vyložila pojem „doklad o doručení námitek“, takovým způsobem, že i např. rozhodnutí o námitkách navrhovatele, ve kterém je jasně uvedeno datum jejich doručení, má povahu dokladu o doručení námitek, ale opět zdůrazňuji, že takové rozhodnutí musí být připojeno k návrhu již při jeho podání. Pak lze takové rozhodnutí o námitkách považovat za doklad o doručení námitek. Pokud se navrhovatel odkáže na jakýkoliv dokument, který sice je součástí dokumentace o zadávacím řízení, avšak nebyl předložen spolu s návrhem, nelze takový postup ztotožňovat se zasláním dokladu o doručení námitek, který musí být doručen Úřadu nejpozději současně s návrhem. V posuzované věci byla spolu s návrhem zaslána Úřadu pouze jedna příloha, a to byl doklad o složení kauce na účet Úřadu. Nedodání dokladu o doručení námitek je chápáno jako postup v rozporu s § 251 odst. 1 zákona. Při nedodržení podmínek uvedených v citovaném ustanovení zákona je nucen Úřad postupovat tak, že správní řízení zastaví, aniž by se návrhem meritorně zabýval [srov. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 25. 10. 2018, sp. zn. 29 Af 43/2016].

35. Námitka navrhovatele, že lze dovodit datum podání námitek z dokumentace o zadávacím řízení není důvodná. Doklad prokazující doručení námitek řádně a včas musí být zaslán Úřadu nejpozději s návrhem, aby včasné doručení námitek bylo postaveno najisto již při podání návrhu. Opačný postup by byl v rozporu se zněním zákona, neboť požadavek na doložení dokladu o doručení námitek spolu s návrhem by se stal obsolentním.

K argumentaci navrhovatele předchozí rozhodovací praxí Úřadu

36. Navrhovatel ve svém rozkladu dále poukazuje na rozhodovací praxi Úřadu a na jistý posun v posouzení předmětné otázky, týkající se dokladu o doručení námitek zadavateli. Na podporu této rozkladové námitky navrhovatel uvádí některá dřívější rozhodnutí Úřadu – jmenovitě rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0039/2017/VZ-03042/2017/512/VNv, rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0117/2017/VZ-12069/2017/522/PKř, které bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0076/2017/VZ-16895/2017/323/ZSř a rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0765/2016/01046/2017/513/JLí (potvrzené rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0025/VZ-10300/2017/322/DJa – pozn. předsedy Úřadu).

37. Dále v rozkladu se navrhovatel odkazuje na rozhodnutí Krajského soudu v Brně ze dne 18. 10. 2017 č. j. 30 Af 97/2016-84 (dále jen **„rozsudek KS“**), který se zabývá problematikou důkazních prostředků vhodných k prokázání (včasnosti) doručení námitek zadavateli a posuzováním splnění procesních podmínek vedení správního řízení, přičemž soud dle názoru navrhovatele připustil určitý posun v hodnocení této otázky.

38. Navrhovatelem uvedená rozhodnutí Úřadu a uvedený rozsudek KS však nelze aplikovat na posuzovaný případ, což dále odůvodňuji.

39. Všechna tři citovaná rozhodnutí Úřadu se významně liší od nyní posuzované věci. Ve všech citovaných rozhodnutích došlo totiž k zaslání návrhu spolu s přílohou (v jednom případě navrhovatel k návrhu přiložil dokument obsahující samotné námitky, v ostatních dvou případech navrhovatel k návrhu přiložil samotné rozhodnutí o námitkách). V citovaných

rozhodnutích tedy navrhovatel přiložil určitý dokument, týkající se zaslaných námitek zadavateli. V nyní posuzované věci navrhovatel nepřiložil žádný takový doklad, týkající se námitek. Navrhovatel pouze odkázal na dokumentaci o zadávacím řízení. Uvedená rozhodnutí jsou odlišná tím, že k návrhu byl připojen alespoň nějaký dokument, který dokládal doručení námitek zadavateli řádně a včas. Soud pak dovodil, že dokladem o doručení námitek nemusí být jen doklad v užším pojetí (doručenka). Pouhé tvrzení v návrhu, že navrhovatel odeslal námitky zadavateli, a že tyto námitky byly zadavateli doručeny včas, nemá povahu žádného dokladu a nelze takovým tvrzením nahradit samotný doklad. Tvrzení navrhovatele nelze prokázat, neboť navrhovatel spolu s návrhem Úřadu nezaslal písemnost, kterou lze považovat za doklad (ani v širším pojetí) o včasném a řádném doručení námitek zadavateli.

40. Na posuzovaný případ nedopadá ani citovaný rozsudek KS, kde soud vyložil, co lze považovat za „doklad o doručení námitek zadavateli“ (resp. jaké jiné písemnosti přiložené k návrhu jsou způsobilé prokázat řádnost a včasnost doručení námitek zadavateli, tedy jaké písemnosti jsou chápány jako doklad o doručení námitek zadavateli). Uvedený rozsudek tedy stejně jako citovaná rozhodnutí Úřadu řeší situaci, kdy navrhovatel k návrhu přiložil písemnost (rozhodnutí o námitkách), ze které lze dovodit řádnost a včasnost doručení námitek zadavateli. Pro přehlednost opakuji, že v posuzované věci navrhovatel nepředložil spolu s návrhem žádný takový doklad svědčící o řádnosti a včasnosti doručení námitek zadavateli, a že navrhovatel pouze odkázal na dokumentaci o zadávacím řízení, kterou zadavatel Úřadu zašle ve lhůtě podle zákona.

41. Nad rámec výše uvedeného dále uvádím, že navrhovatelem citovaný závěr uvedený v bodě 17 usnesení Úřadu č. j. ÚOHS-S0039/2017/VZ-03042/2017/512/VNv rovněž nelze na posuzovaný případ aplikovat, neboť v navrhovatelem citované části rozhodnutí je uveden velmi specifický a hypotetický případ, kdy je návrh podán v době, kdy ještě neskončila lhůta pro podání námitek a navíc z příloh k návrhu vyplývá, že námitky byly zadavateli doručeny řádně a včas. Úřad v citovaném rozhodnutí dovodil, že *„[p]okud je totiž návrh podán v době, kdy dosud neuplynula lhůta pro podání námitek, a současně je z příloh návrhu nepochybné, že jeho podání předcházelo řádné podání a doručení námitek zadavateli, lze s jistotou konstatovat, že námitky musely být zadavateli doručeny řádně a včas.“* Ve správním řízení, ukončeném citovaným usnesením Úřadu č. j. ÚOHS-S0039/2017/VZ-03042/2017/512/VNv navrhovatel přiložil k návrhu dokument obsahující samotné námitky, nepřiložil tedy doklad o doručení námitek ani nepřiložil rozhodnutí zadavatele o námitkách a správní řízení bylo zastaveno. Hypotetická situace nastíněná v citovaném rozhodnutí Úřadu v nyní posuzované věci nenastala. V nyní posuzované věci, jak jsem již uvedl výše, navrhovatel nepřiložil k návrhu žádný doklad svědčící o řádnosti a včasnosti doručení námitek zadavateli, a proto citované rozhodnutí Úřadu nelze aplikovat.

42. Na základě uvedeného konstatuji, že uvedená rozhodnutí Úřadu a rozsudek KS nelze aplikovat na posuzovaný případ.

K pravomoci Úřadu podle § 251 odst. 4 druhé části věty první zákona

43. Navrhovatel vyslovil názor, že Úřad má v souladu se zákonem účinný nástroj, jak tento jím tvrzený formální nedostatek návrhu, tedy skutečnost, že návrh neobsahuje doklad o doručení námitek odstranit. Úřad dle názoru navrhovatele měl postupovat podle § 251 odst. 4 druhé části věty první zákona a Úřad tohoto nástroje nevyužil.

44. Podle § 251 odst. 4 zákona platí, že náležitosti návrhu podle § 251 odst. 1 věty první a druhé zákona nemohou být dodatečně měněny ani doplňovány s výjimkou odstranění nedostatků návrhu ve lhůtě stanovené Úřadem; Úřad k takovým změnám a doplněním nepřihlíží.

45. Citované ustanovení § 251 odst. 4 zákona sice obsahuje pravidlo, kdy některé vyjmenované nedostatky návrhu je možné odstranit ve lhůtě, kterou Úřad navrhovateli poskytne, ale zároveň je zde výslovně uvedeno, že se jedná o nedostatky podle věty první a druhé ustanovení § 251 odst. 1 zákona. Doklad o doručení námitek je uveden, až ve větě třetí citovaného ustanovení § 251 odst. 1 tzn., že doklad o doručení námitek nepatří svojí povahou mezi obecné náležitosti návrhu (např. označení zadavatele, v čem je spatřováno porušení zákona, návrhy na provedení důkazů, a čeho se navrhovatel domáhá), kdy je Úřad oprávněn vyzývat k odstranění takových nedostatků.

46. Na základě uvedeného musím konstatovat, že pokud k návrhu není přiložen doklad o doručení námitek zadavateli, pak Úřad nemůže využít pravomoci podle § 251 odst. 4 věty a vyzvat k odstranění tohoto nedostatku návrhu, neboť mu to zákon ve vztahu k dokladu o doručení námitek neumožňuje.

47. Úřad v napadeném rozhodnutí správně uvedl, že nedoložení dokladu o doručení námitek nejpozději s podáním návrhu je neodstranitelnou vadou. Tuto vadu nelze po uplynutí lhůty pro podání návrhu zhojit a Úřad k nápravě nemá povinnost navrhovatele vyzývat.

48. Podle § 257 písm. a) zákona platí, že Úřad zahájené řízení usnesením zastaví, jestliže návrh neobsahuje obecné náležitosti podání stanovené správním řádem nebo označení zadavatele nebo v něm není uvedeno, čeho se navrhovatel domáhá, nebo k návrhu není připojen doklad o složení kauce ve výši podle § 255 odst. 1 nebo 2 a navrhovatel tyto nedostatky návrhu ve lhůtě stanovené Úřadem neodstranil.

49. Podle § 257 písm. d) zákona platí, že Úřad zahájené řízení usnesením zastaví, jestliže k návrhu zasílanému Úřadu před uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku není připojen doklad o doručení námitek zadavateli.

50. Při srovnání obou citovaných ustanovení musím konstatovat, že chybějící doklad o doručení námitek zadavateli je vadou podání návrhu, kterou již nelze dále zhojit a Úřad k takové nápravě vady návrhu nevyzývá. Tento právní názor je naprosto v souladu se systematikou ustanovení § 257 a i s jeho účelem, kdy zákonodárce jasně a zřetelně vypočítává vady návrhu, které lze odstranit a Úřad má povinnost poskytnout k nápravě těchto vad lhůtu (viz vady podle § 257 písm. a) zákona). Naproti tomu ustanovení § 257 písm. d) zákona již neobsahuje žádné pravidlo týkající se odstranění vad návrhu ve lhůtě poskytnuté Úřadem. Ustanovení 257 písm. d) zákona stanoví, že Úřad zahájené řízení usnesením zastaví, jestliže k návrhu zasílanému Úřadu před uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku není připojen doklad o doručení námitek zadavateli. Doklad o doručení námitek zadavateli v posuzované věci **nebyl** připojen, a proto Úřad v souladu se zákonem správní řízení **zastavil**.

51. Uvedené závěry v rámci této rozkladové námitky jsou plně v souladu s již uvedeným rozsudkem Krajského soudu v Brně ze dne 25. 10. 2018, sp. zn. 29 Af 43/2016, kde soud judikoval: *„S absencí tohoto dokladu (o doručení námitek zadavateli) jako nezbytné náležitosti návrhu pak také zákonodárce spojil procesní následek v podobě zastavení řízení podle § 117a písm. d) zákona o veřejných zakázkách. Na rozdíl od nedostatků uvedených v § 117a písm. a) zákona o veřejných zakázkách, jenž počítá s dodatečnou výzvou žalovaného k odstranění nedostatků návrhu, je přitom tato absence (vada návrhu) koncipována jako neodstranitelná. Po marném uplynutí lhůty 10 kalendářních dnů, stanovené v § 114 odst. 3 věty první zákona o veřejných zakázkách, tak nutně bez dalšího vede k zastavení řízení, aniž by žalovaný [Úřad – pozn. předsedy Úřadu] návrh blíže zkoumal.“* Ačkoliv se uvedené rozhodnutí vztahuje k úpravě dle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jsou jeho závěry plně aplikovatelné i v poměrech nyní účinného zákona.

52. Námitka navrhovatele, že Úřad postupoval v rozporu a účelem evropské směrnice a tedy i účelem zákona je tak nedůvodná, neboť Úřad nemá pravomoc vyzývat k odstranění vad uvedených pod písmeny b) – m) § 257 zákona. Úřad vyzývá k odstranění vad návrhu pouze v situaci, kdy navrhovatel nenaplní podmínky § 257 písm. a) zákona. V posuzované věci Úřad nemohl využít tohoto nástroje a pomoci tak odstranit navrhovateli tento „formální nedostatek“, jak se mylně domnívá navrhovatel. Nadto konstatuji, že účelem evropské směrnice je zajistit přezkum za podmínek stanovených v zákoně. Námitka navrhovatele, že Úřad nevyužil pravomoci k odstranění nedostatku návrhu, kterou mu přiznává ustanovení § 251 odst. 4 zákona je tak nedůvodná.

K námitce, že prohlášení tří subjektů (navrhovatelů) má povahu čestného prohlášení a lze jej považovat za doklad o včasnosti a řádnosti doručení námitek zadavateli

53. Navrhovatel ve svém rozkladu uvedl, že pokud Úřad dospěl k závěru, že doklad o včasném a řádném doručení námitek nemůže vyplývat ze spisu zadavatele (navrhovatel má pravděpodobně na mysli dokumentaci o zadávacím řízení), je nutné za takový doklad považovat prohlášení tří subjektů (navrhovatelů) o tom, že námitky byly doručeny dne 5. 9. 2018, když takové prohlášení je činěno přímo v návrhu na přezkum. Tuto rozkladovou námitku navrhovatel dále rozvedl a dospěl k názoru, že tam kde absentuje jakýkoli doklad, lze tento nahradit právě čestným prohlášením dodavatele (např. u kvalifikačních předpokladů). Postup Úřadu navrhovatel považuje za postup, který je v rozporu se základními zásadami zákona a s účelem zákona, kdy právě zákon má při zadávání veřejných zakázek ulehčit subjektům tohoto procesu od formalisticky nadbytečné administrativy.

54. S tímto názorem navrhovatele se však neztotožňuji. Nelze totiž srovnávat tvrzení uvedené v návrhu s dokladem o doručení námitek zadavateli. Zákonodárce požaduje doklad o doručení námitek zadavateli. Pokud by bylo možné nahradit doklad o doručení námitek zadavateli čestným prohlášením, zákonodárce by to v zákoně uvedl. Právní úprava náležitostí návrhu obsažená v § 250 a násl. zákona nikde nehovoří o čestném prohlášení a ani neobsahuje žádné pravidlo o tom, že je možné tvrzení v návrhu považovat za doklad, případně, že doklad o řádnosti a včasnosti doručení námitek zadavateli lze prokázat dokumentací o zadávacím řízení.

55. Je pravdou, že v rámci zadávacího řízení lze v zákonem předvídaných případech předkládat čestné prohlášení či v rámci správního řízení lze dle § 53 odst. 5 správního řádu nahradit předložení listiny čestným prohlášením za podmínek stanovených zvláštním zákonem. Nicméně ustanovení § 251 odst. 1 zákona výslovně stanoví, že je třeba předložit doklad a nepřipouští zde žádnou formu čestného prohlášení.

56. Námitku navrhovatele, že čestné prohlášení tří subjektů (navrhovatelů) lze považovat za doklad o včasnosti a řádnosti doručení námitek zadavateli musím s ohledem na uvedené odmítnout jako nedůvodnou.

Shrnutí

57. V posuzovaném případě je podstatné si uvědomit, že existují proti sobě stojící principy dobré správy a možnosti přístupu ke správnímu orgánu a na druhé straně zásada účelnosti a efektivnosti správního řízení. V rozhodovaném případě je na účastníkovi řízení, aby naplnil náležitosti návrhu, který k Úřadu podává, a to s tím důsledkem, že pokud tyto náležitosti nenaplní, dojde k zastavení správního řízení. Za situace, kdy navrhovatel svoji povinnost nesplní, nelze jeho povinnost přenášet na Úřad. Zadavatel i navrhovatel musí postupovat podle zákona a na oba subjekty klade zákon určité povinnosti. Navrhovatel má např. povinnost podat ve lhůtě návrh včetně jeho nezbytných náležitostí, pokud tuto povinnost navrhovatel nesplní, pak návrh nebude meritorně projednán. Na druhou stranu zadavatel má např. povinnost zaslat Úřadu vyjádření k návrhu a dokumentaci o zadávacím řízení. Pokud zadavatel nesplní tuto povinnost stanovenou mu zákonem, tak se vystavuje riziku potrestání za spáchání přestupku a Úřad má i pravomoc zadavateli uložit nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení. Obě strany mají tedy určitý soubor povinností a Úřad musí vyžadovat jejich splnění v souladu se zákonem, neboť obě strany disponují rovným procesním postavením. Z téhož důvodu nelze po Úřadu požadovat, aby sám doplnil neúplný návrh navrhovatele nesplňující podmínky stanovené zákonem.

58. Považuji za důležité poukázat na skutečnost, že Úřad navrhovateli neubral ani neztížil jeho právo podat návrh na přezkoumání úkonů zadavatele v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, ani mu neumenšil jeho procesní práva. Je zcela zřejmé, že navrhovateli nic nebránilo, aby podal návrh řádně a včas v souladu s tím, co po něm požaduje zákon. Pokud ovšem navrhovatel podal návrh, který byl stižen neodstranitelnou vadou, neboť k němu nebyl přiložen doklad o doručení námitek, pak se sám vystavil následku, který zákon předpokládá, tedy že bude správní řízení zastaveno. Za takové situace Úřad nebyl oprávněn věcně přezkoumat podaný návrh, a to v důsledku jednání navrhovatele.

59. Ve smyslu § 89 odst. 2 správního řádu jsem přezkoumal zákonnost napadeného usnesení, jeho věcnou správnost v rozsahu vznesených námitek a současně jsem přezkoumal i zákonnost postupu Úřadu, když napadené usnesení jsem shledal zákonným a věcně správným. Úřad ve správním řízení dostatečně přezkoumal náležitosti návrhu navrhovatele, uvedl a srozumitelně odůvodnil úvahy, na jejichž základě došel k závěrům rozhodnutí, uvedl všechny právní normy, které v dané věci aplikoval a současně dostatečně odůvodnil jejich použití.

60. Závěrem tedy shrnuji, že Úřad rozhodl správně a v souladu se zákonem, když zastavil správní řízení podle § 257 písm. d), neboť k návrhu nebyl připojen doklad o doručení námitek zadavateli, čímž byly splněny zákonem stanovené podmínky pro zastavení řízení.

VI. Závěr

61. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného usnesení.

62. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody pro zrušení či změnu napadeného usnesení, jsem rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 5 téhož zákona nelze dále odvolat.

Ing. Petr Rafaj

předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Nemocnice Pardubického kraje, a.s., Kyjevská 44, 532 03 Pardubice
2. PKS stavby a.s., Brněnská 126/38, 591 01 Žďár nad Sázavou
3. Chládek & Tintěra, Pardubice a.s., K Vápence 2677, 530 02 Pardubice
4. BAK stavební společnost, a.s., Žitenická 871/1, 190 00 Praha 9

Vypraveno dne:

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