



UOHSX00D0VXZ

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Spisová značka:

ÚOHS-S0249,S0303/2019/VZ

Číslo jednací:

ÚOHS-03541/2020/531/MKí

Brno: 30. ledna 2020

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve společném řízení vedeném pod sp. zn. S0249,S0303/2019/VZ, jež bylo zahájeno dne 21. 6. 2019 na návrh z téhož dne a dne 5. 8. 2019 z moci úřední, jehož účastníky jsou

- zadavatel – město Chropyně, IČO 00287245, se sídlem náměstí Svobody 29, 768 11 Chropyně,
- navrhovatel – Gardenline s.r.o., IČO 27263827, se sídlem Šeříková 405/13, 412 01 Litoměřice,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných ve veřejné zakázce „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,

**rozhodl takto:**

I.

**Zadavatel** – město Chropyně, IČO 00287245, se sídlem náměstí Svobody 29, 768 11 Chropyně – **nedodržel** 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, **pravidla stanovená pro zadání veřejné zakázky**, a to tím, že **postupoval v rozporu se zásadou transparentnosti vymezenou v § 6 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb.**, o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, když součástí zadávacích podmínek neučinil výhradu, že nepřipustí v užším řízení zahájeném odesláním předběžného oznámení k uveřejnění podle § 58 odst. 2 citovaného zákona podání žádosti o účast a tedy nepřipustí účast v zadávacím řízení těm dodavatelům, kteří nevyjádřili předběžný zájem podle § 58 odst. 5 citovaného zákona, avšak následně nepřipustil účast v zadávacím řízení dodavateli – Gardenline s.r.o., IČO 27263827, se sídlem Šeříková 405/13, 412 01 Litoměřice – který předběžný zájem podle § 58 odst. 5 citovaného zákona nevyjádřil, jak je zřejmé z dokumentu vyhotoveného zadavatelem „Veřejná zakázka „Přírodní park Chropyně“ - žádost o poskytnutí vysvětlení zadávací dokumentace“ ze dne 13. 5. 2019, v důsledku čehož je postup zadavatele nepředvídatelný, a proto netransparentní, **přičemž tento postup mohl ovlivnit výběr dodavatele, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.**

## II.

**Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele** – město Chropyně, IČO 00287245, se sídlem náměstí Svobody 29, 768 11 Chropyně – uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 263 odst. 2 zákona č. 134/2016 Sb.**, o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **ruší zadávací řízení na veřejnou zakázku „Přírodní park Chropyně“**, zadávanou 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.

## III.

**Správní řízení se v části, jejíž předmět byl vymezen obsahem oznámení o zahájení správního řízení z moci úřední č. j. ÚOHS-S0303/2019/VZ-21370/2019/531/MKi ze dne 5. 8. 2019**, tj. v části týkající se toho, zda zadavatel – město Chropyně, IČO 00287245, se sídlem náměstí Svobody 29, 768 11 Chropyně – postupoval 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, v souladu se zásadou rovného zacházení vymezenou v § 6 odst. 2 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, když nepřipustil podání žádostí o účast dodavatelům, kteří neprojevíli předběžný zájem ve smyslu § 58 odst. 5 citovaného zákona, na jehož základě bylo původně vedeno samostatné správní řízení pod sp. zn. S0303/2019/VZ, **podle § 257 písm. f) citovaného zákona zastavuje, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 263 citovaného zákona.**

## IV.

**Správní řízení se v části, jejíž předmět byl vymezen obsahem návrhu navrhovatele – Gardenline s.r.o., IČO 27263827, se sídlem Šeříková 405/13, 412 01 Litoměřice – ze dne 21. 6. 2019**, o němž bylo původně vedeno samostatné správní řízení pod sp. zn. S0249/2019/VZ, **podle § 66 odst. 1 písm. g) zákona č. 500/2004 Sb.**, správní řád, ve znění pozdějších předpisů, **zastavuje, neboť žádost jmenovaného navrhovatele**, tj. návrh ze dne 21. 6. 2019 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, **se v důsledku zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku „Přírodní park Chropyně“**, zadávanou 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, **stala zjevně bezpředmětnou.**

#### V.

**Zadavateli** – město Chropyně, IČO 00287245, se sídlem náměstí Svobody 29, 768 11 Chropyně – **se podle § 263 odst. 8 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, až do pravomocného skončení správního řízení vedeného Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže pod sp. zn. S0249,S0303/2019/VZ** ve věci návrhu navrhovatele – Gardenline s.r.o., IČO 27263827, se sídlem Šeříková 405/13, 412 01 Litoměřice – ze dne 21. 6. 2019 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele a ve věci možného porušení zásady transparentnosti vymezené v § 6 odst. 1 citovaného zákona jmenovaným zadavatelem při stanovení pravidel pro zadání 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, **ukládá zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na uvedenou veřejnou zakázku „Přírodní park Chropyně“.**

#### VI.

Podle § 266 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 1 vyhlášky č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, **se zadavateli** – město Chropyně, IČO 00287245, se sídlem náměstí Svobody 29, 768 11 Chropyně – **ukládá:**

**uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč (třicet tisíc korun českých).**

Náklady řízení jsou splatné **do dvou měsíců** od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

## ODŮVODNĚNÍ

### I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – město Chropyně, IČO 00287245, se sídlem náměstí Svobody 29, 768 11 Chropyně (dále jen „zadavatel“) – jakožto veřejný zadavatel ve smyslu § 4 odst. 1 písm. d) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), uveřejnil ve Věstníku veřejných zakázek dne 29. 1. 2019 pod ev. č. Z2019-003404 předběžné oznámení podlimitního zadávacího řízení podlimitní veřejné zakázky „Přírodní park Chropyně“ (dále jen „veřejná zakázka“). Předběžné oznámení podlimitního zadávacího řízení bylo zadavatelem do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 28. 1. 2019 a tímto dnem bylo podle § 58 odst. 2 zákona zahájeno zadávací řízení na předmětnou veřejnou zakázku.
2. Z bodu II.1.2) předběžného oznámení podlimitního zadávacího řízení vyplývá, že se jedná o veřejnou zakázku na dodávky, přičemž v bodu II.1.3) předběžného oznámení podlimitního zadávacího řízení zadavatel uvedl jako předmět veřejné zakázky následující: *„[n]a pozemcích města Chropyně dojde k vybudování plochy veřejné zeleně, která bude sloužit krátkodobé rekreaci obyvatel. V parku budou mlatové cesty a odpočívadla, na jednom z nich bude umístěno vodovodní pítko. V parku bude vybudováno veřejné osvětlení a bude instalován mobiliář (lavičky, odpadkové koše, stojan na kola, info tabule). Součástí parku bude*

*vybudování parkoviště pro osobní auta a rozšíření příjezdové cesty a bude vybudována vodovodní přípojka. Dojde k osazení stromů, založení trvalkových záhonů a založení travnatých ploch, s následnou péčí 3 roky.“*

3. Zadavatel stanovil v bodu II.2.1) předběžného oznámení podlimitního zadávacího řízení předpokládanou hodnotu veřejné zakázky ve výši 3 290 000,- Kč bez DPH.
4. Zadavatel v bodu III.1.1) předběžného oznámení podlimitního zadávacího řízení dále určil, že veřejná zakázka bude zadávána v užším řízení, přičemž v bodu III.3.1) předběžného oznámení podlimitního zadávacího řízení stanovil lhůtu pro vyjádření předběžného zájmu, a to do 7. 3. 2019 do 9:00 hod.
5. V bodu V.1) předběžného oznámení podlimitního zadávacího řízení zadavatel uvedl jako doplňující informace následující: *„[d]le § 58 odst. 5 zákona (...) je užší řízení zahájeno odesláním předběžného oznámení. Dodavatelů mohou sdělit svůj předběžný zájem o veřejnou zakázku. Dle zákona předběžný zájem dodavatel může být vyjádřen jakoukoliv formou. Zadavatel pro zachování transparentnosti doporučuje dodavatelům, aby svůj předběžný zájem doručili elektronicky na adresu: <http://nen.nipez.cz>, anebo písemně v listinné podobě na adresu STILT PROJECTS s.r.o., Dluhonská 1350/43, 750 02 Přerov - obálka označená nápisem „Vyjádření předběžného zájmu pro výše uvedenou zakázku“ nebo prostřednictvím datové schránky - ID: ti3p69t a to do 07. 03. 2019 do 9.00 hodin. Poté bude odeslána výzva k podání žádosti o účast pouze těm dodavatelům, kteří projeví předběžný zájem a dojde k uveřejnění zadávací dokumentace na profilu zadavatele.“*
6. Zadavatel dokumentem označeným jako „Veřejná zakázka na dodávky, služby a související stavební práce pod názvem „Přírodní park Chropyně zadávaná v užším řízení podle § 58 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon nebo „ZZVZ“) - výzva k podání žádosti o účast a k prokázání kvalifikace.“ ze dne 15. 4. 2019 (dále jen „výzva k podání žádosti o účast“) vyzval ty účastníky zadávacího řízení, jež vyjádřili předběžný zájem, k podání žádosti o účast. Lhůtu pro podání žádosti o účast stanovil zadavatel do 13. 5. 2019 do 9:00 hod.
7. Dne 13. 5. 2019 obdržel zadavatel prostřednictvím Národního elektronického nástroje (dále jen „systém NEN“) od dodavatele – Gardenline s.r.o., IČO 27263827, se sídlem Šeříková 405/13, 412 01 Litoměřice (dále jen „navrhovatel“) – jenž nevyjádřil předběžný zájem, „Žádost o účast“ ze dne 7. 5. 2019 (dále jen „žádost navrhovatele o účast“).
8. Jak je zřejmé z dokumentu „Veřejná zakázka „Přírodní park Chropyně“ - žádost o poskytnutí vysvětlení zadávací dokumentace“ ze dne 13. 5. 2019 (dále též „rozhodnutí o neakceptaci žádosti navrhovatele o účast“), který byl navrhovateli doručen dne 13. 5. 2019, zadavatel žádost navrhovatele o účast neakceptoval.
9. Dne 28. 5. 2019 obdržel zadavatel od navrhovatele „Námítky proti rozhodnutí zadavatele o neakceptaci podané žádosti o účast k zadání podlimitní veřejné zakázky „Přírodní park Chropyně“, zadávané v užším řízení“ ze dne 28. 5. 2019 (dále jen „námítky“) proti jeho úkonu spočívajícímu v rozhodnutí o neakceptaci žádosti navrhovatele o účast.
10. Zadavatel svým rozhodnutím ze dne 12. 6. 2019, které bylo navrhovateli doručeno téhož dne, tyto námítky odmítl.

## II. SPRÁVNÍ ŘÍZENÍ SP. ZN. S0249/2019/VZ ZAHÁJENÉ NA NÁVRH

11. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o jím podaných námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 21. 6. 2019 návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „návrh“) u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“).

### Obsah návrhu

12. Navrhovatel v návrhu brojí proti úkonu zadavatele spočívajícímu v rozhodnutí o neakceptaci jeho žádosti o účast v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, neboť takový postup zadavatele je podle navrhovatele v rozporu se základními zásadami zadávání veřejných zakázek stanovenými v § 6 zákona, a dále v rozporu s § 39 odst. 3 zákona a § 58 zákona.
13. Navrhovatel konstatuje, že zákon zadavateli neumožňuje žádost o účast neakceptovat, popř. ji považovat za nepodanou, v souvislosti s čímž odkazuje na § 58 odst. 3 zákona a argumentaci uvedenou v rámci jím podaných námitek, které zadavatel podle jeho názoru řádně nevypořádal.
14. Dále navrhovatel sděluje, že jeho námitky byly ze strany zadavatele odmítnuty na základě názoru, že podání žádosti o účast musí předcházet vyjádření předběžného zájmu coby zákonná nezbytnost. Navrhovatel nesouhlasí se závěry obsaženými v rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 10 As 202/2014-42 ze dne 14. 1. 2015, na který zadavatel na podporu své argumentace v rozhodnutí o námitkách odkazuje, tj. že zadávací řízení lze charakterizovat jako vysoce formalizovaný postup, kde i formální pochybení může vést k negativním důsledkům pro konkrétního dodavatele, neboť takovouto striktně formalistickou aplikaci zákona lze použít pouze v případě, kdy právní norma jednoznačně stanoví konkrétní pravidlo, a to v rozsahu hypotéza, dispozice a sankce, což však není případ zde šetřené věci. Podle navrhovatele by naopak s ohledem na základní zásady zadávání veřejných zakázek, zejména zásady transparentnosti a přiměřenosti, měla být přiměřeně aplikována rovněž zásada „co není zakázáno, je dovoleno“, v důsledku čehož by byl zadavatel povinen žádost o účast podanou i bez předchozího vyjádření předběžného zájmu považovat za řádně podanou, jelikož zákon takové podání žádosti o účast, tj. bez předchozího vyjádření předběžného zájmu, nezakazuje.
15. Nad rámec shora řečeného navrhovatel dodává, že argumentace zadavatele týkající se zákonnosti jeho postupu je značně „pokulhávající“, neboť zcela přehlíží námitku navrhovatele, že pro podání žádosti o účast je nejzásadnější stanovení termínu jejího možného podání. Pakliže by totiž informace o termínu pro podání žádosti o účast nebyla určena co nejširšímu okruhu dodavatelů, mohli by se zadávacího řízení zúčastnit toliko ti dodavatelé, jež vyjádřili předběžný zájem, v důsledku čehož by byla soutěž o veřejnou zakázku nedůvodně zúžena. Dodavatelé, kteří se o veřejné zakázce stejně jako navrhovatel dozvědí až později, by tedy byli ze zadávacího řízení automaticky vyloučeni. Vyjádření předběžného zájmu podle navrhovatele nemůže mít stejné právní následky, jaké jsou spojené s podáním žádosti o účast, resp. s termínem jejího možného podání. S ohledem na shora uvedené a závěry plynoucí z rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0206/2017/VZ-19840/2017/513/IHl ze dne 30. 6. 2017 tak dle navrhovatele nemůže argumentace zadavatele uvedená v rozhodnutí o námitkách obstát, neboť nespĺňuje nároky na ni kladené.

16. Stejně tak dle přesvědčení navrhovatele nemůže obstát ani argumentace zadavatele týkající se nemožnosti podání žádosti o účast prostřednictvím systému NEN bez předchozího vyjádření předběžného zájmu, jelikož skutečnost, že systém NEN nereflktuje mechanismy zákona, není vadou zákona, nýbrž nedostatkem systému NEN, přičemž je zřejmé, že navrhovatel svoji žádost o účast prostřednictvím tohoto systému podal a zadavateli doručil.
17. V dalším navrhovatel konstatuje, že jako značně netransparentní se jeví argumentace zadavatele týkající se úpravy zadávacích podmínek v závislosti na znalosti subjektů vyjadřujících předběžný zájem, kdy zadavatel v podstatě říká, že zadávací podmínky může tzv. „ušít na míru“ spřízněnému dodavateli, pokud bude vědět o jeho předběžném zájmu, popř. zvážit svůj následný postup. V případě, že si zadavatel vykládá smysl institutu vyjádření předběžného zájmu tímto způsobem, je pak podle navrhovatele zřejmé, proč je mu upírána možnost se zadávacího řízení zúčastnit.
18. V závěru návrhu navrhovatel shrnuje, že neakceptace jeho žádosti o účast a rozhodnutí zadavatele o námitkách jsou věcně nesprávné a nemající oporu v zákoně. Navrhovatel tudíž navrhuje, aby Úřad rozhodnutí o neakceptaci jeho žádosti o účast v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, jakož i rozhodnutí o námitkách, zrušil.

#### **Průběh správního řízení**

19. Podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele dnem 21. 6. 2019, kdy Úřad obdržel návrh navrhovatele. Zadavateli byl stejnopis návrhu doručen taktéž dne 21. 6. 2019.
20. Účastníky správního řízení podle § 256 zákona jsou:
  - zadavatel,
  - navrhovatel.
21. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům pod č. j. ÚOHS-S0249/2019/VZ-17630/2019/531/MKi ze dne 25. 6. 2019.
22. Usnesením č. j. ÚOHS-S0249/2019/VZ-18747/2019/531/MKi ze dne 9. 7. 2019 určil Úřad zadavateli lhůtu k provedení úkonu, a to k podání písemného sdělení, zda žádost o účast ze dne 7. 5. 2019 podaná navrhovatelem prostřednictvím systému NEN dne 13. 5. 2019 v 8:13:00 hod. byla chráněna šifrováním jejího obsahu ve smyslu § 5 odst. 3 vyhlášky č. 260/2016 Sb., o stanovení podrobnějších podmínek týkajících se elektronických nástrojů, elektronických úkonů při zadávání veřejných zakázek a certifikátu shody, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „vyhláška“), a k případnému doložení této skutečnosti konkrétními materiály a informacemi.
23. Přípisem č. j. ÚOHS-S0249/2019/VZ-18771/2019/531/MKi ze dne 9. 7. 2019 požádal Úřad Ministerstvo pro místní rozvoj o poskytnutí metodické podpory, resp. zodpovězení dotazu, zda systém NEN umožňuje dodavateli podat žádost o účast v užším řízení zahájeném podle § 58 odst. 2 zákona odesláním předběžného oznámení i bez předchozího vyjádření předběžného zájmu, resp. zda má nevyjádření předběžného zájmu za následek omezení funkcionalit systému NEN vůči takovému dodavateli, tj. zda se dodavateli, jenž nevyjádřil

předběžný zájem, v systému NEN „zneviditelní“ záložka, prostřednictvím níž je možné podat žádost o účast, protože by byl „nucen“ podat žádost o účast prostřednictvím jiné záložky, např. záložky určené pro podávání žádostí o vysvětlení zadávací dokumentace, a současně o poskytnutí součinnosti, a to učinění příslušných procesních kroků, jež povedou ke zjištění, zda žádost o účast podaná navrhovatelem prostřednictvím systému NEN dne 13. 5. 2019 v 8:13:00 hod. byla chráněna šifrováním jejího obsahu podle § 5 odst. 3 vyhlášky, a o následné sdělení této skutečnosti Úřadu, včetně jejího případného doložení konkrétními materiály.

24. Podáním ze dne 6. 8. 2019, jež Úřad obdržel téhož dne, navrhovatel navrhl, aby Úřad vydal předběžné opatření spočívající v nařízení zákazu uzavřít smlouvu zadavateli.
25. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0249/2019/VZ-22134/2019/531/MKi ze dne 12. 8. 2019 Úřad zamítl návrh navrhovatele na nařízení předběžného opatření, jímž by měl být zadavateli uložen zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku.

#### **Vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 28. 6. 2019**

26. Zadavatel se k návrhu vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 28. 6. 2019, jež Úřad obdržel dne 1. 7. 2019, přičemž konstatuje následující.
27. V úvodu zadavatel rekapituluje obsah návrhu, a dále poznamenává, že zásadně nesouhlasí s názorem navrhovatele, že svým dosavadním postupem, tj. zejména neakceptací žádosti navrhovatele o účast, porušil zákon. Zadavatel má naopak za to, že jeho dosavadní postup vychází z důsledné aplikace příslušných ustanovení zákona vztahujících se k užšímu řízení zahájenému podle § 58 odst. 2 zákona. K tomu zadavatel dodává, že žádným způsobem neomezil počet účastníků zadávacího řízení, kdy důvody, pro něž nebyla žádost navrhovatele o účast z jeho strany akceptována, podrobně popsal v rozhodnutí o námitkách.
28. Zadavatel současně nesouhlasí ani s tím, že by se v rámci rozhodnutí o námitkách řádně či vůbec nevypořádal se všemi námitkami či je pouze formalisticky odmítl, jak tvrdí navrhovatel, neboť se v jeho odůvodnění podrobně a srozumitelně vyjádřil ke všem namítaným skutečnostem. Zadavatel je proto přesvědčen, že při vyřizování námitek postupoval v souladu s § 245 odst. 1 zákona.
29. V dalším zadavatel uvádí, že i přes nesouhlas navrhovatele nadále trvá na tom, že v posuzovaném případě muselo podání žádosti o účast předcházet vyjádření předběžného zájmu, přičemž zásadu „co není zakázáno, je dovoleno“ nelze aplikovat obdobně jako zásady zakotvené v § 6 zákona, v souvislosti s čímž odkazuje na § 39 odst. 1 zákona a na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 10 As 202/2014-42 ze dne 14. 1. 2015, z něhož cituje.
30. Zadavatel konstatuje, že nelze souhlasit ani s názorem navrhovatele, že pro posouzení jeho dosavadního postupu je nejzásadnější stanovení termínu pro podání žádosti o účast, neboť jednotlivé termíny byly v zadávacím řízení stanoveny v souladu se zásadou přiměřenosti, přičemž nelze některý z termínů považovat za zásadní, resp. nejzásadnější, jelikož zákon všem termínům přikládá stejnou váhu, resp. stejný stupeň důležitosti. Z toho důvodu zadavatel nemohl při přezkoumávání námitek považovat některý termín za zásadní, resp. nejzásadnější. Zadavatel je tak přesvědčen, že rozhodnutí o námitkách obsahuje všechny navrhovatelem namítané skutečnosti, a že se ke všem těmto skutečnostem podrobným způsobem vyjádřil. V souvislosti s termínem pro podání žádosti o účast

v případech, kdy je užší řízení zahájeno podle § 58 odst. 2 zákona, zadavatel sděluje, že tento termín je zadavatel povinen stanovit až v textu výzvy k podání žádosti o účast vyhotovené v souladu s přílohou č. 6/C zákona, jež je zasílána těm dodavatelům, kteří vyjádřili předběžný zájem. Předmětný termín tudíž podle slov zadavatele není určen neomezenému okruhu potenciálních dodavatelů, jak se nesprávně domnívá navrhovatel, nýbrž jenom těm dodavatelům, kteří vyjádřili svůj předběžný zájem.

31. Podle názoru zadavatele se navrhovatel mýlí i v otázce důležitosti právních důsledků spojených s podáním žádosti o účast, když uvádí, že podáním žádosti o účast je prokazována kvalifikace, zatímco vyjádřením předběžného zájmu není ve vztahu ke kvalifikaci prokazováno ničeho, neboť dodavatel, jenž se rozhodne vyjádřit svůj předběžný zájem o konkrétní veřejnou zakázku prostřednictvím elektronického nástroje, se v něm musí zaregistrovat, přičemž s registrací je spojen závažný právní důsledek, a sice ten, že takový dodavatel se podle § 47 odst. 1 písm. a) zákona stává účastníkem zadávacího řízení. Z toho důvodu není možné souhlasit s názorem navrhovatele, že zadavatel nedůvodně umožňuje účast v zadávacím řízení pouze nekvalifikovaným dodavatelům, přičemž ty kvalifikované automaticky vylučuje, jelikož dodavatel, jenž vyjádřil předběžný zájem, si je plně vědom toho, že v následném průběhu zadávacího řízení bude muset na základě výzvy zadavatele prokázat svou kvalifikaci. Tvrzení navrhovatele týkající se důležitosti právních důsledků tak podle zadavatele nemá oporu v zákoně.
32. Zadavatel uvádí, že dle jeho názoru systém NEN plně reflektuje potřeby a mechanismy zákona, přičemž i nadále trvá na tom, že dodavatel, který nevyjádřil předběžný zájem, nemůže následně prostřednictvím systému NEN podat žádost o účast, aniž by byl zadavatelem k podání žádosti o účast výslovně obeslán.
33. Zadavatel upozorňuje, že konstatací užitou v rozhodnutí o námitkách nebylo v žádném případě myšleno, že by v důsledku znalosti dodavatelů, kteří vyjádřili předběžný zájem, měl následně upravovat zadávací podmínky, jak tvrdí navrhovatel. Tímto bylo dle zadavatele myšleno, že by eventuálně mohl přizpůsobit zadávací podmínky, tj. své požadavky na prokázání kvalifikace, právě s přihlédnutím ke svým znalostem a dosavadním zkušenostem s těmito dodavateli.
34. Zadavatel proto s odkazem na shora předešlé skutečnosti navrhuje, aby Úřad návrh navrhovatele zamítl.

#### **Vyjádření zadavatele ze dne 12. 7. 2019**

35. Zadavatel se k usnesení Úřadu č. j. ÚOHS-S0249/2019/VZ-18747/2019/531/MKi ze dne 9. 7. 2019 vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 12. 7. 2019, jež Úřad obdržel téhož dne, přičemž v něm sděluje, že žádost navrhovatele o účast nebyla chráněna šifrováním jejího obsahu v souladu s požadavky stanovenými vyhláškou. Pro úplnost zadavatel dodává, že všechny ostatní žádosti o účast podané jinými účastníky zadávacího řízení prostřednictvím systému NEN chráněny šifrováním jejich obsahu byly.
36. V dalším pak zadavatel uvádí, že systém NEN, prostřednictvím kterého je posuzovaná veřejná zakázka zadávána, ani nepřipouští možnost podání žádosti o účast bez přechozího vyjádření předběžného zájmu, což je podle něj důvod, proč navrhovatel svou žádost o účast zaslalou



prostřednictvím systému NEN vložil do části „Vysvětlení ZD“, neboť jiný postup mu systém NEN ani neumožnil.

37. Závěrem zadavatel sděluje, že požádal o vyjádření rovněž provozovatele systému NEN, jenž mu mj. sdělil, že obecně platí, že prostřednictvím žádosti o vysvětlení zadávací dokumentace nelze datovou zprávu šifrovat.

### **Vyjádření Ministerstva pro místní rozvoj ze dne 22. 7. 2019**

38. V reakci na žádost č. j. ÚOHS-S0249/2019/VZ-18771/2019/531/MKi ze dne 9. 7. 2019 o poskytnutí metodické podpory a součinnosti Úřad obdržel dne 23. 7. 2019 vyjádření Ministerstva pro místní rozvoj ze dne 22. 7. 2019.
39. V rámci shora specifikovaného vyjádření bylo Úřadu ze strany Ministerstva pro místní rozvoj sděleno, že systém NEN je nastaven takovým způsobem, že v případě, kdy dodavatel v příslušné lhůtě nevyjádřil předběžný zájem, nemá zaktivovanou „ikonu“ pro další fázi zadávacího řízení, čili ikona pro podání žádosti o účast se mu v takovém případě nezobrazí. Jiné záložky, jako např. záložka určená k podávání žádostí o vysvětlení zadávací dokumentace, však pro dodavatele, kteří nevyjádřili předběžný zájem, zůstávají viditelné.
40. V dalším pak bylo Úřadu ze strany Ministerstva pro místní rozvoj na základě informací od technické podpory potvrzeno, že navrhovatel podal prostřednictvím systému NEN dne 13. 5. 2019 v 8:13:00 hod. žádost o poskytnutí vysvětlení zadávací dokumentace, přičemž tato nebyla chráněna šifrováním jejího obsahu v souladu s vyhláškou.

### **III. SPRÁVNÍ ŘÍZENÍ SP. ZN. S0303/2019/VZ ZAHÁJENÉ Z MOCI ÚŘEDNÍ**

41. Úřad zahájení správního řízení oznámil zadavateli, který je podle § 256 zákona jeho jediným účastníkem, pod č. j. ÚOHS-S0303/2019/VZ-21370/2019/531/MKi ze dne 5. 8. 2019, ve kterém uvedl, že získal pochybnosti, zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky postupoval v souladu se zásadou rovného zacházení vymezenou v § 6 odst. 2 zákona, když nepřipustil podání žádostí o účast dodavatelům, kteří neprojevíli předběžný zájem ve smyslu § 58 odst. 5 zákona. Citovaným oznámením tedy Úřad seznámil zadavatele se zjištěnými skutečnostmi, které vymezují předmět správního řízení a které budou podkladem pro rozhodnutí.
42. Dnem 5. 8. 2019, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení zadavateli doručeno, bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 46 odst. 1 správního řádu správní řízení z moci úřední zahájeno.
43. Usnesením č. j. ÚOHS-S0303/2019/VZ-21373/2019/531/MKi ze dne 5. 8. 2019 určil Úřad zadavateli lhůtu, ve které byl oprávněn navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko, a současně lhůtu k provedení úkonu, a to k podání informace Úřadu o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení a zaslání příslušné dokumentace o zadávacím řízení ve smyslu § 216 odst. 1 zákona pořízené v souvislosti s provedenými úkony.

#### **Vyjádření zadavatele ze dne 12. 8. 2019**

44. Zadavatel se k usnesení Úřadu č. j. ÚOHS-S0303/2019/VZ-21373/2019/531/MKi ze dne 5. 8. 2019 vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 12. 8. 2019, jež Úřad obdržel téhož dne, přičemž konstatuje následující.
45. V úvodu zadavatel sděluje, že se ke svému dosavadnímu postupu v zadávacím řízení podrobně vyjádřil v rámci vyjádření k návrhu ze dne 28. 6. 2019, na jehož obsah plně odkazuje.
46. K argumentaci obsažené v předmětném vyjádření k návrhu zadavatel dále uvádí, že žádost navrhovatele o účast ze dne 7. 5. 2019, jež byla podána prostřednictvím systému NEN dne 13. 5. 2019 v 8:13:00 hod., nebyla chráněna šifrováním jejího obsahu ve smyslu § 5 odst. 3 vyhlášky, přičemž jejím přijetím by porušil citované ustanovení vyhlášky, neboť podle něj musí být žádost o účast v elektronickém nástroji chráněna šifrováním jejího obsahu v souladu s požadavky stanovenými touto vyhláškou.
47. Dále zadavatel uvádí, že v souladu s § 28 odst. 1 písm. a) zákona v zadávací dokumentaci stanovil podmínky, jejichž splnění je předpokladem pro účast dodavatelů v užším řízení, přičemž v případě, pokud by akceptoval žádost o účast navrhovatele, jenž nevyjádřil předběžný zájem, porušil by zásadu rovného zacházení zakotvenou v § 6 odst. 2 zákona, neboť by tímto navrhovatele zvýhodnil před dalšími dodavateli, kteří postupovali v souladu se stanovenými zadávacími podmínkami.

#### **IV. SPOLEČNÉ SPRÁVNÍ ŘÍZENÍ SP. ZN. S0249,S0303/2019/VZ**

48. Usnesením č. j. ÚOHS-S0249,S0303/2019/VZ-22244/2019/531/MKi ze dne 13. 8. 2019 Úřad spojil podle § 140 odst. 1 správního řádu správní řízení vedená u Úřadu pod sp. zn. S0249/2019/VZ a sp. zn. S0303/2019/VZ do společného správního řízení vedeného pod sp. zn. S0249,S0303/2019/VZ.
49. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0249,S0303/2019/VZ-20206/2019/531/MKi ze dne 13. 8. 2019 účastníkům správního řízení podle § 261 odst. 3 zákona stanovil lhůtu, v níž se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Žádný z účastníků se ve lhůtě stanovené citovaným usnesením k podkladům rozhodnutí nevyjádřil.

#### **Rozhodnutí Úřadu ze dne 20. 9. 2019**

50. Úřad rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0249,S0303/2019/VZ-25882/2019/531/MKi ze dne 20. 9. 2019 ve výroku I. rozhodl, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky pravidla stanovená pro zadání veřejné zakázky, a to tím, že postupoval v rozporu se zásadou rovného zacházení vymezenou v § 6 odst. 2 zákona, když nepřipustil podání žádostí 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.
51. Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele uvedeného ve výroku I. výše citovaného rozhodnutí Úřad výrokem II. předmětného rozhodnutí podle § 263 odst. 2 zákona zrušil zadávací řízení na veřejnou zakázku.
52. Výrokem III. citovaného rozhodnutí Úřad správní řízení v části, jejíž předmět byl vymezen obsahem návrhu navrhovatele ze dne 21. 6. 2019, o němž bylo původně vedeno samostatné

správní řízení pod sp. zn. S0249/2019/VZ, podle § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu zastavil, neboť žádost navrhovatele, tj. návrh ze dne 21. 6. 2019, se v důsledku zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku stala zjevně bezpředmětnou.

53. Výrokem IV. citovaného rozhodnutí Úřad uložil zadavateli podle § 263 odst. 8 zákona zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, a to až do pravomocného skončení správního řízení vedeného Úřadem pod sp. zn. S0249,S0303/2019/VZ.
54. Současně Úřad výrokem V. citovaného rozhodnutí uložil zadavateli povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000,- Kč.
55. Proti shora citovanému rozhodnutí podal zadavatel rozklad ze dne 4. 10. 2019, který byl Úřadu doručen téhož dne.

#### **Rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 16. 12. 2019**

56. Po projednání rozkladu předseda Úřadu rozhodnutím č.j. ÚOHS-R0176/2019/VZ-34774/321/VJu ze dne 16. 12. 2019, které nabylo právní moci téhož dne (dále jen „druhostupňové rozhodnutí“), ve výroku I. zrušil rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0249,S0303/2019/VZ-25882/2019/531/MKi ze dne 20. 9. 2019 (dále jen „napadené rozhodnutí“) a věc vrátil Úřadu k novému projednání, a dále výrokem II. nařídil podle § 61 odst. 1 správního řádu předběžné opatření spočívající v uložení zakazu zadavateli uzavřít v zadávacím řízení smlouvu na veřejnou zakázku.
57. Předseda Úřadu v rámci odůvodnění druhostupňového rozhodnutí v souvislosti s výrokem I. napadeného rozhodnutí předně obecně shrnuje problematiku užšího řízení, přičemž blíže popisuje jeho třífázovou formu, která vyplývá z § 58 odst. 2 a 5 zákona. Předseda Úřadu konstatuje, že zákon obsahuje úpravu postupu zadavatele v případě, kdy některý z dodavatelů nepodá žádost o účast, nesplní kvalifikační předpoklady či podá vadnou nabídku, neobsahuje však úpravu postupu zadavatele v případě chybějícího, pozdního či neprůkazného vyjádření předběžného zájmu v této třífázové formě užšího řízení. Dále předseda Úřadu sděluje, že v případě třífázového užšího řízení zadavateli vůči těm dodavatelům, kteří vyjádřili předběžný zájem, plyne ze zákona povinnost tyto vyzvat k podání žádosti o účast, avšak již z něj nevyplývá, že dodavatelé, kteří nevyjádřili předběžný zájem, nesmí žádost o účast podat, či že zadavatel jejich žádost o účast nesmí přijmout. Z povinnosti zadavatele vyzývat dodavatele, kteří vyjádřili předběžný zájem, k podání žádosti o účast a sdělit jim zákonem určené informace, pak podle předsedy Úřadu nelze dovodit zákaz adresovaný jiným dodavatelům, tj. dodavatelům, kteří nevyjádřili předběžný zájem, podat žádost o účast, přestože nevyjádřili předběžný zájem. Dodavateli, který si potřebné informace o zadávacím řízení opatří vlastní iniciativou, tak podle předsedy Úřadu nelze a priori odepírat účast v zadávacím řízení pro promeškání toliko neformálního úkonu, jakým je vyjádření předběžného zájmu.
58. V dalším předseda Úřadu konstatuje, že v případě, kdy zákon nestanoví konkrétní postup, je možné, aby zadavatel stanovil zadávací podmínky dle svého uvážení, ovšem za předpokladu, že tyto musí být v souladu se základními zásadami zadávání veřejných zakázek. V obecné rovině je tedy podle předsedy Úřadu možné, aby zadavatel stanovil, že nepřipustí účast těch dodavatelů, kteří nevyjádřili předběžný zájem, resp. že takovým dodavatelům ani neumožní podání žádosti o účast. Takto stanovená zadávací podmínka

nicméně musí být v souladu se základními zásadami zadávání veřejných zakázek, tj. musí být předně transparentní, tedy jasná a předem známá, přičemž ji nelze dotvářet až v konkrétní situaci, dále musí být v souladu se zásadou přiměřenosti, zásadou rovného zacházení a zásadou zákazu diskriminace.

59. V dalším předseda Úřadu označuje závěr plynoucí z odůvodnění napadeného rozhodnutí, a sice že si zadavatel nesmí předem vymínit možnost nepřipustit v užším řízení zahájeném uveřejněním předběžného oznámení účast dodavatele, který nevyjádřil předběžný zájem, za nesprávný, tzn. zadavatel může učinit výhradu, že neumožní podat žádost o účast těm dodavatelům, kteří nevyjádřili předběžný zájem. Předseda Úřadu však poznamenává, že pokud si zadavatel takovou možnost nevymíní, a dodavatel, který nevyjádřil předběžný zájem, podá žádost o účast, měl by zadavatel jeho žádost o účast umožnit a dále připustit, neboť v opačném případě by se dopustil porušení zásady transparentnosti, jelikož ze zadávacích podmínek ani ze zákona nelze jeho postup předvídat.
60. V návaznosti na shora uvedené předseda Úřadu zdůrazňuje, že zadavatel si v předběžném oznámení podlimitního zadávacího řízení nevymínil, že nepřipustí podání žádostí o účast v užším řízení těmi dodavatelí, kteří nevyjádřili předběžný zájem, ačkoliv dne 13. 5. 2019 navrhovateli sdělil, že jeho žádost o účast podanou bez předchozího vyjádření předběžného zájmu považuje za nepodanou.
61. V dalším předseda Úřadu konstatuje, že v posuzovaném případě nedošlo k porušení zásady rovného zacházení, čili nedošlo k tomu, že by zadavatel vůči různým dodavatelům nacházejícím se ve stejné situaci postupoval rozdílně, neboť nevyjádření předběžného zájmu coby objektivní okolnost od sebe odlišovala postavení dodavatelů v zadávacím řízení, kteří se tudíž nemohli nacházet ve stejném postavení. Proto předseda Úřadu přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí.
62. Předseda Úřadu dále v souvislosti se zásadou rovného zacházení odkazuje na závěry plynoucí z rozsudku Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SDEU“) ze dne 22. 6. 1993 ve věci C-243/89 Komise proti Dánskému království (tzv. případ Storebælt) a z rozsudku SDEU ze dne 8. 10. 1980 ve věci C-810/79 (tzv. případ Überschär). V souvislosti se zásadou transparentnosti pak předseda Úřadu odkazuje na závěry plynoucí z rozsudku SDEU ze dne 29. 4. 2019 ve věci C-496/99 P, přičemž konstatuje, že Úřad by se měl v dalším řízení zabývat tím, zda postup zadavatele odpovídal nárokům kladeným zejména zásadou transparentnosti.
63. V dalším se předseda Úřadu vyjadřuje k některým rozkladovým námitkám, když v souvislosti s otázkou vlivu postupu zadavatele na výběr dodavatele označuje názor zadavatele, že hospodářská soutěž nebyla omezena, neboť 6 dodavatelů vyjádřilo předběžný zájem, za nesprávný, neboť skutečnost, že se několik subjektů stalo účastníky zadávacího řízení, ještě neznamená, že byl zadavatelův postup v souladu se zákonem, nebo že nemohl mít vliv na jiné účastníky, celkovou „šíři“ hospodářské soutěže či nejvýhodnější nabídku. V souvislosti se shora uvedeným předseda Úřadu odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 2/2017-79 ze dne 7. 6. 2018 a na rozsudek téhož soudu č. j. 62 Af 7/2010-135 ze dne 2. 3. 2010.
64. V další části odůvodnění druhostupňového rozhodnutí pak předseda Úřadu vyjadřuje závazný právní názor pro následující postup Úřadu, a sice že Úřad při 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.“*

65. K nařízení předběžného opatření předseda Úřadu uvádí, že z důvodu stávajícího procesního stavu správního řízení, a s ohledem na skutečnost, že napadené rozhodnutí zrušil včetně výroku zajišťujícího účel správního řízení, a že zákonná blokační lhůta podle § 246 odst. 1 písm. d) zákona již uběhla, dospěl k závěru o možné absenci jakéhokoliv zajištění účelu správního řízení v době po nabytí právní moci výroku I. druhostupňového rozhodnutí, a proto rozhodl o nařízení předběžného opatření ve smyslu § 61 odst. 1 správního řádu.

#### **Nové projednání věci Úřadem**

66. Úřad poté, co mu byla věc vrácena k novému projednání, přípisem č. j. ÚOHS-S0249,S0303/2019/VZ-35143/2019/531/MKe ze dne 23. 12. 2019 účastníky řízení vyzval k pokračování správního řízení.
67. Přípisem č. j. ÚOHS-S0249,S0303/2019/VZ-35552/2019/531/MKe ze dne 6. 1. 2020 Úřad seznámil účastníky řízení s novými skutečnostmi ve správním řízení, a to konkrétně s tím, že získal pochybnosti, zda zadavatel v zadávacím řízení postupoval v souladu se zásadou transparentnosti stanovenou v § 6 odst. 1 zákona, když v zadávacích podmínkách nestanovil, že nebude akceptovat žádosti o účast od dodavatelů, kteří nevyjádřili předběžný zájem ve smyslu § 58 odst. 5 zákona, avšak následně neakceptoval žádost o účast od navrhovatele, který předběžný zájem ve smyslu shora citovaného ustanovení zákona nevyjádřil. Citovaným přípisem byl tedy předmět správního řízení původně vymezený obsahem oznámení o zahájení správního řízení z moci úřední ze dne 5. 8. 2019 (S0303/2019/VZ) (viz bod 41. odůvodnění tohoto rozhodnutí) rozšířen i o výše uvedené skutečnosti, přičemž předmět správního řízení vymezený obsahem návrhu navrhovatele ze dne 21. 6. 2019 je i nadále vymezen totožně, tzn. obsahem návrhu navrhovatele.
68. Usnesením č. j. ÚOHS-00318/2020/531/MKe ze dne 7. 1. 2020 stanovil Úřad zadavateli lhůtu, v níž byl oprávněn navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko.
69. Usnesením č. j. ÚOHS-01508/2020/531/MKe ze dne 15. 1. 2020 stanovil Úřad účastníkům řízení lhůtu, v níž se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Žádný z účastníků se ve lhůtě stanovené citovaným usnesením Úřadu k podkladům rozhodnutí nevyjádřil.

#### **Vyjádření zadavatele ze dne 13. 1. 2020**

70. Zadavatel se k usnesení Úřadu č. j. ÚOHS-00318/2020/531/MKe ze dne 7. 1. 2020 vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 13. 1. 2020, které Úřad obdržel téhož dne, přičemž v něm sděluje následující.
71. Zadavatel primárně konstatuje, že postupoval v souladu se zásadou transparentnosti, když nepřijal žádost o účast navrhovatele, která byla podána po lhůtě pro vyjádření předběžného

zájmu. K tomu zadavatel dodává, že v bodě V.1) předběžného oznámení podlimitního zadávacího řízení, a to konkrétně v poslední větě předmětného bodu, předem stanovil, že výzva k podání žádosti o účast bude odeslána pouze těm dodavatelům, jež vyjádřili předběžný zájem. Zadavatel se tudíž neztotožňuje se závěrem obsaženým v druhostupňovém rozhodnutí, že nebylo možné předvídat postup zadavatele, pokud příslušný dodavatel nevyjádřil předběžný zájem, jelikož postup zadavatele byl vyjádřen zcela srozumitelným způsobem, neboť z dané zadávací podmínky jednoznačně vyplývá, že výzva k podání žádosti o účast bude zadavatelem odeslána pouze těm dodavatelům, kteří vyjádřili předběžný zájem.

72. Zadavatel má za to, že nebylo jeho povinností v zadávací dokumentaci předem uvádět svůj postup pro případ, že by byla podána žádost o účast od dodavatele, jenž nevyjádřil předběžný zájem, a proto ani nebyl k podání žádosti o účast vyzván. Pokud by měl platit názor Úřadu, že tomu tak mělo být, bylo by v zájmu dodržení zásady transparentnosti nezbytné uvádět v zadávací dokumentaci všechny postupy zadavatele, které mohou v užším řízení nastat, např. jak bude zadavatel postupovat, jestliže konkrétní dodavatel podá nabídku, aniž by podal žádost o účast, což zadavatel pokládá za nesmysl.
73. Zadavatel závěrem svého stanoviska vyslovuje přesvědčení, že při stanovení zadávacích podmínek postupoval důsledně v souladu se zásadou transparentnosti, a že nebyl povinen předem uvádět, jak naloží s případnými žádostmi o účast od dodavatelů, kteří zadavatelem nebyli výslovně vyzváni k jejich podání.

## V. ZÁVĚRY ÚŘADU

74. Úřad na základě § 248 a následujících ustanovení zákona přezkoumal znovu případ ve všech vzájemných souvislostech, a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o zadávacím řízení, vyjádření předložených účastníky řízení, vlastních zjištění a při zohlednění závěrů druhostupňového rozhodnutí rozhodl o tom, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky pravidla stanovená pro zadání veřejné zakázky, a to tím, že postupoval v rozporu se zásadou transparentnosti vymezenou v § 6 odst. 1 zákona, když součástí zadávacích podmínek neučinil výhradu, že nepřipustí v užším řízení zahájeném odesláním předběžného oznámení k uveřejnění podle § 58 odst. 2 zákona podání žádosti o účast a tedy nepřipustí účast v zadávacím řízení těm dodavatelům, kteří nevyjádřili předběžný zájem podle § 58 odst. 5 zákona, avšak následně nepřipustil účast v zadávacím řízení navrhovateli, který předběžný zájem podle § 58 odst. 5 zákona nevyjádřil, v důsledku čehož je postup zadavatele nepředvídatelný, a proto netransparentní, přičemž tento postup mohl ovlivnit výběr dodavatele, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

### Relevantní ustanovení zákona

75. Podle § 6 odst. 1 zákona musí zadavatel při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
76. Podle § 28 odst. 1 písm. a) zákona se zadávacími podmínkami pro účely tohoto zákona rozumí veškeré zadavatelem stanovené podmínky průběhu zadávacího řízení, podmínky účasti v zadávacím řízení, pravidla pro snížení počtu účastníků zadávacího řízení nebo snížení

počtu předběžných nabídek nebo řešení, pravidla pro hodnocení nabídek a další podmínky pro uzavření smlouvy na veřejnou zakázku podle § 104.

77. Podle § 39 odst. 1 zákona zadavatel postupuje v zadávacím řízení podle pravidel stanovených tímto zákonem a je přitom povinen dodržet stanovené zadávací podmínky. Pokud pravidla pro průběh zadávacího řízení tento zákon nestanoví, určí je zadavatel v souladu se zásadami podle § 6.
78. Podle § 58 odst. 2 zákona zadavatel podle § 4 odst. 1 písm. c) až e) může užší řízení zahájit také odesláním předběžného oznámení podle § 34 k uveřejnění způsobem podle § 212, pokud jím vyzývá k projevení předběžného zájmu dodavatelů. V takovém případě zadavatel předběžným oznámením splní povinnosti, pro jejichž splnění tento zákon jinak vyžaduje odeslání oznámení o zahájení zadávacího řízení.
79. Podle § 58 odst. 5 zákona pokud je užší řízení zahájeno odesláním předběžného oznámení, může být předběžný zájem dodavatele vyjádřen jakoukoliv formou. Zadavatel písemně vyzve všechny účastníky zadávacího řízení, kteří vyjádřili předběžný zájem, k podání žádostí o účast. Výzva k podání žádosti o účast musí obsahovat náležitosti stanovené v příloze č. 6 k tomuto zákonu. Výzvu k podání žádosti o účast odešle zadavatel nejdříve 35 dní po odeslání předběžného oznámení k uveřejnění a nejpozději 12 měsíců po odeslání předběžného oznámení k uveřejnění.

#### **Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení**

80. Jak je zřejmé z bodu III.3.1) předběžného oznámení podlimitního zadávacího řízení, mohli dodavatelé jejich předběžný zájem o šetřenou veřejnou zakázku vyjádřit do 7. 3. 2019 do 09:00 hod.
81. V bodu V.1) předběžného oznámení podlimitního zadávacího řízení zadavatel uvedl jako doplňující informace následující: *„[d]le § 58 odst. 5 zákona (...) je užší řízení zahájeno odesláním předběžného oznámení. Dodavatelů mohou sdělit svůj předběžný zájem o veřejnou zakázku. Dle zákona předběžný zájem dodavatel může být vyjádřen jakoukoliv formou. Zadavatel pro zachování transparentnosti doporučuje dodavatelům, aby svůj předběžný zájem doručili elektronicky na adresu: <http://nen.nipez.cz>, anebo písemně v listinné podobě na adresu STILT PROJECTS s.r.o., Dluhonská 1350/43, 750 02 Přerov - obálka označená nápisem „Vyjádření předběžného zájmu pro výše uvedenou zakázku“ nebo prostřednictvím datové schránky - ID: ti3p69t a to do 07. 03. 2019 do 9.00 hodin. Poté bude odeslána výzva k podání žádosti o účast pouze těm dodavatelům, kteří projevili předběžný zájem a dojde k uveřejnění zadávací dokumentace na profilu zadavatele.“*
82. Z dokumentu „Strukturovaná data podání“ vyplývá, že zadavatel obdržel vyjádření předběžného zájmu celkem od 6 dodavatelů. Z předmětného dokumentu je současně zřejmé, že zadavatel od navrhovatele vyjádření předběžného zájmu neobdržel.
83. Z dokumentu „Veřejná zakázka na dodávky, služby a související stavební práce pod názvem „Přírodní park Chropyně zadávaná v užším řízení podle § 58 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon nebo „ZZVZ“) - výzva k podání žádosti o účast a k prokázání kvalifikace.“ ze dne 15. 4. 2019, tj. z výzvy k podání žádosti o účast, vyplývá, že zadavatel vyzval ty účastníky zadávacího řízení, jež vyjádřili předběžný zájem, k podání žádosti o účast.

84. Zadavatel obdržel od navrhovatele, který nevyjádřil předběžný zájem, dne 13. 5. 2019 v 8:13:00 hod. prostřednictvím systému NEN podání označené jako „Žádost o účast“, tj. žádost navrhovatele o účast, které bylo navrhovatelem v předmětném systému nahráno do záložky „Žádost o poskytnutí vysvětlení zadávací dokumentace“.
85. V dokumentu nazvaném „Veřejná zakázka „Přírodní park Chropyně“ - žádost o poskytnutí vysvětlení zadávací dokumentace“ ze dne 13. 5. 2019, tj. v rozhodnutí o neakceptaci žádosti navrhovatele o účast, zadavatel mj. uvedl, že z důvodu nevyjádření předběžného zájmu „(...) *nemůže (...) Vaši (tj. navrhovatelovu, pozn. Úřadu) nabídku<sup>1</sup> podanou prostřednictvím žádosti o vysvětlení zadávací dokumentace ze dne 13. 05.2019 považovat za podanou.*“

#### **K výroku I. tohoto rozhodnutí**

86. Navrhovatel v podaném návrhu brojí proti úkonu zadavatele spočívajícímu v neakceptaci jeho žádosti o účast v zadávacím řízení na šetřenou veřejnou zakázku z důvodu, že navrhovatel včas, tj. do dne 7. 3. 2019 do 9:00 hod., nevyjádřil svůj předběžný zájem. Navrhovatel v souvislosti s rozporovaným úkonem zadavatele odkazuje na zadávací podmínku, v níž zadavatel stanovil lhůtu pro podání žádosti o účast do dne 13. 5. 2019 do 9:00 hod., kterou považuje pro posouzení věci za zcela zásadní, přičemž namítá, že zákon zadavateli neumožňuje žádost o účast neakceptovat či ji považovat za nepodanou. Současně navrhovatel nesouhlasí s argumentací zadavatele založenou na jeho názoru, že podání žádosti o účast musí nutně předcházet vyjádření předběžného zájmu, jelikož zadavatel by se měl naopak za účelem získání nejvýhodnější nabídky snažit o oslovení co nejširšího okruhu dodavatelů působících na relevantním trhu. Meritem sporu mezi zadavatelem a navrhovatelem je tedy to, zda žádost navrhovatele o účast v zadávacím řízení na veřejnou zakázku měla být ze strany zadavatele akceptována, ačkoliv navrhovatel nevyjádřil předběžný zájem, či nikoliv.
87. Úřad uvádí, že šetřené zadávací řízení bylo podle § 58 odst. 2 zákona zahájeno dne 28. 1. 2019, kdy zadavatel odeslal předběžné oznámení k uveřejnění do Věstníku veřejných zakázek. Jak je zřejmé ze shora citovaného ustanovení zákona, užší řízení jsou tímto způsobem oprávněni zahájit zadavatelé podle § 4 odst. 1 písm. c) až e) zákona. Zadavatel, coby územní samosprávný celek, je prokazatelně veřejným zadavatelem ve smyslu § 4 odst. 1 písm. d) zákona, a lze tudíž konstatovat, že zadavatel mohl tímto způsobem užší řízení na předmětnou veřejnou zakázku zahájit.
88. Úřad dále v obecné rovině konstatuje, že „klasické“ užší řízení se vnitřně rozpadá do dvou relativně samostatných fází, které však nelze vnímat izolovaně, nýbrž v jejich vzájemné souvztažnosti. První fáze užšího řízení slouží k prokazování kvalifikace. Dodavatelé v této fázi podávají písemnou žádost o účast a prokazují splnění kvalifikace ve lhůtě stanovené zadavatelem. První fáze užšího řízení tak slouží k vyeliminování těch účastníků zadávacího řízení, jež nesplňují kvalifikační předpoklady pro její řádné plnění. Aдекватně nastavené kvalifikační předpoklady ze strany zadavatele jsou tedy jakýmsi „sítím“, které má zamezit účasti subjektů neschopných danou veřejnou zakázku řádně splnit. Ty účastníky zadávacího řízení, kteří neprokázali splnění kvalifikace, zadavatel vyloučí z další účasti v zadávacím řízení. Tato prvotní fáze užšího řízení končí, zjednodušeně řečeno, ve chvíli, kdy

<sup>1</sup> Zadavatel se na tomto místě dopustil zjevného písařského pochybení, když použil pojem „nabídka“ namísto pojmu „žádost o účast“.



má zadavatel postaveno najisto, kteří účastníci zcela prokázali splnění kvalifikace. Zadavatel následně účastníky zadávacího řízení, jež prokázali splnění kvalifikace, vyzve k podání nabídky, čímž se užší řízení dostává do své druhé fáze.

89. Od shora popsaného „klasického“ průběhu užšího řízení vykazuje užší řízení zahájené postupem dle § 58 odst. 2 zákona jistou odlišnost. Takové užší řízení je totiž z hlediska jeho chronologie fakticky „třífázové“. Pakliže je tedy užší řízení na základě výše uvedeného ustanovení zákona zahájeno odesláním předběžného oznámení k uveřejnění, pak se v podstatě před dvě fáze užšího řízení dostává jakási „předběžná fáze“ spočívající v projevení předběžného zájmu o veřejnou zakázku; podání žádosti o účast v takovém případě standardně předchází ještě vyjádření předběžného zájmu. Zadavatel, pakliže se rozhodne pro zahájení užšího řízení postupem dle § 58 odst. 2 zákona, je povinen v předběžném oznámení stanovit mj. i lhůtu pro doručení vyjádření předběžného zájmu, či adresu, na níž má být vyjádření předběžného zájmu zasláno. Ve zde projednávané věci stanovil zadavatel v předběžném oznámení podlimitního zadávacího řízení lhůtu pro vyjádření předběžného zájmu do 7. 3. 2019 do 09:00 hod.
90. Co se týče samotného institutu předběžného zájmu, pak Úřad sděluje, že se jedná o zcela ojedinělý, nequalifikovaný institut, kdy s ohledem na skutečnost, že zákon žádným způsobem neukládá požadavky na jeho formu, jak explicitně stanoví § 58 odst. 5 zákona věta první zákona, k jeho vyjádření ad absurdum postačuje jakýkoliv projev vůle, z něž bude seznatelné, kdo (jaká osoba) jej vyjadřuje, k jaké veřejné zakázce/zadávacímu řízení se vztahuje, a že osoba, která jej činí, je k takovému jednání oprávněna, a bude naplňovat znaky právního jednání ve smyslu § 545 a násl. zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů. Lze si tak reálně představit, že předběžný zájem může být vyjádřen např. i ústně či telefonicky. Úřad ponechává stranou, zda by i takto projevený předběžný zájem byl v souladu se zásadou transparentnosti, nicméně je podstatné, že zákon žádné formální požadavky na předběžný zájem neklade, kdy při využití výše zmíněných možností by pak bylo na svědomí zadavatele, kterak se takto vyjádřený předběžný zájem projeví v dokumentaci o zadávacím řízení. K vyjádření předběžného zájmu tudíž postačuje zcela elementární úkon spočívající v projevení informace zadavateli, jejímž obsahem může být např. pouze jedna stručná věta ve znění *„Společnost XX tímto projevuje svůj předběžný zájem o veřejnou zakázku YY.“*
91. Z předchozího bodu odůvodnění tohoto rozhodnutí vyplývá, že vyjádření předběžného zájmu představuje neformální úkon. V tomto je třeba spatřovat značný rozdíl oproti „dalším projevům vůle“ dodavatelů, resp. účastníků zadávacího řízení, které v průběhu užšího řízení přicházejí do úvahy, a sice typicky žádosti o účast a nabídky. Vyšší stupeň formálnosti, v komparaci s předběžným zájmem, spočívá již v tom, že jak žádost o účast, tak i nabídka, musí být zadavateli podány písemně (viz § 28 odst. 1 písm. d) a f) zákona), přičemž se jedná o dokumenty, na něž jsou zákonem kladeny konkrétní formální požadavky, čehož projevem je to, že musí mj. obsahovat příslušné dokumenty požadované zadavatelem v zadávací dokumentaci; instituty „předběžný zájem“ a „žádost o účast“ tak nelze z hlediska jejich formální a obsahové stránky stavět na roveň. Ačkoliv je možno ze zákona vyjádřit předběžný zájem jakoukoliv formou, čili případně i ústně, nelze popřít, že na základě § 47 odst. 1 písm. a) zákona se subjekt, jenž vyjádřil předběžný zájem podle § 58 odst. 5 zákona, stává

účastníkem zadávacího řízení, avšak § 47 zákona se vznikem účastenství v zadávacím řízení spojuje i další instituty.

92. Jak bylo řečeno shora, tím, že dodavatel vyjádří svůj předběžný zájem, stává se účastníkem zadávacího řízení, tj. účastníkem užšího řízení zahájeného na základě § 58 odst. 2 zákona. Podle § 58 odst. 5 věty druhé zákona platí, že zadavatel vyzve všechny účastníky zadávacího řízení, kteří vyjádřili předběžný zájem, k podání žádosti o účast. Na tuto povinnost zadavatele lze z pozice účastníka zadávacího řízení nahlížet jako na výhodu plynoucí z toho, že ve lhůtě stanovené zadavatelem vyjádřil předběžný zájem, jelikož na základě tohoto administrativně nenáročného úkonu jej zadavatel k podání žádosti o účast vyzývá automaticky. Účastník zadávacího řízení tak nemusí věnovat zvýšenou pozornost tomu, v jaké fázi se aktuálně zadávací řízení nachází, neboť má vlivem vyjádření předběžného zájmu jistotu, že jej zadavatel musí k podání žádosti o účast vyzvat a informovat jej, do jakého termínu má být žádost o účast podána, přičemž je následně na uvážení takového účastníka, zda žádost o účast podá či nikoliv. Dodavatel, který vyjádřil předběžný zájem, se tak nachází v určitém „komfortnějším“ postavení, ve srovnání s dodavatelem, jenž předběžný zájem nevyjádřil, nicméně, jak uvedl předseda Úřadu v druhostupňovém rozhodnutí, pokud si jakýkoliv dodavatel potřebné informace o veřejné zakázce, jež jsou jinak obsahem výzvy k podání žádosti o účast, opatří na základě vlastní iniciativy, není možné mu a priori odepírat účast v zadávacím řízení z důvodu promeškání zcela neformálního úkonu, který spočívá ve vyjádření předběžného zájmu.
93. Úřad sděluje, že v odůvodnění napadeného rozhodnutí mj. konstatoval, že vyjádření předběžného zájmu představuje ze své povahy zcela neformální úkon dodavatele, a že žádné ustanovení zákona nestanovuje pro zadavatele zákaz, aby akceptoval žádost o účast podanou takovým dodavatelem, který předběžný zájem nevyjádřil. Těmto závěrům přisvědčil i předseda Úřadu, když v bodě 25. odůvodnění druhostupňového rozhodnutí mj. uvedl, že nikde ze zákona neplyne, že ti dodavatelé, kteří nevyjádřili předběžný zájem, následně nesmí podat žádost o účast, resp. že zadavatel není oprávněn žádosti o účast od těchto dodavatelů přijmout.
94. Úřad v dalším, s odkazem na výše popsané, vyslovil v napadeném rozhodnutí závěr, že zákon nedává zadavateli prostor k tomu, aby nepřijal žádosti o účast i od těch dodavatelů, kteří ve lhůtě pro vyjádření předběžného zájmu tento jejich předběžný zájem nevyjádřili, kdy vzhledem k tomuto závěru dospěl k tomu, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky zásadu rovného zacházení dle § 6 odst. 2 zákona, když nepřipustil podání žádostí o účast těm dodavatelům, kteří nevyjádřili předběžný zájem ve smyslu § 58 odst. 5 zákona. Úřad tak měl v napadeném rozhodnutí za to, že zákon zadavateli neumožňuje, aby si vyhradil, že nepřijme žádost o účast od dodavatele, jenž nevyjádřil předběžný zájem, což Úřad dovozoval i s ohledem na prosoutěžní charakter zákona. S tímto závěrem Úřadu se nicméně předseda Úřadu neztotožnil, přičemž v druhostupňovém rozhodnutí upozornil, že tam, kde zákon nestanoví konkrétní postup, může zadavatel stanovit zadávací podmínky dle svého uvážení, avšak s tím, že tyto musí být v souladu se základními zásadami zadávání veřejných zakázek ve smyslu § 6 zákona. Podle předsedy Úřadu je tak v obecné rovině možné, aby zadavatel stanovil, že neumožní účast v soutěži o veřejnou zakázku těm dodavatelům, kteří nevyjádřili předběžný zájem, resp. že takovým dodavatelům ani neumožní podání žádostí o účast. Takto stanovená zadávací podmínka musí být ovšem

předně souladná se zásadou transparentnosti, což znamená, že musí být jasná a předem známá, tzn. nelze ji vytvářet až dodatečně. Předseda Úřadu dále podotkl, že v případě, že si zadavatel předem nevyhradí, že nepřijme žádost o účast od dodavatele, který nevyjádřil předběžný zájem, a takový dodavatel podá žádost o účast, měl by zadavatel jeho žádost o účast jednak umožnit a dále připustit, a to proto, že pokud zadavatel takto neučiní, poruší zásadu transparentnosti, jelikož ani ze zákona, ani ze zadávacích podmínek, není možné jeho postup předvídat (viz body 26. a 27. odůvodnění druhostupňového rozhodnutí). S ohledem na předmětný závěr předsedy Úřadu, resp. vzhledem k jeho závaznému právnímu názoru pro následující postup Úřadu (viz bod 64. odůvodnění tohoto rozhodnutí) získal Úřad pochybnosti, zda zadavatel v zadávacím řízení postupoval v souladu se zásadou transparentnosti vymezenou v § 6 odst. 1 zákona, když v zadávacích podmínkách nestanovil, že nebude akceptovat žádosti o účast od dodavatelů, kteří nevyjádřili předběžný zájem ve smyslu § 58 odst. 5 zákona, avšak následně neakceptoval žádost o účast od navrhovatele, který předběžný zájem ve smyslu shora citovaného ustanovení zákona nevyjádřil. Z toho důvodu Úřad následně přípisem č. j. ÚOHS-S0249,S0303/2019/VZ-35552/2019/531/MKe ze dne 6. 1. 2020 rozšířil předmět správního řízení sp. zn. S0303/2019/VZ, zahájeného z moci úřední, původně vymezený obsahem oznámení o zahájení správního řízení z moci úřední ze dne 5. 8. 2019 i o výše uvedené skutečnosti (viz bod 67. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

95. Úřad se tedy v novém projednání věci zabýval tím, zda zadavatel v zadávacím řízení postupoval v souladu se zásadou transparentnosti dle § 6 odst. 1 zákona, když v zadávacích podmínkách nestanovil, že nebude akceptovat žádosti o účast od dodavatelů, kteří nevyjádřili předběžný zájem ve smyslu § 58 odst. 2 zákona, avšak následně neakceptoval žádost o účast od navrhovatele, který předběžný zájem ve smyslu shora citovaného ustanovení zákona nevyjádřil. K tomu Úřad konstatuje následující.
96. Úřad předně uvádí, že zásada transparentnosti zadávání veřejných zakázek je vedle zásady rovného zacházení, zásady zákazu diskriminace a zásady přiměřenosti jednou ze základních zásad, jež musí být zadavatelem dodržena v průběhu celého zadávacího řízení. Zásada transparentnosti úzce souvisí s tím, že veřejné zakázky jsou hrazeny z veřejných rozpočtů, a proto je dán zájem na tom, aby takové nakládání s veřejnými prostředky mohlo podléhat široké i průběžné kontrole, kterou lze zajistit právě tím, že zadávání bude probíhat transparentně. Zásada transparentnosti má zajistit, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem. Transparentnost procesu zadávání veřejných zakázek je nejen podmínkou existence účinné konkurence mezi dodavateli, nýbrž je také předpokladem účelného vynakládání veřejných prostředků.
97. Úřad doplňuje, že velmi rozsáhle se zásadou transparentnosti zabýval Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010-159, který potvrzuje interpretaci Krajského soudu v Brně podanou v rozsudku č. j. 62 Ca 31/2008-114 ze dne 19. 1. 2010 tak, že požadavek na transparentnost 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. V rozsudku č. j. 62 Af 50/2011-72 ze dne 15. 2. 2012 pak Krajský soud v Brně dovodil, 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.*

*(...) Porušením této zásady pak je jakékoli jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost zadávacího řízení.“. Obdobný závěr učinil rovněž Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 9 Afs 78/2012 – 28 ze dne 25. 7. 2013, ve kterém konstatoval, že „(...) smyslem zásady transparentnosti je dosažení toho, aby průběh veřejné zakázky byl zcela zřetelný a do jisté míry předvídatelný. Pouze za splnění této premisy je možné přistoupit k veřejné kontrole veřejných zakázek. Nezbytnost transparentního řízení vyplývá také z prevence před potenciálním korupčním jednáním a před dohodami, jež by mohly narušovat volnou soutěž mezi dodavateli. Princip transparentnosti se tak promítá do celého průběhu řízení o veřejné zakázce.“.*

98. Úřad uvádí, že z druhostupňového rozhodnutí vyplývá, že zadavatel si může v zadávacích podmínkách užšího řízení zahájeného odesláním předběžného oznámení k uveřejnění podle § 58 odst. 2 zákona stanovit, že nepřipustí podání žádostí o účast těm dodavatelům, kteří nevyjádřili předběžný zájem podle § 58 odst. 5 zákona. Zákon tedy umožňuje, aby si zadavatel učinil výhradu, že nebude akceptovat žádosti o účast těch dodavatelů, jež nevyjádřili předběžný zájem; v takovém případě tedy vyjádření předběžného zájmu představuje nezbytný předpoklad pro možnou účast dodavatele v zadávacím řízení. Zadavatel má tudíž na výběr, zda tuto výhradu učiní, či nikoliv. K tomu však Úřad akcentuje, že pakliže se zadavatel rozhodne danou výhradu učinit, pak ji musí potenciálním dodavatelům oznámit předem. Potenciální dodavatelé tak musí být případně prostřednictvím zadávacích podmínek seznámeni s tím, že k tomu, aby mohli podat žádost o účast, jež bude zadavatelem akceptována, musí primárně vyjádřit předběžný zájem. Dle přesvědčení Úřadu je pak zadavatel v takovém případě žádosti o účast podané dodavateli, kteří jeho výhradu nerespektovali, oprávněn, resp. povinen nepřijmout. Zadavatel tak musí, jestliže bude jako předpoklad pro podání žádosti o účast požadovat vyjádření předběžného zájmu, tento svůj požadavek vtělit do zadávacích podmínek, a tím jej dát všem potenciálním dodavatelům najevo. Úřad konstatuje, že pokud zadavatel předmětnou výhradu součástí zadávacích podmínek neučiní, pak je jeho povinností přijmout žádosti o účast i od dodavatelů, kteří předběžný zájem nevyjádřili; tito dodavatelé se pak stávají účastníky užšího řízení zahájeného odesláním předběžného oznámení k uveřejnění právě na základě podání žádosti o účast (viz § 47 odst. 1 písm. b) zákona). Úřad zdůrazňuje, že tato výhrada musí být skutečně obsažena již v zadávacích podmínkách. Jedině tak ji lze totiž označit za souladnou se zásadou transparentnosti. Zadavatel tudíž není oprávněn danou výhradu činit až ex post, čili až v průběhu zadávacího řízení, tj. následně nepřijmout žádost o účast od dodavatelů, kteří nevyjádřili předběžný zájem, jestliže si toto nevymínil v zadávacích podmínkách, jak ostatně explicitně plyne z druhostupňového rozhodnutí.
99. Úřad po přezkoumání zadávacích podmínek šetřené veřejné zakázky zjistil, že zadavatel jejich součástí výhradu, že nebude přijímat žádosti o účast bez předchozího vyjádření předběžného zájmu, neučinil. Úřad má tak za prokázané, že ve zde projednávané věci nebyla zadavatelem v rámci zadávacích podmínek stanovena výhrada, že nebude akceptovat žádosti o účast od těch dodavatelů, kteří nevyjádřili předběžný zájem podle § 58 odst. 5 zákona; přijetí žádosti o účast zadavatelem tedy nebylo zadávacími podmínkami podmíněno předchozím vyjádřením předběžného zájmu. Ve světle výše popsaného je tudíž možno konstatovat, že zadavatel měl povinnost přijmout žádosti o účast podané i těmi dodavateli, kteří předběžný zájem podle § 58 odst. 5 zákona nevyjádřili, a tyto dodavatele považovat za účastníky zadávacího řízení.

100. Nad rámec shora řečeného Úřad předesílá, že zadavatel v bodě V.1) předběžného oznámení podlimitního zadávacího řízení mj. uvedl, že z jeho strany bude odeslána výzva k podání žádosti o účast pouze těm dodavatelům, kteří projeví předběžný zájem (viz bod 81. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad však podotýká, že tuto konstataci zadavatele nelze považovat za výhradu týkající se toho, že dodavatelé, kteří nevyjádřili předběžný zájem, následně nejsou oprávněni podat žádost o účast, resp. že k jejich žádostem o účast nebude zadavatelem přihlédnuto. Zadavatel předmětnou konstataci fakticky toliko parafrázoval, resp. „okopíroval“ ustanovení § 58 odst. 5 věty druhé zákona, které hovoří o tom, že zadavatel má povinnost písemně vyzvat všechny účastníky zadávacího řízení, kteří vyjádřili předběžný zájem, k podání žádostí o účast. Na základě této výzvy zadavatele se pak ti dodavatelé, kteří vyjádřili předběžný zájem, nachází v onom „komfortnějším“ postavení, oproti dodavatelům, jež předběžný zájem nevyjádřili, jak bylo Úřadem podrobně popsáno v předchozích bodech odůvodnění tohoto rozhodnutí. Shora uvedenou větu obsaženou v předběžném oznámení podlimitního zadávacího řízení tedy rozhodně není možno vnímat jako výhradu zadavatele, na základě níž by zadavatel byl oprávněn nepřihlížet k žádostem o účast od dodavatelů, kteří nevyjádřili předběžný zájem, a tyto dodavatele nepovažovat za účastníky zadávacího řízení. Ostatně i předseda Úřadu v druhostupňovém rozhodnutí upozornil, že zadavatel si v předběžném oznámení podlimitního zadávacího řízení nevymínil, že nepřipustí podání žádosti o účast těmi dodavateli, kteří neprojeví předběžný zájem (viz bod 28. odůvodnění druhostupňového rozhodnutí). Úřad se tudíž neztotožňuje s tvrzením zadavatele, že z předmětné věty uvedené v bodě V.1) předběžného oznámení podlimitního zadávacího řízení bylo předem zřejmé, jak bude zadavatel postupovat ve vztahu k žádostem o účast od dodavatelů, kteří nevyjádřili předběžný zájem. K tomu Úřad současně zdůrazňuje, že, jak bylo řečeno již shora, dodavatel je oprávněn podat žádost o účast i ze své vlastní iniciativy, tzn. i bez výzvy zadavatele navazující na vyjádření předběžného zájmu, pokud si relevantní informace o veřejné zakázce obstará sám. Fakt, že tedy zadavatel v předběžném oznámení podlimitního zadávacího řízení vymezil, že výzvu k podání žádosti o účast zašle pouze těm dodavatelům, kteří vyjádřili předběžný zájem, neznamena, že tímto předem determinoval okruh účastníků zadávacího řízení, stejně tak to neznamena, že by tímto bylo předem ze strany zadavatele stanoveno, že nutným předpokladem pro vznik účastenství v zadávacím řízení je předchozí vyjádření předběžného zájmu. Jestliže bylo úmyslem zadavatele, aby dodavatelé, pakliže se chtěli účastnit soutěže o šetřenou veřejnou zakázku, museli primárně vyjádřit předběžný zájem, měl tento svůj úmysl (požadavek) začlenit do zadávacích podmínek, což však, a to ani na základě oné poslední věty uvedené v bodě V.1) předběžného oznámení podlimitního zadávacího řízení, na kterou zadavatel odkazuje (viz bod 71. odůvodnění tohoto rozhodnutí), neučinil.
101. Úřadem bylo v předchozích bodech odůvodnění tohoto rozhodnutí postaveno najisto, že zadavatel součástí zadávacích podmínek neučinil výhradu, že nebude akceptovat žádosti o účast podané dodavateli, kteří nevyjádřili předběžný zájem. V šetřeném případě tedy podání žádosti o účast nemuselo předcházet vyjádření předběžného zájmu; příslušný dodavatel se tak mohl stát účastníkem zadávacího řízení, resp. zařadit se do soutěže o veřejnou zakázku, případně až na základě podání žádosti o účast. Navzdory tomu, že předmětnou výhradu zadavatel do zadávacích podmínek nevtělil, následně nepřijal žádost o účast navrhovatele, který předběžný zájem nevyjádřil, jak je patrné z rozhodnutí o neakceptaci žádosti navrhovatele o účast ze dne 13. 5. 2019 (viz bod 85. odůvodnění

tohoto rozhodnutí). Zadavatel tedy až v průběhu zadávacího řízení, čili až ex post učinil výhradu, že nepřijme žádost o účast bez předchozího vyjádření předběžného zájmu, což však není přípustné, jelikož pokud chtěl zadavatel tímto způsobem postupovat, měl danou výhradu učinit již součástí zadávacích podmínek a tím dát všem potenciálním dodavatelům již na počátku zadávacího řízení najevo, že pro vznik jejich účastenství v zadávacím řízení je nezbytné vyjádření předběžného zájmu, což však neučinil. Takový postup zadavatele, tj. postup, kdy teprve v průběhu zadávacího řízení vyjde najevo, že zadavatel nepřijme žádost o účast, pakliže jí nepředcházelo vyjádření předběžného zájmu, aniž by toto avizoval již v zadávacích podmínkách, nemůže obstát v testu transparentnosti zadávacího řízení. Jedná se o postup zadavatele, který je nepředvídatelný, čili netransparentní, a v důsledku toho nezákonný. Úřad pro úplnost doplňuje, že obdobným nezákonným postupem jako tomu bylo u navrhovatele, by zadavatel patrně postupoval i ve vztahu k ostatním dodavatelům, kteří nevyjádřili předběžný zájem, což lze dovozovat např. ze str. 5 rozhodnutí zadavatele ze dne 12. 6. 2019 o námitkách navrhovatele, kde zadavatel mj. konstatoval, že tím, že v předběžném oznámení podlimitního zadávacího řízení uvedl, že výzva k podání žádostí o účast bude odeslána pouze těm dodavatelům, kteří vyjádřili předběžný zájem, předem vymezil okruh účastníků zadávacího řízení, stejně tak daný závěr plyne i z vyjádření zadavatele ze dne 13. 1. 2020 (viz body 71. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z pohledu Úřadu se tak zjištěný nezákonný postup zadavatele týká nejen navrhovatele, ale i všech dalších potenciálních dodavatelů, kteří nevyjádřili předběžný zájem, a chtěli by se stát účastníky zadávacího řízení na základě podání žádosti o účast. K argumentaci zadavatele, že pokud by měl platit závěr Úřadu, pak by bylo nezbytné k dodržení zásady transparentnosti uvádět v zadávací dokumentaci všechny postupy, jež mohou v užším řízení nastat, např. jak bude zadavatel postupovat, pokud obdrží nabídku od dodavatele, který nepodal žádost o účast (viz bod 72. odůvodnění tohoto rozhodnutí), Úřad sděluje, že tuto argumentaci nepokládá za relevantní. Jak bylo totiž blíže popsáno v bodě 91. odůvodnění tohoto rozhodnutí, „předběžný zájem“ a „žádost o účast“ nelze z hlediska jejich formální a obsahové stránky stavět na roveň. Zatímco vyjádření předběžného zájmu představuje fakticky zcela neformální úkon dodavatele, žádost o účast je třeba považovat za kvalifikované podání, kdy tato musí obsahovat příslušné dokumenty, na něž jsou zákonem kladeny konkrétní formální požadavky. Zadavatel přitom na základě těchto dokumentů obsažených v žádosti o účast posuzuje naplnění podmínek pro účast v soutěži o veřejnou zakázku dodavatelem, kdy při nesplnění těchto podmínek má povinnost takového dodavatele vyloučit ze zadávacího řízení. Oproti tomu na základě vyjádření předběžného zájmu zadavatel u dodavatele nic neposuzuje; zákon tak s tímto institutem nic nespojuje. Právě v tom je zapotřebí spatřovat zásadní rozdíl mezi „předběžným zájmem“ a „žádostí o účast“. Z výše uvedeného je zřejmé, že předmětná argumentace zadavatele nemůže obstát, jelikož v případě, že příslušný dodavatel v užším řízení nepodal žádost o účast, pak nemůže oprávněně podat ani nabídku, jak vyplývá z ustanovení § 58 odst. 4 zákona, které hovoří o tom, že nabídku může podat pouze účastník zadávacího řízení, který byl k jejímu podání zadavatelem vyzván, kdy podle § 58 odst. 3 zákona vyzve zadavatel k podání nabídky výhradně ty účastníky zadávacího řízení, kteří prokázali splnění kvalifikace na základě podané žádosti o účast. Je tedy evidentní, že zákon umožňuje podání nabídky v užším řízení pouze těm účastníkům zadávacího řízení, kteří v předchozí fázi prokázali splnění kvalifikace, a je tudíž zcela nadbytečné, aby zadavatel

v zadávacích podmínkách stanovoval, že přijme nabídky pouze od těch účastníků zadávacího řízení, kteří podali žádost o účast.

102. Úřad tak s odkazem na všechny shora předestřené skutečnosti shrnuje, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky pravidla stanovená pro zadání veřejné zakázky, a to tím, že postupoval v rozporu se zásadou transparentnosti vymezenou v § 6 odst. 1 zákona, když nepřipustil podání žádostí o účast dodavatelům, kteří nevyjádřili předběžný zájem ve smyslu § 58 odst. 5 zákona, aniž by v zadávacích podmínkách stanovil, že žádosti o účast dodavatelů, kteří nevyjádřili předběžný zájem, nepřijme, resp. bude považovat za nepodané.
103. Po vyřešení stěžejní otázky v posuzovaném případě, kdy Úřad dospěl k závěru, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky postupoval v rozporu se zásadou transparentnosti vymezenou v § 6 odst. 1 zákona, když součástí zadávacích podmínek neučinil výhradu, že nepřipustí v užším řízení zahájeném odesláním předběžného oznámení k uveřejnění podle § 58 odst. 2 zákona podání žádosti o účast a tedy nepřipustí účast v zadávacím řízení těm dodavatelům, kteří nevyjádřili předběžný zájem podle § 58 odst. 5 zákona, avšak následně nepřipustil účast v zadávacím řízení navrhovateli, který předběžný zájem podle § 58 odst. 5 zákona nevyjádřil, v důsledku čehož je postup zadavatele nepředvídatelný, a proto netransparentní, Úřad dále přistoupil k posouzení toho, zda byla naplněna podmínka vlivu na výběr dodavatele. V této souvislosti Úřad uvádí, že ačkoliv se níže citované rozsudky týkají případů, kdy bylo rozhodováno na základě zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jenž již pozbyl platnosti, a také v těchto případech bylo rozhodováno o spáchání správního deliktu zadavatelem, lze z nich plynoucí závěry analogicky aplikovat i na řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, v němž je rozhodováno o uložení nápravného opatření podle § 263 odst. 2 zákona, neboť i v tomto případě je uložení nápravného opatření Úřadem podmíněno nedodržením pravidel ze strany zadavatele stanovených pro zadání veřejné zakázky, kdy tento postup současně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr dodavatele, což je stejná formulace, jakou ve vztahu ke správnímu deliktu používala níže uvedená předchozí právní úprava.
104. K této otázce se například vyjádřil Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 120/2013-156 ze dne 26. 3. 2015, když uvedl, že *„dospěje-li tedy žalovaný k závěru, že zadavatel ZVZ porušil, pak je dále rozhodující, zda takový úkon podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, tj. zda v příčinné souvislosti s porušením ZVZ ze strany zadavatele došlo nebo alespoň mohlo dojít k výběru jiné nabídky, než jak by bylo učiněno, pokud by zadavatel zákon neporušil. Podstatnost ovlivnění pořadí je tu třeba v zásadě dovozovat z výsledku posouzení skutečnosti, zda existuje alespoň potenciální možnost, že v důsledku porušení ZVZ zadavatelem se může stát vítězem zadávacího řízení jiná osoba, než by se jím stala za situace, pokud by zadavatel ZVZ neporušil.“* Není tedy rozhodující, zda k ovlivnění výběru dodavatele skutečně došlo, ale postačí eventuální možnost ovlivnění. Lze tedy shrnout, že v případě, kdy zadavatel nedodrží postup stanovený zákonem, postačuje k uložení nápravného opatření potenciální možnost, že k podstatnému ovlivnění výběru dodavatele mohlo dojít.
105. Dále pak předseda Úřadu ve svém rozhodnutí č. j. R128/2014/VZ-19203/2014/321/MMI ze dne 12. 9. 2014 uvedl, že zákon nevyžaduje prokázání podstatného vlivu na výběr nejvhodnější nabídky, postačí takové jednání zadavatele, které mohlo mít vliv na výběr

nejvhodnější nabídky. Obdobně předseda Úřadu konstatoval již v rozhodnutí č. j. ÚOHS-R180/2008/VZ-1837/2009/310/ASc ze dne 12. 2. 2009, kde je uvedeno, že „[s]kutková podstata správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona je navíc naplněna, i pokud jednání zadavatele má pouze potenciál podstatně ovlivnit výběr nabídky, tedy je pouze schopno tohoto ovlivnění, aniž by k němu nutně došlo. Z dikce zákona jasně plyne, že slovo „podstatně“ se vztahuje jak na skutečné ovlivnění (ovlivnil) tak i na potenciální možnost „mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.“.

106. Nejvyšší správní soud pak v odůvodnění rozsudku č. j. 4 As 61/2016-34 ze dne 28. 6. 2016 konstatoval, že v případě, že správní orgán shledá, že se v daném případě jedná o ohrožovací formu správního deliktu, nelze faktický vznik škody z logiky věci nijak prokazovat. Podle názoru Nejvyššího správního soudu „[p]okud by totiž správní orgán toto ohrožení právem chráněného zájmu blíže prokazoval, ve skutečnosti by jeho dokazování směřovalo k tomu, do jaké míry došlo ke skutečné poruše u tohoto právem chráněného zájmu, (...) takové dokazování by bylo nepřiměřeně obtížné či přímo někdy i nemožné, neboť by bylo nutné oslovit blíže neurčený okruh jiných dodavatelů nacházejících se často na velkém území. Takové dokazování by proto bylo často za hranicí možností správního orgánu a mohlo by vést k nemožnosti účinného postihování porušení povinností zadavatelů dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ.“.
107. K podmínce vlivu na výběr dodavatele, resp. k jeho potencialitě tedy Úřad s ohledem na výše uvedenou rozhodovací praxi soudů a jeho vlastní rozhodovací činnost uvádí, že výše uvedený nezákonný postup zadavatele mohl mít alespoň potenciální vliv na výběr dodavatele. Tato skutečnost je dána především tím, že v případě, že by zadavatel umožnil účast v zadávacím řízení i dodavatelům, kteří nevyjádřili předběžný zájem, když si v zadávacích podmínkách současně nevyhradil, že žádosti o účast podané bez předchozího vyjádření předběžného zájmu nebudou z jeho strany akceptovány, rozšířil by se okruh potenciálních dodavatelů, v důsledku čehož mohl zadavatel obdržet větší počet žádostí o účast, potažmo nabídek, přičemž nabídka některého z těchto potenciálních dodavatelů mohla pro zadavatele skýtat výhodnější podmínky plnění, než tomu bylo v případě nabídky vybraného dodavatele. K tomu Úřad pro úplnost doplňuje, že se závěrem Úřadu ohledně možného vlivu nezákonného postupu zadavatele na výběr dodavatele se ztotožnil i předseda Úřadu, kdy naopak nepřisvědčil argumentu zadavatele, že předběžný zájem vyjádřilo 6 dodavatelů, a tudíž nedošlo k omezení hospodářské soutěže. Předseda Úřadu dodal, že co se týče prokazování vlivu na hospodářskou soutěž, učinil Úřad přesvědčivé závěry (viz bod 32. odůvodnění druhostupňového rozhodnutí).
108. Úřad tedy konstatuje, že podmínka pro uložení nápravného opatření spočívající v existenci alespoň potenciálního vlivu na výběr dodavatele je v daném případě naplněna, neboť postup zadavatele mohl ovlivnit výběr dodavatele.
109. Pokud jde o poslední podmínku pro uložení nápravného opatření podle § 263 odst. 2 zákona, pak Úřad konstatuje, že zadavatel dosud neuzavřel smlouvu na veřejnou zakázku. Jsou tak naplněny všechny zákonné podmínky pro to, aby Úřad mohl uložit nápravné opatření ve smyslu § 263 odst. 2 zákona.
110. Úřad tak s odkazem na všechny shora předestřené skutečnosti uzavírá, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky pravidla stanovená pro zadání veřejné zakázky,



a to tím, že postupoval v rozporu se zásadou transparentnosti vymezenou v § 6 odst. 1 zákona, když součástí zadávacích podmínek neučinil výhradu, že nepřipustí v užším řízení zahájeném odesláním předběžného oznámení k uveřejnění podle § 58 odst. 2 zákona podání žádosti o účast a tedy nepřipustí účast v zadávacím řízení těm dodavatelům, kteří nevyjádřili předběžný zájem podle § 58 odst. 5 zákona, avšak následně nepřipustil účast v zadávacím řízení navrhovateli, který předběžný zájem podle § 58 odst. 5 zákona nevyjádřil, v důsledku čehož je postup zadavatele nepředvídatelný, a proto netransparentní, přičemž tento postup mohl ovlivnit výběr dodavatele, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

111. Úřad proto rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

#### **K uložení nápravného opatření**

112. Podle § 263 odst. 2 zákona nedodrží-li zadavatel pravidla stanovená pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postup podle části šesté, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.

113. Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky pravidla stanovená pro zadání veřejné zakázky, a to tím, že postupoval v rozporu se zásadou transparentnosti vymezenou v § 6 odst. 1 zákona, když součástí zadávacích podmínek neučinil výhradu, že nepřipustí v užším řízení zahájeném odesláním předběžného oznámení k uveřejnění podle § 58 odst. 2 zákona podání žádosti o účast a tedy nepřipustí účast v zadávacím řízení těm dodavatelům, kteří nevyjádřili předběžný zájem podle § 58 odst. 5 zákona, avšak následně nepřipustil účast v zadávacím řízení navrhovateli, který předběžný zájem podle § 58 odst. 5 zákona nevyjádřil, v důsledku čehož je postup zadavatele nepředvídatelný, a proto netransparentní.

114. Nedodržení zákonem stanoveného postupu ze strany zadavatele přitom mohlo ovlivnit výběr dodavatele, jak bylo Úřadem blíže popsáno v bodě 103. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí.

115. Úřad uvádí, že při rozhodování podle § 263 odst. 2 zákona je povinen na základě zjištěných skutečností uvážit, jaké nápravné opatření má zvolit k dosažení nápravy stavu, a to při dodržení základních zásad zadávacího řízení, tj. zásady transparentnosti, rovného zacházení, přiměřenosti a nediskriminace uchazečů o veřejné zakázky.

116. Vzhledem k tomu, že ve zde projednávané věci již došlo k otevření nabídek v elektronické podobě, a jsou tak známy nabídkové ceny, přičemž otevírání nabídek je ze své podstaty neopakovatelným úkonem zadavatele, jeví se Úřadu nezbytným uložit nápravné opatření spočívající ve zrušení celého zadávacího řízení. Jiné („mírnější“) nápravné opatření by totiž z pohledu Úřadu nebylo dostačující ke zhojení nezákonného postupu zadavatele.

117. Úřad proto s ohledem na výše uvedené rozhodl o zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

#### **K zastavení části správního řízení zahájené z moci úřední**

118. Podle § 257 písm. f) zákona Úřad zahájené řízení usnesením zastaví, jestliže v řízení zahájeném z moci úřední nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 263 nebo pro uložení sankce podle § 268 nebo § 269.

119. Úřad uvádí, že přípisem č. j. ÚOHS-S0303/2019/VZ-21370/2019/531/MKi ze dne 5. 8. 2019 oznámil zadavateli zahájení správního řízení z moci úřední sp. zn. S0303/2019/VZ. Úřad ve shora citovaném oznámení zadavateli, který je ve smyslu § 256 zákona jediným účastníkem předmětného správního řízení zahájeného z moci úřední, sdělil, že získal pochybnosti, zda při zadávání veřejné zakázky postupoval v souladu se zásadou rovného zacházení vymezenou v § 6 odst. 2 zákona, když nepřipustil podání žádostí o účast dodavatelům, kteří neprojevíli předběžný zájem ve smyslu § 58 odst. 5 zákona. Předmětem správního řízení sp. zn. S0303/2019/VZ zahájeného z moci úřední dne 5. 8. 2019 tak byl přezkum toho, zda zadavatel shora popsaným postupem dodržel zásadu rovného zacházení podle § 6 odst. 2 zákona.
120. Úřad následně vydal dne 20. 9. 2019 napadené rozhodnutí, v němž ve výroku I. konstatoval, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky pravidla stanovená pro zadání veřejné zakázky, a to tím, že postupoval v rozporu se zásadou rovného zacházení vymezenou v § 6 odst. 2 zákona, když nepřipustil podání žádostí 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.
121. Úřad tudíž dospěl k závěru, že ze strany zadavatele nebyla při zadávání posuzované veřejné zakázky dodržena zásada rovného zacházení zakotvená v § 6 odst. 2 zákona. Předseda Úřadu však v druhostupňovém rozhodnutí označil tento závěr Úřadu za nesprávný, jelikož dle jeho právního hodnocení ve zde projednávané věci k porušení zásady rovného zacházení nedošlo, tj. nedošlo k tomu, že by zadavatel vůči různým dodavatelům nacházejícím se ve stejné situaci postupoval rozdílně. Podle předsedy Úřadu zde naopak existovala objektivní okolnost v podobě nevyjádření předběžného zájmu, jež od sebe odlišovala postavení dodavatelů v šetřeném zadávacím řízení, jelikož dodavatel, který projevil předběžný zájem a dodavatel, který jej neprojevil (navrhovatel), mezi sebou měli jasně oddělující objektivní charakteristiku, a nemohli se proto nacházet ve stejném postavení (k tomu viz bod 29. odůvodnění druhostupňového rozhodnutí). Předseda Úřadu tak Úřadu uložil, aby v novém projednání věci upustil od své teze, že přezkoumávaný postup zadavatele je v rozporu se zásadou rovného zacházení, a zabýval se tím, zda při zadávání veřejné zakázky byla zadavatelem dodržena zásada transparentnosti podle § 6 odst. 1 zákona.
122. Úřad v rámci nového projednání věci po přezkoumání zadávacích podmínek, průběhu zadávacího řízení, a s ohledem na závazný právní názor vyjádřený v odůvodnění druhostupňového rozhodnutí, získal pochybnosti, zda zadavatel v zadávacím řízení postupoval v souladu se zásadou transparentnosti stanovenou v § 6 odst. 1 zákona, když v zadávacích podmínkách nestanovil, že nebude akceptovat žádosti o účast od dodavatelů, kteří nevyjádřili předběžný zájem ve smyslu § 58 odst. 5 zákona, avšak následně neakceptoval žádost o účast od navrhovatele, který předběžný zájem ve smyslu shora citovaného ustanovení zákona nevyjádřil, a proto přípisem č. j. ÚOHS-S0249,S0303/2019/VZ-35552/2019/531/MKe ze dne 6. 1. 2020 seznámil účastníky řízení s novými skutečnostmi ve správním řízení. Výše citovaným přípisem byl tedy předmět správního řízení sp. zn. S0303/2019/VZ, zahájeného z moci úřední, původně vymezený obsahem oznámení o zahájení správního řízení z moci úřední ze dne 5. 8. 2019, tj. předmět spočívající v přezkumu toho, zda zadavatel dodržel při zadávání veřejné zakázky zásadu rovného zacházení, rozšířen i o výše uvedené skutečnosti (pochybnosti).

123. Úřad ve výroku I. tohoto rozhodnutí rozhodl, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky pravidla stanovená pro zadání veřejné zakázky, a to tím, že postupoval v rozporu se zásadou transparentnosti vymezenou v § 6 odst. 1 zákona, když součástí zadávacích podmínek neučinil výhradu, že nepřipustí v užším řízení zahájeném odesláním předběžného oznámení k uveřejnění podle § 58 odst. 2 zákona podání žádosti o účast a tedy nepřipustí účast v zadávacím řízení těm dodavatelům, kteří nevyjádřili předběžný zájem podle § 58 odst. 5 zákona, avšak následně nepřipustil účast v zadávacím řízení navrhovateli, který předběžný zájem podle § 58 odst. 5 zákona nevyjádřil, v důsledku čehož je postup zadavatele nepředvídatelný, a proto netransparentní, přičemž tento postup mohl ovlivnit výběr dodavatele, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Předmětným výrokem však nedošlo k rozhodnutí o celém předmětu správního řízení sp. zn. S0303/2019/VZ zahájeného z moci úřední dne 5. 8. 2019 a následně rozšířeného dne 6. 1. 2020, tj. je zapotřebí rozhodnout i o jeho zbývající části, jež se týká toho, zda zadavatel postupoval při zadávání veřejné zakázky v souladu se zásadou rovného zacházení vymezenou v § 6 odst. 2 zákona, když nepřipustil podání žádostí o účast dodavatelům, kteří neprojevíli předběžný zájem ve smyslu § 58 odst. 5 zákona. Úřad tedy musí rozhodnout ještě o zbývající části správního řízení sp. zn. S0303/2019/VZ zahájeného z moci úřední, čili o jeho „původní části“, tak, jak tato byla vymezena v oznámení o zahájení předmětného správního řízení č. j. ÚOHS-S0303/2019/VZ-21370/2019/531/MKi ze dne 5. 8. 2019.
124. Úřad opakuje, že předseda Úřadu v druhostupňovém rozhodnutí konstatoval, že názor Úřadu vyjádřený v napadeném rozhodnutí, že zadavatel svým postupem, když neumožnil podání žádostí o účast těm dodavatelům, kteří nevyjádřili předběžný zájem podle § 58 odst. 5 zákona, porušil zásadu rovného zacházení podle § 6 odst. 2 zákona, není správný. Předseda Úřadu uvedl, že předmětným jednáním zadavatele k porušení zásady rovného zacházení nedošlo, což blíže zdůvodnil (viz shora). Úřad přitom na tomto místě poznamenává, že je coby prvostupňový orgán závěry druhostupňového rozhodnutí, jímž došlo ke zrušení napadeného rozhodnutí, vázán.
125. Úřad tedy, dbaje závěrů druhostupňového rozhodnutí, šetřený případ opětovně posoudil, přičemž konstatuje, že ve zde projednávané věci nenastala situace, že by zadavatel vůči různým dodavatelům nacházejícím se ve stejné situaci postupoval rozdílně, což je signifikantním znakem porušení zásady rovného zacházení podle § 6 odst. 2 zákona. Dodavatelé, kteří vyjádřili předběžný zájem, a dodavatelé, kteří tak neučinili (navrhovatel), se totiž nenacházeli ve stejném postavení, jelikož první skupině dodavatelů byla další účast v soutěži o veřejnou zakázku umožněna, zatímco druhé skupině nikoliv. Vyjádření, resp. nevyjádření předběžného zájmu tak vytváří „dělítko“ mezi dodavateli, resp. jedná se, jak plyne z druhostupňového rozhodnutí, o objektivní okolnost, která od sebe odlišovala postavení dodavatelů v zadávacím řízení. Úřad má tudíž vzhledem k právě řečenému za to, že se zadavatel tím, že nepřipustil podání žádostí o účast těm dodavatelům, kteří nevyjádřili předběžný zájem dle § 58 odst. 5 zákona, nemohl dopustit porušení zásady rovného zacházení ve smyslu § 6 odst. 2 zákona; porušení předmětné zásady by se zadavatel z pohledu Úřadu dopustil tehdy, pokud by nepřipustil podání žádostí o účast některým dodavatelům, kteří řádně vyjádřili předběžný zájem, tzn. pokud by tyto dodavatele neoprávněně selektoval. Taková situace však v šetřeném případě nenastala, jelikož zadavatel rozlišoval mezi těmi dodavateli, kteří vyjádřili předběžný zájem, a těmi, kteří jej nevyjádřili, což nezakládá porušení zásady rovného zacházení dle shora citovaného ustanovení zákona.

126. Vzhledem k výše uvedenému proto Úřad rozhodl podle § 257 písm. f) zákona o zastavení té části správního řízení sp. zn. S0303/2019/VZ, které bylo zahájeno z moci úřední dne 5. 8. 2019, jejíž předmět byl vymezen obsahem oznámení o zahájení správního řízení z moci úřední č. j. ÚOHS-S0303/2019/VZ-21370/2019/531/MKi ze dne 5. 8. 2019, tj. části týkající se toho, zda zadavatel postupoval při zadávání veřejné zakázky v souladu se zásadou rovného zacházení vymezenou v § 6 odst. 2 zákona, když nepřipustil podání žádostí o účast dodavatelům, kteří neprojeví předběžný zájem ve smyslu § 58 odst. 5 zákona, na jehož základě bylo původně pod sp. zn. S0303/2019/VZ vedeno samostatné správní řízení, jelikož v řízení zahájeném z moci úřední nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 263 zákona, tak, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí.

#### **K zastavení části správního řízení zahájené na návrh**

127. Podle § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu řízení o žádosti správní orgán usnesením zastaví, jestliže se žádost stala zjevně bezpředmětnou.

128. Úřad uvádí, že pojem „bepředmětnost“ je nutno vnímat jako stav, kdy jakýmkoliv rozhodnutím o žádosti, ať už kladným nebo záporným, nedojde k žádné změně v právním postavení navrhovatele.

129. Jelikož je výrokiem I. tohoto rozhodnutí konstatováno, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky nedodržel pravidla stanovená pro její zadání, a to tím, že postupoval v rozporu se zásadou transparentnosti vymezenou v § 6 odst. 1 zákona, když součástí zadávacích podmínek neučinil výhradu, že nepřipustí v užším řízení zahájeném odesláním předběžného oznámení k uveřejnění podle § 58 odst. 2 zákona podání žádosti o účast a tedy nepřipustí účast v zadávacím řízení těm dodavatelům, kteří nevyjádřili předběžný zájem podle § 58 odst. 5 zákona, avšak následně nepřipustil účast v zadávacím řízení navrhovateli, který předběžný zájem podle § 58 odst. 5 zákona nevyjádřil, v důsledku čehož je postup zadavatele nepředvídatelný, a proto netransparentní, přičemž tento postup mohl ovlivnit výběr dodavatele, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, na základě čehož je výrokiem II. tohoto rozhodnutí jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele rušeno zadávací řízení na šetřenou veřejnou zakázku, je pro posouzení věci dále bezpředmětný postup zadavatele spočívající v neakceptaci žádosti navrhovatele o účast, který měl být Úřadem přezkoumán v rámci řízení o návrhu, a to vzhledem k tomu, že Úřadem konstatovaný nezákonný postup zadavatele se netýká pouze samotného navrhovatele, nýbrž všech potenciálních dodavatelů, kteří nevyjádřili předběžný zájem. Návrh navrhovatele ze dne 21. 6. 2019, kterým je požadováno zrušení rozhodnutí o neakceptaci žádosti navrhovatele o účast v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, jakož i rozhodnutí zadavatele o jím podaných námitkách, je tak zjevně bezpředmětným, neboť po přezkoumání postupu zadavatele došlo k takové změně okolností (zrušení zadávacího řízení výrokiem II. tohoto rozhodnutí), že rozhodnutí Úřadu o žádosti/návrhu navrhovatele (v tom smyslu, zda zadavatel postupoval při neakceptaci jeho žádosti o účast v zadávacím řízení a při vyřízení jeho námitek v souladu se zákonem, či nikoliv) by již nemělo pro navrhovatele význam. Šetření dalších skutečností uvedených v návrhu navrhovatele by tak nemohlo mít na výsledek rozhodnutí Úřadu vliv.

130. Vzhledem k výše uvedenému Úřad rozhodl o zastavení té části správního řízení, jejíž předmět byl vymezen obsahem návrhu navrhovatele ze dne 21. 6. 2019 (o němž bylo původně

pod sp. zn. S0249/2019/VZ vedeno samostatné správní řízení) tak, jak je uvedeno ve výroku IV. tohoto rozhodnutí.

131. K tomu Úřad pro úplnost dodává, že nabytí právní moci výroku IV. tohoto rozhodnutí je závislé na nabytí právní moci výroku II. tohoto rozhodnutí (tj. tento výrok nemůže samostatně nabýt právní moci).

#### **K zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení**

132. Podle § 263 odst. 8 zákona ukládá-li Úřad nápravné opatření s výjimkou zákazu plnění smlouvy, zakáže zároveň zadavateli až do pravomocného skončení řízení uzavřít v zadávacím řízení smlouvu; rozklad proti tomuto výroku nemá odkladný účinek.

133. Výše citované ustanovení formuluje jako obligatorní součást rozhodnutí Úřadu o uložení nápravného opatření (s výjimkou zákazu plnění smlouvy) rovněž výrok o tom, že zadavatel až do pravomocného skončení správního řízení nesmí uzavřít smlouvu v zadávacím řízení, přičemž tento výrok působí právní účinky již dnem vydání rozhodnutí, bez ohledu na jeho právní moc. Tento zákaz uzavřít smlouvu se ukládá z důvodu, aby se zadavatel nemohl vyhnout splnění uloženého nápravného opatření uzavřením smlouvy ještě před nabytím právní moci rozhodnutí.

134. Vzhledem k tomu, že Úřad tímto rozhodnutím ve výroku II. uložil zadavateli nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku, zakázal zároveň ve výroku V. tohoto rozhodnutí zadavateli až do pravomocného skončení tohoto správního řízení uzavřít v zadávacím řízení smlouvu na veřejnou zakázku.

#### **K uložení úhrady nákladů řízení**

135. Podle § 266 odst. 1 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu, kterým se ukládá nápravné opatření nebo zákaz plnění smlouvy, též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení. Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví Ministerstvo pro místní rozvoj vyhláškou. Příslušná vyhláška č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, stanoví v § 1, že paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, kterou je povinen zadavatel uhradit v případě, že Úřad rozhodl o uložení nápravného opatření nebo zákazu plnění smlouvy, činí 30 000 Kč.

136. Vzhledem k tomu, že Úřad tímto rozhodnutím ve výroku II. uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku VI. tohoto rozhodnutí.

137. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2019000249.

### **POUČENÍ**

Proti výrokům I., II., III., V. a VI. tohoto rozhodnutí může zadavatel do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže,

a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno.

Včas podaný rozklad proti výrokům I., II. a VI. tohoto rozhodnutí má odkladný účinek.

Včas podaný rozklad proti výroku III. tohoto rozhodnutí podle § 76 odst. 5 správního řádu nemá odkladný účinek.

Rozklad proti výroku V. tohoto rozhodnutí nemá podle § 263 odst. 8 zákona odkladný účinek.

Proti výroku IV. tohoto rozhodnutí mohou všichni účastníci správního řízení do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Rozklad proti výroku IV. tohoto rozhodnutí podle § 76 odst. 5 správního řádu nemá odkladný účinek.

Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona činí výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová  
místopředsedkyně

#### **Obdrží**

1. město Chropyně, náměstí Svobody 29, 768 11 Chropyně
2. 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