



UOHSX00ET88Z

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



PŘÍKAZ

Spisová značka: ÚOHS-S0189/2021/VZ

Brno 26.05.2021

Číslo jednací: ÚOHS-17576/2021/500/Alv

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve věci spáchání přestupků podle § 268 odst. 1 písm. d) a písm. e) citovaného zákona obviněným

- NÁRODNÍ ENERGETICKÝ KLASTR, z.s., IČO 26580845, se sídlem Otakara Jeremiáše 6235/38, 708 00 Ostrava,

v souvislosti se zadáváním veřejné zakázky „VÝVOJ MODULÁRNÍHO SYSTÉMU PRO ENERGETICKÝ MANAGEMENT“ v jednacím řízení s uveřejněním, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 17. 2. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 19. 2. 2020 pod ev. č. zakázky Z2020-006290 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 19. 2. 2020 pod ev. č. 2020/S 035-082970, a v souvislosti se správním řízením vedeným Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže pod sp. zn. ÚOHS-S0360/2020/VZ ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání cit. veřejné zakázky,

vydává podle § 90 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, ve znění pozdějších předpisů, tento

příkaz:

I.

Obviněný – NÁRODNÍ ENERGETICKÝ KLASTR, z.s., IČO 26580845, se sídlem Otakara Jeremiáše 6235/38, 708 00 Ostrava – se při zadávání veřejné zakázky „VÝVOJ MODULÁRNÍHO SYSTÉMU PRO ENERGETICKÝ MANAGEMENT“ v jednacím řízení s uveřejněním, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 17. 2. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 19. 2. 2020 pod ev. č. zakázky Z2020-006290 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 19. 2. 2020 pod ev. č. 2020/S 035-082970, dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, tím, že v rozporu s ust. § 245 odst. 3 cit. zákona rozhodnutím ze dne 3. 9. 2020 o námitkách stěžovatele – TESCO SW a.s., IČO 25892533, se sídlem tř. Kosmonautů 1288/1, 779 00 Olomouc – ze dne 19. 8. 2020, jež byly cit. obviněnému doručeny dne 20. 8. 2020, odmítl námitky cit. stěžovatele z důvodu opožděnosti, ačkoliv byly v části podány v zákonem stanovené lhůtě, v důsledku čehož se v odůvodnění cit. rozhodnutí o námitkách stěžovatele v rozporu s § 245 odst. 1 cit. zákona vůbec věcně nevyjádřil k námitkám stěžovatele, a to

- k námitce, dle které obviněný v průběhu jednání s účastníky zadávacího řízení nedodržel zásadu rovného zacházení a zásadu zákazu diskriminace,
- k námitce, dle které stěžovatel považuje za rozporný se základními zásadami zadávání veřejných zakázek požadavek na výhradní a neomezené licence, který obviněný uvedl v příloze „03_Smlouva“ výzvy k podání nabídek zpřístupněné účastníkům zadávacího řízení dne 5. 8. 2020, a
- k námitce, dle které stěžovatel považuje za rozporný se základními zásadami zadávání veřejných zakázek požadavek na „open-source SW (OSS)“, který obviněný uvedl v příloze A „03_1_Specifikace_požadavků_na_IS_pro_energetický_management“ přílohy „03_Smlouva“ výzvy k podání nabídek zpřístupněné účastníkům zadávacího řízení dne 5. 8. 2020.

II.

Obviněný – NÁRODNÍ ENERGETICKÝ KLASTR, z.s., IČO 26580845, se sídlem Otakara Jeremiáše 6235/38, 708 00 Ostrava – se dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. e) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, tím, že nesplnil povinnost stanovenou v ustanovení § 252 odst. 1 citovaného zákona, když Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže v rámci správního řízení vedeného pod sp. zn. ÚOHS-S0360/2020/VZ nezaslal dokumentaci o zadávacím řízení ve lhůtě 10 dnů od doručení návrhu navrhovatele – TESCO SW a.s., IČO 25892533, se sídlem tř. Kosmonautů 1288/1, 779 00 Olomouc – ze dne 13. 9. 2020 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „VÝVOJ MODULÁRNÍHO SYSTÉMU PRO ENERGETICKÝ MANAGEMENT“ v jednacím řízení s uveřejněním, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 17. 2. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 19. 2. 2020 pod ev. č. zakázky Z2020-006290 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 19. 2. 2020 pod ev. č. 2020/S 035-082970, tedy nejpozději do 23. 9. 2020, ale učinil tak až dne 5. 10. 2020, kdy prostřednictvím datové schránky doplnil dokumentaci o zadávacím řízení mj. o protokol z 1. kola jednání se společností DAMGAARD Consulting s.r.o.,

IČO 24805491, se sídlem Korunní 2569/108, Vinohrady, 101 00 Praha 10, ze dne 5. 6. 2020, o protokol o otevírání nabídek ze dne 30. 4. 2020, předběžné nabídky, nabídky, protokol o otevírání nabídek ze dne 31. 8. 2020, námitky, rozhodnutí o námitkách, žádosti o účast, protokol o otevírání nabídek ze dne 20. 3. 2020, výsledek posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení ze dne 27. 3. 2020, čestná prohlášení, žádost o vysvětlení zadávací dokumentace, a to v reakci na výzvu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže učiněnou usnesením č. j. ÚOHS-30272/2020/521/RŠu ze dne 29. 9. 2020.

III.

Za spáchání přestupků uvedených ve výrocích I. a II. tohoto příkazu se obviněnému – **NÁRODNÍ ENERGETICKÝ KLASTR, z.s.**, IČO 26580845, se sídlem Otakara Jeremiáše 6235/38, 708 00 Ostrava – podle ustanovení § 268 odst. 2 písm. b) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **ukládá**

pokuta ve výši 20 000,- Kč (dvacet tisíc korun českých).

Pokuta je splatná do **jednoho měsíce** od nabytí právní moci tohoto příkazu.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Obviněný – NÁRODNÍ ENERGETICKÝ KLASTR, z.s., IČO 26580845, se sídlem Otakara Jeremiáše 6235/38, 708 00 Ostrava (dále jen „zadavatel“ nebo „obviněný“) – zahájil dne 17. 2. 2020 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění jednacích řízení s uveřejněním za účelem zadání veřejné zakázky „VÝVOJ MODULÁRNÍHO SYSTÉMU PRO ENERGETICKÝ MANAGEMENT“, přičemž toto oznámení bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 19. 2. 2020 pod ev. č. zakázky Z2020-006290 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 19. 2. 2020 pod ev. č. 2020/S 035-082970 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Předmětem veřejné zakázky je dle bodu 5.1 „Vymezení předmětu zakázky“ zadávací dokumentace uveřejněné na profilu zadavatele dne 19. 2. 2020 (dále jen „zadávací dokumentace“) „[v]ývoj softwarového řešení pro podporu zavádění a certifikace energetického managementu, poskytovaným koncovým zákazníkům. Jeho základním cílem je optimalizace procesu energetického řízení u koncových klientů, spočívající v důsledné evidenci, třídění, propojení, analýzách, plánování a vyhodnocování technických, provozních a ekonomických údajů. Systém bude mít za úkol pracovat s údaji o spotřebách energií naměřenými speciálními měřicími přístroji, s údaji o cenách energií z účetního systému zákazníka a s údaji o objemech výroby z informačního systému zákazníka.“.
3. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky dle bodu 6.1 „Předpokládaná hodnota veřejné zakázky“ zadávací dokumentace činí 10 000 000,- Kč bez DPH.
4. Z protokolu o otevírání nabídek ze dne 20. 3. 2020 vyplývá, že obviněný obdržel dvě žádosti o účast, a to od společnosti TESCO SW a.s., IČO 25892533, se sídlem tř. Kosmonautů 1288/1, 779 00 Olomouc (dále jen „navrhovatel“ nebo „stěžovatel“), a společnosti DAMGAARD

Consulting s.r.o., IČO 24805491, se sídlem Korunní 2569/108, Vinohrady, 101 00 Praha 10 (dále jen „společnost DAMGAARD Consulting s.r.o.“).

5. Dne 31. 3. 2020 vyzval obviněný navrhovatele a společnost DAMGAARD Consulting s.r.o. k podání předběžných nabídek.
6. Dle protokolu o otevírání nabídek ze dne 30. 4. 2020 obviněný obdržel dvě předběžné nabídky, a to od navrhovatele a společnosti DAMGAARD Consulting s.r.o.
7. Dne 28. 5. 2020 obviněný odeslal navrhovateli a společnosti DAMGAARD Consulting s.r.o. pozvánku na 1. kolo jednání, které se uskutečnilo dne 5. 6. 2020.
8. Obviněný ukončil jednání s navrhovatelem dne 20. 7. 2020 a se společností DAMGAARD Consulting s.r.o. dne 22. 7. 2020.
9. Dne 5. 8. 2020 obviněný vyzval navrhovatele a společnost DAMGAARD Consulting s.r.o. k podání nabídek.
10. Dne 20. 8. 2020 obdržel obviněný prostřednictvím elektronického nástroje námítky navrhovatele ze dne 19. 8. 2020 (dále jen „námítky“), jejichž obsah Úřad uvádí níže v bodech 13. – 26. odůvodnění tohoto příkazu.
11. Z protokolu o otevírání nabídek ze dne 31. 8. 2020 vyplývá, že obviněný obdržel nabídku od navrhovatele a společnosti DAMGAARD Consulting s.r.o.
12. Dne 3. 9. 2020 obviněný odeslal navrhovateli prostřednictvím datové schránky rozhodnutí o námítkách z téhož dne (dále jen „rozhodnutí o námítkách“), kterým podané námítky odmítl pro opožděnost. Obsah rozhodnutí o námítkách Úřad uvádí níže v bodech 27. – 29. odůvodnění tohoto příkazu.

II. OBSAH NÁMITEK

13. Stěžovatel napadá postup zadavatele při volbě druhu zadávacího řízení, dále namítá porušení základních zásad v průběhu jednání, stanovení diskriminačních zadávacích podmínek, které současně omezují hospodářskou soutěž a jsou v rozporu se zásadou rovného zacházení, a nejasné stanovení hodnotících kritérií.
14. K námítce napadající volbu druhu zadávacího řízení stěžovatel poukazuje na to, že zadavatel zahájil jednací řízení s uveřejněním dle § 60 odst. 1 písm. a) zákona, který stanovuje, že zadavatel může postupovat v rámci tohoto druhu zadávacího řízení, pokud je splněna podmínka, že potřeby zadavatele nelze uspokojit bez úpravy na trhu dostupných řešení. V průběhu jednání zadavatel stěžovateli vytkl, že jím navržené řešení je úpravou již existující softwarové aplikace, „a že se má jednat o zcela nový SW produkt“. Stěžovatel v této souvislosti dále uvádí, že v zadávací dokumentaci, „*kteřá byla zaslána/uveřejněna dne 05.08.2020 Stěžovateli jako součást Výzvy k podání nabídek v dokumentu 02_Technicko ekonomická struktura nabídky zadavatel výslovně uvádí: »Zadavatel vyhlásil výše uvedenou veřejnou zakázku formou jednacího řízení s uveřejněním z důvodu naplnění podmínek § 60 odst. 1 písm. a), b) Zákona o zadávání veřejných zakázek č. 134/2016 Sb.«*“.
15. Dle názoru stěžovatele zadavatel nemůže využít v jednom zadávacím řízení odůvodnění podle písm. a) i b) předmětného ustanovení zákona současně, neboť tato odůvodnění si vzájemně obsahově odporují, a zadavatel, který respektuje ustanovení § 36 odst. 3 zákona,

by měl být schopen posoudit, zda na trhu existuje produkt, který je možné přizpůsobit individuálním a specifickým potřebám zadavatele nebo žádný takový produkt neexistuje a jedná se o inovativní řešení.

16. Stěžovatel se domnívá, že v průběhu jednání nedošlo ke specifikaci žádných zásadních podmínek/kritérií, které by zadavatel nemohl stanovit již při samotné přípravě zadávacího řízení. Stěžovatel je toho názoru, že skutečnost, že zadavatel nedisponuje dostatečnými odbornými znalostmi, neopravňuje zadavatele k využití jednacích řízení s uveřejněním.
17. V této souvislosti stěžovatel poukazuje na skutečnost, že zadavatel již v minulosti zahájil zadávací řízení, které se dle jeho slov „*v technické části zásadně neliší od současného zadávacího řízení*“, přičemž se jednalo o otevřené řízení, které bylo následně zrušeno dle § 127 odst. 2 písm. d) zákona.
18. Dále má stěžovatel za to, že zadavatel v průběhu jednání nedodržel ve vztahu k dodavatelům zásadu rovného zacházení a zásadu zákazu diskriminace, když se stěžovatelem jednal pouze o právní a obchodní stránce věci a již nepřistoupil k jednání o technické části předmětu plnění, zejména pokud, jak se stěžovatel domnívá, u ostatních účastníků zadávacího řízení proběhlo jednání i o technické části předmětu plnění. Toto tvrzení stěžovatel dovozuje na základě skutečnosti, že výzva k podání nabídek obsahovala upravené technické požadavky na modulární systém pro energetický management „*(viz dokument 03_1 Specifikace požadavků na IS pro energetický management)*“.
19. Stěžovatel dále poukazuje na to, že v průběhu zadávacího řízení neobdržel žádnou informaci o počtu účastníků, o tom, zda jednání proběhla se všemi účastníky, co bylo předmětem jednotlivých jednání apod.
20. Dle stěžovatele nelze po závěrečné fázi, tj. po ukončení jednání (stěžovatel se o něm dozvěděl dne 20. 7. 2020) měnit zadávací podmínky, či je doplňovat ve větším rozsahu, než tomu bylo při jednání, tedy toliko v intencích § 61 odst. 10 zákona, neboť by změna či úprava zadávacích podmínek ve fázi jednání neměla faktický význam, protože by tyto změny mohl zadavatel provést po ukončení jednání.
21. Zadavatel ukončil jednání poté, co stěžovatel žádal objasnění požadavku na zapracování smluvních podmínek týkajících se vendor lock-in. V této souvislosti stěžovatel uvádí, že mu nebylo umožněno o obchodních podmínkách jakkoliv jednat, ani se vyjádřit k zabránění vendor lock-in efektu. Stěžovatel dále předkládá část výpisu z komunikace mezi zadavatelem a stěžovatelem, ve které stěžovatel upozorňuje zadavatele na skutečnost, že požadavek na ošetření vendor lock-in efektu ve smluvních podmínkách zadavatel mohl uvést do zadávacích podmínek již na začátku a ne až v průběhu jednání.
22. Ve vztahu k diskriminaci a omezení hospodářské soutěže v souvislosti se stanovením zadávacích podmínek zadavatel odkazuje na závazný návrh smlouvy, ve kterém je mj. stanoveno

„3.2.4. NEK je oprávněn Autorské dílo užívat dle níže uvedených licenčních podmínek (dále jen »Licence«), a to od okamžiku účinnosti poskytnutí Licence, přičemž Dodavatel poskytuje NEK Licenci s účinností, která nastává okamžikem předání plnění či jeho části, jehož je Autorské dílo součástí. Licence je udělena k užití Autorského díla NEK k jakémukoliv účelu a v rozsahu,

v jakém uzná za nezbytné, vhodné či přiměřené. Pro vyloučení všech pochybností to znamená, že:

3.2.4.1. Licence je výhradní a neomezená, a to zejména ke splnění účelu této Smlouvy (je-li Autorským dílem počítačový program, vztahuje se Licence ve stejném rozsahu na Autorské dílo ve strojovém i zdrojovém kódu, jakož i na koncepční přípravné materiály).“

23. Dle stěžovatele je toto ustanovení skrytě diskriminační, neboť vytváří nerovné podmínky pro jednotlivé účastníky a znemožní účast některých dodavatelů. Zadavatel se použitím výhradní a neomezené licence snaží předejít vendor lock-in efektu, což dle stěžovatele nemůže obstát ve světle § 6 a § 36 zákona. Výhradní licence omezí práva dodavatele nad rámec požadavku zamezení vendor lock-in efektu a zásadním způsobem ovlivní předmět plnění.
24. Stěžovatel dále uvádí, že dle přílohy č. 3_1 Specifikace požadavků na IS pro energetický management zadavatel požaduje pro tvorbu požadovaného SW využití „open-source SW (OSS)“. Stěžovatel měl v úmyslu dle podmínek zadávací dokumentace a volby druhu zadávacího řízení, tzn. „úpravy na trhu dostupných řešení“ využít pro plnění předmětné veřejné zakázky základ svého SW pro energetický management, jehož specifikaci uvedl v předběžné nabídce. Z jednání zadavatele se stěžovatelem vyplynulo, že zadavatel požaduje vývoj vlastního řešení, bez úpravy existujícího řešení a za využití open source SW. Stěžovatel má za to, že požadavek na open source je podstatnou změnou zadávacích podmínek a upozornil na to zadavatele. Stěžovatel se domníval, že zadavatel po upozornění stěžovatelem k této změně nepřistoupí, příp. bude tato změna předmětem dalších jednání. Zadavatel však v návaznosti na toto sdělení ukončil fázi jednání a stěžovatel již neměl možnost jakkoliv doplnit či navrhnout dle svých zkušeností možný způsob technického řešení SW.
25. Dle stěžovatele požadavek na OSS omezuje účast dodavatelů, kteří svá SW řešení nevyvíjí nad OSS, ale za použití proprietárních SW.
26. Závěrem námitek stěžovatel poukazuje na to, že zadavatel stanovil hodnotící kritéria nejasně a nebude schopen na základě nich porovnat jednotlivé nabídky.

III. OBSAH ROZHODNUTÍ O NÁMITKÁCH

27. Ve vztahu k námitkám proti volbě druhu zadávacího řízení obviněný uvádí, že obsahem předmětné námítky nejsou informace, které by stěžovatel nevěděl v době uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení dne 19. 2. 2020. Obviněný námitku proti volbě druhu zadávacího řízení veřejné zakázky odmítá podle § 245 odst. 3 písm. b) zákona.
28. K námitce, dle které obviněný nedodržel základní zásady v průběhu jednání, obviněný v rozhodnutí o námitkách uvádí, že jednání bylo ukončeno dne 20. 7. 2020. Pokud měl stěžovatel důvodné podezření, že obviněný porušil zákon, měl tak dle obviněného do 15 dnů ode dne ukončení jednání tuto skutečnost oznámit obviněnému. Obviněný dále uvádí, že právní úprava je založena na včasném a bezprostředním uplatňování námitek. Nečinnému dodavateli nemůže právo svědčit. Obviněný předmětnou námitku jako opožděnou odmítl s odkazem na § 245 odst. 3 písm. b) zákona.
29. K námitkám proti zadávacím podmínkám obviněný uvádí, že lhůta pro podání námitek proti zadávací dokumentaci v jednacím řízení s uveřejněním končí termínem pro podání

předběžných nabídek, který byl stanoven do 30. 4. 2020. Obviněný tyto námitky odmítl dle § 245 odst. 3 písm. b) zákona.

IV. POSTUP ÚŘADU PŘED ZAHÁJENÍM ŘÍZENÍ O PŘESTUPCÍCH

30. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), který je podle § 248 zákona příslušný k doзору nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona, a pro zvláštní postupy podle části šesté zákona, jakož i k projednání přestupků podle tohoto zákona, včetně ukládání pokut za jejich spáchání, obdržel dne 13. 9. 2020 návrh navrhovatele na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání předmětné veřejné zakázky. Dnem obdržení předmětného návrhu bylo v souladu s ustanovením § 249 zákona ve spojení s ustanovením § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), zahájeno správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele, které bylo vedeno pod sp. zn. ÚOHS-S0360/2020/VZ (dále jen „správní řízení sp. zn. ÚOHS-S0360/2020/VZ“).
31. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům přípisem č. j. ÚOHS-28794/2020/521/RŠu/OPi ze dne 15. 9. 2020 (dále jen „oznámení o zahájení správního řízení“), který byl obviněnému doručen téhož dne. V oznámení o zahájení správního řízení Úřad upozornil obviněného, že je dle § 252 odst. 1 zákona povinen doručit Úřadu své vyjádření k obdrženému návrhu do 10 dnů od jeho doručení a společně s tímto vyjádřením zaslat Úřadu dokumentaci o zadávacím řízení na veřejnou zakázku.
32. Dne 23. 9. 2020 obdržel Úřad od obviněného vyjádření k návrhu ze dne 22. 9. 2020 a část dokumentace o zadávacím řízení.
33. Vzhledem k tomu, že Úřad disponoval částí dokumentace o zadávacím řízení, která však nebyla kompletní (což Úřad dovodil z absence např. námitek, rozhodnutí o námitkách, žádostí o účast, předběžných nabídek a nabídek), určil obviněnému usnesením č. j. ÚOHS-30272/2020/521/RŠu ze dne 29. 9. 2020 dodatečnou lhůtu k provedení úkonu – doručení dokumentace o zadávacím řízení (dále jen „usnesení ze dne 29. 9. 2020“).
34. Dne 5. 10. 2020 obviněný doručil Úřadu chybějící část dokumentace o zadávacím řízení, která mj. obsahovala: protokol o otevírání nabídek ze dne 30. 4. 2020, předběžné nabídky, nabídky, protokol o otevírání nabídek ze dne 31. 8. 2020, námitky, rozhodnutí o námitkách, žádosti o účast, protokol o otevírání nabídek ze dne 20. 3. 2020, výsledek posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení ze dne 27. 3. 2020, čestná prohlášení, žádost o vysvětlení zadávací dokumentace.
35. Úřad rozhodnutím č. j. ÚOHS-36416/2020/500/JBě ze dne 13. 11. 2020 (dále jen „rozhodnutí Úřadu ze dne 13. 11. 2020“) uložil zadavateli podle § 263 odst. 5 zákona nápravné opatření spočívající ve zrušení rozhodnutí zadavatele o námitkách stěžovatele, přičemž rozhodnutí Úřadu ze dne 13. 11. 2020 nabylo právní moci dne 1. 12. 2020.
36. Úřad již na tomto místě předesílá, že předmětem správního řízení sp. zn. ÚOHS-S0360/2020/VZ nebylo rozhodování o tom, zda se zadavatel v zadávacím řízení na veřejnou zakázku dopustil přestupku ve smyslu § 268 odst. 1 písm. d) zákona. Z uvedeného důvodu má Úřad za to, že správní řízení zahájené vydáním tohoto příkazu z moci úřední není zatíženo

překážkou *res administrata*, z čehož plyne, že ze strany Úřadu nedochází ani k porušení zásady *ne bis in idem*. Úřad v této souvislosti dodává, že charakter správního řízení vedeného na návrh nelze srovnávat se správním řízením zahájeným z moci úřední, jehož výsledkem je konstatování přestupku a uložení sankce. Jak vyplývá z konstantní judikatury správních soudů (viz např. rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 58/2011 ze dne 1. 2. 2013), řízení o návrhu na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele má povahu kontradiktorního řízení, jehož podstata tkví v posouzení protichůdných zájmů účastníků správního řízení. Předmětem návrhového řízení tedy není posouzení otázky, zda jednání zadavatele naplňuje znaky skutkové podstaty přestupku. S ohledem na uvedené tedy není překážkou, je-li tato otázka řešena samostatně v jiném správním řízení, jehož výsledkem je právě konstatování spáchání přestupku a uložení sankce, přičemž účastníkem tohoto správního řízení je pouze obviněný, jako osoba podezřelá ze spáchání přestupku (srov. § 256 zákona).

37. Pro úplnost lze v této souvislosti rovněž dodat, že v tomto smyslu nedochází ani k popření zásady zákazu dvojího trestání za totéž jednání, resp. za tentýž skutek. Úřad má za to, že jím uložené nápravné opatření svou povahou nelze považovat za trest (sankci) ve smyslu správního trestání. Uvedené vyplývá již ze samotného smyslu nápravného opatření, jehož účelem není zadavatele „potrestat“, ale naopak pouze napravit vzniklý nezákonný stav. Samotné nápravné opatření tak nemá represivní charakter, který je výrazem správního trestání a jehož účelem je postih protiprávního jednání. V této souvislosti lze podpůrně odkázat na závěry vyplývající z rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 29 Af 1/2015 ze dne 17. 1. 2017, kde soud mimo jiné uvedl, že „[l]ze rovněž souhlasit s žalovaným (pozn. s Úřadem), že jím ukládaná nápravná opatření nejsou projevem správního trestání, a tedy není možné nazírat na souvztažnost výroků žalovaného o porušení zákona zadavatelem a výroku žalovaného o uložení nápravného opatření stejným pohledem jako v případě souvztažnosti výroku žalovaného o spáchání správního deliktu zadavatele a o uložení pokuty zadavateli za takové porušení zákona. [...] Nelze z ničeho dovodit, že by uložení nápravného opatření mělo mít za následek zánik deliktní odpovědnosti zadavatele (či snad popření toho, že k deliktnímu jednání vůbec došlo), pokud je toto deliktní jednání zároveň důvodem pro ono nápravné opatření.“.

V. ZÁVĚRY ÚŘADU

38. Úřad konstatuje, že byly dostatečně zjištěny skutkové okolnosti pro vydání tohoto příkazu, kdy podle § 150 odst. 1 správního řádu příkaz může správní orgán vydat, považuje-li skutkové zjištění za dostatečné; vydání příkazu může být prvním úkonem v řízení.
39. Podle § 90 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o přestupcích“), správní orgán může o přestupku rozhodnout příkazem. Příkazem lze uložit správní trest napomenutí, pokuty, zákazu činnosti, nebo propadnutí věci nebo náhradní hodnoty.

Relevantní ustanovení zákona

40. Podle § 6 odst. 1 zákona zadavatel při postupu podle tohoto zákona musí dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.

41. Dle § 28 odst. 1 písm. a) zákona se pro účely tohoto zákona rozumí zadávacími podmínkami veškeré zadavatelem stanovené
- a) podmínky průběhu zadávacího řízení,
 - b) podmínky účasti v zadávacím řízení,
 - c) pravidla pro snížení počtu účastníků zadávacího řízení nebo snížení počtu předběžných nabídek nebo řešení,
 - d) pravidla pro hodnocení nabídek,
 - e) další podmínky pro uzavření smlouvy na veřejnou zakázku podle § 104 zákona.
42. Podle § 28 odst. 1 písm. b) zákona se pro účely tohoto zákona rozumí zadávací dokumentací veškeré písemné dokumenty obsahující zadávací podmínky, sdělované nebo zpřístupňované účastníkům zadávacího řízení při zahájení zadávacího řízení, včetně formulářů podle § 212 zákona a výzev uvedených v příloze č. 6 k tomuto zákonu.
43. Podle § 60 odst. 1 zákona zadavatel může použít jednací řízení s uveřejněním, pokud
- a) potřeby zadavatele nelze uspokojit bez úpravy na trhu dostupných plnění,
 - b) součástí plnění veřejné zakázky je návrh řešení nebo inovativní řešení,
 - c) veřejná zakázka nemůže být zadána bez předchozího jednání z důvodu zvláštních okolností vyplývajících z povahy, složitosti nebo právních a finančních podmínek spojených s předmětem veřejné zakázky, nebo
 - d) nelze stanovit technické podmínky odkazem na technické dokumenty podle § 90 odst. 1 a 2 zákona.
44. Podle § 61 odst. 9 věty první zákona zadavatel v průběhu jednání poskytuje informace účastníkům zadávacího řízení nediskriminačním způsobem.
45. Podle § 61 odst. 10 zákona zadavatel může v průběhu jednání změnit nebo doplnit zadávací podmínky, zejména technické podmínky, vyjma minimálních technických podmínek podle odstavce 4 citovaného ustanovení zákona. O takové změně nebo doplnění zadávacích podmínek musí zadavatel účastníky zadávacího řízení písemně informovat a poskytnout jim přiměřenou dobu pro úpravu předběžných nabídek. Změněné zadávací podmínky musí nadále splňovat podmínky pro použití jednacího řízení s uveřejněním.
46. Podle § 216 odst. 1 zákona tvoří dokumentaci o zadávacím řízení, kterou je zadavatel povinen uchovávat, všechny dokumenty v listinné nebo elektronické podobě a výstupy z ústní komunikace, jejichž pořízení v průběhu zadávacího řízení, popřípadě po jeho ukončení, vyžaduje tento zákon, včetně úplného znění originálů nabídek všech dodavatelů.
47. Podle § 241 odst. 1 zákona námitky může podat dodavatel, kterému postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním podlimitní nebo nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona nebo se zvláštními postupy podle části šesté zákona hrozí nebo vznikla újma.
48. Podle § 241 odst. 2 zákona námitky podle odstavce 1 citovaného ustanovení zákona se podávají písemně a lze je podat proti

- a) všem úkonům nebo opomenutím zadavatele v zadávacím řízení a zvláštnímu postupu podle části šesté, včetně stanovení zadávacích podmínek,
 - b) volbě druhu zadávacího řízení nebo režimu veřejné zakázky, nebo
 - c) postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu s tímto zákonem.
49. Podle § 242 odst. 1 zákona není-li dále uvedeno jinak, musí být námitky doručeny zadavateli do 15 dnů ode dne, kdy se stěžovatel dozvěděl o domnělém porušení tohoto zákona zadavatelem; námitky nelze podat po uzavření smlouvy nebo poté, co se soutěž o návrh považuje po výběru návrhu za ukončenou.
50. Podle § 242 odst. 2 zákona námitky proti úkonům oznamovaným v dokumentech, které je zadavatel povinen podle tohoto zákona uveřejnit či odeslat stěžovateli, musí být doručeny zadavateli do 15 dnů od jejich uveřejnění či doručení stěžovateli.
51. Podle § 242 odst. 3 zákona pokud je v zadávacím řízení stanovena lhůta pro podání žádostí o účast, musí být námitky proti podmínkám vztahujícím se ke kvalifikaci dodavatele doručeny zadavateli nejpozději do skončení této lhůty.
52. Podle § 242 odst. 4 zákona pokud je v zadávacím řízení stanovena lhůta pro podání nabídek, musí být námitky proti zadávací dokumentaci doručeny zadavateli nejpozději do skončení této lhůty; v případě jednacího řízení s uveřejněním musí být námitky proti zadávací dokumentaci doručeny zadavateli nejpozději do skončení lhůty pro podání předběžných nabídek.
53. Podle § 244 odst. 2 zákona pokud nejde o námitky, na které se vztahují lhůty podle § 242 odst. 2 až 5 zákona, musí být také uvedeno, kdy se stěžovatel o namítaném porušení zákona dozvěděl.
54. Podle § 245 odst. 1 zákona zadavatel do 15 dnů od doručení námitek odešle rozhodnutí o námitkách stěžovateli. V rozhodnutí uvede, zda námitkám vyhovuje nebo je odmítá; součástí rozhodnutí musí být odůvodnění, ve kterém se zadavatel podrobně a srozumitelně vyjádří ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách. Pokud zadavatel námitkám vyhoví, sdělí v rozhodnutí současně, jaké provede opatření k nápravě.
55. Podle § 245 odst. 2 zákona pokud zadavatel neshledá důvody pro vyhovění, námitky rozhodnutím odmítne. Za odmítnutí se považuje i částečné vyhovění námitkám nebo provedení jiného opatření k nápravě, než kterého se stěžovatel v námitkách domáhal. Provede-li zadavatel jiné opatření k nápravě, než kterého se stěžovatel domáhá, je stěžovatel oprávněn podat nové námitky i proti takovému opatření k nápravě.
56. Podle § 245 odst. 3 zákona zadavatel odmítne rovněž námitky, které
- a) nejsou podané oprávněnou osobou podle § 241 zákona,
 - b) jsou podány opožděně, nebo
 - c) nesplňují náležitosti podle § 244 zákona.
57. Podle § 252 odst. 1 zákona je zadavatel povinen doručit Úřadu své vyjádření k obdrženému návrhu do 10 dnů od jeho doručení. Společně s tímto vyjádřením zašle Úřadu dokumentaci o zadávacím řízení nebo soutěži o návrh.

58. Podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona se zadavatel dopustí přestupku tím, že postupuje při vyřizování námitek v rozporu s § 245 odst. 1, 2, 3, nebo 4 zákona.
59. Podle § 268 odst. 1 písm. e) zákona se zadavatel dopustí přestupku tím, že nesplní některou z povinností podle § 252 odst. 1, 3 nebo 4 zákona, § 254 odst. 5 nebo 6 zákona nebo § 258 odst. 1 zákona.

Skutečnosti zjištěné z dokumentace o zadávacím řízení

60. Zadavatel v čl. 2 „VŠEOBECNÉ INFORMACE“ zadávací dokumentace mj. uvádí, že se jedná „o veřejnou zakázku zadávanou formou jednacího řízení s uveřejněním jako nadlimitní veřejná zakázka na služby. Zadavatel má zájem vybrat řešení, které mu bude nejlépe vyhovovat. Z informací dostupných zadavateli vyplývá, že žádný ze systémů dostupných na trhu nebude zcela splňovat požadavky beze zbytku. Z toho důvodu je zadavatel přesvědčen, že jeho potřeby nelze uspokojit bez úpravy na trhu dostupných plnění a je tak odůvodněn postup podle §60 odst. 1 písm. a) Zákona.“
61. V dokumentu s názvem „02_Technicko_ekonomická_struktura_předběžné_nabídky“, který byl uveřejněn na profilu zadavatele dne 19. 2. 2020 jako příloha zadávací dokumentace (dále jen „Technicko-ekonomická struktura předběžné nabídky“), zadavatel uvádí, že „vyhlásil výše uvedenou veřejnou zakázku formou jednacího řízení s uveřejněním z důvodu naplnění podmínek § 60 odst. 1 písm. a), b) Zákona o zadávání veřejných zakázek č.134/2016 Sb. Součástí nabídky je návrh řešení, který bude v rámci jednání mezi zadavatelem a účastníkem dopracován dle individuálních potřeb zadavatele.“
62. Z protokolu z 1. kola jednání s navrhovatelem ve znění zapracovaných připomínek navrhovatele (dále jen „protokol z 1. kola jednání“) mj. vyplývá, že „[z]adavatel vytkl účastníkovi, že jeho navržené řešení představuje úpravu a rozvoj již vyvinuté softwarové aplikace. Zadavatel v tomto smyslu vysvětloval postavení a podstatu veřejné zakázky, přičemž zadavatel preferuje řešení vytvořené na zelené louce.“

V protokolu z 1. kola jednání je dále uvedeno, že „Účastník a Zadavatel budou nejprve řešit právní a obchodní stránku věci. Po vyjasnění si právních aspektů veřejné zakázky bude následně jednání zaměřeno právě na technickou část předmětu plnění.

Zástupci Zadavatele opakovaně zhodnotili software společnosti TESCO SW a.s. jakožto robustní, aktuálně však přesahující požadavky veřejné zakázky (jdoucí mimo rámec veřejné zakázky). Zadavatel vzal na vědomí mnohaleté zkušenosti Účastníka s vývojem software.

Hlavním tématem diskuze bylo poté požadavek Zadavatele, aby tento mohl neomezeně nakládat/disponovat dodaným dílem, a to jak v případě jeho dalších úprav (vlastními silami či třetí stranou), tak z pohledu udělení práv k jeho užití libovolným subjektům neomezeně. Bylo konstatováno, že Záměrem zadavatele je de facto »vytvořit konkurenci« stávajícím řešením na trhu (tedy i společnosti TESCO SW).

V tomto ohledu bylo zdůrazněno, že zadavatel nechce být v budoucnu závislým na jakémkoliv vítězi zakázky a požadavku zamezení tzv. vender lock-in efektu.

Zadavatel v příloze protokolu předá pevně stanovené body týkající [se] zamezení výše uvedeného, které účastník zapracuje do návrhu smluvních podmínek.

(...)

Pro provoz serverových částí díla (backend a databáze) musí být zajištěna konfigurace, která zaručí provoz v open source operačním systému.“

63. Přílohou protokolu z 1. kola jednání zadavatel učinil část smluvních podmínek.
64. Z výpisu z elektronické komunikace mezi navrhovatelem a zadavatelem a z průběhu zadávacího řízení dále vyplývá, že zadavatel ukončil fázi jednání s navrhovatelem dne 20. 7. 2020 a se společností DAMGAARD Consulting s.r.o. dne 22. 7. 2020, přičemž z protokolů z 1. kola jednání vyplývá, že s oběma účastníky zadávacího řízení bylo jednáno toliko o „*právní a obchodní stránce věci*“.
65. Dne 5. 8. 2020 zadavatel navrhovateli a společnosti DAMGAARD Consulting s.r.o. zpřístupnil na profilu zadavatele výzvu k podání nabídek a zaslal finální znění zadávacích podmínek (dále jen „*finální zadávací podmínky*“). Termín pro podání nabídek zadavatel stanovil do 31. 8. 2020, 10:00 hod.
66. Z dokumentace o zadávacím řízení dále vyplývá, že součástí finálního znění zadávacích podmínek byl dokument s názvem „03_Smlouva“, který obsahoval návrh smlouvy (dále jen „*návrh smlouvy*“). Přílohou A návrhu smlouvy byl dokument s názvem „03_1_Specifikace_požadavků_na_IS_pro_energetický_management.pdf“, který obsahoval požadavky na předmět plnění (dále jen „*Specifikace požadavků na IS*“).
67. V bodě 3.2.4. návrhu smlouvy je stanoveno, že: *„NEK¹ je oprávněn Autorské dílo užívat dle níže uvedených licenčních podmínek (dále jen »Licence«), a to od okamžiku účinnosti poskytnutí Licence, přičemž Dodavatel poskytuje NEK Licenci s účinností, která nastává okamžikem předání plnění či jeho části, jehož je Autorské dílo součástí. Licence je udělena k užití Autorského díla NEK k jakémukoliv účelu a v rozsahu, v jakém uzná za nezbytné, vhodné či přiměřené. Pro vyloučení všech pochybností to znamená, že:*
- 3.2.4.1. Licence je výhradní a neomezená, a to zejména ke splnění účelu této Smlouvy (je-li Autorským dílem počítačový program, vztahuje se Licence ve stejném rozsahu na Autorské dílo ve strojovém i zdrojovém kódu, jakož i na koncepční přípravné materiály); (...).“*
68. Dle bodu 3.2.7. návrhu smlouvy může být součástí plnění této smlouvy tzv. „*proprietární software*“, přičemž v bodech 3.2.7.1. – 3.2.8. návrhu smlouvy jsou stanoveny bližší podmínky pro proprietární software.
69. Dle bodu 3.2.9. návrhu smlouvy „*[j]e –li součástí plnění tzv. open source software, u kterého Dodavatel nemůže NEK poskytnout oprávnění dle odst. 3.2.4 této Smlouvy, je Dodavatel povinen zajistit, aby se jednalo o open source software, který je veřejnosti poskytován zdarma, včetně zdrojových kódů, úplné původní uživatelské, provozní a administrátorské dokumentace a práva takový software měnit a současně je povinen zajistit, že právo NEK takový open source SW užit (např. licence) a způsob jeho použití nesmí kontaminovat zdrojový kód jakékoliv části plnění dle této Smlouvy, které jsou počítačovým programem, povinností jejich zveřejnění jakékoliv třetí straně.*“
70. V části A. „*Požadavky na systém jako celek*“ Specifikace požadavků na IS je uvedeno, že se systém bude skládat ze tří částí, a to „*Backend*“, „*Frontend*“ a „*Databáze*“, přičemž

¹ tj. zadavatel – pozn. Úřadu

„[v]eškeré tři zmíněné části budou využívat běžně používané, dokumentované a veřejně dostupné open-source frameworky/aplikace.

(...)

5. Provoz serverové části systému bude zajištěn na open-source operačním systému. Operační systém bude rovněž podporovat a zajišťovat bezproblémový a výrobcem zaručený provoz pro všechny využívané programovací jazyky/frameworky/aplikace systému.“

K výroku I. příkazu

Obecně k požadavkům kladeným na rozhodnutí o námitkách

71. Úřad předně v obecné rovině uvádí, že námitky jako procesní institut představují primární ochranu dodavatelů před nezákonným postupem zadavatele. Jsou-li námitky podány, je zadavatel povinen v rozhodnutí o nich uvést, zda námitkám vyhovuje nebo je odmítá, a své rozhodnutí odůvodnit v souladu se zásadou transparentnosti tak, aby bylo zpětně přezkoumatelné.
72. K zásadě transparentnosti zadávání veřejných zakázek Úřad uvádí, že tato je vedle zásady přiměřenosti, zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace jednou za základních zásad, jež musí zadavatel bezvýhradně dodržovat v průběhu celého zadávacího řízení. Otázkou výkladu zásady transparentnosti se ve své judikatorní činnosti již opakovaně zabývaly soudy a taktéž Úřad. Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 1 Afs 45/2010 – 159 ze dne 15. 9. 2010 uvádí, že požadavek transparentnosti „není splněn tehdy, pokud jsou v zadavatelově postupu shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele.“ Povinnost dodržet zásadu transparentnosti ve vztahu k rozhodnutí o námitkách je pak v § 245 odst. 1 zákona zdůrazněna výslovným požadavkem, aby se zadavatel v odůvodnění rozhodnutí o námitkách podrobně a srozumitelně vyjádřil ke všem skutečnostem uvedeným v námitkách.
73. Z ustanovení § 245 odst. 1 zákona tedy vyplývá, že zadavatel své povinnosti ve vztahu k řádně podaným námitkám nesplní, pokud se s nimi vypořádá pouze obecným sdělením, aniž by své rozhodnutí opřel o argumentaci založenou na konkrétních a přezkoumatelných skutečnostech. Za takové (nedostatečné) obecné sdělení je možno např. považovat obecné konstatování, že se namítaného pochybení zadavatel nedopustil a námitky z toho důvodu neshledává relevantní. Povinnost podrobně a srozumitelně se vyjádřit ke všem skutečnostem uvedeným v námitkách má zadavatel i v případě zcela nesouvisejících či lichých argumentů stěžovatele, tzn. musí konkrétním a zpětně přezkoumatelným způsobem odůvodnit, proč pokládá argumentaci stěžovatele za nesouvisející, resp. lichou.
74. Na tomto místě Úřad považuje za účelné vyjasnit, že uvedené nároky, které jsou na vyřízení námitek zákonem kladeny, byť by se mohly na první pohled jevit jako přísné, nejsou ve vztahu k zadavateli nikterak nespravedlivé. Je totiž třeba předně vycházet z toho, že primárním účelem regulace zadávání veřejných zakázek je ochrana prostředků, které jsou prostřednictvím veřejných zakázek vynakládány, a to především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, na jejichž základě jsou veřejné zakázky plněny, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli. Má-li zadavatel (právě za účelem ochrany hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s takto

vydáványi prostředky) zákonem stanovenou obecnou povinností zadávat veřejné zakázky prostřednictvím v zákoně upravených zadávacích řízení a je-li zadavatel současně osobou odpovědnou za zákonný průběh daného zadávacího řízení, není ničeho nepřiměřeného na tom, aby měl současně povinnost k námitce stěžovatele svůj postup relevantním způsobem odůvodnit.

75. Jinými slovy řečeno, je-li zadavatel ve své smluvní volnosti zákonem omezen v tom smyslu, že uzavření smlouvy na veřejnou zakázku může obecně přistoupit toliko na základě formalizovaného postupu, který musí vyhovět zákonem stanoveným podmínkám, musí na každý svůj krok v zadávacím řízení nazírat též z pohledu souladnosti se zákonem. V takovém případě nemůže pro zadavatele představovat žádný problém své úvahy, na základě kterých dospěl k závěru, že postupuje v souladu se zákonem, stěžovateli sdělit. Navíc je transparentní takový postup zadavatele, kdy obdrží výtky dodavatele a reaguje na ně tak, že se s nimi srozumitelně a jasně vypořádá. To implikuje, že zareaguje na všechny vznesené argumenty a např. uvede, proč je nepovažuje za legitimní. Právě to je základním smyslem řízení o námitkách. Postup, kdy dodavatel vznesl řadu argumentů, pro které považuje postup zadavatele za nezákonný, a zadavatel část z nich ignoruje či na konkrétní argumenty reaguje nedůvodně jen povšechně, aniž by vysvětlil, proč tato námitka není důvodná, nemůže být v souladu se zákonem.
76. Lze konstatovat, že každý dodavatel pohybující se na relevantním trhu má právo na transparentní a nediskriminační postup zadavatele v zadávacím řízení a právo na nezávislý přezkum úkonů či rozhodnutí zadavatele poté, co se neúspěšně bránil námitkami dle zákona (k tomuto závěru srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 4. 2008, č. j. 5 As 50/2006-137). Právě k plnohodnotnému naplnění tohoto práva pak směřuje úprava v § 245 odst. 1 zákona.
77. Důležitost institutu námitek a jejich vyřízení vyplývá i z úmyslu zákonodárce sankcionovat zadavatele v případě, že na námitky nebude reagovat způsobem stanoveným zákonem [k tomu srov. ust. § 268 odst. 1 písm. d) zákona].

K rozhodnutí o námitkách v šetřeném případě

78. Stěžovatel v přezkoumávaném případě podal zadavateli námitky, kterými brojil proti volbě druhu zadávacího řízení, dodržení základních zásad v průběhu jednání a proti zadávacím podmínkám. Obviněný tyto námitky odmítl z důvodu jejich opožděnosti. Pro posouzení zákonnosti rozhodnutí o námitkách musel Úřad v šetřeném případě předně přezkoumat, zda byly námitky doručeny obviněnému v zákonem stanovené lhůtě dle § 242 zákona.

K námitkám směřujícím proti nedodržení základních zásad v průběhu jednání

79. Stěžovatel má za to, že zadavatel v průběhu jednání porušil základní zásady zadávání veřejných zakázek, a to zásadu rovného zacházení a zásadu zakazu diskriminace. Stěžovatel popisuje, že předmětem jednání se stěžovatelem byla právní a obchodní stránka věci, k jednání o technické stránce předmětu plnění zadavatel již nepřistoupil, ačkoliv dle názoru stěžovatele u ostatních účastníků jednání o technické části předmětu plnění proběhlo. Tuto skutečnost stěžovatel dovozuje z toho, že „výzva Zadavatele k podání finálních nabídek obsahovala upravené technické požadavky na modulární systém pro energetický

management (viz dokument 03_1 Specifikace požadavků na IS pro energetický management).“

80. Zadavatel tuto námitku odmítl pro opožděnost s odůvodněním, že stěžovatel podává námitku proti porušení základních zásad v průběhu jednání. *„Zadavatel upozorňuje stěžovatele, že jednání bylo ukončeno 20. 7. 2020. Pokud měl stěžovatel důvodné podezření, že zadavatel porušil zákon, měl do 15 dnů ode dne ukončení jednání tuto skutečnost oznámit zadavateli.“*
81. V této souvislosti Úřad uvádí, že zadavatel ve vztahu k předmětné námitce v rozhodnutí o námitkách správně odkazuje na ustanovení § 242 odst. 1 zákona, dle kterého, není-li dále v zákoně stanoveno jinak, musí být námitky doručeny zadavateli do 15 dnů ode dne, kdy se stěžovatel dozvěděl o domnělém porušení tohoto zákona zadavatelem.
82. Z dokumentace o zadávacím řízení, resp. z výpisu z elektronické komunikace mezi zadavatelem a stěžovatelem vyplývá, že zadavatel zaslal stěžovateli návrh protokolu z 1. kola jednání, ke kterému stěžovatel měl připomínky, které požadoval do protokolu z 1. kola jednání zpracovat. Zadavatel požadované připomínky zpracoval, přičemž z protokolu z 1. kola jednání vyplývá, že *„Účastník a Zadavatel budou nejprve řešit právní a obchodní stránku věci. Po vyjasnění si právních aspektů veřejné zakázky bude následně jednání zaměřeno právě na technickou část předmětu plnění.“* V protokolu z 1. kola jednání zadavatel stanovil termín pro zaslání nového návrhu smluvních podmínek. Část smluvních podmínek zadavatel učinil přílohou protokolu z 1. kola jednání. Stěžovatel zadavateli nový návrh smluvních podmínek nezaslal, ačkoliv zadavatele utvrdil v tom, že hodlá v dalších jednáních se zadavatelem pokračovat a následně podat nabídku. Zadavatel následně ukončil fázi jednání.
83. Zadavatel oznámil stěžovateli ukončení jednání ke dni 20. 7. 2020, přičemž mu sdělil, ať očekává finální výzvu k podání nabídek. Pro posouzení včasnosti předmětné námitky je klíčové, zda stěžovateli v okamžiku ukončení jednání, tj. ke dni 20. 7. 2020, měly být z průběhu zadávacího řízení či z jemu zpřístupněných dokumentů v průběhu zadávacího řízení, zřejmé pochybnosti o tom, že zadavatel jednal s ostatními účastníky i o technických podmínkách předmětu plnění (bez ohledu na to, zda tomu tak skutečně bylo – pozn. Úřadu).
84. Z výpisu z elektronické komunikace mezi zadavatelem a stěžovatelem nevyplývá, ani v protokolu z 1. kola jednání zadavatel nepotvrzuje, že s ostatními účastníky jednal i o technické části předmětu plnění. Tuto pochybnost tak stěžovatel oprávněně mohl nabýt (jak také uvádí ve svých námitkách) až v okamžiku, kdy mu byla zpřístupněna finální výzva k podání nabídky dne 5. 8. 2020, jejíž součástí zadavatel učinil návrh smlouvy a jeho přílohu – Specifikaci požadavků na IS.
85. Vzhledem k tomu, že zákon v § 61 odst. 10 umožňuje zadavateli v průběhu jednání změnit nebo doplnit zadávací podmínky, zejména technické podmínky, a zadavatel učinil součástí návrhu smlouvy přílohu, která obsahovala technické požadavky na předmět plnění, přičemž tato příloha byla účastníkům zadávacího řízení poprvé zpřístupněna až současně s výzvou k podání nabídek, tj. dne 5. 8. 2020, mohl dle Úřadu stěžovatel k tomuto datu nabýt dojem, že zadavatel tyto technické podmínky zformuloval v rámci jednání s ostatními účastníky. Tuto domněnku stěžovatele podporuje i fakt, že zadavatel v protokolu z 1. kola jednání stěžovateli sdělil, že po vyjasnění si právních aspektů veřejné zakázky bude jednání

zaměřeno na technickou část předmětu plnění. Zadavatel tedy deklaroval, že bude o technické části předmětu plnění jednat.

86. Dle názoru Úřadu tedy stěžovatel nemohl uplatnit námitku ohledně nedodržení základních zásad zadávání v průběhu jednání, a sice že se stěžovatelem nebylo jednáno o technické části předmětu plnění, ačkoliv dle názoru stěžovatele s ostatními účastníky toto jednání probíhalo, k okamžiku ukončení jednání se stěžovatelem, neboť stěžovatel toto podezření získal až v okamžiku, kdy mu byla zpřístupněna výzva k podání nabídek, jejíž součástí byla mj. nová technická specifikace předmětu plnění.
87. Tím, že obviněný tuto námitku v rozporu s § 245 odst. 3 zákona odmítl pro opožděnost, ačkoliv byla uplatněna v zákonné lhůtě dle § 242 odst. 1 zákona dne 20. 8. 2020, tedy do 15 dnů od uveřejnění výzvy k podání nabídek dne 5. 8. 2020, jejíž součástí byla nová technická specifikace informačního systému, stěžovatel v důsledku formálního odmítnutí předmětné námítky z důvodu opožděnosti nebyl obeznámen s věcnou argumentací obviněného, tj. ani se skutečností, že se společností DAMGAARD Consulting s.r.o. bylo jednáno také toliko o právní a obchodní stránce věci, nikoliv však o technické stránce předmětu plnění.

K námitkám směřujícím proti zadávacím podmínkám

88. Další část námitek stěžovatele směřovala proti zadávacím podmínkám. Stěžovatel považoval za rozporný se základními zásadami zadávání veřejných zakázek požadavek na výhradní a neomezené licence a požadavek na „open-source SW“. Obě uvedené námitky byly obviněným odmítnuty pro opožděnost s odůvodněním, že „*[l]hůta pro podání námitek proti zadávací dokumentaci v JŘSU končí termínem pro podání předběžných nabídek. Termín pro podání předběžných nabídek byl stanoven na 30. 4. 2020.*“
89. Na tomto místě Úřad v obecné rovině, jak již uvedl výše v bodě 7171. odůvodnění tohoto příkazu, opakuje, že námitky jako procesní institut představují primární ochranu dodavatelů před nezákonným postupem zadavatele. K tomu Úřad v souladu se závěry Úřadu učiněnými v usnesení Úřadu č. j. ÚOHS-S0212/2019/VZ-17696/2019/522/JKr ze dne 3. 7. 2019 uvádí, že zákon vymezuje konkrétní časové okamžiky v průběhu zadávacího řízení, v jejichž rámci je z pohledu stěžovatele nutné využít práva k podání námitek. Každé zadávací řízení prochází určitými fázemi a možnost obrany proti postupu zadavatele vždy odpovídá té které fázi zadávacího řízení, ve které se předmětné zadávací řízení nachází. Uvedený přístup koresponduje se zásadou právní jistoty jak všech účastníků zadávacího řízení, resp. potenciálních dodavatelů, tak i samotného zadavatele, neboť si nelze představit situaci, kdy např. v pokročilé či závěrečné fázi zadávacího řízení, kdy má dojít k výběru dodavatele, budou rozporovány zadávací podmínky, podle kterých celé zadávací řízení probíhalo. V této souvislosti Úřad odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 2 Afs 67/2010 ze dne 25. 1. 2011, jehož závěry, byť byl vydán ve vztahu k dnes již neúčinnému zákonu č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, lze použít i ve vztahu k aktuálně účinné právní úpravě. Z uvedeného rozsudku mj. vyplývá, že „*[k]oncepce citovaných ustanovení zákona o zadávání veřejných zakázek je (...) založena na souslednosti jednotlivých kroků a na různých prostředcích ochrany proti případným nezákonnostem v oblasti veřejných zakázek, které je třeba využít bezprostředně poté, co žadatel některá pochybení zadavatele zjistí. Jde o to, že celý tento proces musí být nejen maximálně transparentní a férový, nýbrž také efektivní a zamezující zbytečným obstrukcím*

a opakovanému přezkumu stejných námitek, které mohly být daleko smysluplněji uplatněny dříve.“

90. Jinými slovy smyslu a účelu zákona neodpovídá takový postup, kdy dodavatel vyčkává s podáním námitek proti požadavkům zadavatele uvedeným v zadávací dokumentaci, tedy proti zadávacím podmínkám, do pozdější fáze zadávacího řízení, kdy mu zadávací podmínky způsobí újmu v podobě například vyřazení jeho nabídky. Pokud má dodavatel za to, že zadávací dokumentace obsahuje podmínky odporující zákonu, zákon vyžaduje, aby tyto argumenty uplatnil formou námitek proti zadávacím podmínkám ve lhůtách k tomu určených.
91. Úřad na tomto místě nicméně dodává, že v úvahu přicházející výjimkou z tohoto striktního přístupu je situace, kdy určitá nejasnost zadávacích podmínek, resp. jejich výkladu, vyvstane až následně v průběhu zadávacího řízení, konkrétně ve fázi posouzení, případně hodnocení nabídek, tedy pokud zjednodušeně řečeno nastane situace, kdy tuto nejasnost nebylo možné identifikovat dříve. V této souvislosti lze příkladně odkázat na závěry vyplývající z rozsudku Nejvyššího správního soudu ve věci sp. zn. 5 Afs 75/2009 ze dne 6. 11. 2009, kdy Nejvyšší správní soud dovedl, že jelikož se nejasnost zadávací dokumentace projevila až při hodnocení nabídky, nebylo reálně možné ze strany stěžovatele tuto nejasnost identifikovat, a tedy ji rozporovat ve lhůtě pro podání námitek proti zadávacím podmínkám. Obdobně lze pak poukázat na výše citovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu ve věci 2 Afs 67/2010 ze dne 25. 1. 2011, kde Nejvyšší správní soud konstatoval, že *„je nutno od sebe odlišovat situace, kdy podle okolností konkrétního případu lze po uchazeči spravedlivě požadovat, aby napadl zákonnost zadávacích podmínek, neboť si této nezákonnosti mohl a měl být vědom, od případů, kdy se tato nezákonnost skutečně vyjeví až při hodnocení jednotlivých nabídek. Jde tak o odlišení případů protizákonných zadávacích podmínek per se od podmínek, které samy o sobě protizákonné být nemusí, nicméně tato protizákonnost se projeví až jejich aplikací.“* Úřad dodává, že uvedená judikatura se vztahuje k již neúčinné právní úpravě, avšak uvedené závěry lze analogicky aplikovat na zákon, neboť princip podání námitek zůstal zachován.
92. Ustanovení § 242 odst. 4 zákona konstruuje zvláštní lhůtu pro podání námitek výhradně proti zadávací dokumentaci, resp. jedná se o ustanovení speciální vůči obecné lhůtě pro podání námitek ve smyslu § 242 odst. 1 zákona. Jak vyplývá z ustanovení § 242 odst. 4 zákona, pokud je v zadávacím řízení stanovena lhůta pro podání nabídek, musí být námítky proti zadávací dokumentaci doručeny zadavateli nejpozději do skončení této lhůty. V případě jednacím řízení s uveřejněním se však uvedené pravidlo neuplatní. Zákon v § 242 odst. 4 věta za středníkem zákona stanoví pro případ podávání námitek proti zadávací dokumentaci v jednacím řízení s uveřejněním speciální pravidlo. V případě jednacím řízení s uveřejněním musí být námítky proti zadávací dokumentaci doručeny zadavateli nejpozději do skončení lhůty pro podání předběžných nabídek. Z logiky věci lze toto pravidlo vztáhnout toliko na námítky směřující proti zadávacím podmínkám, které zadavatel stanovil do konce lhůty pro podání předběžných nabídek. Nelze však přehlížet specifičnost jednacím řízení s uveřejněním spočívající v tom, že zadavatel je v tomto druhu zadávacího řízení v zásadě oprávněn měnit zadávací podmínky i po uplynutí lhůty pro podání předběžných nabídek (srov. § 61 odst. 10 zákona). Úřad je názoru, že v zájmu zachování možnosti ochrany dodavatelů před nesprávným postupem zadavatelů při stanovení zadávacích podmínek,

jsou-li tyto stanoveny až po uplynutí lhůty pro podání předběžných nabídek, je nutné právní úpravu vyložit a aplikovat v souladu se závěry judikatury týkající se výkladu a aplikace právních norem² tak, aby dodavatelé mohli uplatnit zákonem dané možnosti ochrany i vůči těmto (po uplynutí lhůty pro podání předběžných nabídek) stanoveným zadávacím podmínkám. V situaci, kdy pravidlo obsažené v ustanovení § 242 odst. 4 věta před středníkem zákona nemůže na jednací řízení s uveřejněním dopadat (vzhledem k tomu, že se vztahuje na jiné druhy zadávacích řízení a pro jednací řízení s uveřejněním je stanoveno pravidlo zvláštní), je nutno podání námitek proti zadávacím podmínkám stanoveným ve fázi jednacího řízení po konci lhůty pro podání předběžných nabídek podřadit pod jiné ustanovení § 242 zákona. Úřad má za to, že s ohledem na znění § 61 odst. 10 zákona (podle kterého je zadavatel v případě změny nebo doplnění zadávacích podmínek povinen účastníky zadávacího řízení o takovéto změně či doplnění písemně informovat) je třeba na danou situaci nahlížet prizmatem ust. § 242 odst. 2 zákona, které se uplatní právě i v případě jednacího řízení s uveřejněním (resp. v zákoně není výslovně stanoveno, že by ji při použití tohoto druhu zadávacího řízení nebylo možno uplatnit).

93. Úřad tedy předně přistoupil k posouzení toho, zda námitky směřující proti požadavku na výhradní a neomezené licence a požadavku na open-source SW napadaly zadávací podmínky, které byly účastníkům zadávacího řízení známy již v době běhu lhůty pro podání předběžných nabídek, a tito je tak mohli uplatnit ve lhůtě dle § 242 odst. 4 zákona nejpozději do skončení lhůty pro podání předběžných nabídek, nebo zda byly napadány zadávací podmínky, které byly zadavatelem stanoveny až po uplynutí lhůty pro podání předběžných nabídek a účastníci tak mohli jejich stanovení rozporovat ve lhůtě dle § 242 odst. 2 zákona, tedy do 15 dnů ode dne, kdy byli zadavatelem o stanovení těchto zadávacích podmínek informováni.
94. Z dokumentace o zadávacím řízení Úřad zjistil, že požadavek na výhradní a neomezené licence se závazně promítl do zadávacích podmínek v návrhu smlouvy (k tomu viz výše v bodě 67. odůvodnění tohoto příkazu), který byl účastníkům zadávacího řízení zpřístupněn dne 5. 8. 2020 současně s výzvou k podání nabídek. Právě uvedené platí obdobně i pro požadavek na „open-source SW“ (k tomu viz výše body 69. a 70. odůvodnění tohoto příkazu). Úřad záměrně uvádí „závazně promítl“, neboť nepřehlídí, že zadavatel v této souvislosti poukazuje na to, že se stěžovatel „o *zapracování podmínek výhradní licence a OSS dověděl již 17. 6. 2020 (přesné znění jaké je v protokolu z 1. jednání je i v návrhu smluvních podmínek)*“. Úřad nezpochybňuje, že požadavek na výhradní a neomezené licence a na „open-source SW“ byl se stěžovatelem projednáván již v rámci 1. kola jednání, přičemž tyto požadavky zachycuje protokol z 1. kola jednání, avšak je třeba akcentovat, že hlavním účelem protokolu o jednání je zachycení obsahu tohoto jednání s konkrétním účastníkem, aby v případě sporu mohly být sporné skutečnosti postaveny najisto.
95. V šetřeném případě zadavatel protokol z 1. kola jednání vyhotovil a zaslal jej dne 17. 6. 2020 stěžovateli k připomínce. V protokolu z 1. kola jednání je uvedeno, že zadavatel stanovil stěžovateli termín pro zaslání nového návrhu smluvních podmínek, přičemž část smluvních podmínek učinil zadavatel přílohou protokolu z 1. kola jednání. Je tedy zřejmé, že část

² Viz k tomu např. plenární náleží Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 33/97 ze dne 17. 12. 1997, příp. usnesení Ústavního soudu sp. zn. II. ÚS 1773/07 ze dne 23. 1. 2008.

smluvních podmínek, kterou zadavatel učinil přílohou protokolu z 1. kola jednání, požadoval po zadavateli zapracovat do nového návrhu smluvních podmínek. Jednalo se tedy o jakýsi návrh, či požadavky, které byly předmětem jednání, resp. z něj vzešly, avšak měly být dále do návrhu smlouvy zapracovány. Dle Úřadu tak v tomto smyslu nelze ve vztahu k návrhu smluvních podmínek uvedených v příloze protokolu z 1. kola jednání uvažovat jako o závazných zadávacích podmínkách, neboť nelze mít postaveno najisto, že tyto nebudou stěžovatelem či zadavatelem v dalším průběhu zadávacího řízení, resp. jednání, dále modifikovány (což podporuje i fakt, že v šetřeném případě stěžovatel návrh smluvních podmínek v zadavatelem požadovaném termínu neakceptoval, resp. chtěl smluvní podmínky upravit až v návaznosti na konkrétní technické řešení, které vzejde z jednání o technické části předmětu plnění).

96. Dle přesvědčení Úřadu byl stěžovatel dne 17. 6. 2020 obeznámen s částí návrhu smluvních podmínek, které by se teoreticky mohly promítnout do konečného znění návrhu smlouvy, nemohl však mít tuto skutečnost postavenou najisto a v tomto smyslu nelze část smluvních podmínek, která se promítla do přílohy protokolu z 1. kola jednání, považovat za závazné či „finální“ zadávací podmínky.
97. Dle Úřadu je tedy nezbytné jednání zadavatele vykládat v tom smyslu, že doplnil dle § 61 odst. 10 zákona zadávací podmínky, přičemž o tomto doplnění informoval účastníky zadávacího řízení okamžikem uveřejnění či zpřístupnění finálních zadávacích podmínek spolu s výzvou k podání nabídek dne 5. 8. 2020. Stěžovatel tedy mohl námitky proti předmětným zadávacím podmínkám uplatnit nejpozději ve lhůtě dle § 242 odst. 2 zákona, tedy do 20. 8. 2020, což v šetřeném případě učinil, neboť námitky byly zadavateli doručeny dne 20. 8. 2020.
98. Obviněný se tak v důsledku nezákonného procesního odmítnutí předmětných námitek z důvodu jejich opožděnosti vůbec věcně nezabýval namítanými skutečnostmi, v důsledku čehož se stalo rozhodnutí o námitkách v tomto rozsahu nepřezkoumatelným pro nedostatek důvodů.
99. Úřad uzavírá, že obviněný by měl vždy s maximální pečlivostí posoudit včasnost obdržených námitek, neboť v důsledku nezákonného odmítnutí námitek pro opožděnost nemůže být za žádných okolností dosaženo primárního účelu institutu námitek, tj. aby se stěžovatel, resp. případný navrhovatel primárně dozvěděl autentický názor zadavatele na veškeré jím vznesené připomínky k jeho postupu v zadávacím řízení. Vzhledem ke všem výše uvedeným skutečnostem Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto příkazu.
100. Úřad závěrem pro úplnost konstatuje, že znakem skutkové podstaty přestupku podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona není [na rozdíl od skutkové podstaty dle § 268 odst. 1 písm. a) zákona] alespoň potenciální vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Proto tuto skutečnost není třeba ze strany Úřadu dále zkoumat.

K výroku II. příkazu

101. Úřad předně obecně uvádí, že v § 252 odst. 1 zákona je zakotvena povinnost zadavatele zaslat Úřadu dokumentaci o zadávacím řízení do 10 dnů ode dne doručení stejnopisu návrhu zadavateli. Nezaslání dokumentace o zadávacím řízení v uvedené lhůtě Úřadu podstatně ztěžuje posouzení v návrhu namítaných skutečností a může případně posouzení skutečností

uváděných v návrhu, resp. meritorní rozhodnutí o návrhu, zcela znemožnit. Poskytnutí dokumentace o zadávacím řízení zadavatelem je nezbytným předpokladem pro rozhodnutí ve věci, přičemž správním řádem obecně je kladen důraz na co možná nejrychlejší projednání a vydání rozhodnutí ve věci (viz § 71 správního řádu). Poskytnutí zákonem stanovených dokumentů (dokumentace o zadávacím řízení) zadavatelem je tak nezbytným předpokladem pro řádný průběh správního řízení u Úřadu.

102. Vzhledem k zásadnímu významu dokumentace o zadávacím řízení pro rozhodnutí o návrhu je povinnost zadavatele k zaslání dokumentace o zadávacím řízení Úřadu ve lhůtě 10 dnů ode dne doručení stejnopisu návrhu stanovena zadavateli přímo zákonem a z téhož důvodu je nesplnění této povinnosti kvalifikováno, bez dalšího, jako přestupek v § 268 odst. 1 písm. e) zákona.
103. Z datové zprávy zaslané zadavateli prostřednictvím elektronického nástroje, jejíž elektronický obraz byl doručen Úřadu společně s návrhem navrhovatele dne 13. 9. 2020, vyplývá, že téhož dne byl zadavateli doručen stejnopis návrhu. S ohledem na právě uvedené pak lhůta pro doručení vyjádření zadavatele k obdrženému návrhu a zaslání dokumentace o zadávacím řízení na předmětnou veřejnou zakázku Úřadu společně s tímto vyjádřením uplynula podle § 252 odst. 1 zákona dne 23. 9. 2020.
104. Úřad v oznámení o zahájení správního řízení obviněného poučil mj. i o jeho zákonné povinnosti doručit Úřadu své vyjádření k obdrženému návrhu do 10 dnů od jeho doručení a společně s tímto vyjádřením zaslat dokumentaci o zadávacím řízení, a to způsobem dle § 252 odst. 3 a 4 zákona. Poslední den předmětné lhůty ve smyslu § 252 odst. 1 zákona připadl na středu 23. 9. 2020 a obviněný měl tedy povinnost zaslat dokumentaci o zadávacím řízení Úřadu nejpozději uvedeného dne.
105. Dne 23. 9. 2020, tedy v zákonné lhůtě, obdržel Úřad prostřednictvím datové schránky vyjádření zadavatele z téhož dne k návrhu navrhovatele a současně s tímto návrhem byla doručena část dokumentace o zadávacím řízení.
106. Vzhledem k tomu, že obviněný nedoručil Úřadu kompletní dokumentaci o zadávacím řízení, což Úřad dovodil z absence např. námitek, rozhodnutí o námitkách, žádostí o účast, předběžných nabídek a nabídek, protokolů z jednání s ostatními účastníky, doručenek datových zpráv, stanovil Úřad usnesením ze dne 29. 9. 2020 obviněnému dodatečnou lhůtu 5 dní k doručení dokumentace o zadávacím řízení.
107. Obviněný ve smyslu uvedeného usnesení ze dne 29. 9. 2020 zaslal Úřadu prostřednictvím datové schránky dne 5. 10. 2020 chybějící část dokumentace o zadávacím řízení [mj. protokol z 1. kola jednání se společností DAMGAARD Consulting s.r.o., ze dne 5. 6. 2020 (dále jen „protokol z 1. kola jednání se společností DAMGAARD Consulting s.r.o.“), protokol o otevírání nabídek ze dne 30. 4. 2020, předběžné nabídky, nabídky, protokol o otevírání nabídek ze dne 31. 8. 2020, námítka, rozhodnutí o námitkách, žádosti o účast, protokol o otevírání nabídek ze dne 20. 3. 2020, výsledek posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení ze dne 27. 3. 2020, čestná prohlášení, žádost o vysvětlení zadávací dokumentace].
108. Na základě uvedených skutečností Úřad konstatuje, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. e) zákona tím, že nesplnil povinnost stanovenou v § 252 odst. 1 zákona,

když Úřadu v rámci správního řízení vedeného pod sp. zn. ÚOHS-S0360/2020/VZ nezaslal dokumentaci o zadávacím řízení ve lhůtě 10 dnů od doručení návrhu navrhovatele, tedy nejpozději do 23. 9. 2020, ale učinil tak až dne 5. 10. 2020, kdy prostřednictvím datové schránky doplnil dokumentaci o zadávacím řízení, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto příkazu.

K výroku III. – uložení pokuty

109. Úřad posoudil postup obviněného a vzhledem ke zjištěným skutečnostem přistoupil k uložení pokuty, neboť obviněný svým postupem naplnil skutkovou podstatu přestupků podle § 268 odst. 1 písm. d) a e) zákona.
110. Podle § 270 odst. 5 zákona promlčecí doba činí 5 let, přičemž podle odst. 6 písm. a) téhož ustanovení zákona se promlčecí doba přerušuje oznámením o zahájení řízení o přestupku.
111. Podle § 31 odst. 1 zákona o přestupcích promlčecí doba počíná běžet dnem následujícím po dni spáchání přestupku; dnem spáchání přestupku se rozumí den, kdy došlo k ukončení jednání, kterým byl přestupek spáchán. Je-li znakem přestupku účinek, promlčecí doba počíná běžet dnem následujícím po dni, kdy takový účinek nastal.
112. V návaznosti na výše uvedené Úřad před uložení pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 270 odst. 5 zákona. Ke spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. tohoto příkazu došlo dne 3. 9. 2020 odesláním rozhodnutí o námitkách stěžovatele, ve kterém obviněný nezákonně odmítl námitky pro opožděnost, ačkoliv byly v části podány v zákonné lhůtě. Ke spáchání přestupku uvedeného ve výroku II. tohoto příkazu došlo dne 24. 9. 2020, tedy den následující po dni, kdy obviněnému marně uplynula lhůta k zaslání dokumentace o zadávacím řízení Úřadu podle § 252 odst. 1 zákona. Řízení o přestupcích je pak zahájeno doručením tohoto příkazu. Z uvedeného je zřejmé, že promlčecí doba ve vztahu ke všem projednávaným přestupkům neuplynula a odpovědnost obviněného za přestupky nezanikla.
113. Podle § 41 odst. 1 zákona o přestupcích se za dva nebo více přestupků téhož pachatele projednaných ve společném řízení uloží správní trest podle ustanovení vztahujícího se na přestupek nejpřísněji trestný. Jsou-li horní hranice sazeb pokut stejné, uloží se správní trest podle ustanovení vztahujícího se na přestupek nejzávažnější.
114. Podle § 268 odst. 2 písm. b) zákona se za přestupek uloží pokuta do 20 000 000 Kč, jde-li o přestupek podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona.
115. Podle § 268 odst. 2 písm. c) zákona se za přestupek uloží pokuta do 1 000 000 Kč, jde-li o přestupek podle § 268 odst. 1 písm. e) zákona.
116. Přestupek přísněji trestný je přestupek uvedený ve výroku I. tohoto příkazu, neboť za přestupek spočívající v nezákonném postupu při vyřizování námitek lze uložit vyšší pokutu než za přestupky spočívající v pozdním zaslání dokumentace o zadávacím řízení Úřadu. Správní trest tedy Úřad uloží za přestupek dle § 268 odst. 1 písm. d) zákona (dle výroku I. příkazu).
117. Podle § 37 písm. a) a c) zákona o přestupcích se při určení druhu správního trestu a jeho výměry přihlédne zejména k povaze a závažnosti přestupku a k přitěžujícím a polehčujícím okolnostem.

118. Podle § 38 zákona o přestupcích povaha a závažnost přestupku je dána zejména významem zákonem chráněného zájmu, který byl přestupkem porušen nebo ohrožen, dále významem a rozsahem následku přestupku a okolnostmi jeho spáchání (Úřad zde uvádí pouze ty skutečnosti citovaného ustanovení zákona o přestupcích, které jsou relevantní ve vztahu k posuzovanému případu).
119. Pokud jde o význam pojmu „závažnost přestupku“, Úřad dále uvádí, že stupeň společenské škodlivosti přestupku (tedy závažnosti) je dán také konkrétní intenzitou naplnění znaků skutkové podstaty přestupku. Při posuzování závažnosti přestupku není hlavním kritériem jeho skutková podstata, ale intenzita skutkových okolností, s jakou došlo k porušení právem chráněných hodnot a zájmů v konkrétním případě. Z hlediska určení výměry pokuty je proto nutno hodnotit nejen jaké následky byly přestupkem způsobeny, ale také jakou měly intenzitu (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 106/2012 ze dne 6. 6. 2013).
120. V rámci posouzení povahy a závažnosti přestupku Úřad konstatuje, že pro zadavatele ze zákona jednoznačně vyplývá povinnost přezkoumat a vyřídit veškeré námitky proti jeho postupu v zadávacím řízení. Zadavatel v šetřeném případě odmítl námitky stěžovatele, které směřovaly mj. proti nedodržení zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace v průběhu jednání a proti stanovení zadávacích podmínek v rozporu se základními zásadami zadávání veřejných zakázek, v celém jejich rozsahu z důvodu jejich opožděnosti, ačkoliv byly v části podány včas, čímž stěžovateli odepřel právo na autentický názor zadavatele na veškeré vznesené připomínky. Stěžovatel tak nebyl v části námitek vůbec obeznámen s věcnou argumentací zadavatele. Pochybení v podobě nepřezkoumatelnosti rozhodnutí o námitkách, resp. vypořádání části námitek spočívající v jejich odmítnutí pro opožděnost v rozporu se zákonem, kterého se obviněný dopustil, nelze přitom hodnotit – vzhledem k účelu, jehož má být institutem námitek dosaženo – jako marginální.
121. Následkem porušení zákonné povinnosti tedy bylo, že stěžovatel neměl jinou možnost než podat návrh bez znalosti konkrétní argumentace zadavatele. Jednáním obviněného tak nebyl naplněn základní účel námitek, tedy odůvodnění postoje zadavatele k námitkám stěžovatele, tj. podrobné, srozumitelné a věcné vysvětlení. Následkem nepřezkoumatelnosti rozhodnutí o námitkách z hlediska namítaného nedodržení zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace v průběhu jednání a stanovení zadávacích podmínek v rozporu se základními zásadami zadávání veřejných zakázek tak v šetřeném případě nastal uvedený „informační deficit“ na straně stěžovatele a přestupek zadavatele tak měl přímý dopad do řádného průběhu zadávacího řízení, přičemž to byl právě stěžovatel, kdo musel přezkoumat úkonů zadavatele před Úřadem iniciovat, resp. byl v této souvislosti povinen složit nemalou finanční částku jako kauci. Ve vztahu k následkům přestupku tak nelze konstatovat, že by se jednalo o přestupek nízké závažnosti.
122. Pro úplnost Úřad dodává, že z hlediska intenzity zásahu do právem chráněného zájmu se nejedná ani o nejzávažnější porušení zákona ze strany obviněného. V daném případě nelze dovodit, že by obviněný zcela rezignoval na posouzení všech námitek, resp. nelze dovodit, že by obviněný námitky jako celek zcela ignoroval, když ve svém rozhodnutí o námitkách stěžovatele prezentoval alespoň obecné úvahy, které jej k jejich odmítnutí pro opožděnost vedly.

123. Jako přitěžující okolnost Úřad shledal, že se obviněný dopustil ještě dalšího přestupku, když Úřadu ve správním řízení ÚOHS-S0360/2020/VZ nezaslal v desetidenní lhůtě od doručení stejnopisu návrhu dokumentaci o zadávacím řízení (výrok II. tohoto příkazu). Dokumentace o zadávacím řízení byla obviněným doplněna až dne 5. 10. 2020, tedy celkem 12 dnů ode dne, kdy byl obviněný povinen kompletní dokumentaci o zadávacím řízení ve smyslu § 252 odst. 1 zákona odeslat, přičemž uvedenou délku prodlení rozhodně nelze (už jen s ohledem na skutečnost, že se jedná o více než násobek původní, zákonem stanovené lhůty) považovat za marginální, přičemž tímto postupem obviněný podstatně ztížil posouzení v návrhu namítaných skutečností a možnost rozhodnout o návrhu v co nejkratší možné lhůtě. Úřad v této souvislosti dále přihlédl k tomu, že část dokumentace o zadávacím řízení, která byla obviněným doplněna po uplynutí zákonné lhůty, byla pro posouzení v návrhu namítaných skutečností podstatná [neboť obsahovala stěžejní části dokumentace o zadávacím řízení (například protokol z 1. kola jednání se společností DAMGAARD Consulting s.r.o.), jejichž dispozice byla pro posouzení v návrhu namítaných skutečností (mj. dodržení zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace v průběhu jednání) nezbytná].
124. Úřad při ukládání výše pokuty ve prospěch obviněného zohlednil, že obviněný je do určité míry „specifickým“ zadavatelem (Národní energetický klastr, z.s.), který byl zřízen mj. za účelem vytváření podmínek pro maximální využití synergií výrobního a rozvojového potenciálu v oboru energetického průmyslu a v návazných oborech, podpory inovačních procesů, výzkumu a rozvoje činností provozovaných členy spolku, podpory komunikace, která má související zájem, a poradenské činnosti související s klastrovou problematikou a problematikou související s energetickým průmyslem, který, jak vyplývá z veřejně dostupných zdrojů, sdružuje společnosti působící v energetickém a teplárenském průmyslu a aktivně spolupracuje s univerzitami a výzkumnými středisky v České republice i v zahraničí, tudíž není subjektem, který by běžně realizoval zadávací řízení.
125. Při určení výše pokuty Úřad přihlédl i k ekonomické situaci obviněného, neboť vychází z maximy, že není přípustné uložit takovou pokutu, která má likvidační charakter v tom smyslu, že by „zmařila“ samu ekonomickou podstatu obviněného. V této souvislosti Úřad přihlédl i k finančním možnostem obviněného, kdy z účetní závěrky obviněného za rok 2020³, vyplývá, že obviněný k 31. 12. 2020 disponoval aktivy v řádech milionů korun, z čehož 519 000,- Kč představoval zůstatek peněžních prostředků na účtech, přičemž pro stanovení výše pokuty za spáchaný přestupek není dle názoru Úřadu relevantní, na co tyto prostředky obviněný hodlá použít. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že vyměřenou výši pokuty nelze v tomto případě považovat za nepřiměřeně zasahující ekonomickou podstatu obviněného (a v tomto smyslu za nespravedlivou).
126. Úřad dále uvádí, že peněžité sankce ze své podstaty vždy představuje zásah do majetkové sféry pachatele přestupku, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinam. Korektivem tu tedy nemůže být tento nepříznivý zásah samotný, ale až situace, kdy by tento zásah nabyl likvidačního charakteru. Kromě toho se v konečném důsledku nemusí uložená pokuta projevit (výlučně jen) ve sféře obviněného, neboť je na něm, aby případně využil jiné právní nástroje, pomocí kterých je možno uplatnit

³ Dostupné na: <https://or.justice.cz/ias/ui/vypis-sl-detail?dokument=66032781&subjektId=819589&spis=878202> – pozn. Úřadu

nárok na náhradu škody proti konkrétním osobám, které zavinily protiprávní stav, jenž vyústil v uložení pokuty.

127. V souvislosti s uvedeným Úřad doplňuje, že pokuta uložená obviněnému za nedodržení pravidel stanovených zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Výši ukládané pokuty v tomto případě Úřad akcentuje zejména preventivní funkci ukládané sankce.
128. Závěrem tedy Úřad k výši uložené pokuty konstatuje, že tato dle názoru Úřadu naplňuje dostatečně obě shora zmíněné funkce, aniž by se zároveň jednalo o pokutu likvidační. S ohledem na výše uvedené Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto příkazu.
129. Pokuta je splatná do jednoho měsíce od nabytí právní moci tohoto příkazu na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO zadavatele.

POUČENÍ

Proti tomuto příkazu je podle § 150 odst. 3 správního řádu možno podat odpor ve lhůtě 8 dnů ode dne jeho oznámení, a to u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Lhůta pro podání odporu běží ode dne následujícího po dni doručení tohoto příkazu. Podáním odporu se příkaz ruší a řízení ve věci tím pokračuje. Lhůty pro vydání rozhodnutí začínají znovu běžet dnem podání odporu. Zpětvzetí odporu není přípustné. Příkaz, proti němuž nebyl podán odpor, se stává pravomocným a vykonatelným rozhodnutím.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží

NÁRODNÍ ENERGETICKÝ KLASTR, z.s., Otakara Jeremiáše 6235/38, 708 00 Ostrava

Vypraveno dne

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