UOHSX001M22N

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R102/2007/VZ-2931/2010/310-ASc	1. března 2010

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 7. 5. 2007 zadavatelem –

- **statutárním městem Zlín**, zast. primátorkou PhDr. Irenou Ondrovou, se sídlem nám. Míru 12, 761 40 Zlín, ve správním řízení právně zast. na základě plné moci ze dne 26.4.2007 advokátem JUDr. Petrem Balcarem, se sídlem AK Balcar, Polanský & spol., E. Peškové 15, 151 31 Praha 5,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 18. 4. 2007 č. j. S395/2006-03528/2007/540-RP, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – statutárního města Zlín, se sídlem nám. Míru 12, 761 40 Zlín, učiněných při zadání následujících veřejných zakázek:

- **„17. ZŠ – výměna oken, zateplení fasády II. část“,** zadaná podle § 25 odst. 2 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb. a zákona č. 60/2005 Sb., v užším řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 23.2.2005 pod ev. č. 50004490,

- „**10. ZŠ – GO budovy školy, křídlo „A“, „B“,** zadaná podle § 25 odst. 2 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb. a zákona č. 60/2005 Sb., v užším řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 4.3.2005 pod ev. č. 50004442,

- **„3. ZŠ – rekonstrukce školního hřiště**“, zadaná podle § 25 odst. 2 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb. a zákona č. 60/2005 Sb., v užším řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 15.3.2005 pod ev. č. 50004432,

- **„Kongresové centrum Zlín, inženýrské sítě“**, zadaná podle § 25 odst. 2 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb. a zákona č. 124/2005 Sb., v užším řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese pod ev. č. 50009673 dne 10.6.2005 a následně opraveno dne 16.6.2005,

- **„Dům pokojného stáří, Zlín – Jižní svahy“,** zadaná podle § 25 odst. 2 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb. a zákona č. 124/2005 Sb., v užším řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 29. 6. 2005 pod ev. č. 50004444,

- **„Stavební úpravy bytového domu Zlín Losky č. p. 2426“**, zadaná podle § 25 odst. 2 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb. a zákona č. 253/2005 Sb., v užším řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 27.7.2005 pod ev. č. 50011134,

- **„Stavební úpravy bytového domu Obeciny č.p. 3121**“, zadaná podle § 25 odst. 2 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb. a zákona č. 253/2005 Sb., v užším řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 18.7.2005 pod ev. č. 50011135,

- **„Výměna oken a opravy lodžií, I. segmentový dům Zlín, Jižní Svahy“,** zadaná podle § 25 odst. 2 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb. a zákona č. 253/2005 Sb., v užším řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 18.7.2005 pod ev. č. 50010908,

- **„ZOO a zámek Lešná Zlín, tropická Amazonie**“, zadaná podle § 25 odst. 2 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb. a zákona č. 253/2005 Sb., v užším řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 1.8.2005 pod ev. č. 50010952,

- **„Výměna rozvodů ÚT v bytovém domě Tř. T. Bati č. p. 1276“**, zadaná podle § 25 odst. 2 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb. a zákona č. 253/2005 Sb., v užším řízení, jehož

oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 12.8.2005 pod ev. č. 50011766,

- **„Malá scéna Zlín – rekonstrukce, část B a C**“, zadaná podle § 25 odst. 2 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb. a zákona č. 253/2005 Sb., v užším řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 22.9.2005 pod ev. č. 50013251,

- **„Rekonstrukce a přístavba objektu Zálešná V/4069 (judo)“,** zadaná podle § 25 odst. 2 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb. a zákona č. 253/2005 Sb., v užším řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 27.9.2005 pod ev. č. 50004446,

- **„Oprava hydroizolací stěn, stropu a podlah podzemních garáží G–18, Jižní svahy**“, zadaná podle § 25 odst. 2 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb., zákona č. 253/2005 Sb. a zákona č. 377/2005 Sb., v užším řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 1.11.2005 pod ev. č. 50014215, kde dalšími účastníky správního řízení jsou fyzické osoby -

- **Miroslav Zaremba**, IČ: 14295695, s místem podnikání náměstí Práce 2512, 760 01 Zlín, a dále společnosti

- **SMO a. s**., IČ: 42339839, se sídlem Zlínská 172, 765 02 Otrokovice,

- **TENNIS Zlín a. s**., IČ: 46975764, se sídlem Šternberská 300, 763 02 Zlín,

- **Skanska a. s**. (dříve „Skanska CZ a. s.“), IČ: 26271303, se sídlem Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4

- **MANAG, a. s.,** IČ: 47906898, se sídlem Zarámí 92, 760 01 Zlín,

- **STAVOSVIT, a. s**., IČ: 25342410, se sídlem Vršava 2538, 760 01 Zlín,

- **Elso system spol. s r.o**., IČ: 60748303, se sídlem Zlínská 419, 76316 Fryšták,

- **POSPÍŠIL a. s**., IČ: 25556142, se sídlem Okružní 5491, 760 05 Zlín,

- **PSG-International a. s**., IČ: 13694341, se sídlem Napajedelská 1552, 765 02 Otrokovice,

- **BOUNTY Trade a. s.** (dříve „Energo Trading Zlín a. s.“), IČ: 25583701, se sídlem T. G. Masaryka 1280, 760 01 Zlín,

- **POZIMOS, a. s**., IČ: 00147389, se sídlem K Pasekám 3663, 760 01 Zlín,

- **Pozemní stavitelství Zlín a. s**., IČ: 46900918, se sídlem Kúty 3967, 762 92 Zlín,
- **Zlínské stavby, a. s**. (dříve UPOSS group, a. s.), IČ: 25317300, se sídlem K majáku 5001, 761 23 Zlín,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. a) v návaznosti na § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, ustanovené podle § 152 odst. 3 téhož zákona, a rovněž s přihlédnutím k právním závěrům rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 26. 1. 2010, č. j. 62 Ca 47/2007-188 a rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 8. 10. 2009 č. j. 7 Afs 107/2009-166 rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 28. 8. 2007, č. j. R102/2007/02-06798/2007/310-Hr

r u š í m

a věc

v r a c í m

k novému projednání Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže.

ODŮVODNĚNÍ

I. Prvostupňové řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), příslušný podle § 94 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), k přezkoumání zákonnosti úkonů zadavatele – statutárního města Zlín, zast. primátorkou PhDr. Irenou Ondrovou, se sídlem nám. Míru 12, 761 40 Zlín, ve správním řízení právně zast. na základě plné moci ze dne 26.4.2007 advokátem JUDr. Petrem Balcarem, se sídlem AK Balcar, Polanský & spol., E. Peškové 15, 151 31 Praha 5 (dále jen „zadavatel“), učiněných při zadávání veřejných zakázek, provedl ve dnech 31.5.2006 až 1.6.2006 v sídle zadavatele podle zákona č. 552/1991 Sb., o státní kontrole, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o státní kontrole“), kontrolu postupu zadavatele při zadávání veřejných zakázek, přičemž kontrolovány byly rovněž níže uvedené veřejné zakázky:

„17. ZŠ – výměna oken, zateplení fasády II. část“, zadaná podle § 25 odst. 2 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb. a zákona č. 60/2005 Sb., v užším řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 23.2.2005 pod ev. č. 50004490,

„10. ZŠ – GO budovy školy, křídlo „A“, „B“, zadaná podle § 25 odst. 2 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb. a zákona č. 60/2005 Sb., v užším řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 4.3.2005 pod ev. č. 50004442,

„3. ZŠ – rekonstrukce školního hřiště“, zadaná podle § 25 odst. 2 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb. a zákona č. 60/2005 Sb., v užším řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 15.3.2005 pod ev. č. 50004432,

„Kongresové centrum Zlín, inženýrské sítě“, zadaná podle § 25 odst. 2 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb. a zákona č. 124/2005 Sb., v užším řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese pod ev. č. 50009673 dne 10.6.2005 a následně opraveno dne 16.6.2005,

„Dům pokojného stáří, Zlín – Jižní svahy“, zadaná podle § 25 odst. 2 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb. a zákona č. 124/2005 Sb., v užším řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese pod dne 29.6.2005 ev. č. 50004444,

„Stavební úpravy bytového domu Zlín Losky č. p. 2426“, zadaná podle § 25 odst. 2 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb. a zákona č. 253/2005 Sb., v užším řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 27.7.2005 pod ev. č. 50011134,

„Stavební úpravy bytového domu Obeciny č.p. 3121“, zadaná podle § 25 odst. 2 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb. a zákona č. 253/2005 Sb., v užším řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 18.7.2005 pod ev. č. 50011135,

„Výměna oken a opravy lodžií, I. segmentový dům Zlín, Jižní Svahy“, zadaná podle § 25 odst. 2 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb. a zákona č. 253/2005 Sb., v užším řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 18.7.2005 pod ev. č. 50010908,

„ZOO a zámek Lešná Zlín, tropická Amazonie“, zadaná podle § 25 odst. 2 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb. a zákona č. 253/2005 Sb., v užším řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 1.8.2005 pod ev. č. 50010952,

„Výměna rozvodů ÚT v bytovém domě Tř. T. Bati č. p. 1276“, zadaná podle § 25 odst. 2 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb. a zákona č. 253/2005 Sb., v užším řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 12.8.2005 pod ev. č. 50011766,

„Malá scéna Zlín – rekonstrukce, část B a C“, zadaná podle § 25 odst. 2 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb. a zákona č. 253/2005 Sb., v užším řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 22.9.2005 pod ev. č. 50013251,

„Rekonstrukce a přístavba objektu Zálešná V/4069 (judo)“, zadaná podle § 25 odst. 2 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb. a zákona č. 253/2005 Sb., v užším řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 27.9.2005 pod ev. č. 50004446 a

„Oprava hydroizolací stěn, stropu a podlah podzemních garáží G–18, Jižní svahy“, zadaná podle § 25 odst. 2 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb., zákona č. 253/2005 Sb. a zákona č. 377/2005 Sb., v užším řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 1.11.2005 pod ev. č. 50014215.

2. Ve věci zadání těchto veřejných zakázek zahájil Úřad správní řízení z vlastního podnětu, ve kterém jako účastníky správního řízení označil zadavatele a uchazeče, kterým byly přiděleny jednotlivé veřejné zakázky, tedy fyzickou osobu Miroslava Zarembu, IČ: 14295695, s místem podnikání náměstí Práce 2512, 760 01 Zlín, a dále společnosti SMO a. s., IČ: 42339839, se sídlem Zlínská 172, 765 02 Otrokovice, TENNIS Zlín a. s., IČ: 46975764, se sídlem Šternberská 300, 763 02 Zlín, Skanska a. s., IČ 26271303, Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4, MANAG, a. s., IČ: 47906898, se sídlem Zarámí 92, 760 01 Zlín, STAVOSVIT, a. s., IČ: 25342410, se sídlem Vršava 2538, 760 01 Zlín, Elso system spol. s r.o., IČ: 60748303, se sídlem Zlínská 419, 76316 Fryšták, POSPÍŠIL a. s., IČ: 25556142, se sídlem Okružní 5491, 760 05 Zlín, International a. s., IČ: 13694341, se sídlem Zarámí 4077, 760 40 Zlín, Energo Trading Zlín a. s., IČ: 25583701, se sídlem Záhutí 5041, 760 01 Zlín, POZIMOS, a. s., IČ: 00147389, se sídlem Štefánikova 167, 76001 Zlín, Pozemní stavitelství Zlín a. s., IČ: 46900918, se sídlem Kúty 3967, 762 92 Zlín a Zlínské stavby, a. s. (dříve UPOSS group, a. s.), IČ: 25317300, se sídlem K majáku 5001, 761 23 Zlín.

Zadavatel obdržel oznámení o zahájení správního řízení dne 27.12.2006 a tímto dnem bylo správní řízení zahájeno.

Napadené rozhodnutí

6. Po posouzení všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 18.4.2007 rozhodnutí č. j. S395/2006-03528/2007/540-RP, kterým konstatoval, že zadavatel v případě veřejné zakázky „Stavební úpravy bytového domu Zlín Losky č. p. 2426“ nedodržel postup stanovený § 65 odst. 2 zákona, neboť rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky zaslané nevybraným uchazečům neobsahovalo zákonem stanovené náležitosti, přičemž tento postup však podstatně neovlivnil hodnocení nabídek. V případě veřejné zakázky „Výměna rozvodů ÚT v bytovém domě Tř. T. Bati č. p. 1276“ zadavatel v rozporu s § 59 odst. 9 zákona písemně neoznámil jednomu z uchazečů jeho vyloučení, přičemž ani tento postup podstatně neovlivnil hodnocení nabídek.

4. V případě veřejných zakázek „17. ZŠ – výměna oken, zateplení fasády II. část“, „10. ZŠ – GO budovy školy, křídlo „A“, „B“, „3. ZŠ – rekonstrukce školního hřiště“, „Kongresové centrum Zlín, inženýrské sítě“, „Dům pokojného stáří, Zlín – Jižní svahy“, „Stavební úpravy bytového domu Zlín Losky č. p. 2426“, „Stavební úpravy bytového domu Obeciny č.p. 3121“, „Výměna oken a opravy lodžií, I. segmentový dům Zlín, Jižní Svahy“, „ZOO a zámek Lešná Zlín, tropická Amazonie“, „Výměna rozvodů ÚT v bytovém domě Tř. T. Bati č. p. 1276“, „Malá scéna Zlín – rekonstrukce, část B a C“, „Rekonstrukce a přístavba objektu Zálešná V/4069 (judo)“ a „Oprava hydroizolací stěn, stropu a podlah podzemních garáží G–18, Jižní svahy“ se zadavatel dle zjištění Úřadu dopustil správního deliktu podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona tím, že nedodržel postup stanovený § 25 odst. 1 zákona, neboť výběr zájemců při omezení jejich počtu losem nebyl transparentní, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit hodnocení nabídek. Zadavatel se dále dopustil správního deliktu podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona tím, že ve veřejné zakázce „Oprava hydroizolací stěn, stropu a podlah podzemních garáží G–18, Jižní svahy“ nedodržel postup dle § 39 odst. 2 zákona, když odmítl zájemce z důvodu neoznačení obálky s žádostí o účast názvem zakázky a nápisem „neotevírat“ přesto, že zájemce splnil kvalifikaci, přičemž tento postup rovněž mohl podstatně ovlivnit hodnocení nabídek.

5. Za spáchané správní delikty uložil Úřad zadavateli pokutu ve výši 3 000 000,- Kč. Současně Úřad uložil zadavateli povinnost uhradit náklady řízení ve výši paušální částky 1 000,- Kč.

7. V odůvodnění svého rozhodnutí Úřad uvedl, že zadavatel prováděl losování při omezení počtu zájemců v užším řízení za účasti členů komise jmenované zadavatelem, a eventuelně také za účasti zástupců zadavatele. Úřad konstatoval, že toto losování musí vždy proběhnout zcela transparentně, tj. například za účasti notáře, který o losování vyhotoví zápis, nebo za přítomnosti zástupců všech zájemců, kteří podali žádost o účast v užším řízení. Úřad se ztotožňuje s názorem zadavatele, že obecně je transparentnost losování možno zabezpečit i jinými způsoby, avšak v šetřených případech provedli losování vždy

tři zástupci zadavatele, tedy pouze zadavatel sám. Takový způsob výběru zájemců při omezení jejich počtu je dle názoru Úřadu zcela neprůhledný (netransparentní), neboť existuje důvodný předpoklad, že pověření zástupci budou hájit zájmy zadavatele, což podstatným způsobem snižuje objektivitu losování, v němž zcela absentuje prvek veřejné kontroly nad jeho průběhem. Při způsobu výběru zájemců založeném na principu náhody je nezbytné zajistit nestrannost jeho průběhu (např. účastí všech zájemců nebo notáře), aby bylo možné zcela vyloučit možnost ovlivnění losování. To se však v předmětných zadávacích řízeních dle názoru Úřadu nestalo. Postup zadavatele tedy Úřad označuje v rozporu s § 25 odst. 1 zákona jako netransparentní, který mohl podstatně ovlivnit hodnocení nabídek, neboť nelze vyloučit pochybnosti o korektním průběhu losování ani to, že by v případě dodržení zákona byl k podání nabídky vyzván i jiný uchazeč, který by předložil výhodnější podmínky.

7. K nedodržení postupu podle § 39 odst. 2 zákona v případě veřejné zakázky „Oprava hydroizolací stěn, stropu a podlah podzemních garáží G–18, Jižní svahy“, kdy jediným důvodem odmítnutí zájemce bylo neoznačení obálky s žádostí o účast názvem zakázky a nápisem „neotvírat“, Úřad uvádí, že zákon neobsahuje žádné požadavky na označení obálky s žádostí a žádné ustanovení zákona tak nedává zadavateli možnost takovou povinnost zájemcům stanovit. Je možné, aby zadavatel z důvodů přehlednosti toto po uchazečích požadoval, ale nelze uchazeče pro neoznačení obálky s nabídkami odmítnout. Úřad v této souvislosti nepřipouští zadavatelem namítanou analogii se zákonnou úpravou označení obálek s nabídkami a uvádí, že důvodem této úpravy je zamezení otevření obálek s nabídkami ve lhůtě pro podání nabídky, aby se uchazeči nemohli vzájemně dozvědět jejich obsah, zejména parametry, které budou předmětem hodnocení. Takové riziko v souvislosti s žádostmi neexistuje, neboť žádosti obsahují pouze doklady o kvalifikaci zájemců.

8. K porušení § 65 odst. 2 zákona, kdy u veřejné zakázky „Stavební úpravy bytového domu Zlín Losky č. p. 2426“ neobsahovalo oznámení o přidělení veřejné zakázky zaslané nevybraným uchazečům zákonem stanovené náležitosti, Úřad konstatuje, že uvedeným postupem nebylo podstatně ovlivněno hodnocení nabídek, když byla vybrána nabídka s nejnižší cenou, což bylo kritérium pro zadání veřejné zakázky, a nikdo z uchazečů se postupu zadavatele nebránil podáním námitek. K porušení § 59 odst. 5 zákona ve veřejné zakázce „Výměna rozvodů ÚT v bytovém domě Tř. T. Bati č. p. 1276“ tím, že zadavatel uchazeči nesdělil rozhodnutí o jeho vyloučení písemně, ale pouze ústně, Úřad uvádí, že byť zákon předepisuje písemnou formu, vyloučení uchazeče bylo oprávněné a nesplnění této povinnosti tedy nemělo podstatný vliv na hodnocení nabídek.

II. Námitky rozkladu

9. Proti uvedenému rozhodnutí Úřadu podal zadavatel dne 7.5.2007 rozklad. Zadavatel uvedl, že předmětné losování prováděla stálá komise zřízená za tímto účelem usnesením Rady města Zlína, kterou tvořili primátor nebo náměstek primátora, tajemník nebo vedoucí příslušného odboru a vedoucí Odboru právního nebo vedoucí Odboru realizace investičních akcí. O každém

losování byl pořízen zápis popisující jeho průběh a zaznamenávající výsledky losování. Vhledem k tomu, že zákon neobsahuje podrobnější podmínky pro omezování počtu zájemců, nelze dle názoru zadavatele omezovat okruh mechanismů, které mohou zajistit transparentnost, na účast notáře nebo zainteresovaných zájemců. Není důvod neakceptovat i jiné systémové opatření, které zadavatel za tímto účelem přijme a bude je při losování dodržovat, tedy například zřízení zvláštního orgánu – komise, s přesně vymezenými pravidly. Proces losování tak u zadavatele neprobíhal nahodile a libovolně, zápisy komise pro losování nejsou nijak zásadně odlišné od notářského zápisu a není proto dle názoru zadavatele důvod mu a priori přisuzovat nedostatečnou „důkazní hodnotu“. Úřad dle názoru zadavatele vychází z nesprávného předpokladu, že proces zadávání veřejných zakázek je třeba podrobit v co možná největší míře „veřejné kontrole“, jinak musí nevyhnutelně dojít ze strany zadavatele k manipulaci výsledků zadávacího řízení. Zadavatel označil tento závěr za nelogický, neboť zájem zadavatele rozhodně není v konfliktu s objektivním průběhem losování, ale právě naopak.

10. Pokud pak má být závěr napadeného rozhodnutí chápán tak, že je zadavatel de facto potenciálně podezřelý z manipulace průběhu losování, pak i takový závěr je nutno považovat za nesprávný, neboť pokud zákon určitou formu veřejné či nezávislé kontroly výslovně nevyžaduje, není podle zadavatele možné a priori zpochybňovat interní mechanismy zavedené zadavatelem, které z materiálního hlediska poskytují srovnatelnou možnost seznámit se s průběhem určité události jako notářský zápis. Zadavatel v této souvislosti odkázal na § 79 zákona č. 358/1992 Sb., notářský řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „notářský řád“), podle kterého notář pouze ověřuje určité děje, aniž by mohl tento děj jakkoliv usměrňovat. Pokud tedy není zákonem předepsaná určitá kvalifikovaná forma, nelze a priori odmítat jinou formu zaznamenání určitého děje. Zadavatel dle svého přesvědčení přijal opatření, které lze legitimně považovat za garanci transparentnosti, přičemž jakékoliv úvahy o nekorektním způsobu losování či manipulaci přezkoumávaných zakázek odmítá.

11. Úřad v napadeném rozhodnutí konstatoval, že při rozhodování vzal v úvahu i to, že zadavatel již na další jím prováděná losování zajistil účast notáře. Zadavateli však nebylo zřejmé, jakým způsobem Úřad tuto skutečnost zohlednil. Dále zadavatel namítá, že ani z rozhodovací praxe Úřadu nebylo ve všech případech zcela zřejmé, že dostatečnou garancí při losování může být pouze notářský zápis, když tento byl v rozhodnutích Úřadu uváděn „například“, či „především“, vedle přítomnosti všech zájemců, kteří podali žádost o účast v užším řízení. Vágnost úpravy omezování počtu zájemců v užším řízení označuje zadavatel za jednu ze slabin zákona a uvádí, že uložení sankce v tomto případě lze proto považovat za odporující zásadě, že předpokladem správního trestání je existence určitého, jasného a přesného vyjádření skutkové podstaty stíhaného správního deliktu, přičemž odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 6 A 173/2002-33 ze dne 23.9.2004. Stíhání něčeho, co není stanoveno jako výslovný zákonný požadavek a co je dovozováno rozhodovací praxí Úřadu, není podle zadavatele přípustné.

12. K porušení § 39 odst. 2 zákona zadavatel uvedl, že požadavek na označení obálky se žádostí o účast, který vymezil v oznámení o zahájení zadávacího

řízení, je požadavkem přípustným a opodstatněným, neboť zákon umožňuje vymezit určité zákonem výslovně neupravené podmínky a sám Úřad takový požadavek připouští z důvodů přehlednosti. Zadavatel se tímto požadavkem snažil zajistit, že všechny obálky obsahující doklady k prokázání kvalifikace budou otevírány ve stejný okamžik a ve stejný okamžik bude u všech žádostí posouzeno, jestli zájemce splnil povinnost podle § 36 zákona či nikoli. Zadavatel tak chtěl předejít spekulacím ohledně možné manipulace s jejím obsahem, pokud by neoznačená obálka byla omylem otevřena předčasně a v této souvislosti s odkazem na § 36 zákona zadavatel uvádí, že zájemci jsou povinni poskytnout informace o své kvalifikaci včetně dokladů požadovaných zákonem v příslušné lhůtě a zadavatel tedy nemůže přihlížet k později doloženým dokladům.

13. Zadavatel dále konstatoval, že určení konkrétní výše uložené pokuty je věcí správního uvážení Úřadu. Podle § 105 odst. 1 zákona při tom Úřad přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Napadené rozhodnutí je dle názoru zadavatele v tomto směru nepřezkoumatelné, když mimo jiné Úřad dle názoru zadavatele ve skutečnosti nepřihlédl ke skutečnostem, které představují polehčující okolnosti, ačkoliv to v rozhodnutí deklaroval. Úřad zdůvodnil výši uložené sankce pouze poukazem na závažné následky spáchání správních deliktů a skutečnost, že v jednání zadavatele spatřuje porušení zásady transparentnosti, přičemž z těchto formulací dle názoru zadavatele nevyplývá, jak Úřad posuzoval (a zda-li vůbec) jednotlivá zákonná hlediska rozhodná pro stanovení pokuty. Zadavatel v této souvislosti upozornil na fakt, že porušením zásady transparentnosti v daném případě došlo podle Úřadu k naplnění skutkové podstaty správního deliktu, jedná se tedy již o znak skutkové podstaty správního deliktu, a proto dle názoru zadavatele není přípustné, aby tato okolnost byla zároveň rozhodnou pro závěr o vyšší závažnosti porušení povinnosti, tj. aby jedna okolnost byla zadavateli přičítána k tíži dvakrát. Ze závěru Úřadu se zadavateli zdá, že závažnost zjištěného porušení zákona vyhodnotil ve všech případech jako velmi vysokou, aniž by se zabýval samostatně jednotlivými případy. Zadavatel v této souvislosti odkazuje na rozsudky Vrchního soudu v Praze, podle kterých je správní orgán při stanovení výše pokuty povinen přihlédnout ke všem zákonem vyjmenovaným hlediskům, dále je zde vyloženo, že pro závěr, zda výrok o uložení pokuty nevybočil z mezí a hledisek stanovených zákonem, nepostačuje, že stanovená výše je v zákonem připuštěném rozpětí, ale musí být přezkoumatelné i potud, jakými úvahami byl správní orgán veden při stanovení této výše. Zadavatel odkázal rovněž na rozsudek, podle kterého je správní úřad povinen zabývat se všemi hledisky, které jsou jako premisy pro volnou úvahu orgánu nezbytné, včetně úplného opatření podkladů pro rozhodování. Zadavatel v této souvislosti uzavřel, že z odůvodnění napadeného rozhodnutí není možné zjistit, jaké konkrétní úvahy vedly Úřad k uložení pokuty v bezprecedentní výši, a tedy je napadené rozhodnutí nepřezkoumatelné a nemůže obstát.

14. Zadavatel dále uvedl okolnosti svědčící v jeho prospěch, které Úřad nezohlednil. V době zadavatelem prováděného omezování počtu zájemců neplynul dle názoru zadavatele ze zákona striktní závěr, že zde zajistí transparentnost pouze nezávislá kontrola, přičemž k použití i jiných postupů

nasvědčovaly dokonce i závěry některých rozhodnutí Úřadu. Pokud by pak legislativní situace byla v této době jasná, má zadavatel za to, že by ji již nebylo nutno výslovně zakotvovat v zákonném textu zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách. Dle názoru zadavatele tedy nebylo splněno pravidlo, že předpokladem správního trestání je existence určitého, jasného a přesného vyjádření skutkové podstaty stíhaného správního deliktu. Zadavatel dále opětovně poukazuje na to, že vždy předem zveřejněnil, jakým způsobem dojde k omezení zájemců (tedy losem), a dále že měl snahu zavést do tohoto losování pevná pravidla s cílem zajistit jeho regulérnost. Po zjištění výkladové praxe Úřadu zadavatel přistoupil k losování zájemců notářem, a tedy i z toho je patrné, že se vždy snažil postupovat tak, aby nedocházelo k porušování zákona. Úřad sice v napadeném rozhodnutí uvádí, že tuto skutečnost bere v úvahu, avšak jakým způsobem tak činí nikde v napadené rozhodnutí nezmiňuje, přičemž zadavatel dospívá k názoru, že tato okolnost nebyla Úřadem zohledněna vůbec. Výše uvedené okolnosti pak zadavatel považuje rovněž za naplnění předpokladů liberace ve smyslu § 150 odst. 2 zákona a uložení „exemplární a bezprecedentní pokuty“ považuje za neodůvodněné a odporující zásadě ochrany legitimního očekávání ve smyslu § 2 odst. 4 správního řádu.

15. Co se týče následků spáchaných správních deliktů, jak o nich hovoří § 105 odst. 1 zákona, pak i zde považuje zadavatel formulace odůvodnění napadeného rozhodnutí za zcela vágní a nevypovídající o hodnocení okolností rozhodných pro vyměření pokuty. Zadavatel v této souvislosti odkazuje na skutečnost, že ochrana před porušením zákona je primárně na straně zájemců, přičemž ze skutečnosti, že žádný ze zájemců nevyužil prostředků k obraně proti vyloučení, je podle zadavatele možné usuzovat na to, že žádný z nich nepociťoval výjimečně závažnou újmu na svých právech. Výsledky předmětných výběrových řízení současně vyvracejí podezření o protěžování určitého dodavatele nebo určitých dodavatelů.

16. Zadavatel dále uvedl, že při stanovení pokut za více deliktů měl Úřad vycházet z tzv. absorpční zásady, kterou upravuje § 12 odst. 2 zákona č. 200/1990 Sb., o přestupcích, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o přestupcích“), a podle které se za více přestupků téhož pachatele projednaných ve společném řízení uloží sankce podle ustanovení vztahujícího se na přestupek nejpřísněji postižený. Toto pravidlo se dle ustálené judikatury (zadavatel odkazuje na rozsudky Vrchního soudu v Praze a dále rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 6 As 57/2004-54 ze dne 22.9.2005) použije i při vyměřování pokuty za správní delikty. Úřad tak při stanovení horní hranice možné pokuty vypočtením 5 % ze součtu všech nabídkových cen vycházel z nesprávného předpokladu, že sankce za jednotlivé správní delikty lze v tomto případě kumulovat.

17. Zadavatel rovněž uvedl, že případné zaplacení pokuty bude mít dopad na hospodaření zadavatele, konkrétně bude mít za následek omezení výdajů v oblasti investic nebo i pozastavení některé z probíhajících investičních akcí.

Závěr rozkladu

18. Zadavatel v závěru rozkladu shrnul, že Úřad při vyměřování sankce nezohlednil zákonná kritéria pro určení výše pokuty, výši pokuty neopírá o žádné konkrétní

závažné následky jím spatřovaných deliktů a při jejím vyměřování nesprávně postupoval podle kumulativního principu namísto absorpční zásady. Zadavatel dále zdůraznil, že se vždy maximálně snažil postupovat v plném souladu se zákonem a proto navrhl, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil.

II. Řízení o rozkladu

Původní rozhodnutí předsedy Úřadu

19. Předseda Úřadu rozhodnutím ze dne 28. 8. 2007, č. j. R102/2007/02-06798/2007/310-Hr napadené rozhodnutí Úřadu potvrdil a podaný rozklad zamítl. Toto rozhodnutí nabylo právní moci dne 4. 10. 2007 (dále jen „původní rozhodnutí o rozkladu“). V odůvodnění svého rozhodnutí předseda Úřadu uvedl závěry k jednotlivým námitkám rozkladu. K otázce transparentnosti losování při omezování počtu zájemců předseda Úřadu konstatoval, že v daném případě nebyla naplněna zásada transparentnosti vzhledem k samotnému průběhu losování, přičemž důvody, které byly zadavatelem uvedeny na podporu svého transparentního jednání, nebyly shledány jako dostatečné. Předseda Úřadu se v rámci této otázky zabýval i rolí notáře při provedení losování, přičemž konstatoval, přítomnost notáře napomáhá posílení zásady transparentnosti a je tedy žádoucí, aby byl průběhu losování notář vždy přítomen.

20. K otázce označení obálky s žádostí o účast v užším řízení předseda Úřadu konstatoval, že je zřejmé, že v případě požadavku na formální označení obálky se nejedná o požadavek na prokázání kvalifikace, když by mimo jiné zadavatel nenaplnil ani podmínku ustanovení § 30 odst. 3 zákona, podle kterého je zadavatel povinen omezit rozsah požadovaných informací o kvalifikaci pouze na informace bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky. Předseda Úřadu k tomu dále uvedl, že tvrzení o tom, že případné předčasné otevření obálky by mohlo vzbuzovat pochybnosti o úplném a včasném doložení kvalifikace je bezdůvodné, neboť z dokumentace o zadání veřejné zakázky vyplývá, že s těmito obálkami od okamžiku jejich přijetí do okamžiku jejich společného otevření přišel do styku pouze zadavatel, nebo jím pověřená osoba. Z tohoto důvodu předseda Úřadu konstatoval, že není zřejmé, u koho by měly vzniknout zadavatelem zmiňované pochybnosti, zda s obálkami nebylo dodatečně manipulováno, neboť pokud by zadavatel některou obálku otevřel předčasně, byl by si svého nedopatření sám vědom.

21. K postupu Úřadu při stanovení uložené pokuty předseda Úřadu uvedl, že součet cen všech veřejných zakázek, ve kterých se podle napadeného rozhodnutí dopustil zadavatel správního deliktu, činí částku 421 029 951,- Kč. Podle § 102 odst. 2 písm. a) zákona lze za správní delikt uložit pokutu do výše 5 % ceny zakázky, tedy v šetřeném případě činila maximální možná výše pokuty za všechny správní delikty částku 21 051 497,55 Kč. Úřad však neuložil pokutu v maximální možné výši, ale výrazně nižší, a to řádově ve výši 14,3 % maximální možné výše v částce 3 000 000,- Kč. Již z toho důvodu je tedy nedůvodné odvozovat od výše pokuty, že Úřad vyhodnotil závažnost pochybení zadavatele jako velmi vysokou. Jakkoli je totiž možno označit absolutní výši

uložené pokuty za „rekordní“ v rozhodovací praxi Úřadu na úseku dohledu nad zadáváním veřejných zakázek (jak zadavatel namítá v rámci rozkladu), je zřejmé, že Úřad uložil pokutu výrazně při dolní hranici možné sazby. Již z této skutečnosti předseda Úřadu dovodil, že Úřad při úvahách o výši uložené pokuty zohlednil především skutečnosti svědčící ve prospěch zadavatele, jak ostatně uvedl v odůvodnění napadeného rozhodnutí.

22. V této souvislosti předseda Úřadu dále uvedl, že se Úřad při rozhodování o výši uložené pokuty neodchýlil od své dlouhodobé praxe a relativní výše pokuty tak nevybočuje z výše pokut ukládaných v obdobných případech. To lze doložit mimo jiné i srovnáním výše pokut ukládaných zadavateli v předchozím období za závažná porušení zákona týkající se hodnocení nabídek, kdy Úřad ukládal pokuty v rozmezí 13 % až 24 % maximální možné sazby. I z tohoto důvodu proto nelze předmětnou pokutu označit ze „bezprecedentní“, neboť byla uložena v rozmezí odpovídajícím dlouhodobé praxi Úřadu.

23. K odkazu na judikaturu Vrchního soudu v Praze předseda Úřadu uvedl, že ustanovení § 105 odst. 1 zákona skutečně stanovuje povinnost Úřadu zabývat se určitým okruhem faktorů, které mají či mohou být rozhodné při úvahách o výši uložené sankce. Je zřejmé, že Úřad musí vzít v úvahu všechna tato hlediska, avšak nikoliv jednotlivě, ale musí se jimi zabývat komplexně, tedy nelze je vytrhávat ze vzájemných souvislostí a posuzovat je samostatně, jak to činí zadavatel. Uvedená hlediska se u každého případu projevují individuálně v rozdílné míře a rozdílném vzájemném poměru, a je proto přirozené, že některé hledisko má na stanovení výše uložené pokuty podstatný význam, zatímco jiné se například vůbec nepoužije. Úřad při své úvaze o výši uložené sankce postupoval zcela v souladu s § 105 odst. 1 zákona a zohlednil okolnosti případu v jejich vzájemné provázanosti, přičemž následně v odůvodnění napadeného rozhodnutí konkrétně vyjmenoval ty skutečnosti, které byly pro určení výše uložené pokuty zásadní, a to především závažnost zjištěných správních deliktů (odůvodnění napadeného rozhodnutí hovoří o „závažných následcích spáchání správních deliktů na transparentnost výběru nejvhodnější nabídky“) a na druhé straně Úřad zmiňuje jako zásadní hledisko pro stanovení výše pokuty okolnost svědčící ve prospěch zadavatele, konkrétně že zadavatel v současné době přistoupil k losování zájemců za účasti notáře. Úřad tedy jednoznačným a přezkoumatelným způsobem uvedl ty důvody a úvahy, kterými byl veden při stanovení výše uložené sankce.

24. K námitce, že Úřad zohlednil netransparentnost postupu zadavatele v rámci svého rozhodování dvakrát v jeho neprospěch, předseda Úřadu uvedl, že Úřad ve výroku o spáchání správního deliktu pouze konstatoval, že zadavatel svým postupem porušil zásadu transparentnosti a toto mělo podstatný vliv na hodnocení nabídek, aniž by však hodnotil míru závažnosti pochybení zadavatele. V rámci odůvodnění výše uložené pokuty pak Úřad akcentoval závažné následky takového postupu zadavatele na transparentnost zadávacího procesu, tedy hodnotil, do jaké míry byla transparentnost zadávacího procesu narušena, neboť je bezpochyby myslitelná různá míra a intenzita takového narušení, tedy různá míra závažnosti pochybení zadavatele, od které je pak nutno odvozovat výši následné sankce.

25. K otázce uplatnění absorpční zásady předseda Úřadu uvedl, že jakkoli je sporné, zda je v této souvislosti přípustná analogie se zákonem o přestupcích, je především nutno zdůraznit, že ze samé podstaty absorpčního principu vychází, že se jedná o trestání protiprávního jednání či opomenutí, kterým je naplněna skutková podstata více správních deliktů (souběh). Tato skutečnost vychází mimo jiné i ze zadavatelem citovaného rozsudku Nejvyššího správního soudu, a např. také z rozsudku Vrchního soudu v Praze č. j. 6A 216/93. Jinými slovy, aplikováno hypoteticky na prostředí zadávání veřejných zakázek by se muselo jednat o situaci, kdy se zadavatel jediným úkonem dopustí více správních deliktů. Sankce by mu pak podle absorpčního principu byla uložena pouze za delikt nejpřísněji postižitelný. V šetřených případech se však jedná o situaci principiálně odlišnou, neboť zadavatel se dopustil třináctkrát téhož správního deliktu. Nikoliv tedy jediným úkonem, ale pokaždé znovu. Užití absorpčního principu je tedy vyloučeno ze své podstaty.

Řízení o žalobě před Krajským soudem

26. Dne 16. 10. 2007 podal zadavatel proti pravomocnému rozhodnutí předsedy Úřadu žalobu ke Krajskému soudu v Brně (dále jen „soud“), podle § 65 s. ř. s., kterou se domáhal zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu a rozhodnutí Úřadu. Na základě této žaloby pak soud svým rozsudkem č. j. 62 Ca 47/2007-111 ze dne 5. 12. 2008 zrušil rozhodnutí předsedy Úřadu a vrátil mu věc dalšímu řízení.

27. V odůvodnění rozsudku se soud zabýval otázkou nedostatečného zdůvodnění výše uložené pokuty. K tomu soud zopakoval žalobní námitky zadavatele, přičemž konstatoval, že rozhodnutí Úřadu neumožňuje spolehlivě zjistit jaká hlediska vzal Úřad (a předseda Úřadu) v potaz při stanovení výše uložené pokuty, přičemž z jeho odůvodnění nelze zjistit ani to, jaký závěr vlastně Úřad učinil při posuzování základního východiska rozhodného pro výměru pokuty (tj. míry závažnosti porušení). Dále soud uvedl, že v odůvodnění rozhodnutí absentují jakékoli bližší úvahy, kterými se Úřad při rozhodování závažnosti řídil, což činí rozhodnutí nepřezkoumatelné, neboť z něj není možné zjistit, jakými úvahami byl správní orgán veden při stanovení pokuty v dané výši.

28. Z uvedeného tedy soud dovodil, že rozhodnutí předsedy Úřadu je zatíženo procesní vadou s přímým vlivem na jeho zákonnost. Tato skutečnost byla dle soudu důvodem k jeho zrušení podle § 76 odst. 1 písm. c) ve spojení s § 78 odst. 1 soudního řádu správního, neboť tato vada byla žalobně namítána a žaloba byla v této části důvodná, a k vrácení věci předsedovi Úřadu k dalšímu řízení podle § 78 odst. 4 soudního řádu správního. Soud zavázal předsedu Úřadu, aby při novém rozhodování napravil procesní pochybení s respektováním právního názoru soud uvedeném v rozsudku.

29. Proti shora uvedenému rozsudku soudu podal předseda Úřadu dne 4. 3. 2008 kasační stížnost k Nejvyššímu správnímu soudu, kterou napadl rozsudek soudu z důvodu nesprávného posouzení právní otázky soudem a současně z důvodu nepřezkoumatelnosti rozsudku spočívající v nesrozumitelnosti a nedostatku důvodů v něm uvedených. V odůvodnění kasační stížnosti ze dne 10. 6. 2009 byla namítána jednak nepřezkoumatelnost napadeného rozsudku, který z hlediska jeho obsahu neobsahoval žádné vlastní úvahy soudu, čehož nebylo

zřejmé, čím byl při svém rozhodování veden. Z hlediska posouzení právní otázky, kterou bylo v daném případě nedostatečné odůvodnění výše uložené pokuty, byl uveden nesouhlas s tímto názorem, neboť napadené rozhodnutí obsahovalo všechny skutečnosti, které byly při vyměřování výše uložené pokuty zohledněny. Současně byl vyjádřen i nesouhlas s tím, že v napadeném rozhodnutí nebyly uvedeny žádné úvahy o tom, čím se Úřad při stanovení výše uložené pokuty řídil, neboť v něm byly uvedeny jak okolnosti svědčící ve prospěch zadavatele, tak i okolnosti, které předseda Úřadu (i Úřad) posuzoval k jeho tíži.

30. Na základě uvedených skutečností předseda Úřadu navrhl, aby Nejvyšší správní soud vydal dle ustanovení § 110 odst. 1 soudního řádu správního rozsudek, kterým zruší rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 5. 12. 2008, č. j. 62 Ca 47/2007-111.

Rozsudek Nejvyššího správního soudu

31. Dne 8. 10. 2009 vydal Nejvyšší správní soud rozsudek č. j. 7 Afs 107/2009-170, kterým zrušil rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 5. 12. 2008, č. j. 62 Ca 47/2007-111 a věc vrátil tomuto soudu k dalšímu řízení. V odůvodnění svého rozsudku NSS přisvědčil zásadní stížní námitce, že napadený rozsudek krajského soudu trpí nedostatečným odůvodněním tohoto rozhodnutí a absenci vlastních úvah soudu. NSS k tomu uvedl, že správní soud při přezkoumávání žalobních námitek postupoval tak, že v odůvodnění napadeného rozsudku převážně jen odcitoval jednotlivé pasáže z podání zadavatele a z vyjádření či rozhodnutí předsedy Úřadu, aniž by je sám vyhodnotil a posoudil zjištěné skutečnosti a právní otázky. NSS proto takové rozhodnutí neakceptoval, neboť nesplnilo základní požadavky kvality právní argumentace, přehlednosti a srozumitelnosti. Z tohoto důvodu považoval NSS napadený rozsudek krajského soudu za nepřezkoumatelný a přistoupil k jeho zrušení a vrácení věci krajskému soudu k novému projednání se závazným právním názorem. K otázce posouzení právní otázky se Nejvyšší správní soud nevyjádřil.

Nové řízení o žalobě před Krajským soudem v Brně

32. Dne 26. 1. 2010 vydal Krajský soud v Brně rozsudek č. j. 62 Ca 47/2007-188, kterým zrušil rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 28. 8. 2007, č. j. R102/2007/02-06798/2007/310-Hr a vrátil věc k dalšímu řízení. V odůvodnění rozsudku se soud ztotožnil s názorem předsedy Úřadu v otázce posouzení transparentnosti losování a odmítnutí zájemce z důvodu, že neoznačil obálku se žádostí požadovanými nápisy. Soud se však neztotožnil s názorem předsedy Úřadu ohledně výše uložené pokuty. V tomto ohledu vytkl předsedovi Úřadu jednak nedostatečné zdůvodnění výše pokuty, neboť nezohlednil všechny podstatné skutečnosti, resp. neuvedl žádnou bližší konkretizaci důvodu, čímž zapříčinil nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí. V odůvodnění rozsudku se soud dále vyjádřil k námitce týkající se analogického použití § 12 odst. 2 zákona o přestupcích s ohledem na užití absorpční zásady. V této otázce dal soud taktéž za pravdu zadavateli v tom, že předseda Úřadu (stejně jako Úřad) měl v daném případě využít zásady

absorpce z důvodu souběhu více správních deliktů. V daném případě byl zadavatel v jednom řízení a rozhodnutí postižen za 14 správních deliktů, které spáchal ve vícečinném souběhu. Zákon dle soudu přitom neupravuje způsob, jakým má být v takovém případě při stanovení sankce postupováno, a je tak třeba analogicky použít § 12 odst. 2 zákona o přestupcích a stanovit trest podle ustanovení vztahujícího se na správní delikt nejpřísněji postižitelný. Jako delikt „nejpřísněji postižitelný“ ve smyslu shora uvedeného ustanovení je dle názoru soudu třeba považovat ten z deliktů, který byl spáchán při zadávání veřejné zakázky s nejvyšší cenou. Pokud by byl totiž zadavatel trestán za jednotlivé delikty v samostatných řízeních, hrozila by mu za tento delikt nejvyšší pokuta. Soud tedy uzavřel, že jestliže byly při stanovení horní hranice možné ukládané pokuty sečteny ceny všech zakázek, při nichž ke spáchání deliktů došlo, nebylo postupováno podle zásady absorpční, nýbrž kumulativní, přičemž takový postup je v rozporu se zákonem. V daném případě tedy měla být horní hranice možné pokuty vypočtena pouze z ceny jedné zakázky, a to té, která byla nejvyšší.

Stanovisko předsedy Úřadu

33. Po projednání rozkladu a příslušného spisového materiálu rozkladovou komisí ustanovenou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise, stejně jako s přihlédnutím k právním závěrům soudu, jsem dospěl k následujícímu závěru.

34. Úřad v napadeném rozhodnutí č. j. S395/2006-03528/2007/540-RP ze dne 18. 4. 2007 nepostupoval v souladu se zákonem při stanovení horní hranice možné ukládané pokuty a současně neuvedl dostatek okolností, ke kterým při rozhodování o výši pokuty přihlédl. Z uvedených důvodů jsem v řízení o rozkladu přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a vrátil jsem věc Úřadu k novému projednání. V dalším řízení se Úřad bude řídit právními závěry rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 47/2007-188 ze dne 26. 1. 2010 a rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 8. 10. 2009 č. j. 7 Afs 107/2009-166.

K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí

35. Podle § 58 odst. 5 soudního řádu správního je Úřad jakožto správní orgán v dalším řízení vázán právním názorem, který soud vyslovil ve zrušujícím rozsudku, nebo v rozsudku vyslovujícím nicotnost. V šetřeném případě soud rozsudkem 62 Ca 47/2007-188 ze dne 26. 1. 2010 zrušil původní rozhodnutí o rozkladu. Do dalšího řízení pak soud zavázal Úřad jakožto žalovaného právním názorem, podle kterého Úřad pochybil, při stanovení horní hranice možné ukládané pokuty a současně neuvedl dostatek okolností, ke kterým při jejím stanovení přihlédl, čímž zapříčinil nepřezkoumatelnost rozhodnutí. Při novém rozhodování tedy musí Úřad při stanovení horní hranice pokuty vycházet ze zásady absorpce, tj. horní hranici vypočítat z ceny zakázky, která byla nejvyšší a současně uvést dostatek důvodů a okolností, které byly pro určení výše pokuty rozhodné, tak aby bylo nově vydané rozhodnutí v této otázce přezkoumatelné.

36. Shora uvedený právní názor je tak pro další vedení správního řízení závazný a byl důvodem, pro nějž soud přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí o rozkladu. Vzhledem k tomu, že v rozporu s předmětným závazným právním názorem soudu jsou rovněž závěry uvedené v prvostupňovém rozhodnutí ve věci, a dále vzhledem k tomu, že tento rozpor nelze v řízení o rozkladu zhojit jinak, shledal jsem důvody pro zrušení napadeného prvostupňového rozhodnutí Úřadu, jak bylo uvedeno výše. V dalším řízení Úřad vydá rozhodnutí, ve kterém bude respektovat závazný právní názor Krajského soudu v Brně i Nejvyššího správního soudu.

Závěr

37. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že nastaly důvody pro zrušení napadeného rozhodnutí Úřadu, jsem rozhodl tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 správního řádu dále odvolat.

Otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

- Statutární město Zlín, se sídlem nám. Míru 12, 761 40 Zlín
- Miroslav Zaremba, podnikatel, se sídlem náměstí Práce 2512, 760 01 Zlín
- SMO a. s., se sídlem Zlínská 172, 765 02 Otrokovice
- TENNIS Zlín a. s., se sídlem Šternberská 300, 763 02 Zlín
- Skanska a. s., se sídlem Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4
- MANAG, a. s., se sídlem Zarámí 92, 760 01 Zlín
- STAVOSVIT, a. s., se sídlem Vršava 2538, 760 01 Zlín
- Bounty Trade a. s., se sídlem T. G. Masaryka 1280, 760 01 Zlín

- POSPÍŠIL a. s., se sídlem Okružní 5491, 760 05 Zlín
- PSG – International a. s., se sídlem Napajedelská 1552, 765 02 Otrokovice
- Energo Trading Zlín a. s., se sídlem Záhutí 5041, 760 01 Zlín
- POZIMOS, a. s., se sídlem K Pasekám 3663, 760 01 Zlín
- Pozemní stavitelství Zlín a. s., se sídlem Kúty 3967, 762 92 Zlín
- Zlínské stavby, a. s., se sídlem K majáku 5001, 761 23 Zlín

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