



UOHSX00CX0NY

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0176/2019/VZ-34774/321/VJu

Brno 16. prosince 2019

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 4. 10. 2019, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem –

- **město Chropyně**, IČO 00287245, se sídlem náměstí Svobody 29, 768 11 Chropyně, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne ze dne 20. 9. 2019, č. j. ÚOHS-S0249,S0303/2019/VZ-25882/2019/531/MKi, vydanému ve společném řízení vedeném pod sp. zn. S0249,S0303/2019/VZ, jež bylo zahájeno dne 21. 6. 2019 na návrh z téhož dne podaný navrhovatelem –

- **Gardenline s.r.o.**, IČO 27263827, se sídlem Šeříková 405/13, 412 01 Litoměřice, a z moci úřední dne 5. 8. 2019, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Přírodní park Chropyně**“, zadávané v užším řízení, jehož předběžné oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 28. 1. 2019 a ve Věstníku veřejných zakázek bylo uveřejněno dne 29. 1. 2019 pod ev. č. Z2019-003404,

jsem na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, rozhodl takto:

I.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0249,S0303/2019/VZ-25882/2019/531/MKl ze dne 20. 9. 2019 podle § 152 odst. 6 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 90 odst. 1 písm. a) téhož zákona

ruším

a věc

vracím

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

II.

Nařizuji z moci úřední podle § 61 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, toto

předběžné opatření:

Zadavateli – **městu Chropyně**, IČO 00287245, se sídlem náměstí Svobody 29, 768 11 Chropyně – **se ukládá zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku s názvem „Přírodní park Chropyně“**, zadávané v užším řízení, jehož předběžné oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 28. 1. 2019 a ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 29. 1. 2019 pod ev. č. Z2019-003404.

ODŮVODNĚNÍ

I. Správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jako orgán příslušný podle ustanovení § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“¹), k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle ustanovení § 178 zákona, a pro zvláštní postupy podle části šesté, obdržel dne 21. 6. 2019 návrh navrhovatele – Gardenline, s.r.o., IČO 27263827, se sídlem Šeříková 405/13, 412 01 Litoměřice (dále jen „**navrhovatel**“) z téhož dne na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – **město Chropyně**, IČO 00287245, se sídlem náměstí Svobody 29, 768 11 Chropyně (dále jen „**zadavatel**“) – učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Přírodní park Chropyně**“, zadávané v užším řízení, jehož předběžné oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 28. 1. 2019 a ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 29. 1. 2019 pod ev. č. Z2019-003404 (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 § 58 odst. 1 zákona v návaznosti na ustanovení § 273 zákona.“

2. Dnem obdržení předmětného návrhu bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 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 pod sp. zn. S0249/2019/VZ.
3. Dne 5. 8. 2019 Úřad vydal Oznámení o zahájení správního řízení č. j. ÚOHS-S0303/2019/VZ-21370/2019/531/MKi, které bylo zadavateli doručeno téhož dne. Tímto oznámením Úřad v souladu s § 46 správního řádu zahájil dne 5. 8. 2019 se zadavatelem z moci úřední správní řízení pod sp. zn. ÚOHS-S0303/2019/VZ.
4. Dne 13. 8. 2019 Úřad svým usnesením z toho dne č. j. ÚOHS-S0249,S0303/2019/VZ-22244/2019/531/MKi rozhodl o spojení řízení vedených pod sp. zn. ÚOHS-S0249/2019/VZ a ÚOHS-S0303/2019/VZ do společného řízení vedeného pod sp. zn. ÚOHS-S0249,S0303/2019/VZ (toto řízení) a to z toho důvodu, že obě řízení se týkala přezkumu postupu zadavatele při zadávání téže veřejné zakázky a Úřad tedy spojení věcí vyhodnotil za souladné se zásadou dle § 6 odst. 2 správního řádu.

II. Napadené rozhodnutí

5. Dne 20. 9. 2019 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0249,S0303/2019/VZ-25882/2019/531/MKi (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kde výrokem I rozhodl tak, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky nedodržel pravidla stanovená pro zadání veřejné zakázky, když postupoval v rozporu se zásadou rovného zacházení vymezenou v § 6 odst. 2 zákona, když nepřipustil podání žádosti o účast dodavatelům, kteří nevyjádřili předběžný zájem ve smyslu § 58 odst. 5 zákona, přičemž tento postup mohl ovlivnit výběr dodavatele a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Výrokem II pak Úřad jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele dle § 263 odst. 2 zákona zrušil zadávací řízení na veřejnou zakázku. Výrokem III Úřad správní řízení v části, jež byla vymezena obsahem návrhu navrhovatele, zastavil, neboť řízení o návrhu se stalo zjevně bezpředmětným. Výrokem IV pak Úřad zadavateli dle § 263 odst. 8 zákona uložil zákaz uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku až do pravomocného skončení správního řízení. Výrokem V pak Úřad zadavateli uložil uhradit náklady správního řízení ve výši 30 000 Kč dle § 266 odst. 1 zákona.
6. Úřad své závěry založil na tom, že zadavatel nese odpovědnost za soulad elektronického nástroje dle § 28 odst. 1 zákona se zákonem a vady takového systému zadavatele nezbavují odpovědnosti za zákonný průběh zadávacího řízení. Úřad pak dospěl k závěru, že zákon nedovoluje zadavateli nepřipustit v zadávacím řízení účast těch potenciálních dodavatelů, kteří včas neprojevíli předběžný zájem o účast v užším řízení a pokud tedy Národní elektronický nástroj (užitý zadavatelem, dále „**NEN**“) neumožnil podat žádosti o účast těm dodavatelům, kteří neprojevíli předběžný zájem, jedná se o porušení zásady rovného zacházení. Za toto je pak odpovědný zadavatel. Úřad spatřoval porušení zásady rovného zacházení v tom, že ti dodavatelé, kteří projevíli předběžný zájem, byli zvýhodněni oproti těm, kteří jej neprojevíli a nemohli řádně podat žádost o účast v užším řízení, přičemž zákon pro takový postup dle výkladu Úřadu nedává prostor. Úřad zhodnotil, že postup zadavatele vedl k nedůvodnému omezení hospodářské soutěže, nijak ze zákona neplyne a přičí se smyslu projevení předběžného zájmu, který Úřad spatřuje v jednak jisté formě průzkumu trhu (zadavatel ověřuje, zda je o zakázku zájem) a dále ve zvýhodnění těch, kdo předběžně zájem projevíli tím, že zadavateli je uložena povinnost tyto dodavatele vyzývat s užitím předepsaného formuláře k podání žádosti o účast, což jim vytváří „komfortnější“ postavení.

III. Rozklad zadavatele

7. Dne 4. 10. 2019 obdržel Úřad rozklad zadavatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 20. 9. 2019. Rozklad byl podán v zákonem stanovené lhůtě. Zadavatel napadá napadené rozhodnutí v celém jeho rozsahu, považuje jej za nesprávné.

Námítky rozkladu

8. Zprvu zadavatel uvádí, že užil k zadávání veřejné zakázky NEN, který je provozován Ministerstvem pro místní rozvoj a je opatřen certifikátem shody. Zadavatel pak rekapituluje, že NEN neumožňuje v užším řízení řádně podat šifrovanou žádost o účast těm dodavatelům, kteří neprojeví předběžný zájem o účast v zadávacím řízení.
9. Dále zadavatel uvádí, že v zadávacích podmínkách, Svazku 2, „Podmínky a požadavky pro zpracování nabídky“ v čl. 14 jasně žádal podání žádosti o účast prostřednictvím NEN a rovněž uvedl, že musí být šifrovány. Zadavatel nesouhlasí se závěrem Úřadu, že by navrhovatelova nemožnost podat řádně žádost o účast byla způsobena zadavatelovým porušením zákona. Zadavatel totiž uvádí, že nemůže nést odpovědnost za systém provozovaný Ministerstvem pro místní rozvoj. Zadavatel dále nesouhlasí s tím, že si měl „ohlídat“, zda při používání jím vybraného NEN nemůže dojít k porušení zákona. Dále zadavatel upozorňuje, že Ministerstvo pro místní rozvoj vykládá zákona stejně, jak činí zadavatel.
10. Dále zadavatel upozorňuje, že jednak navrhovatel neprojevil předběžný zájem a dále že jeho žádost o účast nebyla šifrována a tedy byt by důvodem pro neumožnění účasti v zadávacím řízení navrhovateli nemohlo být neprojevení předběžného zájmu, mohlo jím být podání nezašifrované žádosti o účast.
11. Zadavatel vyjadřuje názor, že výklad zákona je jasný a všichni ostatní dodavatelé si museli být vědomi, že při neprojevení předběžného zájmu nebude jejich účast v zadávacím řízení připuštěna a tedy postupem zadavatele nemohlo dojít k omezení hospodářské soutěže.
12. Dle zadavatele pak Úřad z toho, že zákon na projevení předběžného zájmu neklade žádné formální požadavky, dovozuje, že záleží na svědomitosti zadavatele, kterak se projevení předběžný zájem projeví v dokumentaci o zadávacím řízení. S tím zadavatel nesouhlasí a domnívá se, že takový výklad zákona by vedl k netransparentnímu postupu zadavatele.
13. Zadavatel pak uvádí, že § 58 odst. 5 výslovně stanoví povinnost zadavatele vyzvat k podání žádosti o účast všechny účastníky zadávacího řízení, kteří projevili předběžný zájem o účast. Zadavatel uvádí, že z této povinnosti pak nelze dovozovat závěry Úřadu, že pokud zákon něco nezakazuje, je to dovoleno. Zadavatel naopak uvádí, že takový přístup je možno akceptovat v pracovněprávních vztazích, nikoliv ve formalizovaném zadávacím řízení.
14. Zadavatel se neztotožňuje s názorem Úřadu, že projevení předběžného zájmu lze považovat za neformální, ojedinělý a nekvalifikovaný institut. Naopak zadavatel uvádí, že se jedná o konkrétní procesní úkon, se kterým zákon spojuje jasné důsledky – tedy vznik účastenství v zadávacím řízení a s tím spojená další práva.
15. Dle zadavatele pak není rozdíl mezi postavením dodavatele, jehož účastenství vzniklo projevením předběžného zájmu a dodavatele, jehož účastenství vzniklo podáním žádosti o účast z pohledu toho, zda si musí tito dodavatelé „hlídat“ běh lhůt k učinění určitých

procesních úkonů – tedy lhůty k projevení předběžného zájmu a lhůty k podání žádosti o účast.

16. Zadavatel pak uvádí, že nedošlo k omezení hospodářské soutěže, neboť předběžný zájem projevilo 6 subjektů, což se mu jeví vzhledem k veřejné zakázce dostačujícím.
17. Zadavatel pak rekapituluje své stanovisko, kdy uvádí, že se nedopustil nerovného zacházení s dodavateli a postupoval v souladu se zákonem.

Závěr rozkladu zadavatele

18. Zadavatel navrhuje předsedovi Úřadu napadené rozhodnutí zrušit a věc vrátit Úřadu k novému projednání, a to tak, aby Úřad rozhodl o zastavení správního řízení, neboť nejsou dány důvody pro uložení nápravného opatření.

Vyjádření navrhovatele k rozkladu

19. Dne 10. 10. 2019 Úřad obdržel vyjádření navrhovatele k rozkladu zadavatele. Navrhovatel považuje napadené rozhodnutí za věcně správné a zcela se ztotožňuje s argumentací Úřadu.
20. Navrhovatel předně uvádí, že odpovědnost za výběr NEN a za výběr druhu zadávacího řízení nese zadavatel. Ten měl ověřit, zda NEN umožňuje v užším řízení postupovat v souladu se zákonem a pokud by tak NEN neumožňoval, měl zadavatel zvolit jiný elektronický nástroj nebo druh zadávacího řízení. Nedostatek systému NEN pak podle navrhovatele nemůže být přičítán jemu a nedostatky v šifrování jím podané žádosti o účast jsou způsobeny chybou zadavatele.

IV. Řízení o rozkladu

21. 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

22. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení věci ve všech jejích vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy, jakož i správnost napadeného rozhodnutí, tu však toliko v rozsahu námitek uplatněných v rozkladu přičemž jsem s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
23. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je v něm uvedeno, rozhodl v rozporu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k dalšímu projednání.

K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu

K výroku I. napadeného rozhodnutí

24. Zprvu uvedu obecné shrnutí problematiky. Užší řízení je dvou nebo tří fázovým řízením. Zde se vyjádřím pouze k třífázovému řízení, relevantnímu pro tento případ. Zákonem vymezení zadavatelé jsou dle § 58 odst. 2 a 5 zákona oprávněni využít užší řízení ve třífázové formě, kde první fází je uveřejnění předběžného oznámení dle § 34 zákona a neformální vyjádření předběžného zájmu dodavateli. V další fázi dochází k podání žádosti o účast v užším řízení a k následnému posouzení splnění kvalifikačních předpokladů. Zadavatel má v této fázi ve vztahu k dodavatelům, kteří vyjádřili předběžný zájem, povinnost vyzvat je k podání žádosti o účast (srov. § 58 odst. 5 zákona). Poslední fází je pak výzva zadavatele k podání nabídek dle 58 odst. 3 zákona adresovaná těm dodavatelům, kteří splnili kvalifikační předpoklady, podání nabídek, jejich vyhodnocení a uzavření smlouvy. Zákon pak obsahuje jasnou úpravu toho, jak postupovat, pokud někdo nepodá žádost o účast, nesplní kvalifikační předpoklady, nebo podá vadnou nabídku. Zákon však neobsahuje výslovnou úpravu toho, jak má zadavatel postupovat v případě chybějícího, pozdního či neprůkazného vyjádření předběžného zájmu v užším řízení.
25. Je sice pravdou, že zákon v případě třífázového užšího řízení stanoví zadavateli vůči těm dodavatelům, kteří vyjádřili předběžný zájem, povinnost je vyzývat k podání žádosti o účast, nikde ze zákona však neplyne, že ti, kdo neprojevíli předběžný zájem, žádost o účast podat nesmí nebo že zadavatel jejich žádost o účast přijmout nesmí. Z povinnosti zadavatele zákonem vymezené dodavatele vyzvat k podání žádosti o účast a sdělit jim zákonem určené informace, nelze dovodit zákaz adresovaný jiným dodavatelům podat žádost o účast, i když neprojevíli předběžný zájem. Zde se tedy zcela ztotožňuji se závěry napadeného rozhodnutí, neboť povinnost zadavatel vyzvat dodavatele k podání žádosti o účast dle § 58 odst. 5 s náležitostmi dle přílohy č. 6 k zákonu, písmeno C přílohy, je nutno, vzhledem k obsahu výzvy, vykládat jako poučovací povinnost zadavatele vůči dodavatelům. Těm jsou takto již v relativně brzké fázi zadávacího řízení přehledně sděleny poměrně detailní informace o rozsahu plnění veřejné zakázky tak, aby každý dodavatel mohl odhadnout, zda si přeje zakázku plnit a jaké s tím budou spojeny povinnosti. Pokud si však takové informace jakýkoliv dodavatel opatří vlastní iniciativou, nelze mu a priori odepírat účast v zadávacím řízení pro promeškání zcela neformálního úkonu, jakým je projevení předběžného zájmu. Uvedenému svědčí i to, že účast v užším řízení obecně zakládá i podání žádosti o účast (srov. § 47 odst. 1 písm. b) zákona).
26. Zde je pak potřeba učinit zásadně rozdílné právní hodnocení oproti závěrům napadeného rozhodnutí. Tam, kde zákon nestanoví konkrétní postup, může zadavatel stanovit zadávací podmínky dle svého uvážení s tím, že tyto musí být v souladu se zásadami transparentnosti, přiměřenosti, rovnosti a zákazu diskriminace. Je tedy v obecné rovině možné, aby zadavatel stanovil, že nepřipustí účast těch dodavatelů, kteří neprojevíli předběžný zájem, resp. že takovým dodavatelům ani neumožní podání žádosti o účast. Takto stanovená zadávací podmínka však musí být v souladu se zásadami zákona. V první řadě tedy takto stanovená zadávací podmínka musí být transparentní - jasná a předem známá, nelze jej dotvářet, až když taková situace nastane. Dále takové podmínka musí být souladná se zásadou přiměřenosti. Stejně tak poté musí být dodržena zásada rovného zacházení a zákazu

diskriminace. Jako nesprávný je třeba označit závěr Úřadu o tom, že zadavatel si nesmí předem vymínit možnost nepřipustit v užším řízení zahájeném uveřejněním předběžného oznámení účast dodavatele, který neprojevil předběžný zájem.

27. Pokud však takovou výhradu zadavatel neučiní a dodavatel podá žádost o účast, byť neprojevil předběžný zájem, měl by zadavatel jeho žádost o účast jednak umožnit a dále připustit, a to proto, že pokud tak zadavatel neučiní, dopustí se porušení zásady **transparentnosti**, neboť ze zadávacích podmínek ani zákona nelze předvídat zadavatelův postup.
28. Co se týče skutkových zjištění, plně se ztotožňuji s napadeným rozhodnutím. Úřad skutkový stav spolehlivě, úplně a správně zjistil, podložil a popsal. Ve skutkových detailech se tedy zcela odkazují na napadené rozhodnutí. Je však třeba zdůraznit, že v předběžném oznámení podlimitního zadávacího řízení na veřejnou zakázku, uveřejněném ve Věstníku veřejných zakázek dne 29. 1. 2019, si zadavatel nevymínil to, že nepřipustí podání žádosti o účast v užším řízení těmi dodavateli, kteří neprojeví předběžný zájem. Dne 13. 5. 2019 pak zadavatel navrhovateli sdělil, že jeho žádost o účast podanou, aniž by před tím navrhovatel vyjádřil v dané lhůtě předběžný zájem, zadavatel nepovažuje za podanou, neboť navrhovatel řádně nevyjádřil předběžný zájem. Ani přes podané námitky zadavatel na svém stanovisku ničeho nezměnil.
29. Napadené rozhodnutí ruším proto, že dle mého právního hodnocení v tomto konkrétním případě nedošlo k porušení zásady rovného zacházení. Zásada rovného zacházení je základní zásadou zadávání veřejných zakázek a leží v samém jádru zákona (směrnice), jak vyložil Soudní dvůr EU ve svém rozsudku ze dne 22. 6. 1993 ve věci C-243/89 Komise proti Dánskému království (tzv. případ Storebælt). Zásada rovného zacházení spočívá dle rozsudku Soudního dvora EU ze dne 8. 10. 1980 ve věci C- 810/79 „Überschärv“ v tom, že ve stejných situacích bude postupováno stejně, ledaže odlišný postup je odůvodnitelný objektivními okolnostmi. Ve zde posuzovaném případě však nedošlo k tomu, že by zadavatel vůči různým dodavatelům nacházejícím se ve stejné situaci postupoval rozdílně. Naopak existovala zde objektivní okolnost (nevyjádření předběžného zájmu) která od sebe odlišovala postavení dodavatelů v zadávacím řízení. Dodavatel, který projevil předběžný zájem a dodavatel, který ho neprojevil (navrhovatel) měli mezi sebou jasně oddělující objektivní charakteristiku a nemohli se tedy nacházet ve stejném postavení.
30. Zásadu transparentnosti pak, mimo jiné, vyložil Soudní dvůr EU v rozsudku ze dne 29. 4. 2019 ve věci C-496/99 P tak, že jejím účelem je zabránit protekci a arbitrárnosti v postupu zadavatele vůči dodavatelům a veškeré podmínky a detailní pravidla zadávacího řízení musí být stanovena jasným, přesným a jednoznačným způsobem v oznámení veřejné zakázky nebo zadávací dokumentaci, aby jednak všichni přiměřeně informovaní dodavatelé při vynaložení běžné péče mohli rozumět jejich přesnému významu a interpretovat je shodně a jednak aby zadavatel byl schopen ověřit, zda podané nabídky splňují kritéria příslušné zakázky. Úřad by se v dalším řízení měl zabývat tím, zda postup zadavatele v této věci odpovídal nárokům kladeným zejména zásadou transparentnosti.
31. Vzhledem k tomu, že dle mého hodnocení neobstojí závěry Úřadu o porušení zásady rovnosti a rozhodnutí je proto rušeno, je valná většina námitek zadavatel v rozkladu bezpředmětná, neboť zadavatel rozkladem brojil proti dílčím závěrům Úřadu, které souvisí s konstatovaným

porušením zásady rovnosti. Považuji nicméně za vhodné se níže vyjádřit k některým rozkladovým námitkám.

32. Úřadu je nutno přisvědčit stran jeho závěru o možném vlivu postupu zadavatele na výběr dodavatele. Názor zadavatele, že byl 6 dodavateli projeven předběžný zájem a tedy nebyla omezena hospodářská soutěž, je nesprávný. Pouze fakt, že několik subjektů se stalo účastníky zadávacího řízení, ještě neznamená, že zadavatelův postup byl v souladu se zákonem nebo že nemohl mít vliv na účastníky jiné, a tak i na celkovou „šíři“ soutěže, a tak i na nejvýhodnější nabídku (srov. např. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 7. 6. 2018, č. j. 62 Af 2/2017-79 nebo rozsudek téhož soudu ze dne 2. 3. 2010, č. j. 62 Af 7/2010-135). K prokazování vlivu na hospodářskou soutěž však Úřad učinil přesvědčivé závěry a odkázal se na judikaturu (bod 87 an. napadeného rozhodnutí) a je nutno mu přisvědčit.
33. Co se týče argumentů, které zadavatel vznáší v odstavci prvním a druhém oddílu III. svého rozkladu, pak zadavatel zde polemizuje s něčím, na čem napadené rozhodnutí nestojí, resp. co Úřad v napadeném rozhodnutí ani neuvádí. Úřad nikde v napadeném rozhodnutí netvrdí, že by zadavatel předběžně projevený zájem nemusel evidovat a pořizovat o něm dokumentaci.

K výroku II. napadeného rozhodnutí

34. Tento výrok je odvislý od rušeného výroku I. napadeného rozhodnutí. Výrok byl vydán dle § 263 odst. 2 zákona v návaznosti na prvním výrokem konstatované porušení zákona jako nápravné opatření. Výrok, jenž konstatuje porušení zákona je rušen, a tedy musí být zrušen i tento výrok, jelikož nadále nemá oporu v zákoně a vydaném napadeném rozhodnutí.

K výroku III. napadeného rozhodnutí

35. Tento výrok, jak správně uvedl Úřad, je závislý na výroku II napadeného rozhodnutí, který rušil zadávací řízení a případné vyhovění návrhu navrhovatele na uložení nápravného opatření (zrušení rozhodnutí zadavatele o neakceptaci žádosti navrhovatele o účast v zadávacím řízení na veřejnou zakázku a zrušení rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele) by již pro navrhovatele nemělo význam. Tímto rozhodnutím je rušen výrok II napadeného rozhodnutí a žádost navrhovatele již tak není zjevně bezpředmětnou.

K výroku IV. napadeného rozhodnutí

36. Tento výrok byl vydán s ohledem na kogentní ustanovení § 263 odst. 8 zákona, kdy Úřad shledal v zadávacím řízení pochybení zadavatele a postup v rozporu se zákonem a uložil zadavateli nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení. Konstatování porušení zákona a na to navázané uložení nápravného opatření jsou nutné podmínky pro uložení zákazu uzavřít smlouvu dle § 263 odst. 8 zákona. Vzhledem ke zrušení výroku I a II napadeného rozhodnutí však již nejsou splněny podmínky pro vydání výroku IV napadeného rozhodnutí a ten je třeba zrušit.

K výroku V. napadeného rozhodnutí

37. Výroky o uložení nápravného opatření i zákazu uzavřít smlouvu (výroky II a IV napadeného rozhodnutí) jsou rušeny, čímž nejsou tímto splněny podmínky pro vydání výroku V a tento výrok tedy ruším.

Závazný právní názor pro následující postup Úřadu

38. Pro řízení o rozkladu platí dle § 152 odst. 5 správního řádu právní úprava odvolání, pokud to nevyklučuje povaha věci. Ve smyslu § 90 odst. 1 písm. a) správního řádu může odvolací orgán zrušit napadené rozhodnutí a věc v tomto rozsahu vrátit orgánu prvního stupně k novému projednání společně s právním názorem, kterým je orgán prvního stupně vázán.
39. Jak již bylo řečeno výše, napadené rozhodnutí je nezákonné z důvodu nesprávného právního posouzení. Úřad tak v novém posouzení věci upustí od své teze, že přezkoumávaný postup zadavatele je v rozporu se zásadou rovného zacházení, neboť dodavatelé, kteří projevíli předběžný zájem, a ti, kteří jej neprojevili, nejsou ve stejném postavení a zadavateli výslovně neplyne ze zákona povinnost přijmout žádost o účast i od těch dodavatelů, kteří předběžný zájem neprojevili. Úřad v dalším řízení posoudí, zda zadavatel postupoval v zadávacím řízení v souladu se zásadami zákona, zejména zásadou transparentnosti. Úřad tak ověří, zda zadavatel stanovil odpovídající zadávací podmínky stran této věci, nebo zda zadavatel jiným způsobem dal svůj postup v zadávacím řízení najevo.

V. K nařízení předběžného opatření výrokem II. tohoto rozhodnutí

40. Podle § 248 zákona Úřad vykonává dozor nad dodržováním pravidel stanovených zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, při kterém může mimo jiné nařizovat předběžná opatření. Zákon neobsahuje zvláštní postup pro nařízení předběžného opatření v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, proto se subsidiárně použije obecná úprava obsažená v § 61 odst. 1 správního řádu.
41. Podle § 61 odst. 1 správního řádu může správní orgán z moci úřední nebo na požádání účastníka před skončením řízení rozhodnutím nařídit předběžné opatření, je-li třeba, aby byly zatímně upraveny poměry účastníků, nebo je-li obava, že by bylo ohroženo provedení exekuce. Předběžným opatřením lze účastníkovi nebo jiné osobě přikázat, aby něco vykonal, něčeho se zdržel nebo něco strpěl, anebo zajistit věc, která může sloužit jako důkazní prostředek, nebo věc, která může být předmětem exekuce.
42. Podle § 61 odst. 3 správního řádu správní orgán předběžné opatření zruší rozhodnutím bezodkladně poté, co pomine důvod, pro který bylo nařízeno. Neučiní-li tak, pozbývá předběžné opatření účinnosti dnem, kdy se rozhodnutí ve věci stalo vykonatelným nebo nabylo jiných právních účinků.
43. Vzhledem k uvedenému konstatuji, že předseda Úřadu jako nadřízený správní orgán rozhodující o rozkladu může z moci úřední nebo na požádání účastníka před skončením řízení rozhodnutím nařídit předběžné opatření při splnění zákonných podmínek v souladu s § 61 odst. 1 správního řádu.
44. Účelem, pro který navrhovatel toto řízení o přezkoumání úkonů zadavatele návrhem inicioval, bylo (eventuální) uložení nápravného opatření v zadávacím řízení veřejné zakázky. A právě tento účel řízení byl v prvních 60 dnech ode dne zahájení tohoto řízení zajištěn zákazem uzavřít smlouvu uloženým zadavateli ex lege ustanovením § 246 odst. 1 písm. d) zákona. Dalším zajištěním téhož účelu v následujícím průběhu tohoto správního řízení pak bylo obligatorní uložení zákazu zadavateli až do pravomocného skončení řízení uzavřít v zadávacím řízení smlouvu podle § 263 odst. 8 zákona, a to přímo jedním výrokem napadeného rozhodnutí.

45. S ohledem na to, že jsem dospěl k závěru o nutnosti zrušení napadeného rozhodnutí jako celku, tedy včetně výroku zajišťujícího účel tohoto správního řízení v jeho dalším průběhu, a rovněž s ohledem na to, že zákonná blokační lhůta podle § 246 odst. 1 písm. d) zákona již uběhla, dospěl jsem k dílčímu závěru o možné absenci jakéhokoli zajištění účelu tohoto správního řízení v době po nabytí právní moci výroku I tohoto rozhodnutí o rozkladu.
46. Proto jsem se zabýval konkrétními okolnostmi zjištěného stavu věci a dosavadním průběhem tohoto správního řízení z toho pohledu, zda je třeba, aby byly zatímně upraveny poměry účastníků tohoto správního řízení zejména během nového projednání věci Úřadem. Dospěl jsem přitom k závěru, že z důvodu stávajícího procesního stavu tohoto správního řízení, zejména pak z toho důvodu, že Úřad při rozhodování ve věci nesprávně kvalifikoval domnělé porušení zákona a tedy nesprávně aplikoval příslušnou právní úpravu, přetrvává potřeba zajistit možnost uložení (eventuálního) nápravného opatření. Pokud by totiž došlo k uzavření smlouvy zadavatele s vybraným dodavatelem v průběhu tohoto řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, byla by tato možnost zmařena. Z těchto důvodů jsem rozhodl o nařízení předběžného opatření ve smyslu § 61 odst. 1 správního řádu, jak je uvedeno ve výroku II tohoto rozhodnutí.

VI. Závěr

47. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad nepostupoval v případě napadeného rozhodnutí v souladu se zákonem a správním řádem, jsem z důvodů uvedených v tomto rozhodnutí dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí v plném rozsahu, když veškeré výroky na sebe vzájemně navazují, a k jeho vrácení Úřadu k novému projednání.

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.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:
město Chropyně, náměstí Svobody 29, 768 11 Chropyně
Gardenline s.r.o., Šeříková 405/13, 412 01 Litoměřice

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