UOHSX00HH5H8

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0027/2023/VZ
Číslo jednací: ÚOHS-15155/2023/161

Brno 21. 4. 2023

V řízení o rozkladu ze dne 20. 2. 2023 doručeném dne 21. 2. 2023 Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže obviněným –

- **statutární město Ostrava**, IČO 00845451, sídlem Prokešovo náměstí 1803/8, 702 00 Ostrava

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0636/2022/VZ, č. j. ÚOHS-05133/2023/500 ze dne 6. 2. 2023 vydaném ve správním řízení vedeném ve věci možného spáchání přestupku podle § 269 odst. 1 písm. e) zákona obviněným v souvislosti se zadáváním veřejné zakázky „**Zvýšení propustnosti křižovatek v Ostravě - rozšíření telematických systémů**“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 23. 2. 2021 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 26. 2. 2021 pod ev. č. zakázky Z2021-006967, ve znění pozdějších oprav, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 26. 2. 2021 pod ev. č. 2021/S 040-097826, ve znění pozdějších oprav,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0636/2022/VZ, č. j. ÚOHS-05133/2023/500/ ze dne 6. 2. 2023

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

I. Postup obviněného a správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Obviněný – statutární město Ostrava, IČO 00845451, sídlem Prokešovo náměstí 1803/8, 702 00 Ostrava (dále jen „**obviněný**“ nebo „**zadavatel**“) – odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení do Věstníku veřejných zakázek zahájil dne 23. 2. 2021 otevřené řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Zvýšení propustnosti křižovatek v Ostravě – rozšíření telematických systémů“. Oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 26. 2. 2021 pod ev. č. zakázky Z2021-006967, ve znění pozdějších oprav, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 26. 2. 2021 pod ev. č. 2021/S 040-097826, ve znění pozdějších oprav (dále jen „**veřejná zakázka**“).

2. V čl. 17 „ZADÁVACÍ LHŮTA A JISTOTA“ zadávací dokumentace obviněný mj. stanovil zadávací lhůtu, a to 5 měsíců od skončení lhůty pro podání nabídek. Z čl. IV.2.2) oznámení o zahájení zadávacího řízení vyplývá, že lhůta pro podání nabídek byla původně stanovena do 6. 4. 2021 do 10:00 hod., přičemž byla následně opakovaně prodlužována tak, že její finální konec připadl na 30. 7. 2021 do 10:00 hod. V průběhu zadávacího řízení byla zadávací lhůta opakovaně stavěna blokačními lhůtami podle § 246 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“), a to tak, že plynula pouze v době od 26. 10. 2021 do 29. 12. 2021 (64 dnů), dále v době od 14. 5. 2022 do 19. 5. 2022 (6 dnů) a v době od 24. 6. 2022 do 11. 9. 2022 (80 dnů), kdy marně uplynula.

3. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jako orgán příslušný podle § 248 k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených 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, obdržel dne 17. 11. 2022 podnět s žádostí o prošetření postupu zadavatele ve věci výše uvedené veřejné zakázky. V podnětu bylo namítáno, že zadavatel ve lhůtě do 30 pracovních dnů od ukončení zadávacího řízení na svém profilu zadavatele neuveřejnil písemnou zprávu.

4. Vzhledem k tomu, že Úřad považoval skutková zjištěná za dostatečná a považoval za prokázané, že se obviněný dopustil přestupku podle § 269 odst. 1 písm. e) zákona, zahájil postupem 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**“), a podle § 150 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, (dále jen „**správní řád**“), řízení o přestupku z moci úřední vydáním příkazu sp. zn. ÚOHS-S0636/2022/VZ, č. j. ÚOHS-46988/2022/500 ze dne 28. 12. 2022 (dále jen „**příkaz**“).

5. Doručením příkazu obviněnému dne 28. 12. 2022 bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 46 odst. 1 a § 150 odst. 1 správního řádu zahájeno řízení o přestupku z moci úřední. Proti uvedenému příkazu podal obviněný dne 4. 1. 2023 odpor z téhož dne. Podle § 150 odst. 3 správního řádu se podáním odporu příkaz ruší a řízení pokračuje, přičemž lhůty pro vydání rozhodnutí začínají znovu běžet dnem podání odporu.

II. Napadené rozhodnutí

6. Dne 6. 2. 2023 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0636/2022/VZ, č. j. 05133/2023/500 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“). Výrokem I napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že se obviněný dopustil přestupku podle § 269 odst. 1 písm. e) zákona tím, že v rozporu s § 217 odst. 5 zákona neuveřejnil písemnou zprávu zadavatele týkající se veřejné zakázky na profilu zadavatele ve lhůtě do 30 pracovních dní od ukončení zadávacího řízení, které bylo ukončeno dne 11. 9. 2022 marným uplynutím zadávací lhůty – tj. nejpozději do dne 24. 10. 2022, ale až dne 23. 1. 2023. Výrokem II napadeného rozhodnutí Úřad obviněnému za výše uvedený přestupek uložil pokutu ve výši 8 000 Kč. Výrokem III pak Úřad obviněnému uložil povinnost uhradit paušální náklady řízení ve výši 1 000 Kč.

7. Napadené rozhodnutí pak Úřad odůvodnil následovně. Z Úřadem zjištěných skutečností vyplývá, že obviněným stanovená zadávací lhůta uplynula dnem 11. 9. 2022, přičemž obviněný v zadávací v lhůtě neprovedl výběr dodavatele. Uplynutím zadávací lhůty tudíž bylo zadávací řízení ukončeno ex lege podle § 40 odst. 4 zákona právě dne 11. 9. 2023. Obviněný pak byl podle § 217 odst. 1 zákona povinen vyhotovit písemnou zprávu zadavatele a tuto v souladu s § 217 odst. 5 zákona uveřejnit do 30 pracovních dnů (tedy do 24. 10. 2023) od ukončení zadávacího řízení na svém profilu zadavatele. Toto obviněný neučinil, respektive učinil tak opožděně, když písemnou zprávu na svém profilu zadavatele zveřejnil teprve dne 23. 1. 2023.

8. Úřad pak dále odmítl argument obviněného, že obviněný uzavřel dne 15. 12. 2022 s dodavatelem Yunex, s.r.o. dohodu o prodloužení zadávací lhůty, tj. dohodu ve smyslu § 40 odst. 3 písm. a) zákona. Úřad zde uvedl, že možnosti zadavatele dohodnout se s účastníky zadávacího řízení jinak uvedené v § 40 odst. 3 písm. a) zákona lze využít pouze v průběhu zadávací lhůty, neboť po jejím marném uplynutí, v případě, kdy zadavatel v jejím průběhu neodešle oznámení o výběru dodavatele, dochází bez dalšího k aktivaci § 40 odst. 4 zákona, a tedy ukončení zadávacího řízení. Skutečnost, že obviněný s dodavatelem Yunex, s.r.o. uzavřel dohodu o prodloužení zadávací lhůty, tak dle Úřadu nemůže ničeho změnit na tom, že zadávací řízení bylo ukončeno marným uplynutím zadávací lhůty dne 11. 9. 2022. Úkony obviněného učiněné po této lhůtě, tj. uzavření dohody o prodloužení zadávací lhůty, je nutno považovat za učiněné mimo zadávací řízení.

9. Úřad rovněž odmítl jako nerelevantní námitky obviněného, který poukazoval na to, že důvodem uplynutí zadávací lhůty měl být především obstrukční přístup ze strany dodavatelů. Stejně tak Úřad odmítl odkaz navrhovatele na připravovanou novelizaci znění zákona, dle které by k ukončení zadávacího řízení mělo dojít teprve 3 měsíce po uplynutí zadávací lhůty.

III. Rozklad obviněného

10. Dne 21. 2. 2023 obdržel Úřad rozklad obviněného ze dne 20. 2. 2023. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo obviněnému doručeno dne 6. 2. 2023. Rozklad byl tudíž podán v zákonné lhůtě.

Námitky rozkladu

11. Obviněný považuje napadené rozhodnutí za nezákonné, a to zejména z důvodu rozporu se základními zásadami správního řízení a rovněž tak pro rozpor se zákonem. Obviněný především poukazuje na zásadu *in dubio pro reo,* v souladu se kterou má správní orgán v pochybnostech rozhodnout ve prospěch obviněného. V souvislosti s touto zásadou pak obviněný poukazuje na to, že v období od 12. 9. 2022 do 17. 1. 2023 neexistovalo pravomocné rozhodnutí Úřadu, které by řešilo otázku možnosti uzavření dohody podle § 40 odst. 3 písm. a) zákona, jejímž obsahem by bylo prodloužení zadávací lhůty, a to poté, co zadávací lhůta již uplynula (tedy takové dohody, jakou obviněný uzavřel dne 15. 12. 2023 s dodavatelem Yunex s.r.o.). V době spáchání přestupku tak podle obviněného nebylo najisto postaveno, zda je jeho postup v rozporu se zákonem, přičemž obviněný jednal v dobré víře, že jeho postup v rozporu se zákonem není. S ohledem na tyto pochybnosti měl Úřad rozhodnout ve prospěch obviněného.

12. Dále obviněný polemizuje se závěrem Úřadu, že námitky a návrhy ze strany dodavatelů nelze považovat za obstrukční, když se jedná o právo dodavatelů, přičemž zadavatel sám nad rámec zákonných povinností stanovil zadávací lhůtu a měl s možností obrany ze strany dodavatelů počítat při stanovení její délky. Obviněný tento závěr považuje za obecně správný, nicméně je toho názoru, že v řešeném věci se nejednalo o běžné uplatňování práv dodavatelů, nýbrž ze strany konkrétního z nich o výkon práva s cílem poškodit zadavatele, tedy zneužívání práva.

13. Obviněný dále namítá, že jakkoliv neuveřejnění zprávy o zadávacím řízení v příslušné lhůtě naplňuje formální znaky přestupku, tak postup obviněného nemohl způsobit ani jedinému účastníkovi zadávacího řízení, který pochopitelně o postupu zadavatele věděl, a ani dodavateli, který podal podnět ohledně spáchaného přestupku, neboť ten nikdy nebyl účastníkem zadávacího řízení. U přestupku tak měla absentovat jakákoliv společenská škodlivost.

14. K výši uložené pokuty pak obviněný poukazuje na to, že ta byla uložena v totožné výši jak příkazem v situaci, kdy obviněný zprávu neuveřejnil, tak v napadeném v rozhodnutí, kdy obviněný zprávu již uveřejnil (byť opožděně), přičemž tuto skutečnost Úřad nevzal v úvahu. Zároveň obviněný poukazuje na případ, kdy byla za stejný přestupek uložena pokuta nižší.

Závěr rozkladu

15. Obviněný navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil.

IV. Řízení o rozkladu

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

Stanovisko předsedy Úřadu

17. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech byla podle § 98 odst. 1 zákona o přestupcích přezkoumána správnost a zákonnost napadeného rozhodnutí v plném rozsahu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise byl přijat následující závěr.

18. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je v něm uvedeno, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí o rozkladu jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které byl rozklad obviněného zamítnut a napadené rozhodnutí potvrzeno.

V. K námitkám rozkladu

19. Podstatou argumentace obviněného v řešené věci je tvrzení, že teprve rozhodnutí předsedy Úřadu sp. zn. R0170/2022/VZ č. j. ÚOHS-01891/2023/161 ze dne 17. 1. 2023 (dále jen „**rozhodnutí ze dne 17. 1. 2023**“) postavilo najisto otázku, zda je možné uzavřít dohodu ve smyslu § 40 odst. 3 písm. a) zákona, ve které se zadavatel s dodavatelem dohodne na prodloužení zadávací lhůty, přičemž takováto dohoda je uzavřena teprve poté, co zadávací lhůta již marně uplynula. Vzhledem k tomu měly až do vydání rozhodnutí ze dne 17. 1. 2023 panovat pochybnosti o přípustnosti postupu obviněného. S ohledem na tyto pochybnosti pak měl dle obviněného Úřad rozhodnout v souladu se zásadou *in dubio pro reo*, tedy nedospět k závěru, že se obviněný dopustil přestupku.

20. Co do vypořádání otázky možnosti uzavřít dohodu podle § 40 odst. 3 písm. a) zákona po uplynutí zadávací lhůty se předseda Úřadu rozsáhle vyjádřil v bodech 28 až 35 rozhodnutí dne 17. 1. 2023, na které zde lze odkázat. Závěry, ke kterým dospěl, lze shrnout následovně. Zákon zadavateli stanovuje povinnost odeslat v zadávací lhůtě oznámení o výběru dodavatele, nedohodne-li se s účastníky zadávacího řízení jinak. Z tohoto ustanovení vyplývá i pořadí úkonů – dohoda dle § 40 odst. 3 písm. a) zákona – původně stanovený konec zadávací lhůty – později odeslané oznámení. Na to, aby byla ze zadavatele sňata povinnost oznámit výběr ve lhůtě, musí existovat dohoda, jinak se totiž v okamžiku marného uplynutí zadávací lhůty aktivuje hypotéza § 40 odst. 4 zákona a nastane fikce ukončení zadávacího řízení. Z povahy věci musí jít v případě dohody dle § 40 odst. 3 zákona o dohodu, která ze zadavatele snímá existující povinnost. Účastníci zadávacího řízení se touto dohodou vzdávají práva na oznámení rozhodnutí o výběru v zadávací lhůtě. Vzdát se mohou pouze existujícího práva. Nelze se účinně dohodnout o povinnosti, která již nevratně zanikla, stran zadávacího řízení, které bylo fikcí ukončeno. Jakkoliv je zpětná smluvní úprava práv a povinností představitelná v právu civilním, není možné smlouvou mezi zadavatelem a dodavatelem modifikovat práva a povinnosti dané předpisem práva veřejného.

21. K postupu obviněného je třeba na prvním místě poukázat na to, že to byl v prvé řadě sám obviněný jako zadavatel, kdo měl mít nejlepší přehled o jím realizovaném zadávacím řízení, a tedy i o uplynutí zadávací lhůty a z této skutečnosti vyplývajících následků (tedy ukončení zadávacího řízení podle § 40 odst. 4 zákona) a následné povinnosti vyhotovit a uveřejnit

písemnou zprávu zadavatele podle § 217 odst. 1 a odst. 5 zákona. Jakkoliv obviněný sám nereflektoval skutečnost uplynutí zadávací lhůty a ukončení zadávacího řízení, tak s touto skutečností opakovaně pracoval Úřad, respektive předseda Úřadu, ve svých rozhodnutích vydaných ve správních řízení vedených ve věci přezkumu postupu obviněného při zadávání veřejné zakázky. V rozhodnutí předsedy Úřadu sp. zn. ÚOHS-R0139/2022/VZ č. j. ÚOHS-42247/2022/161 ze dne 28. 11. 2022 (dále jen „**rozhodnutí ze dne 28. 11. 2022**“) předseda Úřadu konstatoval, že zadávací lhůta uplynula dnem 11. 9. 2022, přičemž obviněný v zadávací lhůtě neodeslal oznámení o výběru dodavatele ani se s dodavatelem nedohodl jinak ve smyslu § 40 odst. 3 písm. a) zákona. S ohledem na tyto skutečnosti bylo zadávací řízení podle § 40 odst. 4 zákona ukončena právě dne 11. 9. 2022. Právě ukončení zadávacího řízení pak bylo důvodem proč tímto rozhodnutím předseda Úřadu zrušil rozhodnutí Úřadu sp. zn. ÚOHS-S0036/2022/VZ, č. j. ÚOHS-32653/2022/500 ze dne 19. 9. 2022 a zastavil správní řízení vedené ve věci přezkumu postupu obviněného při zadávání veřejné zakázky, které se stalo vzhledem k ukončení zadávacího řízení bezpředmětným.

22. V rozhodnutí ze dne 28. 11. 2022 se pak předseda Úřadu vyjádřil i k obviněným předloženému návrhu dohody s jediným aktuálním účastníkem zadávacího řízení Yunex, s. r. o. Tento návrh předseda Úřadu zhodnotil tak, že pouhý zájem o pokračování v zadávacím řízení nedosahuje kvalit dvoustranného právního jednání, které by vyjadřovalo konkrétní společnou vůli obou stran směřující k jednoznačnému stanovení podmínek odchýlení se od § 40 odst. 3 zákona. K otázce, zda by vůbec dohodu podle § 40 odst. 3 písm. a) bylo možné uzavřít po uplynutí zadávací lhůty, respektive ukončení zadávacího řízení se předseda Úřadu výslovně nevyjádřil. Nicméně z rozhodnutí je zjevné, že takovou možnost nejenže nepřipustil, ale vycházel ze závěru, že uzavření takové dohody není možné. Předseda Úřadu se zabýval otázkou, zda byla uzavřena dohoda podle § 40 odst. 3 písm. a) zákona, a to právě z toho důvodu, že uzavření takové dohody by mohlo vyloučit ukončení zadávacího řízení podle § 40 odst. 4 v návaznosti na uplynutí zadávací lhůty. Možnost uzavření takové dohody tedy byla připuštěna, ale zjevně pouze do okamžiku, kdy její uzavření mohlo předejít uplynutí zadávací lhůty, a tudíž i ukončení zadávacího řízení. Tomu odpovídá i to, že předseda Úřadu při hodnocení skutečnosti, že návrh dohody byl dodavateli zaslán až dne 25. 10. 2022 poukazuje na to, že k tomu došlo v době, kdy již zadávací lhůta marně uplynula (viz bod 29 rozhodnutí ze dne 28. 11. 2022).

23. Nejpozději dne 28. 11. 2022, kdy bylo rozhodnutí z téhož dne obviněnému doručeno, tak měl obviněný postaveno najisto, že zadávací řízení bylo dne 11. 9. 2022 ukončeno s ohledem na uplynutí zadávací lhůty, přičemž dohoda (respektive její návrh) s dodavatelem podle § 40 odst. 3 písm. a) zákona nebyla ze strany předsedy Úřadu akceptována.

24. Ze skutečnosti, že zadávací řízení bylo ukončeno dne 11. 9. 2022, pak vycházel předseda Úřadu i v rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-V0163/2022/PZ, č. j. ÚOHS-42850/2022/162 ze dne 1. 12. 2022 (dále jen „**rozhodnutí ze dne 1. 12. 2022**“) vydaném ve zkráceném přezkumném řízení, kterým bylo změněno rozhodnutí předsedy Úřadu sp. zn. ÚOHS-R0103/2022/VZ, č. j. ÚOHS-34674/2022/162 ze dne 11. 10. 2022 tak, že jím bylo zrušeno rozhodnutí Úřadu sp. zn. ÚOHS-S0365/2021/VZ, č. j. ÚOHS-23236/2022/500 ze dne 13. 7. 2022 a zastaveno správní řízení vedené ve věci přezkumu postupu obviněného při zadávání veřejné zakázky, které se stalo vzhledem k ukončení zadávacího řízení bezpředmětným.

25. Proti rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 1. 12. 2022 následně obviněný podal rozklad. Teprve v řízení o tomto rozkladu vedeném pod sp. zn. ÚOHS-R0170/2022/VZ obviněný předložil dohodu podle § 40 odst. 3 písm. a) zákona uzavřenou dne 15. 12. 2022 s dodavatelem Yunex, s.r.o. Obviněný tedy tuto dohodu uzavřel v okamžiku, kdy mu bylo známo (a to na základě pravomocného rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 28. 11. 2022), že zadávací řízení bylo ukončeno již dne 11. 9. 2022, tedy více než tři měsíce před uzavřením dohody. K otázce možnosti uzavřít tuto dohodu se pak následovně vyjádřil předseda Úřadu v rozhodnutí ze dne 17. 1. 2023 (viz výše bod 20 tohoto rozhodnutí).

26. Úřad tak měl v okamžiku vydání napadeného rozhodnutí (a nejen napadeného rozhodnutí, ale i příkazu) najisto postaveno, že zadávací řízení bylo ukončeno 11. 9. 2022. Je jen logické, že pokud Úřad vycházel z toho, že zadávací řízení bylo ukončeno, pak tím vznikla obviněnému povinnost postupovat podle § 217 odst. 1 a odst. 5 zákona, tedy vyhotovit a na svém profilu zadavatele uveřejnit písemnou zprávu zadavatele.

27. Zároveň neměl Úřad důvod mít pochybnosti o možnosti uzavření dohody podle § 40 odst. 3 písm. a) zákona, jak to namítá obviněný. Jakkoliv se k této otázce předseda Úřadu výslovně vyjádřil teprve v rozhodnutí ze dne 17. 1. 2023, tak je třeba předně uvést, že sama skutečnost, že ke konkrétnímu ustanovení zákona neexistuje rozhodovací praxe Úřadu, neopravňuje žádného ze zadavatelů postupovat v rozporu s takovým ustanovením (což v podaném rozkladu v zásadě akceptuje i obviněný). Zároveň je třeba odmítnout úvahy obviněného, který namítá, že byl v dobré víře přesvědčen, že takový postup je možný. Obviněný poukazuje na to, že zákon nijak neomezuje obsah dohody uzavřené podle § 40 odst. 3 písm. a) zákona, přičemž odkazuje na komentářovou literaturu.[1] Zde obviněný opomíjí to, že jím odkazovaná komentářová literatura sice považuje za otevřenou otázku obsahu takové dohody, ale nijak se nevyjadřuje k tomu, jestli je možné ji uzavřít po uplynutí zadávací lhůty, respektive ukončení zadávacího řízení. Neplyne z ní tak závěr, který by potvrzoval přesvědčení obviněného o možnosti uzavřít dohodu po ukončení zadávacího řízení. Zde se nelze ubránit úvaze, že se autoři komentáře této otázce nevěnují z toho důvodu, že stejně jako Úřad považují nemožnost uzavřít dohodu vztahující se k již ukončenému zadávacímu řízení za zjevně a logicky vyplývající ze znění § 40 zákona. Obviněným citovaný komentář k otázce dohody podle § 40 odst. 3 písm. a) zákona mj. uvádí: "*Nicméně je třeba mít dle názoru autorů komentáře za to, že dohodou s účastníky o pozdějším oznámení rozhodnutí o výběru dodavatele by nedošlo k naplnění kumulativně formulované hypotézy v odstavci 4, neboť pozdní odeslání by nebylo v rozporu s odstavcem 3.*" Vyplývá tak z něj, že dohoda o pozdějším oznámení rozhodnutí o výběru dodavatele může vyloučit ukončení zadávacího řízení *ex lege* podle § 40 odst. 4 zákona, když nedojde k naplnění její hypotézy (uplynutí zadávací lhůty a absence dohody). Pokud má dohoda vést k tomu, že předejde naplnění hypotézy, pak je jen logické, že mu musí chronologicky předcházet, k čemuž v řešené věci nedošlo.

28. Ohledně otázky možnosti uzavření dohody § 40 odst. 3 písm. a) zákona je dále nutno poukázat na závěry vyplývající z rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 28. 11. 2022 (viz výše bod 22 tohoto rozhodnutí), které měl obviněný k dispozici již před tím, než dohodu uzavřel.

[1] ŠEBESTA, Milan, NOVOTNÝ, Petr, MACHUREK, Tomáš, DVOŘÁK, David a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2022, s. 305.

29. Lze tak shrnout, že jakkoliv obviněný tvrdí, že uzavřel dohodu podle § 40 odst. 3 písm. a) zákona v dobré víře, že je takový postup možný, přičemž tento názoru mu mělo vyvrátit teprve rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 17. 1. 2023, tak na straně Úřadu, respektive i předsedy Úřadu od počátku nebyly přítomny jakékoliv pochybnosti o možnosti takového postupu. Zároveň Úřad vycházel z napevno postavené skutečnosti, že zadávací řízení bylo ukončeno dne 11. 9. 2022. Úřad tak ke svému výroku o vině došel na základě řádně zjištěného skutkového stavu a bez důvodných pochybností. V situaci, kdy Úřad má za zcela prokázané, že se obviněný dopustil přestupku a nemá žádné pochybnosti o vině obviněného, nebyl z jeho pohledu důvod uplatnit zásadu *in dubio pro reo*.

30. Pokud obviněný poukazuje na to, že uplynutí zadávací lhůty bez odeslání oznámení o výběru dodavatele bylo způsobeno v podstatě šikanózním postupem některých dodavatelů, spočívajícím v podávání účelových návrhů na přezkum postup obviněného Úřadem, je třeba uvést, že takové námitky nemají vztah k řešené věci. Rozhodnou skutečností, je to, že zadávací lhůta uplynula a kdy k tomu došlo (11. 9. 2022). Samotné skutečnosti rozhodné pro běh zadávací lhůty (viz body 30 až 36 napadeného rozhodnutí) pak obviněný nijak nerozporuje. Pokud se obviněný domnívá, že se některý z dodavatelů svým postupem dopustil zneužití práva, pak bylo na místě tuto argumentaci uplatnit v rámci příslušného správního řízení. Zároveň je třeba poznamenat, že právě pro tu situaci, kdy má dojít k uplynutí zadávací lhůty a zároveň je přítomen zájem na pokračování v zadávacím řízení, zná zákon řešení v uzavření dohody podle § 40 odst. 3 písm. a) zákona. To ovšem za předpokladu, že je taková dohoda uzavřena dříve, než zadávací lhůta uplyne a zadávací řízení je ukončeno *ex lege*.

31. K argumentaci obviněného, že jeho pochybením nemohla vzniknout žádnému z účastníků zadávacího řízení újma, neboť všichni byli o jeho průběhu z podstaty věci informováni, je nutno poukázat na zásadu transparentnosti jako jednu ze základních zásad zadávání veřejných zakázek. Tato zásada se pak promítá mimo jiné do povinnosti zadavatele vyhotovit a zveřejnit písemnou zprávu o zadávacím řízení. Samotné porušení této povinnosti pak vede k naplnění skutkové podstaty přestupku podle § 269 odst. 1 písm. e) zákona. Neuveřejním, respektive opožděným uveřejněním písemné zprávy o průběhu zadávacího řízení se tak obviněný bezpochyby dopustil zásahu do zákonem chráněného zájmu, jakkoliv tím nemusel způsobit újmu konkrétní osobě.

32. Zájem o přístup ke zprávě o zadávacím řízení ostatně připouští i sám obviněný, když uvádí, že (hypoteticky) předčasné uveřejnění zprávy by mohlo vést k matení veřejnosti. Obviněný tak svojí argumentací implicitně připouští existenci okruhu osob se zájmem o zprávu, kterému svým pochybením přístup ke zprávě (byť ve výsledku pouze dočasně) zamezil.

33. Zároveň se i v takové situaci obviněnému nabízel postup, kterým by v duchu předběžné opatrnosti dostál své povinnosti uveřejnit zprávu zadavatele i v situaci, kdy se domníval, že se stále nabízí možnost v zadávacím řízení pokračovat.

34. K námitkám obviněného ohledně výše uložené pokuty lze uvést, že k odůvodnění její výše se Úřad obsáhle vyjádřil v napadeném rozhodnutí (viz jeho body 49 až 68 napadeného rozhodnutí) a s tímto odůvodněním se předseda Úřadu zcela ztotožňuje. Pokud obviněný poukazuje na to, že pokuta byla uložena v totožné výši jak příkazem v situaci, kdy obviněný zprávu neuveřejnil, tak v napadeném v rozhodnutí v situaci, kdy obviněný zprávu již uveřejnil, pak je třeba poukázat na to, že k naplnění skutkové podstaty přestupku podle § 269 odst. 1

písm. e) zákona dochází, pokud zadavatel neuveřejní písemnou zprávu zadavatele v souladu s § 217 odst. 5 zákona. Ten pak stanovuje povinnost jednak zprávu uveřejnit a zároveň povinnost ji uveřejnit do 30 pracovních dnů od ukončení zadávacího řízení. V mezidobí mezi vydáním příkazu a napadeného rozhodnutí sice došlo k částečnému napravení pochybení obviněného, který zprávu, byť opožděně, uveřejnil, ale zároveň se do určité míry zvýšila intenzita porušení zákona spočívající v rozsahu prodlení vůči zákonem stanovené lhůtě pro uveřejnění. S ohledem na to nebyl přítomen důvod pro změnu v posouzení závažnosti přestupku, která by se promítla do výše uložené pokuty.

35. K odkazu obviněného na případ, kdy byla za obdobný přestupek uložena výrazně nižší pokuta, lze uvést, že výše uložené pokuty je Úřadem vždy stanovena na základě individuálního posouzení (ostatně i sám obviněný poukazuje na to, že v případě jím uváděné nižší pokuty byly skutkové okolnosti případu odlišné) s ohledem na závažnost přestupku, existující polehčující či přitěžující okolnosti, ekonomickou situaci subjektu, kterému je pokuta ukládána s ohledem na to, aby bylo dosaženo účelu ukládané sankce, a tato zároveň nebyla excesivní či nepřiměřeně nezasahovala do ekonomické podstaty obviněného.

36. Zákon v řešené věci připouští uložení pokuty až ve výši 200 000 Kč. Úřadem uložená pokuta ve výši 8 000 Kč tak nedosahuje ani 5 % maximální možné sazby. Úřad rovněž zohlednil ekonomickou situaci obviněného, když obviněný má v úmyslu v roce 2023 hospodařit s plánovanými rozpočtovými příjmy ve výši 9 623 343 000 Kč. Uloženou pokutu tak není možné považovat ani za excesivní, ani za zasahující do ekonomické podstaty obviněného, přičemž její charakter je především preventivní.

VI. Závěr

37. Ve smyslu § 98 odst. 1 zákona o přestupcích jsem tedy přezkoumal zákonnost napadeného rozhodnutí ve všech jeho výrocích a jeho věcnou správnost v plném rozsahu a současně jsem přezkoumal i zákonnost postupu Úřadu. Po zvážení všech aspektů dané věci jsem dospěl k závěru, že Úřad při vydání napadeného rozhodnutí postupoval v souladu se zákonem, správním řádem a zákonem o přestupcích, nejsou tak naplněny předpoklady pro jeho zrušení nebo změnu.

38. Vzhledem k výše uvedenému jsem rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

doc. JUDr. PhDr. Petr Mlsna, Ph.D.
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží
statutární město Ostrava, Prokešovo náměstí 1803/8, 702 00 Ostrava

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