Č. j.: R102/2007/02-06798/2007/310-Hr V Brně dne 28. srpna 2007

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,

kdy dalšími účastníky správního řízení jsou fyzická osoba

- **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 CZ a. s., IČ: 26209535, se sídlem Kubánské náměstí 11, č. p. 1391, 100 05 Praha 10,**
- **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,**
- **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. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., na základě návrhu rozkladové komise, ustavené podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 18.4.2007 č. j. S395/2006-03528/2007/540-RP

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

O d ů v o d n ě n í

I. 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 CZ a. s., IČ: 26209535, se sídlem Kubánské náměstí 11, č. p. 1391, 100 05 Praha 10, 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.

3. 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.

Z odůvodnění napadeného rozhodnutí

6. V odůvodnění svého rozhodnutí Úřad uvádí, 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 konstatuje, 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

Ke snižování počtu zájemců v užším řízení losem

9. Proti uvedenému rozhodnutí Úřadu podal zadavatel dne 7.5.2007 rozklad. Zadavatel uvádí, 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 označuje 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 odkazuje 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 není 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.

K vyloučení uchazeče z důvodu neoznačení obálky

12. K porušení § 39 odst. 2 zákona zadavatel uvádí, 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 k tomu doplňuje, že nejen v zájmu přehlednosti, ale i v zájmu transparentnosti. 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.

K postupu Úřadu při stanovení pokuty

13. Zadavatel konstatuje, 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 upozorňuje 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 odkazuje 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 uzavírá, 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 (byť je přesvědčen, že se správního deliktu nedopustil) dále uvádí 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 uvádí, 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 uvádí, 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 shrnuje, 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 zdůrazňuje, že se vždy maximálně snažil postupovat v plném souladu se zákonem a proto navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil.

III. Řízení o rozkladu

19. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí ustavenou 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 dospěl k následujícímu závěru.

20. Úřad tím, že svým rozhodnutím ze dne 18.4.2007 č. j. S395/2006-03528/2007/540-RP uložil zadavateli za zjištěné správní delikty pokutu ve výši 3 000 000,- Kč, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se v plné míře ztotožnil.

IV. K námitkám rozkladu

K otázce transparentnosti losování při omezování počtu zájemců

21. Zadavatel namítá, že zákon pro průběh losování nepředepisuje žádnou kvalifikovanou formu (jako např. účast notáře) a pouze obecně formuluje požadavek na zachování zásady transparentnosti. Je tedy dle jeho názoru nutno akceptovat i jakýkoliv jiný způsob provedení tohoto losování, který zásadu transparentnosti naplňuje. Losování prováděné stálou komisí složenou za zástupců zadavatele považuje zadavatel za transparentní, neboť je tímto vyloučen prvek nahodilosti a libovolnosti. Závěry Úřadu ohledně nutnosti nezávislé kontroly tohoto losování označuje zadavatel za nelogické, neboť objektivní průběh losování je v zájmu zadavatele, což považuje zadavatel za dostatečnou garanci.

22. V tomto bodě musím konstatovat, že jsem se v plné míře ztotožnil s právním názorem napadeného rozhodnutí. Lze sice souhlasit se zadavatelem, že v rámci své organizace zavedl jisté systémové opatření pro provádění losování, čímž zřejmě opravdu eliminoval prvek nahodilosti a libovůle, avšak tento prvek byl odstraněn pouze v otázce stanovování osob, které budou losování provádět. Zadavatel však žádným způsobem nedokládá, jak toto systémové opatření zajišťuje transparentní průběh předmětného losování, tedy nedokládá, proč existence omezeného počtu zaměstnanců zadavatele v pozici statutárních zástupců či vedoucích pracovníků, jako členů komise, která provádí losování, je dostatečným opatřením pro to, aby žádné ze zúčastněných stran (tedy zájemcům o účast v užším řízení a potažmo ani Úřadu) nevznikly důvodné pochybnosti ohledně případné manipulace či jinak netransparentního průběhu předmětného losování. Zadavatel nedokládá, proč by stejně transparentní průběh losování nemohla zajistit např. komise ustavená vždy nahodile ze zaměstnanců zadavatele na nejrůznějších stupních organizační struktury.

23. Jediným argumentem, který zadavatel v této otázce Úřadu předkládá, je tvrzení, že objektivní (a tedy transparentní) průběh losování je v nejvlastnějším zájmu samotného zadavatele. Zárukou transparentního a nediskriminačního průběhu losování (a tím i celého zadávacího řízení) tak má být dle názoru zadavatele pouze a jenom jeho přirozený zájem nikoho nediskriminovat. Případné pochybnosti Úřadu ohledně existence takového zájmu zadavatele pak označuje zadavatel za nelogické.

24. K tomu uvádím, že obecnou pochybnost Úřadu, zda mají zadavatelé vždy zájem na transparentním a nediskriminačním průběhu zadávání veřejných zakázek, nelze v žádném případě označit za nelogickou, ale naopak; je nezbytným výrazem a součástí dohledové činnosti Úřadu ve smyslu § 94 zákona. Pokud by totiž obecně byla dostatečnou zárukou regulérnosti zadávacího procesu pouze bezvýhradná a automatická odpovědnost zadavatelů postupovat při vynakládání veřejných prostředků transparentně a nediskriminačně, pak by jakákoliv zákonná úprava zadávání veřejných zakázek, stejně jako úloha Úřadu jako orgánu dohledu, ztrácela své opodstatnění. O tom, že tato obecná „přirozená autoregulace“ zadavatelů, na kterou se zadavatel odvolává, reálně neexistuje, nejlépe svědčí skutečnost, že zákonodárce považoval za nutné stanovit zákonná pravidla zadávání veřejných zakázek, jejichž dodržováním má být v maximální možné míře zajištěna volná soutěž a konkurence jednotlivých nabídek jako nejúčinnější prostředek hospodárného vynakládání veřejných prostředků. Úřadu jako orgánu dohledu je pak v ustanovení § 94 zákona svěřena pravomoc přezkoumávat (a tedy i případně

„pochybovat“), zda zadavatelé postupovali v souladu se zákonem, nebo zda porušili některou ze svých zákonných povinností.

25. Jednou ze zákonných povinností zadavatele je mimo jiné rovněž zachování zásady transparentnosti při omezování počtu zájemců o účast v užším řízení formou losování. Dodržení této zásady je nutno posuzovat objektivně, tedy zda-li opravdu byla v maximální možné míře eliminována byť jen potenciální možnost zadavatele (tedy zaměstnanců zadavatele či jím pověřených osob) jakýmkoliv způsobem manipulovat s průběhem a výsledky losování. Pokud Úřad zjistí, že nebyla, konstatuje porušení zákona. V rámci výroku o porušení zákona pak Úřad není povinen a ani oprávněn přezkoumávat subjektivní pohnutky zadavatele, tedy zda zadavatel sám subjektivně pociťoval jím zvolený postup jako dostatečně transparentní, či zda vůbec měl či neměl zájem výsledky losování jakkoliv ovlivnit. Z uvedeného důvodu proto Úřad neposuzuje, zda ze strany zadavatele či jeho zaměstnanců skutečně k manipulaci došlo, neboť přezkumná činnost Úřadu končí u zjištění, že k této manipulaci mohlo docházet, když zadavatelem zvolený postup nebyl dostatečně transparentní a případnou manipulaci připouštěl a to tím, že zde nebyl přítomen prvek nezávislý na vůli a zájmech zadavatele.

26. Lze souhlasit s tvrzením zadavatele, že zákon nepředepisuje konkrétní kvalifikovanou formu, kterou má zadavatel provádět omezení počtu zájemců o účast v užším řízení. Současně však je nutno konstatovat, že v ustanovení § 25 odst. 1 zákon zakotvuje požadavek, aby byl tento postup transparentní, a to objektivně. Je zcela na vůli zadavatele, jak tuto objektivní transparentnost zajistí. Úřad v rámci své výkladové praxe (kterou cituje i zadavatel v podaném rozkladu) jako možný způsob vždy zmiňuje buď přítomnost notáře jakožto prvku, který je zcela nezávislý na zadavateli, a nebo přítomnost všech zájemců, kteří podali přihlášky, neboť jejich zájmy na objektivním a transparentním losování budou velice pravděpodobně v rozporu s hypotetickým zájmem zadavatele ovlivnit výsledky losování. Současně Úřad ve své výkladové praxi připouští i existenci jiného způsobu zajištění transparentního průběhu losování, avšak vždy se musí jednat o takový způsob, který transparentnost zadávacího procesu zajistí objektivně, a nikoliv pouze ze subjektivního pohledu zadavatele. Pokud tedy zadavatel ve svém rozkladu uvádí, že Úřad neoprávněně předepisuje zadavateli pouze losování za přítomnosti notáře (aniž by takto kvalifikovaná forma výslovně vyplývala ze zákona) a nepřipouští jinou variantu, pak se jeho tvrzení nezakládá na pravdě, a to minimálně proto, že Úřad doporučuje ve své výkladové praxi rovněž losování za přítomnosti zástupců uchazečů.

27. V této souvislosti rovněž nelze přisvědčit tvrzení zadavatele, že jím zvolená forma losování prováděného stálou komisí se fakticky neliší od losování za přítomnosti notáře, neboť notář by pouze osvědčoval průběh děje, aniž by do něho mohl jakkoliv zasahovat. Úkolem notáře v případě jeho přítomnosti u losování je dosvědčit, zda losování proběhlo transparentně či nikoliv a toto uvést v notářském zápisu, ke kterému se jakožto k veřejné listině podle § 6 notářského řádu váže presumpce správnosti (viz § 134 o. s. ř.). Jedná se tedy o maximálně objektivní doklad o skutečném průběhu losování. Pokud by pak během losování nastaly okolnosti, které by zpochybňovaly transparentní průběh tohoto losování, notář by tyto skutečnosti uvedl ve svém zápise. Zápis, který pořizovala komisí zadavatele, naopak charakter veřejné listiny nemá, skutečnostem tam uvedeným presumpce správnosti nesvědčí, a proto jej nelze s notářským zápisem srovnávat.

28. Vzhledem k výše uvedenému pak je rovněž možno odmítnout tvrzení zadavatele, že v zákoně není určitě, přesně a jasně vyjádřena skutková podstata správní deliktu, který Úřad konstatoval v napadeném rozhodnutí. Správní delikt je definován v § 102 odst. 1 písm. b) zákona, přičemž se jedná o takové jednání zadavatele, kterým zadavatel porušil ustanovení zákona a které současně mělo či mohlo mít podstatný vliv na hodnocení nabídek. Úřad v napadeném rozhodnutí popsal, jaké ustanovení zákona a jakým způsobem zadavatel porušil, a tedy jakého správního deliktu se svým jednáním dopustil, přičemž současně v dostatečné míře zdůvodnil, jak mohlo jednání zadavatele ovlivnit hodnocení nabídek. Výrok o spáchání správní deliktu je tak řádný a přezkoumatelný.

29. K odkazu na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 6A 173/2002-33 ze dne 23.9.2004, který v této souvislosti zadavatel učinil, pak pouze uvádím, že se zde nejedná o totožný případ, neboť v tomto judikátu řešil soud otázku správního trestání za porušení interního předpisu (předpisu Českých drah), který není obecně závazným právním předpisem. Nelze proto tento judikát interpretovat v tom smyslu, že zákonná norma musí popsat veškeré myslitelné způsoby, kterými je možno se dopustit určitého konkrétního deliktního jednání, a tedy ani požadavek zadavatele, aby jím zvolený způsob omezení počtu zájemců o účast v užším řízení byl v zákoně výslovně uveden jako správní delikt, není oprávněný.

K označení obálky s žádostí o účast v užším řízení

30. Zadavatel uvádí, že požadavkem na označení obálek se snažil v zájmu transparentnosti zadávacího procesu vyhnout případným pochybnostem ohledně toho, zda žádost o účast nebyla dodatečně doplňována, pokud by obálku s žádostí někdo omylem otevřel dříve než ostatní.

31. K tomu pouze uvádím, že tento argument použil zadavatel až v řízení o rozkladu a Úřad se proto k němu nemohl v dosavadním správním řízení vyjádřit. Dále lze konstatovat, že ve fázi žádostí o účast v užším řízení zadavatel posuzuje pouze splnění kvalifikačních předpokladů jednotlivými zájemci a může vyloučit pouze ty zájemce, kteří nesplní kvalifikační předpoklady. Je zřejmé, že v případě požadavku na formální označení obálky se nejedná o požadavek na prokázání kvalifikace, když by mimo jiné 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. 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. Není tedy 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.

K postupu Úřadu při stanovení pokuty

32. Zadavatel v této části argumentace podaného rozkladu vychází z absolutní výše uložené pokuty 3 000 000,- Kč, označuje ji za „exemplární a bezprecedentní“ a dovozuje z ní, že Úřad posoudil závažnost pochybení zadavatele jako velmi vysokou. Z tohoto hodnocení

pak odvozuje názor, že Úřad při úvaze o výši uložené pokuty nepřihlédl ke všem okolnostem případu, které svědčí ve prospěch zadavatele.

33. K argumentaci zadavatele především uvádím, 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 je tedy zřejmé, že Úřad při úvahách o výši uložené pokuty zohlednil především skutečnosti svědčící ve prospěch zadavatele, jak ostatně uvedl v odůvodnění napadeného rozhodnutí.

34. V této souvislosti nelze pominout, 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.

35. Zadavatel dále v rozkladu s odkazem na judikaturu Vrchního soudu v Praze dovozuje, že Úřad je v rámci úvah o stanovení výše pokuty povinen zabývat se všemi zákonnými hledisky vyjmenovanými v § 105 odst. 1 zákona, tedy že přihlédne ke stupni závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán, přičemž tato správní úvaha pak musí být objasněna v rámci odůvodnění rozhodnutí.

36. K tomu uvádím, 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.

37. V této souvislosti zadavatel rovněž argumentuje tím, že Úřad při stanovení výše uložené pokuty zohlednil netransparentnost postupu zadavatele, která však již byla znakem skutkové podstaty správního deliktu, a tedy že Úřad tuto skutečnost zohlednil v rámci svého rozhodování dvakrát v neprospěch zadavatele. K tomu pouze uvádím, 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.

38. Zadavatel rovněž namítá, že Úřad měl při stanovení výše uložené sankce analogicky vycházet z absorpční zásady dané zákonem o přestupcích. S tímto názorem rovněž nelze souhlasit. 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.

V. Závěr

39. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení či změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.

40. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí zrušit nebo změnit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

P o u č e n í

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

Ing. Martin Pecina, MBA
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Statutární město Zlín, se sídlem nám. Míru 12, 761 40 Zlín
2. Miroslav Zaremba, podnikatel, se sídlem náměstí Práce 2512, 760 01 Zlín
3. SMO a. s., se sídlem Zlínská 172, 765 02 Otrokovice
4. TENNIS Zlín a. s., se sídlem Šternberská 300, 763 02 Zlín
5. Skanska CZ a. s., se sídlem Kubánské náměstí 11, č. p. 1391, 100 05 Praha 10
6. MANAG, a. s., se sídlem Zarámí 92, 760 01 Zlín
7. STAVOSVIT, a. s., se sídlem Vršava 2538, 760 01 Zlín
8. Elso system spol. s r.o., se sídlem Zlínská 419, 76316 Fryšták
9. POSPÍŠIL a. s., se sídlem Okružní 5491, 760 05 Zlín
10. PSG – International a. s., se sídlem Zarámí 4077, 760 40 Zlín
11. Energo Trading Zlín a. s., se sídlem Záhutí 5041, 760 01 Zlín
12. POZIMOS, a. s., se sídlem Štefánikova 167, 76001 Zlín
13. Pozemní stavitelství Zlín a. s., se sídlem Kúty 3967, 762 92 Zlín
14. Zlínské stavby, a. s., se sídlem K majáku 5001, 761 23 Zlín
15. spis.

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce