

Č. j.: R129/2007/02-22149/2007/310-Hr

V Brně dne 3. prosince 2007

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 10.7.2007 společností

- **THERMAL – F, a. s., IČ 25401726, se sídlem I. P. Pavlova 11, 360 01 Karlovy Vary, zast. generálním ředitelem Josefem Neufusem,**

a doplněném dne 24.7.2007, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 15.6.2007 č. j. S108/2007-09052/2007/540-Šm, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – společnosti **TERMAL – F, a. s., se sídlem I. P. Pavlova 11, 360 01 Karlovy Vary**, učiněných při uzavírání Smlouvy o poskytování halových služeb č. 20060502 ze dne 28.4.2006, Smlouvy o poskytování technických činností v dopravě č. 20060502 ze dne 28.4.2006, Smlouvy o poskytování bezpečnostních služeb č. 20060503 ze dne 28.4.2006 a Smlouvy o poskytování bezpečnostních služeb č. 20060504 ze dne 28.5.2006, ve kterém je dalším účastníkem správního řízení společnost

- **SBA – Expert, a. s., IČ 26765616, se sídlem Příčná 726, 252 19 Rudná, zast. předsedou představenstva Oldřichem Nohýnkem, které byla veřejná zakázka přidělena,**

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. S108/2007-09052/2007/540-Šm ze dne 15.6.2007

**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“), si na základě podnětu Policie ČR, Okresního ředitelství v Karlových Varech ze dne 6.3.2007, vyžádal od společnosti THERMAL – F, a. s., IČ 25401726, se sídlem I. P. Pavlova 11, 360 01 Karlovy Vary, zast. generálním ředitelem Josefem Neufusem (dále jen „zadavatel“), dokumentaci o zadání veřejné zakázky, na kterou zadavatel uzavřel Smlouvu o poskytování halových služeb č. 20060502 ze dne 28.4.2006, Smlouvu o poskytování technických činností v dopravě č. 20060502 ze dne 28.4.2006, Smlouvu o poskytování bezpečnostních služeb č. 20060503 ze dne 28.4.2006 a Smlouvu o poskytování bezpečnostních služeb č. 20060504 ze dne 28.5.2006. Vzhledem k tomu, že z předložených materiálů získal Úřad pochybnosti o správnosti úkonů zadavatele, zahájil ve věci správní řízení z vlastního podnětu, ve kterém jako účastníky správního řízení označil zadavatele a společnost SBA – Expert, a. s., IČ 26765616, se sídlem Příčná 726, 252 19 Rudná, zast. předsedou představenstva Oldřichem Nohýnkem, které byla veřejná zakázka přidělena.
2. Po posouzení všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 15.6.2007 rozhodnutí č. j. S108/2007-09052/2007/540-Šm, kterým v postupu zadavatele konstatoval spáchání správního deliktu, kterého se zadavatel dopustil tím, že nedodržel postup stanovený v § 25 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), neboť veřejnou zakázku na poskytování halových služeb, poskytování technických činností v dopravě a poskytování bezpečnostních služeb nezadal v některém ze zadávacích řízení uvedených v § 25 odst. 2 zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit hodnocení nabídek. Za spáchání správního deliktu uložil Úřad zadavateli pokutu ve výši 100 000,- Kč a dále mu uložil úhradu nákladů řízení ve výši paušální částky 1 000,- Kč.
3. V odůvodnění svého rozhodnutí Úřad uvádí, že v rámci správního řízení zadavatel kromě kopií sedmi nabídek, zápisu z pracovní porady konané dne 20.4.2006 v kanceláři generálního ředitele zadavatele, jehož obsahem je projednání nabídek předmětných služeb, a dále kopií smluv o poskytování předmětných služeb, nedoložil Úřadu žádný jiný doklad, ze kterého by vyplývalo, že by při zadávání veřejné zakázky postupoval podle ustanovení § 25 zákona. Zadavatel tedy nesplnil povinnost dle § 25 odst. 1 zákona zadat veřejnou zakázku v některém ze zadávacích řízení uvedených v § 25 odst. 2 zákona, přestože je veřejným zadavatelem podle § 2 odst. 1 písm. a) bod 4 zákona a přestože se jednalo o veřejnou zakázku podle § 6 odst. 1 zákona, konkrétně o veřejnou zakázku na služby podle § 8 odst. 1 zákona. Zadavatel se tedy dopustil správního deliktu ve smyslu § 102 odst. 1 písm. b) zákona, přičemž postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek, neboť pokud by zadavatel zadal veřejnou zakázku postupem podle zákona, nelze vyloučit, že by obdržel nabídky dalších dodavatelů, kteří by mu mohli nabídnout výhodnější podmínky realizace celé veřejné zakázky, případně jejích dílčích částí, než dodavatel, se kterým zadavatel uzavřel předmětné smlouvy.
4. Při úvahách o výši sankce, kterou uložil v částce 100 000,- Kč, když maximální možná výše pokuty činila 776 539,- Kč, Úřad zohlednil, že postupem zadavatele byl vyloučen průhledný výběr smluvního partnera na základě otevřené soutěže o zakázku. Současně

však akcentoval i preventivní funkci pokuty a vzal v úvahu, že zadavatel si je vědom svého pochybení a samotné projednání tohoto případu je pro něho důležitým poučením, takže za zjištěné závažné porušení zákona mu uložil pokutu při dolní hranici možné sazby.

## **II. Námitky rozkladu**

5. Proti rozhodnutí Úřadu podal zadavatel dne 10.7.2007 rozklad a uvedl v něm, že uloženou sankci považuje za nepřiměřeně vysokou s ohledem na daný skutkový stav věci.
6. V odůvodnění rozkladu, které doručil Úřadu dne 24.7.2007, pak zadavatel uvádí, že Úřad při stanovení konkrétní výše pokuty nepřihlédl k velmi významné okolnosti spočívající v tom, že v okamžiku rozhodování o uložení pokuty již platil a byl účinný nový zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „nový zákon“). Podle ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) tohoto zákona pak zadavatel dle svého vyjádření není zadavatelem veřejné zakázky, neboť nesplňuje podmínky stanovené pro veřejného zadavatele, ani pro dotovaného či sektorového zadavatele. Vzhledem k tomu, že jednání, které bylo ze zákona protiprávní, již podle nového zákona nepodléhá sankci, případně nepodléhá sankci stejného stupně tvrdosti, tak je dle názoru zadavatele oslabena preventivní funkce uložené pokuty, když nemůže mít takový efekt, jaký Úřad při stanovení její výše sledoval. V tom spatřuje zadavatel argument pro výrazné snížení uložené pokuty.
7. Zadavatel rovněž namítá, že v době uzavření smluv na plnění předmětu veřejné zakázky v dubnu a květnu 2006 byl již ve Sbírce zákonů ČR publikován nový zákon, který nabyl účinnosti od 1.7.2006, a tedy pokud by zadavatel přistoupil k uzavírání těchto smluv jen o měsíc později, byl již vyloučen z okruhu subjektů, na které se právní úprava zadávání veřejných zakázek vztahuje. Zadavatel prohlašuje, že si je vědom porušení povinností vyplývajících pro něj ze zákona a poznamenává, že dané povinnosti neporušil cíleně a učinil vše, aby své pochybení napravil. Podotýká, že již v době, kdy se na něho nový zákon nevztahoval, podle něj přesto postupoval, aniž by byl povinen. Současně je zadavatel přesvědčen, že ačkoli došlo k porušení povinností dle zákona, vyhodnotil a vybral ekonomicky nejvýhodnější nabídku, a proto navrhuje, aby předseda Úřadu změnil napadené rozhodnutí a upustil od uložení pokuty, popřípadě uloženou pokutu snížil s ohledem na závažnost protiprávního jednání zadavatele s přihlédnutím k nové právní úpravě, a dále s přihlédnutím k represivní i preventivní funkci uložené pokuty.

## **III. Řízení o rozkladu**

8. 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.
9. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. S108/2007-09052/2007/540-Šm uložil zadavateli za zjištěné spáchání správního deliktu pokutu 100 000,- Kč, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se v plné míře ztotožnil.

#### IV. K námitkám rozkladu

##### K právnímu postavení zadavatele

10. Zadavatel jako základní argument svého rozkladu předkládá tvrzení, že podle nové právní úpravy zadávání veřejných zakázek, tedy podle nového zákona, již není zadavatelem, když již nesplňuje definici dle § 2 odst. 2 písm. d) nového zákona. Z toho pak zadavatel dovozuje, že je oslabena či dokonce vyloučena preventivní funkce uložené pokuty, kterou Úřad ve svém rozhodnutí akcentoval, což zadavatel považuje za argument pro výrazné snížení či dokonce zrušení uložené pokuty. Další důvodem pro snížení pokuty je dle názoru zadavatele to, že k uzavření předmětných smluv došlo pouhý měsíc před tím, než zadavatel přestal být zadavatelem.
11. K tomu uvádím, že dle ustanovení § 82 odst. 4 správního řádu se k novým skutečnostem a k návrhům na provedení nových důkazů, uvedeným v odvolání nebo v průběhu odvolacího řízení, přihlédne jen tehdy, jde-li o takové skutečnosti nebo důkazy, které účastník nemohl uplatnit dříve. Námitky zadavatele o tom, že podle nového zákona již není zadavatelem a Úřad měl k této skutečnosti přihlédnout při úvahách o výši sankce, nebyly uplatněny v průběhu předchozího správního řízení, ač jej zadavatel uplatnit mohl. Úřad se s nimi proto nemohl vypořádat v rámci napadeného rozhodnutí, a tedy již z tohoto důvodu a vzhledem k výše uvedenému ustanovení správního řádu k němu nelze přihlížet v rámci přezkumu napadeného rozhodnutí.
12. Současně je třeba konstatovat, že zadavatel v rámci rozkladu nepředkládá žádný argument, kterým by své tvrzení jakkoli doložil či zdůvodnil. Zadavatel pouze cituje § 2 odst. 2 písm. d) nového zákona, podle kterého je zadavatelem i „jiná právnická osoba, pokud byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a je financována převážně státem či jiným veřejným zadavatelem nebo je státem či jiným veřejným zadavatelem ovládána nebo stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu.“ Zadavatel však neuvádí, kterou část této zákonné definice nesplňuje a proč, případně v jakém aspektu se tato zákonná definice zadavatele odlišuje od předchozí právní úpravy, podle které zadavatel ještě byl zadavatelem. Tvrzení zadavatele je tak zcela nedůvodné, a tedy pro vedené řízení o rozkladu i z toho důvodu bezpředmětné.
13. Pro úplnost pak uvádím, že v zákonné definici zadavatele dle zákona a dle nového zákona nelze spatřovat takovou změnu, která by znamenala zadavatelem dovozovanou zásadní změnu jeho statutu. Dle ustanovení § 2 odst. 1 písm. a) bod 4 zákona byla zadavatelem ta právnická osoba, která byl zřízena zákonem či na základě zákona za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, a současně která byla převážně financována veřejnými zadavateli či tito veřejní zadavatelé v ní uplatňovali rozhodující vliv. Podle nové právní úpravy dle § 2 odst. 2 písm. d) nového zákona je pak druhá z citovaných podmínek, tedy finanční či faktický vliv veřejného zadavatele v právnické osobě, definována v zásadě totožně. Rovněž první z podmínek i nadále stanovuje, že právnická osoba musí být zřízena (a nově i založena) za účelem uspokojování veřejného zájmu, přičemž nová právní úprava pak pouze upřesňuje, že tyto potřeby nemají mít průmyslovou nebo obchodní povahu.

14. Zadavatel bezesporu splňuje druhou z předmětných zákonných podmínek, neboť jak vyplývá z výpisu z obchodního rejstříku, jediným akcionářem zadavatele je Fond národního majetku, respektive jeho právní nástupce – ČR, Ministerstvo financí. Zadavatel dále splňuje i podmínku uspokojování potřeb veřejného zájmu, a to ve znění zákona i nového zákona, když předmětem jeho činnosti je mimo jiné poskytování zdravotnické služby hrazené z veřejného zdravotního pojištění, což lze považovat za potřebu veřejného zájmu, která nemá obchodní či průmyslovou povahu. Lze tedy konstatovat, že situace zadavatele z pohledu zákonné definice veřejného zadavatele, se s novou právní úpravou žádným způsobem nezměnila a zadavatel je i nadále veřejným zadavatelem.
15. Vzhledem k výše uvedenému tedy uzavírám, že ke tvrzení zadavatele jakožto základnímu argumentu rozkladu nelze přihlídnout, a to jak z důvodů procesních v souladu s § 82 odst. 4 správního řádu, tak ani z důvodů jejich věcné nesprávnosti, neboť je zřejmé, že i podle nové právní úpravy je zadavatel veřejným zadavatelem podle § 2 odst. 2 písm. d) nového zákona.

### **K výši uložené sankce**

16. Zadavatel ve svém rozkladu uznává své pochybení a pouze požaduje změnu napadeného rozhodnutí v tom smyslu, že se uložená pokuta sníží či zruší.
17. Jak již bylo uvedeno výše, nelze souhlasit s tvrzením zadavatele, že preventivní funkce uložené pokuty je výrazně omezena skutečností, že zadavatel podle nové právní úpravy již není zadavatelem. K důvodům snížení či zrušení uložené pokuty předkládaným zadavatelem proto nelze přihlídnout.
18. Současně jsem přezkoumal výši uložené pokuty a zjistil jsem, že Úřad při jejím uložení zohlednil zjištěný skutkový stav, především pak existující polehčující okolnosti a rovněž i skutečnost, že postupem zadavatele došlo k zásadnímu porušení transparentnosti zadávacího řízení. Pokuta tak byla uložena v souladu se zákonem a v zákonné výši, přičemž jsem neshledal důvody pro její další snížení či zrušení v rámci řízení o rozkladu.

### **V. Závěr**

19. 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.
20. 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. THERMAL – F, a. s., se sídlem I. P. Pavlova 11, 360 01 Karlovy Vary,
2. SBA – Expert, a. s., se sídlem Příčná 726, 252 19 Rudná
3. spis

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce