



UOHSX00FUNAY

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0006/2022/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-07674/2022/162

Brno 11. 3. 2022

V řízení o rozkladu ze dne 18. 1. 2022, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- **SOR Libchavy spol. s r.o.**, IČO 15030865, se sídlem Dolní Libchavy 48, 561 16 Libchavy

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0429/2021/VZ, č. j. ÚOHS-00188/2022/500 ze dne 4. 1. 2022, vydanému ve správním řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Dopravní společnost Ústeckého kraje, příspěvková organizace**, IČO 06231292, se sídlem Velká Hradební 3118/48, 400 01 Ústí nad Labem,

učiněných v otevřeném řízení zahájeném za účelem uzavření rámcové dohody „**Nákup autobusů určených pro veřejnou linkovou dopravu osob na území Ústeckého kraje délky 9,9-11 m**“, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek dne 24. 3. 2020 a uveřejněno dne 27. 3. 2020 pod ev. č. Z2020-010166, ve znění pozdějších oprav, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 27. 3. 2020 pod ev. č. 2020/S 062-149413, ve znění pozdějších oprav, a ve věci přezkoumání toho, že zadavatel směřuje k zadání citované veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu se zákonem,

jehož dalším účastníkem je vybraný dodavatel –

- **OTOKAR OTOMOTIVE VE SAVUNMA SANAYI A. S.**, IČO 6490018272, se sídlem Aydınevler Mahallesi, Saygi Caddesi 58 Maltepe, 34854 Istanbul, Turecká republika, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 10. 6. 2020 Hakanem Bubikem, bytem Göktürk Merkez Mah., Yücel sok., NO: 4B3/1 Eyüp, Istanbul, Turecká republika, na základě substituční plné moci ze dne 10. 6. 2020 zastoupený MT Legal s. r. o., advokátní kancelář, IČO 28305043, se sídlem Jana Babáka 2733/11, Královo Pole, 612 00 Brno,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů ve spojení s § 152 odst. 5 a § 90 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-S0429/2021/VZ, č. j. ÚOHS-00188/2022/500 ze dne 4. 1. 2022

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

I. Průběh zadávacího řízení a správního řízení

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jako orgán příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“) k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem, obdržel dne 1. 10. 2020 návrh navrhovatele - SOR Libchavy spol. s r.o., IČO 15030865, se sídlem Dolní Libchavy 48, 561 16 Libchavy (dále jen „**navrhovatel**“), na přezkoumání úkonů zadavatele - Dopravní společnost Ústeckého kraje, příspěvková organizace, IČO 06231292, se sídlem Velká Hradební 3118/48, 400 01 Ústí nad Labem (dále jen „**zadavatel**“), učiněných v otevřeném řízení zahájeném za účelem uzavření rámcové dohody „Nákup autobusů určených pro veřejnou linkovou dopravu osob na území Ústeckého kraje délky 9,9-11 m“, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek dne 24. 3. 2020 a uveřejněno dne 27. 3. 2020 pod ev. č. Z2020-010166, ve znění pozdějších oprav, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 27. 3. 2020 pod ev. č. 2020/S 062-149413, ve znění pozdějších oprav (dále jen „veřejná zakázka“ nebo „rámcová dohoda“), a dále ve věci přezkoumání toho, že zadavatel směřuje k zadání této veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu se zákonem. Dalším účastníkem správního řízení je vybraný dodavatel - OTOKAR OTOMOTIVE VE SAVUNMA SANAYI A. S., IČO 6490018272, se sídlem Aydınevler Mahallesi, Saygi Caddesi 58 Maltepe, 34854 Istanbul, Turecká republika, ve správním řízení zastoupen na základě plné

moci ze dne 10. 6. 2020 Hakanem Bubikem, bytem Göktürk Merkez Mah., Yücel sok., NO: 4B3/1 Eyüp, Istanbul, Turecká republika, na základě substituční plné moci ze dne 10. 6. 2020 zastoupený MT Legal s. r. o., advokátní kancelář, IČO 28305043, se sídlem Jana Babáka 2733/11, Královo Pole, 612 00 Brno (dále jen „**vybraný dodavatel**“).

II. Napadené rozhodnutí

2. Dne 4. 1. 2022 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0429/2021/VZ, č. j. ÚOHS-00188/2022/500 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
3. Výrokem I napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl tak, že správní řízení se v části návrhu týkající se přezkoumání úkonů zadavatele učiněných v otevřeném řízení zahájeném za účelem uzavření rámcové dohody, podle § 257 písm. c) zákona, zastavuje, neboť v souvislosti s podáním návrhu ze dne 30. 9. 2021 nedošlo ze strany navrhovatele ke složení kauce ve výši podle § 255 odst. 1 citovaného zákona.
4. Výrokem II napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl tak, že návrh navrhovatele ze dne 30. 9. 2021 na zahájení správního řízení se v části týkající se postupu zadavatele směřujícího k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu se zákonem, podle § 265 písm. a) zákona, zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.
5. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad k výroku I uvedl, že na základě provedeného posouzení obsahu návrhu a vyjádření navrhovatele ze dne 7. 12. 2021, složenou kaucí přiřadil k té části návrhu, kterou se navrhovatel domáhá, aby se zadavatel zdržel zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu se zákonem. Proto konstatoval, že pro část návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele v zadávacím řízení, konkrétně rozhodnutí o výběru dodavatele ze dne 24. 8. 2021, posouzení nabídek nezákonně složenou komisí a posouzení technické kvalifikace vybraného dodavatele, navrhovatel nesložil žádnou kauci. Kauce pro tuto část návrhu měla podle § 255 odst. 1 zákona činit 1 % z nabídkové ceny navrhovatele, neboť navrhovatel v zadávacím řízení na uzavření rámcové dohody podal nabídku a nabídková cena navrhovatele činila 399 510 000 Kč. Podmínkou pro projednání této části návrhu by tedy bylo složení kauce ve výši 3 995 100 Kč. Kauci v této výši navrhovatel nesložil, a tedy nastal důvod pro zastavení správního řízení podle § 257 písm. c) zákona.
6. K výroku II napadeného rozhodnutí Úřad v odůvodnění uvedl, že za situace, v níž dojde ke zrušení rozhodnutí o výběru dodavatele z důvodu neposkytnutí součinnosti dodavatele při uzavření smlouvy, a tedy nezávisle na vůli zadavatele, nelze mít za to, že zadávací řízení bylo ukončeno v návaznosti na § 40 odst. 4 zákona. Úřad v projednávaném případě považuje oznámení o výběru dodavatele ze dne 18. 1. 2021 za relevantní a vyvolávající právní účinky ve smyslu § 40 odst. 3 zákona, tedy k následnému třetímu oznámení o výběru dodavatele ze dne 24. 8. 2021 se pro účely splnění povinnosti podle § 40 odst. 3 již nepřihlíží (ač bylo odesláno až po uplynutí zadávací lhůty). Zadavatel odeslal oznámení o výběru dodavatele dne 19. 1. 2021, tj. v zadávací lhůtě, neboť zadávací lhůta ke dni 19. 1. 2021 neuplynula. Úřad tedy dovodil a odůvodnil, že v zadávacím řízení, jehož cílem je uzavření rámcové dohody, neuplynula zadávací lhůta a zadávací řízení nebylo ukončeno. Zadavatel tedy všechny kroky spojené s výběrem dodavatele činil v zadávacím řízení, nikoli mimo zadávací řízení.

Rozklad navrhovatele

7. Dne 18. 1. 2022 Úřad obdržel rozklad navrhovatele proti napadenému rozhodnutí. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 4. 1. 2022. Rozklad tedy byl podán v zákonné lhůtě.

Námitky rozkladu

8. Navrhovatel předně považuje za nesprávný závěr Úřadu, že obsahem jeho návrhu byly dvě samostatné části. Úřad měl nesprávně posoudit, že předmětem přezkumu na jedné straně mělo být řešení otázky, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem v zadávacím řízení, a na druhé straně, zda rozhodl o výběru dodavatele po uplynutí zadávací lhůty, a tedy zda postupoval mimo zadávací řízení. Navrhovatel má za to, že jím podaný návrh se týkal jediné zakázky v materiálním smyslu (poptávky shodně vymezených dodávek), a to veřejné zakázky. Dle navrhovatele není počet právních otázek, jejichž posouzení musí v rámci přezkumu jednání zadavatele Úřad provést, v tomto ohledu rozhodný. Úřad tak měl posoudit návrh navrhovatele jako jediný návrh směřující proti jedinému jednání (sledu kroků) zadavatele ve smyslu své předchozí rozhodovací praxe (rozhodnutí předsedy ze dne 9. 6. 2020, sp. zn. ÚOHS-R0059/2020/VZ, č. j. ÚOHS-17294/2020/323/VVá) a měl se obsahem návrhu zabývat v celém jeho rozsahu, a nikoliv řízení, a to ani v žádné jeho domnělé části, zastavit.
9. Navrhovatel setrvává na názoru, že zadávací řízení bylo ukončeno podle § 40 odst. 4 zákona, neboť zadavatel v zadávací lhůtě nerozhodl o výběru vybraného dodavatele. Zadavatel tak již nebyl oprávněn dodavatele v tomto řízení vybrat, resp. s ním uzavřít smlouvu. Z tohoto důvodu je navrhovatel přesvědčen, že na straně zadavatele jde již o postup směřující k zadání zakázky mimo zadávací řízení.
10. Současně navrhovatel uvádí, že vzhledem k postupu zadavatele mimo zadávací řízení, nebyl povinen vycházet z nabídkové ceny pro účely složení kauce. Navrhovatel není a nemůže být schopen stanovit celkovou nabídkovou cenu ve vztahu k postupu zadavatele mimo zadávací řízení. Kromě toho navrhovatel trvá na tom, že ani ve vztahu k ukončenému zadávacímu řízení by nebyl schopen nabídkovou cenu stanovit, neboť se jednalo o uzavření rámcové dohody.
11. K výroku II. napadeného rozhodnutí navrhovatel za nesprávný označuje závěr Úřadu, že zadavatel splnil svou povinnost rozhodnout o výběru dodavatele v zadávací lhůtě, když odeslal oznámení o výběru dodavatele ze dne 18. 1. 2021. Navrhovatel v podaném rozkladu uvedl jednotlivá data rozhodná pro zadávací řízení, přičemž má za to, že v zadávacím řízení tak nedošlo k reálnému naplnění povinnosti zadavatele rozhodnout o výběru dodavatele a toto rozhodnutí oznámit v zadávací lhůtě 90 dní. Navrhovatel namítá, že zadavatel s rozhodnutím o výběru dodavatele zcela nedůvodně otálel ve vztahu k dodavateli NMN Group s.r.o., stejně jako ve vztahu k vybranému dodavateli.
12. Dle navrhovatele tedy o výběru vybraného dodavatele zadavatel rozhodl a toto rozhodnutí oznámil s jistotou až po uplynutí zadávací lhůty. Navrhovatel odmítá výklad, podle něhož by nebylo poslední rozhodnutí zadavatele o výběru vybraného dodavatele právně relevantní a pro účely splnění povinnosti stanovené v § 40 odst. 3 zákona by se k němu nemělo přihlížet (s tím, že povinnost dle § 40 odst. 3 zákona byla splněna již výběrem dodavatele NMN Group s.r.o.). Zákon totiž nečiní žádný rozdíl mezi „prvním“ vybraným dodavatelem a dodavatelem vybraným „v pořadí“ postupem podle § 125 zákona. I oznámení o novém výběru dodavatele

tak musí být v souladu s § 40 odst. 3 zákona učiněno v zadávací lhůtě. Jestliže Úřad dospěl k jinému závěru, postupoval v rozporu s § 125 zákona a jeho rozhodnutí je tedy nesprávné.

13. Navrhovatel naopak důrazně trvá na tom, že právně nerelevantní a neexistující z hlediska prodloužení zadávací lhůty o blokační dobu podle § 247 zákona je rozhodnutí o výběru dodavatele ze dne 17. 12. 2020. Toto rozhodnutí zadavatel zrušil, resp. jej vůbec nelze považovat za rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele a nelze k němu přihlížet. Úřad se v napadeném rozhodnutí vůbec nevěnoval argumentaci navrhovatele, že rozhodnutí zadavatele ze dne 17. 12. 2020 nelze pro jeho zásadní vady procesu přijetí komisí s nedostatečným počtem členů ani považovat za rozhodnutí zadavatele. Tato skutečnost zakládá nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí, neboť zásadní argument navrhovatele nebyl Úřadem vůbec vypořádán.
14. Současně se navrhovatel neztotožňuje s tím, že měl navrhovatel tento argument uplatnit vůči zadavateli a brojit proti této nezákonnosti námitkami. To však navrhovatel učinil, a právě z důvodu nedostatečného počtu členů komise bylo rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele ze dne 17. 12. 2020 zrušeno. Navrhovatel tak nemá důvod ani možnost proti uvedenému rozhodnutí ze dne 17. 12. 2020 opětovně samostatně brojit nebo opětovně podávat námitky tam, kde mu již jednou bylo vyhověno. Ovšem skutečnost, že rozhodnutí o výběru dodavatele ze dne 17. 12. 2020 nemůže v žádném případě vyjadřovat vůli zadavatele a není tedy vůbec možné jej považovat za rozhodnutí o výběru dodavatele, musí být v tomto řízení jednoznačně zohledněna. Je totiž zásadní pro úvahu, zda na základě rozhodnutí o výběru dodavatele ze dne 17. 12. 2020 došlo k prodloužení zadávací lhůty o blokační lhůtu podle § 247 zákona. Jestliže určité rozhodnutí přijaly osoby, které vůli zadavatele nemohou tvořit, například komise o nedostatečném počtu členů, pak podle navrhovatele takové rozhodnutí po právní stránce vůbec neexistuje a nevyvolává žádné právní následky. Tedy ani nevede k prodloužení zadávací lhůty. Úřad tedy měl ve svém posouzení přisvědčit navrhovateli, že zadávací řízení bylo ukončeno dle § 40 odst. 4 zákona ještě předtím, než zadavatel vybral pro uzavření smlouvy dodavatele NMN Group s.r.o., protože výběr tohoto dodavatele byl oznámen dne 19. 1. 2021 po uplynutí zadávací lhůty.
15. Navrhovatel dále uvádí, že zadávací řízení bylo ukončeno dle § 40 odst. 4 zákona ještě předtím, než zadavatel vybral pro uzavření smlouvy vybraného dodavatele, protože výběr tohoto dodavatele byl oznámen po uplynutí zadávací lhůty případně počítané od vyloučení vybraného dodavatele NMN Group s.r.o. Pokud tedy zadavatel i nadále směřuje k uzavření smlouvy, jde o postup v rozporu se zákonem mimo zadávací řízení.

Závěr rozkladu

16. Navrhovatel v podaném rozkladu navrhl, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí v obou jeho výrocích zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

III. Řízení o rozkladu

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

Stanovisko předsedy Úřadu

18. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech, byl podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumán soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání napadeného rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy a dále byla přezkoumána rovněž správnost napadeného rozhodnutí, ta však toliko v rozsahu námitek rozkladu. S přihlédnutím k návrhu rozkladové komise byl přijat následující závěr.
19. Úřad napadeným rozhodnutím rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí o rozkladu jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které bylo napadené rozhodnutí potvrzeno.

IV. K námitkám rozkladu*K námitkám směřujícím proti posouzení obsahu návrhu navrhovatele*

20. Navrhovatel v podaném rozkladu brojí proti posouzení obsahu návrhu tak, jak jej učinil Úřad v napadeném rozhodnutí. Má za to, že Úřad jednak nesprávně posoudil otázku výše kauce a jednak nesprávně posoudil, že navrhovatel podal fakticky dva návrhy. Navrhovatel má za to, že podaný návrh se týkal jednání zadavatele, které je jedním celkem, přičemž počet právních otázek není pro přezkum postupu zadavatele rozhodný.
21. Navrhovatel k tomu poukázal na rozhodnutí předsedy Úřadu sp. zn. ÚOHS-R0059/2020/VZ ze dne 9. 6. 2020, přičemž má za to, že závěry uvedeného rozhodnutí podporují jeho argumentaci.
22. Předně je k argumentaci navrhovatele nutné uvést, že se předseda Úřadu ztotožňuje se závěry Úřadu, podle nichž se navrhovatel podaným návrhem domáhá přezkumu dvou samostatně oddělitelných částí, a to jednak postupu zadavatele v zadávacím řízení, a jednak postupu zadavatele mimo zadávací řízení. Tato dichotomie se projevuje v samotném návrhu navrhovatele, který v bodu č. 3 návrhu uvedl, že : „*Tento návrh v první své části směřuje proti rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele OTOKAR OTOMOTIV VE SAVUNMA SANAYI ANONIM SIRKETI, které bylo navrhovateli sděleno oznámením o výběru dodavatele zn. DSUK-5241/2021 ze dne 24. 8. 2021, doručeným navrhovateli dne 24. 8. 2021.*“ a následně v bodu č. 8 návrhu uvedl, že: „*Tento návrh se v druhé své části vymezuje proti postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu se zákonem, neboť po uplynutí zadávací lhůty bylo zadávací řízení ukončeno podle § 40 odst. 4 zákona. Snaha zadavatele uzavřít smlouvu s dodavatelem OTOKAR OTOMOTIV VE SAVUNMA SANAYI ANONIM SIRKETI je tak postupem mimo zadávací řízení.*“ K první části návrhu pak navrhovatel vznášel námitky proti posouzení nabídek nezákonně složenou komisí (viz body č. 42 až 48 návrhu) a proti nezákonnosti posouzení prokázání technické kvalifikace vybraného dodavatele (viz body č. 49 až 56 návrhu). Ke druhé části návrhu navrhovatel vznášel námitky směřující k rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele po uplynutí zadávací lhůty (viz body č. 14 až 37 návrhu) a proti postupu zadavatele údajně mimo zadávací řízení (viz body č. 38 až 41 návrhu).
23. Navrhovatel své rozkladové námitky proti posouzení provedenému Úřadem směřuje k tomu, že podaným návrhem napadal jednání zadavatele, které je ve své povaze jedním celkem. Navrhovatel má za to, že k jím podanému návrhu měl Úřad přistoupit jako k jednomu celku bez ohledu na to, kolik právních otázek musí v rámci přezkumu postupu zadavatele zhodnotit.

24. Uvedenou námitku však nelze považovat za důvodnou. Naopak, ve shodě s Úřadem, je nutno posuzovat návrh z hlediska jeho skutečného obsahu včetně posouzení toho, zda navrhovatel jedním podáním fakticky podává více návrhů či zda se jedná o jeden návrh. Z takového posouzení pak nutně vyplývá, jak bude níže vysvětleno, že ve zdejším případě je podaný návrh složen z několika částí, které fakticky po stránce materiální představují vlastně více samostatných návrhů.
25. Podle § 250 odst. 1 zákona platí: *„Návrh lze podat proti všem úkonům i opomenutím zadavatele, které nejsou v souladu s tímto zákonem a v jejichž důsledku vznikla nebo hrozí újma na právech navrhovatele, a to zejména proti*
- a) zadávacím podmínkám,*
 - b) dobrovolnému oznámení,*
 - c) vyloučení účastníka zadávacího řízení,*
 - d) rozhodnutí o výběru dodavatele,**
 - e) volbě druhu zadávacího řízení, nebo*
 - f) postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení.“**
(pozn. ztučnění provedeno předsedou Úřadu)
26. Navrhovatel v podaném návrhu brojí jednak proti rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele, což je důvod pro podání návrhu, který zákon podřazuje pod § 250 odst. 1 písm. d), a dále proti postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, což je důvod pro podání návrhu, který zákon podřazuje pod § 250 odst. 1 písm. f). Z hlediska samotného znění zákona tak je možné dovodit, že jednotlivé části návrhu navrhovatele jsou oddělitelnými a samostatnými návrhy, neboť každá z nich směřuje proti samostatnému důvodu pro podání návrhu k Úřadu dle zákona a na základě každé z nich může být uloženo jiné nápravné opatření, bude-li shledána důvodnou. K návrhu dle písmene d) citovaného ustanovení přichází v úvahu zrušit rozhodnutí o výběru a případně navazující úkony zadavatele, k návrhu dle písmene f) pak Úřad může uložit zákaz postupu mimo zadávací řízení.
27. Lze podotknout, že shledá-li v takovéto procesní situaci Úřad návrh směřující proti nezákonnému postupu mimo zadávací řízení důvodným, zpravidla již nebude třeba řešit otázku, zda byl výběr dodavatele proveden v souladu se zákonem, neboť již ten závěr, že zadavatel v rozporu se zákonem postupuje mimo zadávací řízení, postačuje k uložení nápravného opatření (tj. zákazu pokračovat v napadeném postupu). Zde napadený postup zadavatele měl být dle navrhovatele postupem mimo zadávací řízení z toho důvodu, že zadavatel pokračuje v zadávacím řízení, které však bylo dle § 40 odst. 4 zákona ukončeno. Pokud by za této procesní situace Úřad shledal, že k postupu mimo zadávací řízení nedošlo (neboť např. zadávací řízení ukončeno nebylo), pak by mohl za předpokladu, že by byla řádně složena kauce k té části návrhu, která směřuje proti rozhodnutí o výběru dodavatele, tento výběr dodavatele přezkoumat a případně uložit nápravné opatření spočívající v jeho zrušení.
28. V daném případě Úřad v napadeném rozhodnutí, konkrétně v bodu 51 provedl posouzení obsahu návrhu s ohledem na zde uvedená východiska, přičemž dospěl k závěru, že obsahem návrhu jsou dvě samostatně přezkoumatelné a oddělitelné právní otázky, přičemž vyřešení jedné z nich nezávisí na vyřešení té druhé a naopak. Takový závěr Úřadu je správný a zákonný.

Z obsahu podání navrhovatele ani z jeho argumentace nijak nevyplývá, že by posouzení obou otázek na sobě mělo být závislé v tom smyslu, že by přezkoumání jedné z nich vedlo k nemožnosti či neúplnosti přezkoumání druhé z nich. Je zřejmé, že pro učinění závěru o tom, zda v daném zadávacím řízení nastaly účinky předvídané v § 40 odst. 4 zákona, není zapotřebí nejprve učinit závěr o tom, zda o výběru dodavatele rozhodovala komise ve složení dle zákona, a zda správně posoudila technickou kvalifikaci zadavatele. Jde tak skutečně o dvě samostatné právní otázky, které jsou způsobilé být samostatným předmětem přezkumu, přičemž tak lze i s ohledem na tuto oddělitelnost dospět k témuž názoru, k němuž dospěl Úřad v napadeném rozhodnutí, tedy že se dle své povahy jedná o dva samostatné návrhy.

29. Současně tak předseda Úřadu nepovažuje za důvodnou ani argumentaci, v níž se navrhovatel domáhá toho, aby na nyní řešený případ byly obdobným způsobem aplikovány závěry rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 9. 6. 2020, sp. zn. ÚOHS-R0059/2020/VZ, č. j. ÚOHS-17294/2020/323/VVá, a aby tak byl návrh posouzen jakožto jeden celek. Je nutné v tomto ohledu upozornit zejména na skutečnost, že skutkové i procesní okolnosti případu řešeného v řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-R0059/2020/VZ se podstatným způsobem liší od těch, které jsou podkladem napadeného rozhodnutí. Předseda Úřadu v dříve vydaném rozhodnutí dovodil, že Úřad nepostupoval správně, pokud návrh navrhovatele posoudil jako dva samostatné návrhy, a to jeden podle zákona a druhý podle a podle § 25 zákona č. 194/2010 Sb., o veřejných službách v přepravě cestujících a o změně dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů, přičemž dovodil, že se jedná o návrh na přezkoumání postupu zadavatele podaný v rámci zákona. Současně v závěrech tohoto rozhodnutí předseda Úřadu uvedl, že „*je to navrhovatel, kdo nese možné negativní následky toho, že nesprávně vyhodnotí, zda podává jeden návrh či více návrhů a následně nesloží odpovídající počet kaucí*“. V nyní posuzovaném případě však Úřad při posouzení obsahu návrhu navrhovatele vycházel z jiných skutkových okolností, a proto také obsah návrhu posoudil jiným způsobem. Ve zdejším případě nepředstavují obě části návrhu „propojené nádoby“, neboť navrhovatel brojí proti dvěma různými jednáním zadavatele (postup mimo zadávací řízení a rozhodnutí o výběru dodavatele), ačkoliv reálně může být navrhovatel se svými námitkami úspěšný vždy pouze ve vztahu k jednomu z nich. Zadavatel totiž buď postupuje v zadávacím řízení, pročez by nemělo smysl napadat postup mimo zadávací řízení, anebo naopak postupuje mimo něj, a pak není při výběru dodavatele vázán žádnými povinnostmi, jejichž porušení by mohl stěžovatel namítat.
30. K tomu dále předseda Úřadu uvádí, že se zcela ztotožňuje se závěrem, který Úřad citoval v napadeném rozhodnutí, a který je rovněž citován výše, a to že je to navrhovatel, kdo nese následky nesprávného posouzení toho, zda podává jeden či více návrhů.
31. V daném případě lze shrnout, že navrhovatel podaným návrhem skutečně podal dva samostatné návrhy, které mohou být samostatně a oddělitelně předmětem přezkumu Úřadu. Námitka navrhovatele, že Úřad postupoval nezákonně, když jeho návrh posoudil jakožto dva samostatné návrhy, neobstojí, neboť Úřad posoudil tuto otázku správně.

K námitce navrhovatele proti částečnému zastavení řízení pro nesložení kauce

32. Navrhovatel v podaném rozkladu vznášel námitky rovněž proti postupu Úřadu při stanovení kaucí. Dle navrhovatele měl Úřad prvotně posoudit návrh jako jeden celek s tím, že při

posouzení otázky výše kauce měl Úřad vycházet z toho, že zadavatel postupoval mimo zadávací řízení, a nelze tak pro účely kauce vycházet z nabídkové ceny.

33. Předseda Úřadu k této argumentaci navrhovatele předně uvádí, že v souladu s Úřadem dospěl k závěru, že navrhovatel podal dva samostatné návrhy. Zákon stanovuje navrhovateli povinnost, aby s podáním návrhu zaplatil kauci ve výši, jež vyplývá z § 255 zákona. Taková povinnost je ovšem navrhovateli stanovena pro každý podaný návrh, a to bez ohledu na skutečnost, zda více návrhů podal jedním nebo více podáními.
34. Je nepochybné, že zákon v § 255 rozlišuje výši kauce, k jejímuž složení je navrhovatel povinen, podle toho, zda může či nemůže stanovit nabídkovou cenu. Konkrétní výše kauce pak záleží na tom, zda navrhovatel podal či nepodal svoji nabídku. V případě, že tak učinil, je nutné pro účely výpočtu kauce vycházet z nabídkové ceny, přičemž navrhovatel je povinen na účet Úřadu složit 1 % z nabídkové ceny. V případě, že nabídkovou cenu stanovit nelze, je navrhovatel povinen složit kauci ve výši 100 000 Kč, respektive 200 000 Kč, pokud jde o návrh na uložení zakazu plnění smlouvy.
35. Pokud jde o tu část návrhu, která míří proti rozhodnutí o výběru dodavatele, pak v daném případě z obsahu spisu jednoznačně vyplývá, že navrhovatel podal nabídku na veřejnou zakázku, a to ve výši 399 510 000 Kč bez DPH. Tuto skutečnost nečiní spornou ani sám navrhovatel. Pro účely posouzení výše kauce je tak naplněn předpoklad, že navrhovatel může stanovit celkovou nabídkovou cenu, a tím pádem je splněna zákonná podmínka pro výpočet výše kauce, jakožto 1 % z nabídkové ceny. Jak ovšem současně vyplývá z obsahu spisu, navrhovatel s podáním návrhu složil kauci ve výši 100 000 Kč.
36. K otázce výše kauce v souvislosti s institutem rámcové dohody lze odkázat na komplexní argumentaci Úřadu v bodech 62 a násl. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Úřad se na tomto místě podrobně zabýval otázkou, jak chápat nabídkovou cenu pro účely výpočtu kauce u postupu k uzavření rámcové dohody dle § 131 a násl. zákona a odkázal k tomu i na příslušné stanovisko. Odkazuje-li navrhovatel na bod 61 návrhu, pak lze konstatovat, že Úřad se s veškerými tam uvedenými argumenty přesvědčivě vypořádal.
37. Dále navrhovatel namítá, že při postupu zadavatele mimo zadávací řízení nelze určit nabídkovou cenu (bod 11 rozkladu). V tom lze navrhovateli dát obecně zapravdu. Nicméně ve zdejší věci Úřad tu část návrhu, která míří právě proti postupu zadavatele mimo zadávací řízení a ke které navrhovatel složil kauci ve výši 100 000 Kč, meritorně projednal. Ve vztahu k návrhu proti postupu mimo zadávací řízení tak navrhovatel na svých procesních právech zkrácen nebyl.
38. Jak již bylo uvedeno výše, navrhovatel složil kauci ve výši 100 000 Kč. S ohledem na posouzení Úřadu, který obsah podání navrhovatele vyhodnotil jako dva samostatné návrhy, a to návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele o výběru nejhodnější nabídky a návrh na přezkoumání postupu zadavatele mimo zadávací řízení, lze za zákonný označit postup, jímž Úřad navrhovatele vyzval, aby se vyjádřil, ke kterému návrhu jím složená kauce směřuje. S ohledem na vyjádření navrhovatele je pak zřejmé, že i přes vyslovený nesouhlas s posouzením jeho podání, přiřadil složenou kauci k tomu ze dvou návrhů (v materiálním smyslu), který směřoval k přezkoumání postupu zadavatele mimo zadávací řízení.

39. Předseda Úřadu na tomto místě považuje za podstatné upozornit zejména na tu skutečnost, že pokud by Úřad přistoupil od počátku na argumentaci navrhovatele, že svým podáním podává toliko jeden návrh, musel by v souladu s § 255 odst. 1 postupovat tak, že by správnou výši kauce vypočetl jako 1 % z nabídkové ceny, tedy v částce 3 995 100 Kč. Návrh totiž prokazatelně míří také proti rozhodnutí o výběru dodavatele a navrhovatel byl schopen nabídkovou cenu vyčíslit, jak již bylo výše řečeno. V případě, že by pak navrhovatel kauci v takové výši nesložil, byl by Úřad povinen postupovat podle § 257 písm. c) zákona a řízení o návrhu navrhovatele stejně zastavit. K zastavení by ovšem došlo nikoliv pouze v části návrhu, jímž se navrhovatel domáhal přezkoumání rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele, ale rovněž v části, která směřovala proti postupu zadavatele mimo zadávací řízení, a to právě z důvodu, že by Úřad podaný návrh vnímal jako jeden celek.
40. Svým postupem, proti němuž navrhovatel v podaném rozkladu brojí, tak Úřad umožnil zachování subjektivního procesního práva navrhovatele v maximální možné míře, neboť posouzením podání navrhovatele jakožto dvou samostatných návrhů mohl Úřad přistoupit k přezkumu alespoň toho, zda zadavatel skutečně postupoval v rozporu se zákonem mimo zadávací řízení. V případě, že by však Úřad i předseda Úřadu vyhověli námitkám navrhovatele a posoudili návrh jako jeden celek, k žádnému přezkumu za strany Úřadu by po právu nemohlo dojít, a to z důvodu nesložení kauce navrhovatelem v zákonné výši.
41. S ohledem na zde uvedené tak má předseda Úřadu za to, že Úřad postupoval správně a v souladu se zákonem, pokud posoudil otázku složení kauce navrhovatelem tak, že navrhovatel nesložil kauci v zákonné výši, a to k návrhu podanému dle § 250 odst. 1 písm. d) zákona, tedy proti rozhodnutí o výběru dodavatele, a proto nastaly podmínky pro zastavení řízení o tomto podaném návrhu ve smyslu § 257 písm. c) zákona.

K námitce nevypořádání argumentace navrhovatele

42. Navrhovatel v podaném rozkladu vytýká Úřadu, že se nevypořádal se stěžejní argumentací, kterou uvedl v podaném návrhu. Podle navrhovatele se Úřad „v napadeném rozhodnutí vůbec nevěnoval argumentaci navrhovatele, že rozhodnutí zadavatele ze dne 17. 12. 2020 nelze pro jeho zásadní vady procesu přijetí komisí s nedostatečným počtem členů ani považovat za rozhodnutí zadavatele. Tato skutečnost zakládá nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí, neboť zásadní argument navrhovatele nebyl Úřadem vůbec vypořádán.“
43. S ohledem na vznesenou námitku nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí, která by se měla dotýkat výroku II napadeného rozhodnutí, je nutné tuto námitku vypořádat jako první, neboť obecně platí, že nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí zatěžuje takové rozhodnutí vadou, jež brání dalšímu přezkumu jeho správnosti či zákonnosti. Důsledkem zjištěné nepřezkoumatelnosti pak je vždy zrušení napadeného rozhodnutí.
44. Po přezkoumání námitky navrhovatele a porovnání obsahu podaného návrhu s tvrzeními uvedenými v podaném rozkladu předseda Úřadu dospěl k závěru, že námitka navrhovatele neobstojí, neboť rozkladovými námitkami rozšiřuje svoji argumentaci, kterou uvedl v podaném návrhu.
45. Z obsahu podaného návrhu vyplývá, že navrhovatel v bodu 23 návrhu argumentoval následujícím způsobem: „*Jak uvedl již dříve, v úvodní fázi zadávacího řízení nemohlo dojít k prodloužení zadávací lhůty podle § 40 odst. 2 zákona o dobu, ve které zadavatel nesmí uzavřít*

smlouvu podle § 246 zákona, protože zadavatel neměl v zadávacím řízení žádného dodavatele, se kterým by smlouvu mohl uzavírat (a to až do 18. 1. 2021, neboť rozhodnutí o výběru dodavatele ze dne 17. 12. 2020 bylo zrušeno a právně tedy nikdy neexistovalo). V důsledku toho nemohl tedy ani vzniknout a mít účinky zákaz uzavření smlouvy podle § 246 zákona.“ Dále v bodu 26 návrhu navrhovatel uvedl: „Dále navrhovatel výslovně upozorňuje, že rozhodnutí o výběru dodavatele ze dne 17. 12. 2020 sám zadavatel zrušil. Od zrušeného rozhodnutí o výběru dodavatele nelze odvozovat žádné (další) prodloužení zadávací lhůty. Ohledně zrušeného rozhodnutí o výběru platí, že nikdy neexistovalo a nevyvolalo žádné právní účinky.“ Žádnou další argumentaci proti rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele ze dne 17. 12. 2020, kromě zde citované, však navrhovatel v podaném návrhu nevznáší. Je tak zřejmé, že argumentace navrhovatele obsahovala toliko takové námitky, že rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele ze dne 17. 12. 2020 bylo zadavatelem zrušeno a v důsledku toho dle navrhovatele nikdy neexistovalo a nevyvolávalo právní účinky. Z obsahu podaného návrhu navrhovatele tedy žádným způsobem nevyplývá, že by navrhovatel argumentoval tím, co vznáší v podaném rozkladu, tedy že by se nemělo k dotčenému rozhodnutí přihlížet již pro jeho vady samotné, a nikoliv právě až proto, že bylo později zrušeno.

46. Z obsahu správního spisu vyplývá, že navrhovatel dne 17. 12. 2021 zaslal vyjádření k podkladům rozhodnutí, v němž konkrétně v bodu 11 uvádí: „V této věci ostatně nelze uvedené rozhodnutí o výběru dodavatele ze dne 17. 12. 2020 pro jeho nedostatky ani za rozhodnutí zadavatele považovat, protože o něm rozhodovala komise o nedostatečném počtu členů, tedy osoby bez schopnosti tvořit vůli zadavatele.“, přičemž v dalších bodech tuto svoji argumentaci rozvádí.
47. Zákon v § 251 odst. 1 upravuje náležitosti návrhu, kterými jsou mimo jiné i tvrzení navrhovatele o tom, v čem je spatřováno porušení zákona. Současně pak zákon v § 251 odst. 4 stanoví, že náležitosti uvedené v § 251 odst. 1 větě první a druhé nemohou být dodatečně měněny ani doplňovány, s výjimkou odstranění nedostatků návrhu ve lhůtě stanovené Úřadem; Úřad k takovým změnám a doplněním nepřihlíží. K novým skutečnostem uvedeným v návrhu oproti skutečnostem obsaženým v námitkách podaných zadavatelé přihlídně Úřad jen tehdy, jde-li o takové skutečnosti, které navrhovatel nemohl tvrdit již vůči zadavatelé; navrhovatel je povinen prokázat, že jde o takové nové skutečnosti, které nemohl tvrdit již vůči zadavatelé.
48. Úřad se přípustností tvrzení navrhovatele zabýval v bodu 102 napadeného rozhodnutí, přičemž dospěl k závěru, že argumenty navrhovatele, které neuplatnil v podaném návrhu, ale až ve svém vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 17. 12. 2021, nejsou přípustné, a tudíž se jimi nebude zabývat.
49. Takový závěr Úřadu považuje předseda Úřadu za zcela správný a zákonný, neboť vychází ze skutečného obsahu návrhu navrhovatele, z něhož jednoznačně vyplývá, že předmětnou výtku vůči postupu zadavatele v tomto návrhu neuplatnil a vznesl ji až v dalším průběhu správního řízení. Jde přitom o náležitost návrhu dle § 251 odst. 1 věty první (označení toho, v čem je spatřováno porušení zákona), přičemž tuto náležitost nemohl navrhovatel v průběhu správního řízení za podmínek § 251 odst. 4 doplňovat ani měnit, což však učinil tím, že svoji argumentaci ohledně nedostatků předmětného rozhodnutí o výběru dodavatele rozvinul o podstatnou právní námitku nad rámec toho, co uváděl v návrhu.

50. Navíc, vzhledem k tomu, že navrhovatel vznáší takovou námitku proti zákonnosti rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele ze dne 17. 12. 2020, tedy až rok poté, co k tomuto výběru došlo a jeho tvrzení směřují proti složení hodnotící komise a proti blíže nespecifikovaným nedostatkům, které mu byly nepochybně známy již v okamžiku, kdy od zadavatele obdržel rozhodnutí o výběru společně se zprávou o posouzení a hodnocení nabídek, pak se nemůže úspěšně domáhat toho, aby Úřad opožděně vznesené tvrzení přezkoumal či k němu při rozhodování přihlížel.
51. Úřad tedy postupoval řádně a v souladu se zákonem, když k tomu, co navrhovatel postupu zadavatele vytýkal, v tom rozsahu, který navrhovatel vznesl až v průběhu správního řízení, nepřihlížel.
52. Nad rámec toho je třeba podotknout, že zákon s nedostatky ve složení hodnotící komise (ať už co do počtu či odbornosti) nespojuje ten následek, že by se k rozhodnutí o výběru dodavatele nepřihlíželo. Nelze tedy tvrdit, že pro tyto nedostatky se na rozhodnutí o výběru ze zákona pohlíží, jako by neexistovalo. Takové rozhodnutí však jistě může být Úřadem pro uvedené nedostatky zrušeno za podmínek stanovených § 263 odst. 2 zákona. Obdobně pak může být zrušeno samotným zadavatelem dle § 49 zákona – k tomu viz dále. Případný závěr, že by uvedené nedostatky rozhodnutí o výběru působily např. neplatnost tohoto rozhodnutí dle § 580 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník (z níž by vyplynulo, že rozhodnutí o výběru nemá právní účinky již *ex tunc*) patrně taktéž neobstojí, neboť dle citovaného ustanovení je třeba, aby smysl a účel zákona neplatnost právního jednání vyžadoval. Avšak ten zákon, který stanoví pravidla pro složení hodnotící komise (tj. zákon o zadávání veřejných zakázek), disponuje vlastním systémem prostředků, kterými lze vady rozhodnutí o výběru napravit. Jde o ustanovení o obraně proti nesprávnému postupu zadavatele. Smysl a účel zákona tedy uplatnění institutu neplatnosti právního jednání na rozhodnutí o výběru nevyžaduje, neboť se předpokládá, že jeho vady lze zhojit jiným způsobem.
53. Dále je nutné posoudit, zda se Úřad vypořádal s tvrzením navrhovatele, které v podaném návrhu skutečně obsaženo je, a kterým navrhovatel argumentoval, že pokud zadavatel zrušil rozhodnutí o výběru dodavatele, pak takové rozhodnutí nikdy neexistovalo a nevyvolalo žádné právní účinky.
54. Po přezkoumání obsahu napadeného rozhodnutí dospěl předseda Úřadu k závěru, že námitka navrhovatele není důvodná ani v této části.
55. V napadeném rozhodnutí, konkrétně v bodu 90, Úřad výslovně uvedl, že tvrzení navrhovatele o tom, že na zrušené rozhodnutí o výběru je nutno pohlížet jako by nikdy neexistovalo, a tudíž nezpůsobuje žádné účinky, považuje za liché, neboť nemá oporu v zákoně. Z obsahu napadeného rozhodnutí tak jednoznačně vyplývá, že Úřad se s tvrzením navrhovatele obsaženým v návrhu vypořádal. Navrhovatel se vznesenou námitkou domáhá vyslovení nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí z důvodu, že Úřad se s jeho tvrzeními nevypořádal a vůbec se jimi nezabýval, nicméně z obsahu napadeného rozhodnutí vyplývá naprostý opak. Námitka navrhovatele tedy ve světle zde uvedeného neobstojí.
56. Současně předseda Úřadu považuje za podstatné na tomto místě upozornit na skutečnost, že se závěrem Úřadu, který je uveden v bodě 90 napadeného rozhodnutí, zcela bez výhrad souhlasí. Ačkoliv Úřad v tomto bodě vypořádal námitku navrhovatele spíše strohým konstatováním než obšírnou právní argumentací, je jeho závěr postaven na správném

argumentu, že zákon v žádném svém ustanovení nedovozuje, že by v případě zrušení rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele, které zadavatel učiní v rámci opatření k nápravě, mělo být rozhodnutí o výběru stíženo zánikem od samotného počátku a mělo by se na něj pohlížet jako by nikdy neexistovalo. Takový následek nejen že nevyplývá ze zákona, ale nebyl dovozen ani rozhodovací praxí správních soudů. Ostatně navrhovatel sám ani nenabízí nějakou další argumentační podporu pro toto své tvrzení. Zrušení vlastního úkonu v zadávacím řízení zadavatelem v režimu § 49 zákona má účinky tzv. *ex nunc* („od nynějška“), tedy působí pro dobu od svého přijetí do budoucna. Prakticky to tedy znamená, že dokud není rozhodnutí o výběru dodavatele zrušeno, tak existuje a dotčený dodavatel má postavení dodavatele vybraného. Toto postavení ztrácí právě až se zrušením rozhodnutí o výběru.

57. Lze shrnout, že i zrušené rozhodnutí o výběru stále je rozhodnutím o výběru, přičemž působí právní následky, které s ním zákon spojuje, a to do doby, než je Úřadem či zadavatelem zrušeno. Opačný výklad by znamenal, že by zadavatel i dodavatelé ztratili právní jistotu například o tom, kdy běží lhůty pro podání námitek, blokační doby podle § 246 zákona či právě zadávací lhůta. Avšak, jak bude níže vysvětleno, bez ohledu na výše uvedené, v určitých situacích, kdy zadavatel své, již jednou přijaté, rozhodnutí o výběru zruší, nebude se k němu pro účely splnění povinnosti dle § 40 odst. 3 přihlížet.
58. Předseda Úřadu proto má v souladu se závěrem Úřadu za to, že na rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele, které zadavatel následně zruší svým postupem v rámci opatření k nápravě, nelze pohlížet jako na rozhodnutí, které nikdy neexistovalo a nezpůsobovalo právní účinky. Avšak i v takové situaci – a to bude vysvětleno níže – se zadavatel někdy stejně neubrání negativnímu následku v podobě ukončení zadávacího řízení dle § 40 odst. 4 zákona, a to i přesto, že již jednou o výběru dodavatele rozhodl.

K námitce nesprávného posouzení postupu zadavatele mimo zadávací řízení

59. Navrhovatel v podaném rozkladu vznáší námitky proti závěrům Úřadu a má v rozporu s nimi za to, že došlo ke zrušení zadávacího řízení dle § 40 odst. 4 zákona, neboť zadavatel nerozhodl o výběru dodavatele v zadávací lhůtě. Dle názoru navrhovatele není správný závěr Úřadu, že poslední výběr dodavatele, o němž zadavatel rozhodl dne 24. 8. 2021, není pro posouzení relevantní. K tomu navrhovatel předkládá svůj výklad ohledně běhu zadávací lhůty a možností jejího stavění.
60. K této námitce považuje předseda Úřadu za podstatné nejprve upozornit na skutečnost, že navrhovatel nečiní spornými data a údaje, které vyplývají z obsahu spisu a z dokumentace o zadávacím řízení, z nichž Úřad při posuzování vycházel. Námitky navrhovatele tedy nemíří proti zjištěnému skutkovému stavu z hlediska datování jednotlivých úkonů zadavatele a účastníků zadávacího řízení, nýbrž proti právnímu posouzení jejich vlivu na běh zadávací lhůty. Předseda Úřadu tak při posouzení důvodnosti námitky navrhovatele bude vycházet z dat a údajů, které jsou uvedeny v napadeném rozhodnutí a z nichž při posouzení tvrzení navrhovatele vycházel i Úřad v napadeném rozhodnutí. Tyto skutečnosti jsou shrnuty v bodech 77 až 84 odůvodnění napadeného rozhodnutí.
61. Z obsahu zadávací dokumentace nepochybně vyplývá, že zadavatel stanovil zadávací lhůtu, která činila 90 kalendářních dnů. Podle § 40 odst. 1 zákona je počátkem zadávací lhůty konec lhůty pro podání nabídek. Na základě oznámení dodatečných změn nebo informací byla lhůta

pro podání nabídek stanovena na 18. 8. 2020 v 10 hod. Počátek běhu zadávací lhůty tak připadá dle § 40 odst. 1 zákona na 18. 8. 2020.

62. Ze skutečností známých Úřadu z jeho činnosti však vyplývá, že ve dnech 18. 7. 2020 a 24. 7. 2020 byly podány návrhy na přezkoumání úkonů zadavatele v zadávacím řízení.
63. Podle § 40 odst. 2 zákona platí, že zadávací lhůty neběží v době, kdy zadavatele nesmí uzavřít smlouvu podle § 246 zákona. Současně podle § 246 zákona platí, že zadavatel nesmí uzavřít smlouvu.
- a) před uplynutím lhůty pro podání námitek proti rozhodnutí o vyloučení účastníka zadávacího řízení, o výběru dodavatele nebo proti úkonu dobrovolného oznámení o záměru uzavřít smlouvu,
 - b) do doby doručení rozhodnutí o námitkách stěžovateli, byly-li námitky podány,
 - c) před uplynutím lhůty pro podání návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, pokud podané námitky odmítl,
 - d) ve lhůtě 60 dnů ode dne zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, pokud byl návrh na zahájení řízení podán včas; zadavatel však může i v této lhůtě smlouvu uzavřít, pokud Úřad návrh zamítl nebo bylo správní řízení vedené o návrhu zastaveno a takové rozhodnutí nabylo právní moci.
64. V daném případě tedy podáním návrhů na přezkoumání úkonů zadavatele nastaly účinky předvídané v § 246 písm. d) zákona, přičemž zadavatel nesměl uzavřít smlouvu ve lhůtě 60 dnů ode dne zahájení řízení o přezkoumání jeho úkonů. S ohledem na podání dvou návrhů by u prvního z nich uplynula blokační doba dne 16. 9. 2020 a u druhého z nich dne 22. 9. 2020. S ohledem na zákonnou překážku běhu zadávací lhůty, tak je nepochybné, že zadávací lhůta i přes to, že její počátek nastal 18. 8. 2020 z důvodu této překážky neběžela až do 22. 9. 2020. Prvním dnem běhu zadávací lhůty tak byl den 23. 9. 2020.
65. Dne 17. 12. 2020 zadavatel rozhodl o výběru dodavatele, který rovněž téhož dne oznámil prostřednictvím elektronického nástroje, a účastníkům zadávacího řízení taktéž doručil. Mezi 23. 9. 2020 a 17. 12. 2020 uplynulo celkem 85 dnů, počítaje včetně 17. 12. 2020.
66. V důsledku rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele nastal účinek předvídaný § 246 písm. a) zákona, neboť zadavatel rozhodl o výběru dodavatele, a tím nastal zákaz uzavřít smlouvu před uplynutím lhůty pro podání námitek. Lhůta pro podání námitek počala běžet dne 18. 12. 2020 a skončila po 17 dnech dne 4. 1. 2021, neboť poslední den konce lhůty připadl na svátek (1. 1. 2021).
67. Dne 4. 1. 2021 zadavatel obdržel námitky navrhovatele proti rozhodnutí o výběru dodavatele. Podáním námitek však nastal následný zákaz uzavřít smlouvu, neboť nastaly účinky předvídané § 246 písm. b) tím, že navrhovatel podal námitky. Zadávací lhůta tedy kontinuálně dále neběžela do doby doručení rozhodnutí zadavatele o podaných námitkách, a to od 5. 1. 2021 do 18. 1. 2021, kdy zadavatel doručil navrhovateli rozhodnutí o námitkách.
68. Současně téhož dne, tedy dne 18. 1. 2021, zadavatel rozhodl o výběru dodavatele, které účastníkům zadávacího řízení doručil dne 19. 1. 2021. Pro úplnost zde předseda Úřadu uvádí, že zadávací lhůta neběžela ani mezi dnem 18. 1. 2021 a dnem 19. 1. 2021, a to z důvodu zákazu uzavřít smlouvu vyplývajícího z § 246 písm. a) zákona.

69. S ohledem na počítání času a běhu zadávací lhůty tak je nepochybné, že jak k výběru dodavatele dne 17. 12. 2020, tak i k výběru dodavatele dne 18.1.2021 došlo v zadávací lhůtě.
70. S ohledem na závěry, které uvedl předseda Úřadu výše v tomto rozhodnutí, má ve shodě s Úřadem za to, že na rozhodnutí o výběru ze dne 17. 12. 2020, které bylo později zadavatelem zrušeno, je třeba pohlížet tak, že po určitou dobu existovalo, a tedy i působilo běh, resp. stavení příslušných lhůt.
71. Lze podotknout, že při opačném výkladu (tj. že by zrušené rozhodnutí o výběru na běh lhůt v zadávacím řízení vliv nemělo), by zadavatel nebyl motivován přijímat sám opatření k nápravě, pokud by jej podané námitky přesvědčily o nezákonnosti provedeného výběru. Pokud by totiž rozhodnutí o výběru, které zadavatel sám zruší, nemělo vliv na běh lhůt v zadávacím řízení, hrozilo by zadavateli, že zadávací lhůta uplyne. To jde však proti smyslu zákona, který klade důraz na vyřešení sporu mezi zadavatelem a stěžovatelem primárně mimo správní řízení (tj. autoremedurou zadavatele na základě podaných námitek) a na zdárné dokončení zadávacího řízení výběrem dodavatele.
72. Na tomto místě považuje předseda Úřadu za podstatné upozornit na skutečnost, že zcela v souladu se závěry Úřadu, obsaženými v bodech 94 až 97 napadeného rozhodnutí, a zejména s ohledem na závěr uvedený v bodu 97 napadeného rozhodnutí má za to, že okamžikem odeslání rozhodnutí o výběru dodavatele ze dne 18. 1. 2021, které odeslal dne 19. 1. 2021, zadavatel splnil svoji povinnost stanovenou v § 40 odst. 3 zákona. Splněním této povinnosti pak nemohlo dojít k účinku předvídanému v § 40 odst. 4 zákona, tj. nemohlo dojít k automatickému ukončení zadávacího řízení, neboť proto nebyl naplněn zákonný předpoklad, kterým je, že zadavatel oznámení o výběru dodavatele neodešle v zadávací lhůtě. Na to nemá žádný vliv ani ta skutečnost, že zadavatel později tímto rozhodnutím vybraného dodavatele pro neposkytnutí součinnosti před uzavřením smlouvy vyloučil (viz body 82 a 83 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Existence rozhodnutí o výběru nebyla vyloučením vybraného dodavatele dotčena.
73. Ačkoliv zákon výslovně neřeší otázku vlivu více postupných výběrů dodavatele na možnost uplatnění § 40 odst. 4 zákona a současně se ani výslovně nevyjadřuje k okamžiku, kterým běh zadávací lhůty končí, je možné výklad těchto otázek učinit z hlediska účelu zákona.
74. Zadávací lhůta je zákonem stanovena jako fakultativní. Zadavatel tak zadávací lhůtu v zadávací dokumentaci může, ale nemusí určit. V případě, že tak učiní, je ovšem stanovena zadávací lhůtou vázán, a je tak povinen učinit výběr dodavatele v této lhůtě. Zákon pak stanoví, že pokud zadavatel oznámení o výběru dodavatele neodešle v zadávací lhůtě, platí, že zadávací řízení je ukončeno. Účelem této zákonné úpravy je zejména to, aby zadavatel neodůvodněně neprotahoval zadávací řízení a neotálel s výběrem dodavatele. Současně je nutné poukázat na základní smysl samotné zadávací lhůty, kterým je stanovení lhůty, po kterou jsou uchazeči svými nabídkami vázáni. Důsledkem ukončení zadávacího řízení dle § 40 odst. 4 zákona je pak to, že zadavatel podle téhož ustanovení uhradí účastníkům zadávacího řízení účelně vynaložené náklady.
75. Zadávací lhůta je lhůtou stanovenou samotným zadavatelem k tomu, aby v této lhůtě provedl výběr dodavatele, přičemž je-li nečinný, stíhá ho nepříznivý následek v podobě ukončení zadávacího řízení ze zákona. Zákon však dále nijak neřeší, že může dojít k následnému zrušení rozhodnutí o výběru dodavatele, a pro takové případy neposkytuje žádné vodítko, jakým

způsobem tyto situace posuzovat. Dle názoru předsedy Úřadu je však v takovém případě nutno vycházet ze smyslu a účelu tohoto zákonného ustanovení, kterým je to, aby v zadávací lhůtě došlo k výběru dodavatele.

76. Úřad v napadeném rozhodnutí, konkrétně v jeho bodech 93 až 96, provedl výklad zákonného ustanovení v § 40 odst. 4, přičemž dospěl k závěru, že pro účely posouzení, zda nastalo ukončení zadávacího řízení ze zákona za situace, kdy zadavatel následně zrušil rozhodnutí o výběru dodavatele, je nutné rozlišovat mezi tím, zda zadavatel zrušil své rozhodnutí o výběru jako opatření k nápravě svého vlastního nezákonného postupu či zda toto rozhodnutí zrušil z důvodů, které nezávisí na jeho vůli (např. pro neposkytnutí součinnosti vybraného dodavatele). Úřad pak dospěl k závěru, že smysl a účel daného ustanovení naplňuje takový výklad, podle něhož pro naplnění povinnosti zadavatele podle § 40 odst. 3 zákona nepostačuje, pokud zadavatel své rozhodnutí o výběru dodavatele následně svým vlastním postupem zruší ve smyslu § 49 zákona.
77. Předseda Úřadu souhlasí se závěry Úřadu, které směřují k tomu, že v takovém případě zadavatel napravuje svůj vlastní nezákonný postup a zrušení rozhodnutí o výběru závisí na jeho vůli. Zadavatel by se tak mohl vlastním rozhodnutím o tom, že sice odešle oznámení o výběru dodavatele, avšak později provedený výběr dodavatele sám zruší, fakticky vyhnout nepříznivému následku spočívajícímu v ukončení zadávacího řízení ze zákona i za situace, kdy by jeho postup při výběru dodavatele byl stížen nezákonností. V takovém případě je důsledek tohoto rozhodnutí, a to že v zadávacím řízení není fakticky vybrán dodavatel, přičitatelný zadavateli. Oproti tomu je třeba pohlížet jinou optikou na situaci, kdy zadavatel rozhodl o výběru dodavatele, řádně odeslal oznámení o výběru dodavatele a následně se dostal do situace, kdy mu dodavatel neposkytl součinnost při uzavření smlouvy. V takovém případě důsledek, že v zadávacím řízení není vybrán dodavatel, není přičitatelný zadavateli, nýbrž okolnosti, na kterou zadavatel nemá vliv. Z hlediska uvedeného důsledku je tak zřejmé, že pro posouzení toho, zda nastal účinek stanovený v § 40 odst. 4 zákona, je nezbytně nutné mezi těmito dvěma situacemi rozlišovat, aby tak nedocházelo k tomu, že zadavatel bude „trestán“ za něco, na co nemohl mít vliv. Jiný výklad by na straně zadavatelů vedl k nejistotě a nepředvídatelnosti osudu zadávacího řízení za situace, kdy splní svoji povinnost vybrat dodavatele v zadávací lhůtě, ale v důsledku postupu dodavatele by nakonec bylo zadávací řízení zrušeno.
78. Předseda Úřadu tak má ve shodě se závěry Úřadu za to, že na rozhodnutí zadavatele ze dne 18. 1. 2021, které bylo účastníkům zadávacího řízení oznámeno dne 19. 1. 2021, je nutno pohlížet jako na splnění povinnosti zadavatele ve smyslu § 40 odst. 3 zákona. Z tohoto důvodu již nemohl nastat účinek předvídaný v § 40 odst. 4 zákona, a tedy nemohla nastat fikce zrušení zadávacího řízení. Současně předseda Úřadu souhlasí s tím, že další postup zadavatele z hlediska následného výběru dodavatele ze dne 24. 8. 2021 již není pro posouzení naplnění § 40 odst. 4 zákona relevantní.
79. S ohledem na zde uvedené tak má předseda Úřadu za to, že nenastalo ukončení zadávacího řízení dle § 40 odst. 4 zákona, a tedy postup zadavatele nemůže být označen za postup mimo zadávací řízení. Úřadu proto rozhodl správně a v souladu se zákonem, pokud návrh navrhovatele na přezkoumání postupu zadavatele mimo zadávací řízení podle § 265 písm. a) zamítl, neboť nebyly shledány důvody pro uložení nápravného opatření.

Závěr

80. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad rozhodl správně a v souladu se zákonem, nebyly shledány důvody pro zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání. Proto bylo rozhodnuto tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

Proti výroku tohoto 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

- 1) SOR Libchavy spol. s r.o., se sídlem Dolní Libchavy 48, 561 16 Libchavy
- 2) Dopravní společnost Ústeckého kraje, příspěvková organizace, se sídlem Velká Hradební 3118/48, 400 01 Ústí nad Labem
- 3) MT Legal s. r. o., advokátní kancelář, Jana Babáka 2733/11, Královo Pole, 612 00 Brno

Vypraveno dne

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