



UOHSX00E7DAO

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R11/2012/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-39561/2020/322/LKa

Brno 04.02.2021

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 12. 1. 2011 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 13. 1. 2011 zadavatelem –

- **Vodovody a kanalizace Pardubice, a.s.**, IČO 60108631, se sídlem Teplého 2014, 530 02 Pardubice – Zelené předměstí, ve správním řízení zastoupeným na základě plné moci ze dne 8.9.2011 JUDr. Pavlem Dejlem, LL. M., PhD., advokátem, se sídlem Jungmannova 24, 110 00 Praha 1,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j.ÚOHS-S214/2011/VZ-12720/2011/530/RNi ze dne 28. 12. 2011 vydanému ve správním řízení vedeném ve věci

přezkoumání úkonů zadavatele podle § 113 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání nadlimitní veřejné zakázky s názvem „**Zhotovení stavebního díla Modernizace BČOV Pardubice**“ v otevřeném řízení podle § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 18. 2. 2011 pod ev. č. 60056716 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 19. 2. 2011 pod ev. č. 2011/S 35-057423, zahájeném na návrh navrhovatele –

- účastníci sdružení „**SYNER – HST BČOV Pardubice**“ – společnost SYNER, s.r.o., IČO 48292516, se sídlem Dr. Milady Horákové 580/7, 460 01 Liberec 4 a společnost HST Hydrosystémy s.r.o., IČO 26212706, se sídlem Školní 467/14, 415 01 Teplice, které dne 31. 3. 2011 uzavřely smlouvu o sdružení podle § 829 a násl. zákona č. 40/1964 Sb.,

občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů za účelem podání společné nabídky, ve správním řízení zastoupení na základě plných mocí ze dne 17. 6. 2011 JUDr. Jaromírem Bláhou, advokátem, se sídlem Prvního pluku 206/7, 186 00 Praha 8 – Karlín,

jehož dalším účastníkem je vybraný uchazeč –

- účastníci sdružení „**BČOV Pardubice**“ – společnost Skanska a.s., IČO 26271303, se sídlem Křižíkova 682/34a, Karlín, 186 00 Praha 8, a společnost Metrostav a.s., IČO 00014915, se sídlem Koželužská 2450/4, 180 00 Praha 8, které dne 29. 3. 2011 uzavřely smlouvu o sdružení podle § 829 a násl. zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů za účelem podání společné nabídky,

a ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů zadavatelem při zadávání výše uvedené veřejné zakázky

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

I.

Výrok II. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S214/2011/VZ-12720/2011/530/RNi ze dne 28. 12. 2011 podle § 152 odst. 6 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů

potvrzují

a podaný rozklad v tomto rozsahu

zamítám.

II.

Výrok III. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S214/2011/VZ-12720/2011/530/RNi ze dne 28. 12. 2011 podle § 152 odst. 6 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. c) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů

měním

takto:

„Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku II. se zadavateli Vodovody a kanalizace Pardubice, a.s., IČO 60108631, se sídlem Teplého 2014, 530 02 Pardubice – Zelené předměstí, ukládá podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů **pokuta ve výši 7 000 000 Kč (sedm milionů korun českých).**

Pokuta je **splatná do dvou měsíců** od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.“

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Zadavatel – Vodovody a kanalizace Pardubice, a.s., IČO 60108631, se sídlem Teplého 2014, 530 02 Pardubice – Zelené předměstí (dále jen „**zadavatel**“), uveřejnil v informačním systému o veřejných zakázkách dne 18. 2. 2011 pod ev. č. 60056716 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 19. 2. 2011 pod ev. č. 2011/S 35-057423 oznámení o zahájení otevřeného řízení podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ za účelem zadání veřejné zakázky s názvem „Zhotovení stavebního díla Modernizace BČOV Pardubice“ (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Zadavatel ve lhůtě pro podání nabídek obdržel sedm nabídek. Zadavatel dne 14. 4. 2011 vyloučil z další účasti v zadávacím řízení tři uchazeče pro nesplnění kvalifikace. Dne 27. 4. 2011 byly zadavateli doručeny námitky uchazeče OHL ŽS, a.s., IČO 46342796, se sídlem Burešova 938/17, 660 02 Brno (dále jen „**uchazeč OHL ŽS, a.s.**“) proti vyloučení z účasti v zadávacím řízení. Těmto námitkám uchazeče OHL ŽS, a.s. zadavatel dne 29. 4. 2011 rozhodnutím o námitkách vyhověl.
3. Dne 29. 4. 2011 byly zaslány žádosti o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny čtyřem nevyloučeným uchazečům, a to účastníkům sdružení „SYNER – HST BČOV Pardubice“ – společnost SYNER, s.r.o., IČO 48292516, se sídlem Dr. Milady Horákové 580/7, 460 01 Liberec 4 a společnost HST Hydrosystémy s.r.o., IČO 26212706, se sídlem Školní 467/14, 415 01 Teplice, které dne 31. 3. 2011 uzavřely smlouvu o sdružení podle § 829 a násl. zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů za účelem podání společné nabídky (dále jen „**navrhovatel**“), sdružení „BČOV Pardubice“ – společnost Skanska a.s., IČO 26271303, se sídlem Křižíkova 682/34a, Karlín, 186 00 Praha 8 a společnost Metrostav a.s., IČO 00014915, se sídlem Koželužská 2450/4, 180 00 Praha 8, které dne 29. 3. 2011 uzavřely smlouvu o sdružení podle § 829 a násl. zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů za účelem podání společné nabídky (dále jen „**vybraný uchazeč**“), sdružení „BČOV Pardubice 2011“ – společnost Zbytková ECCZ s.r.o. v likvidaci (dříve pod názvem Eiffage Construction Česká republika, s.r.o.), IČO 15504158, se sídlem Tyršova 521/1, 390 02 Tábor a společnost BÖGL a KRÝSL, k.s., IČO 26374919, se sídlem Dvořákova 998, 334 41 Dobruška a společnost BERGER BOHEMIA a.s., IČO 45357269, se sídlem Klatovská 410/167, 321 00 Plzeň, které dne 31. 3. 2011 uzavřely smlouvu o sdružení, podle § 829 a násl. zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů za účelem podání společné nabídky (dále jen „**uchazeč BČOV Pardubice 2011**“) a uchazeči OHL ŽS, a.s. Součástí žádosti o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny uchazeče OHL ŽS, a.s. byla rovněž žádost o vysvětlení nabídky.
4. Dne 12. 5. 2011 hodnotící komise posoudila odůvodnění mimořádně nízkých nabídkových cen. V případě uchazeče OHL ŽS, a.s. vzala hodnotící komise na vědomí odůvodnění ceny s tím, že i nadále považuje původní výslednou nabídkovou cenu za platnou a neměnnou.

¹ Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 26 zákona v návaznosti na ustanovení § 158 odst. 1 a 2 zákona – podle tohoto znění se posuzují úkony zadavatele a uchazečů v zadávacím řízení. Zákon č. 134/2016 Sb. o zadávání veřejných zakázek se nepoužije s ohledem na ustanovení § 273 odst. 1 tohoto zákona, není-li dále uvedeno jinak.

Hodnotící komise ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek dále konstatovala, že vyjasnění navrhovatele a vybraného uchazeče bylo doručeno řádně a včas a požadované skutečnosti byly zcela vyjasněny.

5. Dne 12. 5. 2011 byla zadavatelem vybrána jako ekonomicky nejvýhodnější nabídka vybraného uchazeče. Oznámení rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky bylo navrhovateli doručeno dne 17. 5. 2011.
6. Dne 26. 5. 2011 doručil navrhovatel zadavateli námitky proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky. Zadavatel námitkám navrhovatele nevyhověl.
7. Dne 10. 6. 2011 byl Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgánu příslušnému podle § 112 zákona k dohledu nad postupem zadavatele při zadávání veřejných zakázek a soutěži o návrh a k projednání správních deliktů podle tohoto zákona, včetně ukládání sankce za jejich spáchání, doručen návrh navrhovatele na přezkoumání úkonů zadavatele. Návrh navrhovatele směřoval proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky.
8. Dne 27. 9. 2011 byla Úřadu zadavatelem doručena Smlouva o dílo č. 10000070913/6005 ze dne 9. 9. 2011 (dále jen „Smlouva o dílo“), a to bez dalších dokumentů, jež jsou dle jejího obsahu její nedílnou součástí. Z obsahu Smlouvy o dílo vyplývá, že dne 9. 9. 2011 byla mezi zadavatelem a vybraným uchazečem uzavřena smlouva na plnění veřejné zakázky.
9. Přípisem č. j. ÚOHS-S214/2011/VZ-17416/2011/530/RNi ze dne 3. 11. 2011 seznámil Úřad účastníky řízení s novými skutečnostmi, které budou podkladem pro rozhodnutí, konkrétně, že správní řízení má být vedeno (resp. předmět správního řízení z moci úřední rozšířen) nově rovněž ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona zadavatelem, a to při posouzení a hodnocení nabídek uchazečů a následném vypracování zprávy o posouzení a hodnocení nabídek. Úřad dále účastníkům řízení usnesením č. j. ÚOHS-S214/2011/VZ-17439/2011/530/RNi ze dne 3. 11. 2011 prodloužil lhůtu, v níž mohli navrhovat důkazy či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

II. Napadené rozhodnutí

10. Dne 28. 12. 2011 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S214/2011/VZ-12720/2011/530/RNi (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
11. Výrokem I. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že se správní řízení podle § 66 odst. 1 písm. g) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) zastavuje, neboť žádost navrhovatele se stala zjevně bezpředmětnou.
12. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že se zadavatel při zadávání veřejné zakázky dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, tím, že nedodržel postup stanovený v § 6 v návaznosti na § 80 odst. 1 zákona, když ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 12. 5. 2011 neuvedl, jakým způsobem dospěl k výsledkům posouzení zdůvodnění mimořádně nízkých nabídkových cen uchazečů a vysvětlení nabídek uchazečů, čímž se jeho postup stal nepřezkoumatelným a netransparentním. Tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel dne 9. 9. 2011 uzavřel smlouvu o dílo s vybraným uchazečem.

13. Výrokem III. napadeného rozhodnutí uložil Úřad zadavateli za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku II. podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 9 000 000 Kč.

III. Rozklad zadavatele

14. Proti napadenému rozhodnutí podal zadavatel v zákonné lhůtě rozklad ze dne 12. 1. 2011 doručený Úřadu dne 13. 1. 2011.

Námitky rozkladu

15. Zadavatel rozsahem námitek napadá procesní postup Úřadu a výroky II. a III. napadeného rozhodnutí.
16. Zadavatel v rozkladu namítá, že se Úřad dopustil porušení zákona tím, že výrokem I. rozhodnutí zastavil správní řízení pro jeho bezpředmětnost a následně v témže správním řízení rozhodl o tom, že zadavatel spáchal správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona a uložil za něj sankci ve formě pokuty. Rozhodnutí je v důsledku toho dle zadavatele rozporuplné, zmatečné a nezákonné. Zadavatel je toho názoru, že aby mohl Úřad konstatovat, že zadavatel spáchal správní delikt a uložit za něj sankci, musí v této věci zahájit správní řízení a v tomto řízení o tom také meritorně rozhodnout. Zadavatel má za to, že výroky II. a III. rozhodnutí by měly být zrušeny, neboť v zastaveném správním řízení nelze rozhodnout o spáchání správního deliktu a uložení sankce.
17. Zadavatel v rozkladu dále namítá, že Úřad postupoval v rámci předmětného správního řízení krajně nestandardně a vůči zadavateli zcela odlišně, než v jiných správních řízeních vedených Úřadem, neboť v předmětném správním řízení zasílal zadavateli příписы označené jako seznámení s novými skutečnostmi ve správním řízení. Zadavatel tvrdí, že tento procesní postup Úřadu vedl k tomu, že zadavateli nebylo před vydáním rozhodnutí jasné, co je a co není předmětem správního řízení. Navíc podstata a rozsah pochybení vytykánych v rozhodnutí a těch, které byly dle zadavatele vágním způsobem vylíčeny v jednotlivých přípisech Úřadu, se dle zadavatele liší. Teprve z rozhodnutí se zadavatel dozvěděl, co konkrétně měl dle Úřadu spáchat a co nikoliv. Zadavatel uvádí, že tato procesní situace, která bránila zadavateli v tom, aby se mohl řádně vyjádřit k podkladům rozhodnutí, byla ještě znepréhledněna vedením dvojího řízení v téže věci ze strany Úřadu v rozporu s překážkou litispendence (správní řízení sp. zn. ÚOHS-S498/2011/VZ).
18. Dle zadavatele se dále Úřad dopustil pochybení tím, že konstatoval spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, ačkoliv nebylo prokázáno, že by byly naplněny znaky jeho skutkové podstaty, a to ani nedodržení postupu stanoveného zákonem, ani podstatné ovlivnění, resp. způsobilost ovlivnit, výběr nejvhodnější nabídky. Zadavatel se domnívá, že nemohl porušit povinnost vyplývající z § 80 odst. 1 zákona, neboť toto ustanovení mezi náležitostmi zprávy o posouzení a hodnocení nabídek neuvádí, že by zadavatel byl povinen uvádět, jakým způsobem dospěl k výsledkům posouzení zdůvodnění mimořádně nízkých nabídkových cen uchazečů či vysvětlení uchazečů. Toto ustanovení vyžaduje dle zadavatele detailní odůvodnění pouze ve vztahu k hodnocení nabídek. Dle zadavatele adresátem ustanovení § 80 odst. 1 zákona není zadavatel, nýbrž členové hodnotící komise, a tak zadavateli z ustanovení § 80 odst. 1 zákona žádná povinnost nevyplývá.

19. Zadavatel dále namítá, že se v případě šetřené veřejné zakázky mimořádně nízká nabídková cena neobjevila. Ceny nabídnuté jednotlivými uchazeči se od sebe příliš nelišily, když rozdíl mezi cenou navrhovatele a vybraného uchazeče činil pouze přibližně 4,5 %.
20. Zadavatel namítá, že Úřad neuvedl jedinou konkrétní pochybnost o souladu postupu zadavatele při posuzování nabídek se zákonem, a tudíž napadené rozhodnutí stojí pouze na tom, že se zadavatel měl dopustit údajné „administrativní chyby“ – nedostatečného vysvětlení myšlenkového pochodu, aniž by však tento údajný „nedostatek“ svědčil o tom, že učinil či mohl učinit jakoukoliv konkrétní chybu při samotném posouzení. Dle zadavatele je zjevné, že nemohlo dojít k porušení povinnosti vyplývající z § 6 zákona, neboť postup zadavatele je naprosto čitelný, kontrolovatelný a přezkoumatelný a žádného uchazeče nediskriminoval.
21. Podle zadavatele nelze otázku transparentnosti posuzovat pouze s ohledem na zprávu o posouzení a hodnocení nabídek, nýbrž je třeba vzít v úvahu veškeré dokumenty, které eviduje zadavatel v rámci zadávacího řízení. Zpráva o posouzení a hodnocení nabídek má zákonem předepsaný obsah a jeho smyslem není seznámit uchazeče s veškerým postupem zadavatele, resp. hodnotící komise, v rámci zadávacího řízení. Je pouze jedním z mnoha dokumentů, které jsou v rámci zadávacího řízení připravovány. Úřad má přitom dle zadavatele v rozhodnutí tendenci tento dokument posuzovat zcela izolovaně od zbývajících dokladů.
22. Zadavatel je přesvědčen, že i kdyby Úřad považoval za porušení zásady transparentnosti skutečnost, že není podrobně popsáno, proč zadavatel nepovažoval nabídkové ceny za mimořádně nízké, je zjevné, že zde úplně absentuje naplnění materiální stránky správního deliktu, tedy způsobilost tvrzeného pochybení mít jakýkoliv negativní dopad na regulérnost předmětného zadávacího řízení.
23. Zadavatel dále považuje napadené rozhodnutí v části odůvodnění nepřiměřeně nízké nabídkové ceny uchazeče OHL ŽS, a.s. za nejasné a nepřezkoumatelné. Zadavatel v souvislosti s uvedeným odkazuje na znění § 77 odst. 1 zákona, podle něž se, dle výkladu zadavatele, posuzuje pouze výše celkové nabídkové ceny a zadavatel není oprávněn vyloučit uchazeče z důvodu, že určitá položka v rozpočtu byla nesprávně oceněna. Zadavatel se tak domnívá, že nemohl nabídku uchazeče pro mimořádně nízkou nabídkovou cenu vyloučit. Nadále pak zadavatel vycházel z toho, že nabídka uchazeče OHL ŽS, a.s. platí ve své původní podobě, s původní nabídkovou cenou a takto také nabídka byla předmětem hodnocení. Zadavatel si byl velmi dobře vědom, že mu zákon zakazuje připustit změnu nabídky uchazeče, k níž by mělo dojít prostřednictvím zdůvodnění ceny dané položky. Proto také zadavatel hodnotil nabídku v její nezměněné podobě. Zadavatel je toho názoru, že i kdyby bývalo došlo k porušení postupu stanoveného v zákoně v podobě tvrzené Úřadem, toto pochybení by nemohlo mít naprosto žádný vliv na výsledek zadávacího řízení, neboť žádný z uchazečů nenabídl nepřiměřeně nízkou nabídkovou cenu, a proto by z tohoto důvodu nemohl být žádný z uchazečů vyloučen. Do hodnocení nabídek se také výsledky posouzení nemohly nikterak promítnout a uchazeč OHL ŽS, a.s. podal nabídku, která nemohla vzhledem k nabídnutým podmínkám skončit na prvním až třetím místě a jeho případné nevyloučení nemohlo mít vliv na výsledné pořadí na prvních třech místech.

24. Ve vztahu k výroku III. napadeného rozhodnutí zadavatel namítá, že rozhodnutí je nepřezkoumatelné, neboť Úřad neodůvodnil přesvědčivým a přezkoumatelným způsobem, ke kterým okolnostem přihlédl a jaký vliv tyto měly na konečnou výši pokuty. Navíc výše uložené pokuty není zdůvodněna způsobem, který by nepřipouštěl rozumné pochyby o tom, že právě taková výše pokuty odpovídá konkrétním okolnostem daného případu.

Závěr rozkladu

25. Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu výroky II. a III. napadeného rozhodnutí zrušil.

IV. Řízení o rozkladu

26. Předseda Úřadu o podaném rozkladu rozhodl rozhodnutím č. j. ÚOHS-R11/2012/VZ-13883/2012/310/PSe ze dne 25. 7. 2012, jímž napadené rozhodnutí potvrdil (dále jen „**původní rozhodnutí o rozkladu**“) a rozklad zamítl.

V. Řízení před soudy

27. Proti pravomocnému původnímu rozhodnutí o rozkladu podal zadavatel správní žalobu ke Krajskému soudu v Brně (dále jen „**krajský soud**“), kterou se domáhal zrušení původního rozhodnutí o rozkladu.
28. Krajský soud dospěl k závěru, že žaloba je důvodná a rozsudkem č. j. 31 Af 131/2012-309 ze dne 28. 2. 2018 (dále jen „**rozsudek KS**“) rozhodl o tom, že se původní rozhodnutí o rozkladu ruší a věc se vrací Úřadu k dalšímu řízení. Vynesení tohoto rozsudku předcházely další dva rozsudky krajského soudu, které byly zrušeny Nejvyšším správním soudem (podrobně viz odůvodnění rozsudku KS).
29. V odůvodnění rozsudku KS krajský soud uvedl jako důvod pro zrušení původního rozhodnutí o rozkladu to, že odůvodnění výše uložené pokuty považuje pro nedostatek důvodů za nepřezkoumatelné. K tomuto závěru krajský soud v rozsudku KS uvedl, že ani v původním rozhodnutí o rozkladu, ani v jemu předcházejícím prvostupňovém rozhodnutí není obsažena žádná konkrétní úvaha Úřadu založená na intenzitě skutkových okolností a že nezná konkrétní důvody, které Úřad vedly k uložení pokuty právě ve výši 9 000 000 Kč, pročez nemůže posuzovat, zda jde o pokutu okolnostem přiměřenou či nikoli. Dle krajského soudu skutečnosti, které Úřad v prvostupňovém rozhodnutí k pokutě uvedl a které předseda Úřadu původním rozhodnutím o rozkladu aproboval, jsou natolik obecné, že z nich nelze vůbec shledat důvody, proč byla pokuta stanovena právě v takové výši, ve které ji Úřad uložil. Taková obecná konstatování výše uložené sankce v prvostupňovém i v původním rozhodnutí o rozkladu činí dle krajského soudu s ohledem na výši uložené pokuty odůvodnění této výše nepřezkoumatelným.
30. Dále krajský soud v odůvodnění rozsudku KS uvedl, že závěry Úřadu o spáchání správního deliktu zadavatelem, za nějž byla pokuta uložena, považuje za správné a zákonné.
31. Proti rozsudku KS podal předseda Úřadu dne 20. 3. 2018 kasační stížnost, která byla rozsudkem č. j. 5 As 92/2018-36 ze dne 4. 12. 2020 (dále jen „**rozsudek NSS**“) zamítnuta.

VI. Pokračování v řízení o rozkladu

32. Přípisem č. j. ÚOHS-39561/2020/322/LKa ze dne 8. 12. 2020 bylo zadavateli oznámeno pokračování v řízení o rozkladu sp. zn. ÚOHS-R11/2012/VZ.

Stanovisko předsedy Úřadu

33. Po přezkoumání veškerého spisového materiálu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech byl přezkoumán soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a dále také jeho správnost. S přihlédnutím k právním závěrům uvedeným v rozsudku KS a v rozsudku NSS byl přijat následující závěr.
34. Úřad tím, že ve výroku II. napadeného rozhodnutí rozhodl tak, jak je výše uvedeno, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Tento závěr vyplynul i z rozsudku KS.
35. Jakkoliv však nelze shledat pochybnosti o tom, že se zadavatel dopustil spáchání správního deliktu specifikovaného ve výroku II. napadeného rozhodnutí, nelze ve světle obou rozsudků považovat Úřadem provedené odůvodnění pokuty uložené ve výroku III. napadeného rozhodnutí za dostatečné. S ohledem na zásadu procesní ekonomie bylo přistoupeno k odůvodnění výroku o pokutě v rámci rozhodnutí o rozkladu, nikoliv k zrušení napadeného rozhodnutí.
36. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které bylo přistoupeno k zamítnutí rozkladu a potvrzení výroku II. napadeného rozhodnutí, a dále důvody, pro které bylo přistoupeno ke změně výroku III. napadeného rozhodnutí.

VII. K námitkám rozkladu

K výroku II. napadeného rozhodnutí

37. K námitce rozporuplnosti, zmatečnosti a nezákonnosti napadeného rozhodnutí způsobené tím, že Úřad výrokem I. rozhodnutí zastavil správní řízení pro jeho bezpředmětnost a následně v témže správním řízení rozhodl o tom, že zadavatel spáchal správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona a uložil za něj sankci ve formě pokuty, je třeba uvést následující.
38. Byť by snad bylo přehlednější vést řízení o správním deliktu a řízení o přezkoumání úkonů zadavatele samostatně, zvolený procesní postup Úřadu je v souladu nejen s jeho ustálenou rozhodovací praxí, ale zejména plně v souladu s § 68 správního řádu a judikaturou týkající se možnosti rozhodovat o jednotlivých právech a povinnostech jednotlivých účastníků správního řízení jednotlivými výroky rozhodnutí. Tento procesní postup je zcela v souladu s požadavkem procesní ekonomie správního řízení a umožňuje Úřadu strukturovat jeho jednotlivé závěry podle stavu věci, který v řízení vyjde najevo. V jednom správním řízení, resp. rozhodnutí, tak Úřad reagoval na vývoj stavu věci a rozhodl ve všech částech předmětu správního řízení. Proto rozhodl o zastavení části správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele zahájeného na návrh navrhovatele, proto rozhodl o části správního řízení ve věci spáchání správního deliktu zadavatelem a proto také v části správního řízení uložil zadavateli pokutu. O jednotlivých částech správního řízení Úřad rozhodoval plně na základě zákonných zmocnění, která napadené rozhodnutí vždy výslovně uvádí, Úřad postupoval v mezích

a způsoby, které mu byly zákonem a správním řádem stanoveny. O správním deliktu ani o uložení sankce nebylo rozhodnuto mimo probíhající správní řízení, neboť výrok o zastavení správního řízení se týkal pouze části řízení zahájené na návrh navrhovatele, tedy nikoli podezření ze spáchání správního deliktu, jak ostatně plyne z odkazu na § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu, který se vztahuje toliko k řízení o žádosti.

39. K námitce zadavatele ohledně údajné nejasnosti vymezení předmětu správního řízení, je třeba uvést následující. Vzhledem ke skutečnostem, které v průběhu dokazování stavu věci vyšly najevo, byl zadavatel opakovaně s těmito skutečnostmi Úřadem seznamován, a to přípisem č. j. ÚOHS-S214/2011/VZ-13411/2011/530/RNi ze dne 1. 9. 2011, přípisem č. j. ÚOHS-S214/2011/VZ-15777/2011/530/RNi ze dne 7. 10. 2011 a přípisem č. j. ÚOHS-S214/2011/VZ-17416/2011/530/RNi ze dne 3. 11. 2011. Tato seznámení s novými skutečnostmi byla koncipována přehledně a bylo z nich zřejmé, jaké pochybnosti Úřad vůči postupu zadavatele pojal. Zadavatel byl tedy informován o tom, jakým směrem se bude správní řízení ubírat a na základě jakých skutečností. Zadavateli nebyla upřena možnost navrhopvat důkazy či činit jiné návrhy, vyjádřit v řízení své stanovisko či seznámit se s podklady rozhodnutí a vyjádřit se k nim. Jeho procesní práva v rámci procesního vývoje řízení nebyla nijak krácena a zadavatel jich také opakovaně využíval, neboť dne 16. 9. 2011 obdržel Úřad vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutí z téhož dne, v němž zadavatel mimo jiné uvedl, že uzavřel Smlouvu o dílo s vybraným uchazečem, dne 19. 10. 2011 obdržel Úřad vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutí ze dne 18. 10. 2011 a dne 15. 11. 2011 obdržel Úřad vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutí z téhož dne.
40. K námitce zadavatele, že ho Úřad opomenul seznámit se skutečnostmi, jež zadavatel považoval za podstatné, je třeba uvést, že zadavatel opakovaně ve dnech 13. 9. 2011 a 1. 12. 2011 nahlížel do spisu ve věci. Zástupci zadavatele bylo umožněno nahlédnout do spisu a seznámit se se všemi podklady rozhodnutí, tedy i s těmi, o kterých zadavatel tvrdí, že se s nimi seznámit nemohl.
41. K namítané překážce litispendence je třeba uvést, že správní řízení vedené pod sp. zn. ÚOHS-S498/2011/VZ a toto správní řízení vedené pod sp. zn. ÚOHS-S214/2011/VZ jsou odlišnými správními řízeními, jejichž účastníci jsou sice totožní, avšak co do předmětu správního řízení se navrhovatel ve správním řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S498/2011/VZ domáhal uložení zákazu plnění smlouvy a v tomto správním řízení se domáhal zrušení rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky. O překážku litispendence se tedy nemůže jednat.
42. K námitce zadavatele o nenaplnění znaků skutkové podstaty správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona lze plně odkázat na body 84. až 124. odůvodnění napadeného rozhodnutí. V nich Úřad vyčerpávajícím způsobem zdůvodňuje, v čem spočívá nedodržení zásady transparentnosti zadavatelem, přičemž z odůvodnění napadeného rozhodnutí je rovněž zřejmé, že pochybení zadavatele mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Závěry, ke kterým Úřad dospěl, jsou správné a zákonné.
43. Rovněž k rozporovanému porušení povinnosti stanovené § 80 odst. 1 zákona v návaznosti na § 6 zákona odkazují na body 113. až 117. napadeného rozhodnutí, v nichž Úřad správním a přezkoumatelným způsobem vylíčil pochybení zadavatele spočívající v nedostatečné

transparentnosti při posouzení zdůvodnění mimořádně nízkých nabídkových cen a vysvětlení nejasností v nabídkách uchazečů.

44. Namítá-li zadavatel, že nemohl porušit povinnost vyplývající z § 80 odst. 1 zákona, neboť toto ustanovení mezi náležitostmi zprávy o posouzení a hodnocení nabídek neuvádí, že by zadavatel byl povinen uvádět, jakým způsobem dospěl k výsledkům posouzení zdůvodnění mimořádně nízkých nabídkových cen uchazečů či vysvětlení uchazečů, je třeba konstatovat následující. Podstatou zjištění Úřadu není porušení jednotlivých dílčích povinností, které zadavateli § 80 odst. 1 zákona ukládá, nýbrž jejich naplnění takovým způsobem, že to téměř zcela vyloučilo dodržení zásady transparentnosti. Zadavatel s výše uvedenou dílčí námitkou zřejmě zapomíná, že i naplňování dílčích povinností uložených právě např. i ust. § 80 odst. 1 zákona, podléhá požadavkům jisté „kvality“ stanovené pro všechny úkony zadavatele. Bez dodržení nároků na kvalitu způsobu naplňování dílčích povinností uložených zadavateli není možné hovořit o jejich naplnění, přičemž tento požadavek na kvalitu přímo vyplývá z § 6 zákona vymezujícího obecné zásady procházející napříč celým zákonem.
45. K námitce zadavatele, že adresátem ust. § 80 odst. 1 zákona není zadavatel, nýbrž členové hodnotící komise, a tak zadavateli z § 80 odst. 1 zákona žádná povinnost nevyplývá, je třeba odkázat na § 74 odst. 1 zákona. Podle tohoto ustanovení platí, že hodnotící komise činí úkony jménem zadavatele. V důsledku je to tedy zadavatel, který je odpovědný za průběh celého zadávacího řízení, tedy i za naplnění povinností podle § 80 odst. 1 a za současné dodržení § 6 zákona.
46. K námitce zadavatele, že se v případě šetřené veřejné zakázky mimořádně nízká nabídková cena neobjevila a že Úřad pochybil, když na danou situaci aplikoval § 77 a potažmo § 80 odst. 1 zákona, je třeba uvést následující.
47. Posouzení, zda se jedná o mimořádně nízkou nabídkovou cenu ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, zcela přísluší podle § 77 zákona do kompetence hodnotící komise. Pokud zadavatel v žádostech o odůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny na základě pověření hodnotící komise jednotlivé dodavatele žádal o písemné odůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, neměl jinou možnost, než se řídit zákonnými ustanoveními podle § 77 a násl. zákona. Uvedeným ustanovením § 77 zákona se musí zadavatel, resp. hodnotící komise, řídit bez ohledu na to, zda po písemném zdůvodnění uchazeče i jeho vysvětlení dospěje k závěru, že nabídková cena uchazeče je cenou mimořádně nízkou, či nikoliv. Po provedeném dokazování je zřejmé, že hodnotící komise ve smyslu § 77 zákona posoudila výši nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky a využila oprávnění, jež jí § 77 zákona poskytuje. U jiných než mimořádně nízkých nabídkových cen by tuto možnost využít nemohla. Úřad tedy na základě provedeného dokazování správně dovodil, že bez ohledu na výsledek hodnotící komise nabídkové ceny jednotlivých dodavatelů jako mimořádně nízké zkoumala. V zájmu dodržení zásady transparentnosti zadávacího řízení tedy bylo povinností zadavatele (hodnotící komise) odůvodnit v některém z protokolů o jednání hodnotící komise či v jiném dokumentu vyhotoveném v rámci zadávacího řízení, jakým způsobem či na základě jakých informací uvedených uchazeči v odůvodněních mimořádně nízkých nabídkových cen dospěl k závěru, že se o mimořádně nízké nabídkové ceny nejedná.

48. Rozkladovou námitku, že Úřad v rozhodnutí zjevně vychází z premisy, že všichni uchazeči nabídli mimořádně nízkou nabídkovou cenu, aniž by však o této okolnosti vedl jakékoliv dokazování a tuto skutečnost prokázal, je třeba považovat vzhledem k výše uvedenému za bezpředmětnou. K domněnce, že uchazeči nabídli mimořádně nízkou nabídkovou cenu, dospěl sám zadavatel, resp. hodnotící komise, neboť ta si v souladu s § 77 odst. 1 zákona vyžádala od uchazečů zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, přičemž zdůvodnění, že se o mimořádně nízkou nabídkovou cenu nejedná, bylo úkolem uchazečů. Povinností zadavatele tomu odpovídající pak bylo uvést v některém z protokolů o jednání hodnotící komise či ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek, na základě kterých skutečností dospěl k závěru, že se o mimořádně nízkou nabídkovou cenu nejedná. To však neučinil.
49. K námitce zadavatele, že se Úřad v rozhodnutí patřičně nevypořádal s tvrzeními zadavatele o nemožnosti odůvodnit neexistenci nepřiměřeně nízké nabídkové ceny, tedy odůvodnit negativní skutečnost, a ani nenaznačil, co konkrétně měla dle jeho názoru hodnotící komise o posouzení nabídkové ceny uvést, lze konstatovat následující. Sám zadavatel v žádostech o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny stanovil způsob požadovaného vysvětlení. Jeho povinností odpovídající tomuto požadavku, která by zachovávala transparentnost jeho postupu, bylo uvést, z jakých konkrétních důvodů vyhodnotil jednotlivá zdůvodnění jednotlivých dodavatelů tak, že poskytla uspokojivé vysvětlení, proč nabídková cena není mimořádně nízká. Takovýmto pozitivním výčtem důvodů, jehož transparentní provedení je povinností zadavatele, resp. hodnotící komise, v případě že je aplikován postup dle § 77 zákona, může zadavatel odstranit podezření, že je nabídková cena nepřiměřeně nízká. Tento výčet však zadavatel neučinil. V reakci na dílčí námitku zadavatele dodávám, že zadavatel je pochopitelně povinen odůvodnit každé své rozhodnutí vztahující se k mimořádně nízké nabídkové ceně (tedy z jakého důvodu považuje nabídkovou cenu uchazeče za mimořádně nízkou či z jakého důvodu tento názor opustil) pouze v případě, pokud si dle § 77 odst. 1 zákona od uchazeče písemné zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny vyžádal.
50. K další námitce zadavatele, že Úřad na žádném místě v rozhodnutí neuvedl, co konkrétně se mu zdá nečitelné a nekontrolovatelné, a že tu není jediná fáze zadávacího řízení, kterou by nebylo možno v důsledku tvrzeného pochybení přezkoumat, je třeba uvést, že Úřad v bodech 110. až 117. odůvodnění napadeného rozhodnutí vyčerpávajícím způsobem uvedl mimo jiné, že nečitelný a nekontrolovatelný je výsledek i proces posouzení jednotlivých zdůvodnění mimořádně nízkých nabídkových cen zachycený buď ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek či v protokolu o jednání hodnotící komise. Podobně v bodech 118. až 120. odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad podrobně a srozumitelně vylíčil, že se mu jeví nečitelné a nekontrolovatelné, z jakého důvodu zadavatel dospěl k obecně koncipovanému závěru, že *„předložená odůvodnění nabídkové ceny vybraných položek uchazečů vzala hodnotící komise na vědomí“* za podmínek odlišně vyhotovených odůvodnění mimořádně nízkých nabídkových cen jednotlivými uchazeči. S názorem zadavatele, že se dopustil pouze „administrativní chyby“ – nedostatečného vysvětlení myšlenkového pochodu, se vzhledem ke způsobené míře netransparentnosti nelze ztotožnit. Chtěl-li tím zadavatel naznačit, že šlo o chybu banální, není tomu tak – šlo o chybu, která zásadním způsobem ovlivnila zpětnou přezkoumatelnost postupu zadavatele, neboť na základě této chyby nelze posoudit, jakými důvody se zadavatel nechal přesvědčit o tom, že nabídková

cena, kterou sám označil za mimořádně nízkou, nakonec není nepřiměřeně nízká. Nelze tedy posoudit, zda zadavatel postupoval racionálně a logicky, nebo naopak arbitrárně.

51. K námitce zadavatele, že nelze otázku transparentnosti posuzovat pouze s ohledem na zprávu o posouzení a hodnocení nabídek, nýbrž je třeba vzít v úvahu veškeré dokumenty, které eviduje zadavatel v rámci zadávacího řízení a že Úřad má dle zadavatele v rozhodnutí tendenci tento dokument posuzovat zcela izolovaně od zbývajících podkladů, je třeba uvést následující. Součástí správního spisu jsou samozřejmě všechny dokumenty, jež zadavatel vyhotovil, či obdržel od uchazečů v rámci zadávacího řízení, nikoliv pouze zpráva o posouzení a hodnocení nabídek. Úřad přezkoumával postup zadavatele v celém zadávacím řízení, postup zadavatele při posouzení nabídek uchazečů však není patrný z žádné jiné listiny vzniklé při zadávání veřejné zakázky. Zadavateli byla doručena rozdílná odůvodnění mimořádně nízkých nabídkových cen a ani ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek, ani v jiném dokumentu vyhotoveném v rámci zadávacího řízení nejsou uvedeny důvody, proč hodnotící komise daná odůvodnění mimořádně nízkých nabídkových cen akceptovala. Závěr Úřadu o postupu hodnotící komise co do jeho netransparentnosti je tak opodstatněný a správný.
52. K rozkladové námitce, že i přes nedodržení zásady transparentnosti je zjevné, že zde úplně absentuje naplnění materiální stránky správního deliktu, tedy způsoblost tvrzeného pochybení mít jakýkoliv negativní dopad na regulérnost předmětného zadávacího řízení, je třeba konstatovat následující. Úkolem Úřadu je dozírat na dodržování zákona. Stěžejní zásadou zákona je nepochybně, mezi jinými, zásada transparentnosti. Jejím dodržením je zaručena regulérnost zadávacího řízení, jelikož je v důsledku toho možné vyloučit takové prvky, které by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele. Rezignací na uplatňování této zásady výše uvedená garance odpadá. Tento negativní dopad na regulérnost jakéhokoli zadávacího řízení při popření zásady transparentnosti je dán vždy. Možnost ovlivnění výběru nejhodnější nabídky spočívá v šetřeném případě v nemožnosti přezkoumat, proč nabídkové ceny uchazečů, které v souladu s § 77 odst. 1 zákona zadavatel původně posoudil jako mimořádně nízké, nakonec jako mimořádně nízké neshledal, a v důsledku tedy proč jakoukoli z nabídek ze zadávacího řízení nevyřadil.
53. K námitce zadavatele spočívající v nejasnosti a nepřezkoumatelnosti části odůvodnění napadeného rozhodnutí týkajícího se nepřiměřeně nízké nabídkové ceny uchazeče OHL ŽS, a.s., je třeba konstatovat, že Úřad zejména v bodech 113. a 121. až 123. odůvodnění napadeného rozhodnutí podrobně vylíčil nejen zjištěný stav věci, ale i pochybení zadavatele, resp. hodnotící komise. Přitom je třeba považovat za správný ten závěr Úřadu, že uchazeč OHL ŽS, a.s. vysvětlení nabídky zadavateli nedoručil, přičemž hodnotící komise se touto skutečností nikterak nezabývala a nabídku postoupila do fáze hodnocení, a že hodnotící komise, resp. zadavatel tak postupoval v rozporu se základními zásadami uvedenými v § 6 zákona, neboť vzhledem k tomu, že hodnotící komise vypracovala zprávu o posouzení a hodnocení nabídek v rozporu se zásadou transparentnosti, tedy takovým způsobem, že trpí vadou nepřezkoumatelnosti, nemohli se uchazeči proti postupu zadavatele účinně bránit.
54. S ohledem na výše uvedené lze shrnout, že Úřad správně kvalifikoval postup zadavatele jako netransparentní a nepřezkoumatelný, když zadavatel ve zprávě o posouzení a hodnocení

nabídek ze dne 12. 5. 2011 neuvedl, jakým způsobem dospěl k výsledkům posouzení zdůvodnění mimořádně nízkých nabídkových cen uchazečů a vysvětlení nabídek uchazečů. Rovněž s odkazem na rozsudek KS i rozsudek NSS je tedy třeba v této věci uzavřít, že pokud jde o výrok o „vině“ (výrok II. napadeného rozhodnutí), pak Úřad rozhodl správně a v souladu se zákonem.

55. Bylo dále namístě se v souladu s čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod (dále jen „Listina“) zabývat otázkou, zda podle pozdějších právních úprav přijatých po spáchání stíhaného deliktu nebyla povinnost postupovat transparentně při posuzování otázky mimořádně nízké nabídkové ceny, jakož i při posuzování řádnosti a úplnosti vysvětlení nabídky zmírněna.
56. Je třeba konstatovat, že povinnost dodržovat zásadu transparentnosti byla zakotvena jak v § 6 odst. 1 zákona, který od spáchání deliktu nedoznal co do odstavce 1 změn. Stejným způsobem je zásada transparentnosti zakotvena v § 6 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázkách, ve znění novely č. 183/2017 Sb., kterým se mění některé zákony v souvislosti s přijetím zákona o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich a zákona o některých přestupcích (dále jen „ZZVZ“). Ostatní změny zakotvené v ust. § 6 ZZVZ se daného pochybení nedotýkají, a tudíž nemají vliv na příznivost právní úpravy pro pachatele.
57. K institutu mimořádně nízké nabídkové ceny zakotveného v § 77 zákona je třeba uvést, že v době od spáchání stíhaného deliktu doznal především změny spočívající v oprávnění zadavatele nevyločit uchazeče v situaci, kdy nezdůvodnil svou mimořádně nízkou nabídkovou cenu. Právní úprava na věc aplikovatelná (§ 77 zákona) ukládala zadavateli (hodnotící komisi), aby si v případě zjištění mimořádné nabídkové ceny vyžádal zdůvodnění a pro případ nezdůvodnění či neopodstatněného zdůvodnění uchazeče povinně vyloučil. Právní úprava dle ZZVZ obsahuje v § 48 odst. 4 konstrukci, podle níž v případě nezdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny zadavatel účastníka zadávacího řízení může vyloučit (tedy nemusí). Přes právě řečené však i za účinnosti ZZVZ trvá povinnost zadavatele uvést, z jakých konkrétních důvodů vyhodnotil jednotlivá zdůvodnění jednotlivých dodavatelů tak, že poskytla uspokojivé vysvětlení, proč nabídková cena není mimořádně nízká. Ani právní úprava dle § 113 ZZVZ tak příznivější právní úpravu pro pachatele nepřináší. Předseda Úřadu dále konstatuje, že institut zprávy o posouzení a hodnocení nabídek zakotvený v § 80 zákona, ani institut vysvětlení nabídky zakotvený v § 76 zákona nedoznaly v době od spáchání stíhaného deliktu takových změn, které by měly vliv na povinnost postupovat při posuzování otázky mimořádně nízké nabídkové ceny, jakož i při posuzování řádnosti a úplnosti vysvětlení nabídky. Ani další odpovídající instituty ZZVZ jako je zpráva o hodnocení nabídek (§ 119 ZZVZ) nebo objasnění nebo doplnění údajů, dokladů, vzorků nebo modelů (§ 46 ZZVZ) příznivější nejsou, ani od své účinnosti příznivějších změn nedoznaly.
58. Stejně tak skutková podstata správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona nedoznala změn, které by byly pro zadavatele příznivější. Tomuto ustanovení odpovídá § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ, které rovněž v žádné ze svých časových verzí není pro zadavatele příznivější.

K výroku III. napadeného rozhodnutí

59. Podle § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu, jestliže odvolací správní orgán dojde k závěru, že je napadené rozhodnutí v rozporu s právními předpisy nebo, že je nesprávné, napadené

rozhodnutí nebo jeho část změnit. Změnu rozhodnutí nelze provést, pokud by tím některému z účastníků, jemuž je ukládána povinnost, hrozila újma z důvodu ztráty možnosti se odvolat.

60. Podle § 98 odst. 2 zákona o odpovědnosti za přestupky odvolací správní orgán nemůže změnit výrok napadeného rozhodnutí o správním trestu nebo výrok o náhradě škody anebo výrok o vydání bezdůvodného obohacení v neprospěch obviněného.
61. NSS v rozsudku sp. zn. 3 As 32/2007 ze dne 13. 12. 2007 k otázce ukládání pokut správními orgány uvedl: *„Ukládání pokut za správní delikty se děje ve sféře volného správního uvážení (diskrečního práva správního orgánu), tedy zákonem dovolené volnosti správního orgánu rozhodnout ve vymezených hranicích, resp. volit některé z více možných řešení, které zákon vymezuje. Správní orgán přitom dbá na přiměřenost sankce z hlediska jejího účelu. Pro správné a spravedlivé ukládání sankce je významné dodržování principu zákonnosti trestání a principu individualizace sankce. Zásada zákonnosti trestání spočívá v tom, že se správní orgán musí důsledně řídit pravidly pro ukládání sankcí, která jsou obsažena v obecné i zvláštní části přestupkového zákona. Zásada individualizace sankce pak ukládá, aby druh, kombinace a intenzita sankcí odpovídaly všem okolnostem a zvláštnostem konkrétního případu. Správní orgán je proto povinen zabývat se jednotlivými kritérii pro stanovení sankce, opatřit si za tím účelem potřebné důkazní prostředky, provést jimi důkazy, vyvodit z těchto důkazů skutková a právní zjištění a poté správním uvážením, nicméně při respektování smyslu a účelu zákona a v souladu s pravidly logického usuzování, dospět k rozhodnutí o druhu a výměře sankce. Vzhledem k tomu, že je nezbytné, aby správní uvážení bylo přezkoumatelné soudem a současně i srozumitelné účastníkům řízení, musí pak být tento postup objasněn v odůvodnění rozhodnutí.“* Vzhledem k tomu, že se jedná o vyjádření obecných zásad při ukládání trestu za správní delikty, jsou tyto aplikovatelné i v přezkoumávaném případě.
62. Obdobně se pak vyjádřil i krajský soud ve svém rozsudku sp. zn. 62 Ca 27/2009 ze dne 28. 4. 2011, kde konstatoval, že správnímu orgánu je při ukládání pokuty dána volnost správního rozhodování, avšak současně je vázán základními principy správního uvážení. Dle posledně uvedeného rozsudku Krajského soudu v Brně *„mezi tyto principy pak jistě patří i úplnost, resp. dostatečná odůvodněnost rozhodnutí správního orgánu, která v konečném důsledku vyvolá i jeho přesvědčivost podle § 3 odst. 4 správního řádu. Správní orgán tak při rozhodování o výši pokuty musí zohlednit všechny skutečnosti, které výši pokuty mohou v konkrétním případě ovlivnit, řádně se s nimi v odůvodnění svého rozhodnutí vypořádat a přesvědčivě odůvodnit, ke které okolnosti přihlédl, a jaký vliv měla na konečnou výši pokuty. Výše uložené pokuty tak musí být v každém rozhodnutí zdůvodněna způsobem, který nepřipouští rozumné pochyby o tom, že právě taková výše pokuty odpovídá konkrétním okolnostem individuálního případu“.*
63. Ve výše uvedených intencích bylo tedy přezkumu podrobena odůvodnění napadeného rozhodnutí v části týkající se odůvodnění výše uloženého správního trestu za spáchaný správní delikt, a stejně jako to učinily krajský soud a NSS ve svých rozsudcích, bylo nutno uzavřít, že je v této části napadené rozhodnutí nepřezkoumatelné.
64. S ohledem na právě uvedené bylo přistoupeno k novému posouzení výše pokuty, kterou je třeba uložit za správní delikt, jehož spáchání bylo konstatováno ve výroku II. napadeného rozhodnutí, přičemž byly shledány důvody k jejímu snížení.

65. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.
66. V šetřeném případě se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 12. 5. 2011 ani v jiném dokumentu vyhotoveném v rámci předmětného zadávacího řízení neodůvodnil postup, jakým dospěl k výsledkům posouzení nabídek uchazečů, čímž se proces posouzení těchto nabídek zadavatelem stal nepřezkoumatelným a netransparentním, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem dne 9. 9. 2011 smlouvu o dílo na plnění veřejné zakázky.
67. Před uložením pokuty bylo třeba se zabývat otázkou zániku odpovědnosti za správní delikt. Pokud by k němu totiž došlo, nebylo by možno pokutu uložit.
68. Podle § 121 odst. 3 zákona (ve znění účinném v době spáchání správního deliktu) odpovědnost zadavatele za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.
69. Bylo dále namístě se v souladu s čl. 40 odst. 6 Listiny zabývat otázkou, podle jakého právního předpisu je třeba postupovat v otázce týkající se uplynutí lhůt pro zánik odpovědnosti za správní delikt. Bylo tedy ověřeno, zda právní úprava zániku odpovědnosti za spáchání správního deliktu, resp. přestupku obsažená v pozdějších právních předpisech neobsahuje pro zadavatele příznivější úpravu, než jak je tato otázka upravena v zákoně ve znění účinném v době spáchání správního deliktu.
70. Pokud jde o otázku lhůt pro zánik odpovědnosti za spáchaný správní delikt, vystupují v právní úpravě, která vstoupila v účinnost po datu spáchání předmětného správního deliktu, jednak lhůty pro zahájení řízení o správním deliktu, jednak lhůty promlčecí, v nichž musí být pachatel potrestán, přičemž s marným uplynutím lhůt obou těchto druhů spojují právní předpisy následek zániku odpovědnosti za spáchaný správní delikt.
71. Pokud jde o lhůty pro zahájení řízení, pak podle § 121 odst. 3 zákona (ve znění novely zákona č. 40/2015 Sb.), odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán.
72. Podle § 270 odst. 3 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázkách, ve znění před nabytím účinnosti zákona č. 183/2017 Sb., kterým se mění některé zákony v souvislosti s přijetím zákona o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich a zákona o některých přestupcích, odpovědnost zadavatele za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán.
73. Pokud jde o lhůty promlčecí, pak lze konstatovat, že dne 1. 7. 2017 nabyl účinnosti zákon č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o přestupcích“). Podle § 31 odst. 1 zákona o přestupcích promlčecí doba počíná běžet dnem následujícím po dni spáchání přestupku; dnem spáchání přestupku se rozumí den, kdy došlo k ukončení jednání, kterým byl přestupek spáchán. Je-li znakem

přestupku účinek, promlčecí doba počíná běžet dnem následujícím po dni, kdy takový účinek nastal.

74. Podle § 270 odst. 5 ZZVZ činí promlčecí doba 5 let.
75. Podle § 270 odst. 6 ZZVZ se promlčecí doba přerušuje
 - a) oznámením o zahájení řízení o přestupku,
 - b) vydáním rozhodnutí, jímž je obviněný uznán vinným.
76. Podle § 270 odst. 7 ZZVZ přerušením promlčecí doby počíná běžet promlčecí doba nová.
77. Podle § 270 odst. 8 ZZVZ byla-li promlčecí doba přerušena, odpovědnost za přestupek zanikne nejpozději uplynutím 10 let od jeho spáchání.
78. Podle § 41 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s.ř.s.“) stanoví-li zvláštní zákon ve věcech přestupků, kárných nebo disciplinárních nebo jiných správních deliktů lhůty pro zánik odpovědnosti, popřípadě pro výkon rozhodnutí, tyto lhůty po dobu řízení před soudem podle tohoto zákona neběží.
79. V návaznosti na výše uvedené bylo před uložením pokuty ověřeno, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. V šetřeném případě Úřad zahájil správní řízení o na návrh dne 10. 6. 2011, přičemž o tu část předmětu řízení týkající se správního deliktu bylo řízení rozšířeno přípisem č. j. ÚOHS-S214/2011/VZ-17416/2011/530/RNi ze dne 3. 11. 2011. K uzavření smlouvy s vybraným uchazečem došlo dne 9. 9. 2011, kdy zároveň došlo ke spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Z toho plyne, že Úřad řízení o správním deliktu stihl zahájit před uplynutím lhůty pro zahájení takového řízení, jak plynula z právní úpravy účinné v době spáchání předmětného správního deliktu, přičemž za okamžik zahájení řízení o správním deliktu je třeba považovat okamžik doručení citovaného přípisu, jímž byl předmět řízení rozšířen.
80. Ani zákon (ve znění novely č. 40/2015 Sb.), ani ZZVZ (před nabytím účinnosti zákona č. 183/2017 Sb., kterým se mění některé zákony v souvislosti s přijetím zákona o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich a zákona o některých přestupcích), neobsahují úpravu, na základě níž by odpovědnost zadavatele za spáchání správního deliktu/přestupku již zanikla (k zahájení správního řízení došlo před uplynutím lhůt pro zánik odpovědnosti, které by byly aplikovány dle citovaných předpisů). Lze tedy uzavřít, že neexistuje pozdější právní úprava lhůty pro zahájení řízení o správním deliktu, která by byla pro zadavatele v řešeném případě příznivější, neboť Úřad by stihl zahájit řízení ve všech takových lhůtách, které byly pozdějšími právními předpisy pro zahájení předmětného řízení stanoveny, kdyby tyto lhůty byly aplikovány.
81. Následně bylo třeba posoudit příznivější charakter pozdější právní úpravy promlčecích lhůt. Jde především o posouzení právní úpravy obsažené v ZZVZ (ve znění novely č. 183/2017 Sb.). V posuzované věci došlo ke spáchání správního deliktu dne 9. 9. 2011, kdy zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu o dílo. Pětiletá promlčecí doba dle § 270 odst. 5 ZZVZ tedy v souladu s § 31 odst. 1 zákona o přestupcích počala běžet dne 10. 9. 2011. Dne 7. 11. 2011, tedy dnem doručení přípisu č. j. ÚOHS-S214/2011/VZ-17416/2011/530/RNi bylo zadavateli oznámeno, že správní řízení bude vedeno nově i ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Tímto dnem by při aplikaci ZZVZ došlo v souladu s § 270

odst. 6 písm. a) ZZVZ k přerušení běhu promlčecí doby a počala by běžet podle § 270 odst. 7 ZZVZ nová promlčecí doba v délce 5 let. Dne 28. 12. 2011 bylo vydáno napadené rozhodnutí. Vydáním napadeného rozhodnutí, jehož výrokem II. byl zadavatel uznán vinným ze spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, by za aplikace nové úpravy došlo v souladu s § 270 odst. 6 písm. b) ZZVZ k dalšímu přerušení promlčecí doby. Přerušením promlčecí doby počala běžet podle § 270 odst. 7 ZZVZ nová promlčecí doba v délce 5 let, přičemž odpovědnost za přestupek by zanikla nejpozději uplynutím 10 let od jeho spáchání. V souladu s § 41 s.ř.s. po dobu řízení před krajským soudem a NSS promlčecí doba neběžela.

82. Vzhledem k posledně uvedenému posoudil předseda Úřadu zánik odpovědnosti za spáchání správního deliktu podle zákona účinného v době spáchání správního deliktu a na základě tohoto posouzení konstatuje, že v šetřené veřejné zakázce nedošlo k zániku odpovědnosti zadavatele za spáchání správního deliktu.
83. Následně je třeba zabývat se otázkou výměry pokuty. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona ve znění do 31. 3. 2012, ve kterém se posuzuje jednání zadavatele, neboť k uzavření smlouvy, a tedy ke spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku II. napadeného rozhodnutí došlo 9. 9. 2011, se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky, nebo do 10 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a), c) nebo d) zákona.
84. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona v posledním platném a účinném znění se za právní delikt uloží pokuta do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a), c) nebo d) zákona.
85. Podle § 268 odst. 2 písm. a) ZZVZ se za přestupek uloží pokuta do 10 % ceny veřejné zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a) až c).
86. Pro přehlednost lze doplnit, že ustanovení § 268 odst. 2 písm. a) ZZVZ bylo převzato z ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona v posledním platném a účinném znění v nezměněné podobě. V souvislosti s novelou ZZVZ došlo pouze ke změně pojmu „správní delikt“ na pojem „přestupek“ v souladu s novou právní úpravou přestupků podle zákona o přestupcích.
87. Při porovnání všech tří citovaných ustanovení nelze dojít k jinému závěru než k takovému, že nejpříznivější právní úpravu představuje pro zadavatele ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona ve znění do 31. 3. 2012. Je evidentní, že při změně tohoto ustanovení, týkajícího se výše pokuty, došlo k posunutí horní hranice sazby (z 5 % na 10 %) a došlo též k posunutí maximální absolutní výše pokuty z 10 000 000 Kč na 20 000 000 Kč.
88. S ohledem na čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod lze uvést, že jednání zadavatele by při aplikaci pozdější právní úpravy bylo postižitelné vyšší pokutou, tj. pokutou do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit. Za tohoto stavu věci není pozdější právní úprava pro zadavatele příznivější, a proto jednání zadavatele předseda Úřadu posuzoval a sankci uložil podle právní úpravy účinné v době spáchání správního deliktu.
89. Nad rámec výše uvedeného uvádím, že v posuzované věci Úřad mohl uložit pokutu, až do výše 5 % z ceny veřejné zakázky tedy by mohla pokuta činit až 18 128 610 Kč.

90. Na základě výše uvedeného konstatuji, že pozdější právní úprava ve vztahu k výši pokuty upravená v ZZVZ není pro zadavatele příznivější.
91. Na tomto místě je třeba konstatovat, že přesto, že rozsudek KS a ani rozsudek NSS žádný závazný právní názor o nutnosti snížit uloženou pokutu, případně pokutu uložit jen symbolickou, nevyslovily, je vhodné s ohledem na chybějící úvahy ve vztahu k pokutě uložené Úřadem v napadeném rozhodnutí, na závažnost spáchaného správního deliktu, jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchán a dále škodlivost jednání zadavatele, přistoupit k její moderaci.
92. Podle § 121 odst. 2 zákona Úřad při určení výměry pokuty zadavateli přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
93. Hlavním kritériem, které je dle výše citovaného ustanovení rozhodné pro určení výměry pokuty, je závažnost správního deliktu. Jde o obecnou kategorii poměřující rozsah dopadu konkrétního deliktního jednání na specifický právem chráněný zájem s přihlédnutím k významu tohoto chráněného zájmu. Zákon pak demonstrativním výčtem vymezuje, co lze pod pojem závažnost správního deliktu podřadit (způsob jeho spáchání, jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchán). Při zvažování závažnosti správního deliktu byly zohledněny následující skutečnosti.
94. Co se týče **způsobu**, resp. okolností, za kterých byl správní delikt spáchán, lze uvést, že spáchání deliktu bylo způsobeno nesprávným postupem zadavatele, resp. hodnotící komise, který nedodržel jednu ze základních zásad zadávacího řízení, a to zásadu transparentnosti. Zásada transparentnosti byla v předmětné věci narušena znemožněním přezkoumání postupu zadavatele, neboť zadavatel, resp. hodnotící komise, ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 12. 5. 2011 ani v jiném dokumentu vyhotoveném v rámci předmětného zadávacího řízení neuvedl důvody či myšlenkové postupy, které ho vedly k závěru, že zdůvodnění mimořádně nízkých nabídkových cen navrhovatele, vybraného uchazeče, uchazeče OHL ŽS, a.s. a uchazeče „BČOV Pardubice 2011“, a rovněž vysvětlení nejasností v nabídkách navrhovatele, vybraného uchazeče a uchazeče OHL ŽS, a.s., shledal opodstatněnými.
95. Z hlediska **stupně závažnosti** správního deliktu byl vzat v úvahu celkový kontext šetřeného případu. V posuzovaném případě je objektem správního deliktu zájem, aby zadavatel nepostupoval v průběhu zadávacího řízení libovolně, tedy aby veškeré jím provedené úkony nevykazovaly prvky nekontrolovatelnosti, nečitelnosti nebo nepřehlednosti, čímž dochází k popření jednoho ze zásadních cílů (smyslu) zadávání veřejných zakázek, kterým je primárně zajištění spravedlivé hospodářské soutěže a rovněž zajištění hospodárnosti při nakládání s veřejnými prostředky. Pokud tedy zadavatel tuto podmínku nedodrží, dochází v zadávacím řízení k vytvoření prostoru pro libovůli, což deformuje celý proces legitimního očekávání dodavatelů na řádnou a férovou soutěž. V předmětném zadávacím řízení byla narušena zásada transparentnosti znemožněním přezkoumání postupu zadavatele, neboť nebylo zjevné, z jakých konkrétních důvodů ho zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny uspokojilo. Nedostatečné zdůvodnění nabídkové ceny, která upadne v podezření, že je cenou nepřiměřeně nízkou, přitom může vést k vyloučení ze zadávacího řízení. Postupem zadavatele byl zastřen důvod, proč ta která nabídka byla v soutěži o veřejnou zakázku

ponechána i přesto, že nejprve budila obavy, že obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu.

96. **Následkem** takového postupu pak bylo, že jednotliví uchazeči nemohli být dostatečně informováni o tom, jakými úvahami se zadavatel v otázce mimořádně nízké nabídkové ceny řídil. Tyto úvahy potom uchazeči nemohli v zadávacím řízení kvalifikovaně zpochybnit, neboť je zadavatel neprojevil. Naopak kdyby jim to bylo umožněno (tj. kdyby zadavatel postupoval transparentně), nelze vyloučit, že by výsledek zadávacího řízení byl jiný, neboť výběr dodavatele mohli neúspěšní uchazeči zvrátit podáním námitek, resp. návrhu u Úřadu, čímž byl znemožněn i přezkum ze strany Úřadu.
97. Předmětný správní delikt zadavatele sice nedosahuje nejvyššího stupně závažnosti (tím by byl například postup zadavatele zcela mimo režim zákona), nicméně s ohledem na nedodržení jedné ze základních zásad zadávacího řízení, na nichž je proces zadávání veřejných zakázek vystavěn, je nutné předmětný delikt považovat za velmi závažný.
98. V šetřené věci nebyly shledány žádné další přitěžující, avšak ani polehčující okolnosti.
99. Předseda Úřadu dále konstatuje, že s ohledem na fakt, že správní delikt byl spáchán v roce 2011, tedy před necelými deseti lety, bylo přistoupeno ke snížení uložené pokuty. Přesto je na místě uvést, že soudy daly Úřadu za pravdu, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 6 v návaznosti na § 80 odst. 1 zákona, čímž ve výsledku potvrdily výrok o vině, avšak konstatovaly nepřezkoumatelnost výše uložené pokuty. Vzhledem k tomu, že výrok o vině nebyl soudy zpochybněn, není tak důvod pro zásadní snížení výše uložené pokuty přesto, že ke spáchání deliktu došlo již v roce 2011. Prodlevu mezi spácháním správního deliktu a jeho konečným pravomocným potrestáním nelze bez dalšího přičítat Úřadu, neboť ten správní delikt začal stíhat záhy po jeho spáchání, potrestal jej poprvé již v roce 2012 a učinil tak – snad až na nedostatečné vysvětlení důvodů, které ho vedly k uložení pokuty – po věcné stránce bezchybně. Uvedený časový odstup vznikl až na základě řízení před správními soudy. Předseda Úřadu je toho názoru, že provedené snížení pokuty na 7 000 000 Kč (sedm milionů korun) pokrývá právě řečené okolnosti a nižší pokuta by již neplnila svůj účel.
100. Při stanovení výše pokuty bylo přihlédnuto i k ekonomické situaci zadavatele, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. V této souvislosti bylo přihlédnuto k finančním možnostem zadavatele. Z údajů uvedených ve výroční zprávě zadavatele za rok 2019 (dostupné na http://www.vakpce.cz/index.php?mn=akcionari&pg=vyrocni_zpravy) vyplývá, že objem finančních prostředků, s nimiž zadavatel hospodaří, se pohybuje v řádech desítek milionů korun (hospodářský výsledek před zdaněním činil 36 155 000 Kč, výnosy potom 752 764 000 Kč). Při stanovování výše pokuty bylo shledáno, že vzhledem k objemu finančních prostředků, kterými zadavatel v rámci svého rozpočtu disponuje, nemá pokuta ve výši 7 000 000 Kč likvidační charakter. Výroční zpráva byla založena do správního spisu, možnost seznámit se s tímto podkladem rozhodnutí zadavatele ve smyslu § 36 odst. 3 a § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu provedeno nebylo, neboť se jedná o dokument v dispozici zadavatele.
101. Pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit mimo jiné dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení

povinností stanovených zákonem, a funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Je tedy třeba mít na paměti, že uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocíťována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankcionování protiprávního jednání. Obdobně se vyjádřil i krajský soud v rozsudku ve věci sp. zn. 62 Af 46/2011 ze dne 6. 12. 2012, ve kterém uvedl, že konkrétní forma postihu musí působit natolik silně, aby od podobného jednání odradila i jiné nositele obdobných povinností (preventivní funkce) a zároveň musí být postih dostatečně znatelný v zadavatelově materiální sféře, aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl ovšem pro zadavatele likvidačním. S ohledem na právě uvedené lze konstatovat, že peněžité sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do sféry porušitele, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinam.

102. K námitce zadavatele, že uložená pokuta dalece přesahuje obvyklou výši pokut, které Úřad za tvrzený typ pochybení ukládá a je nejvyšší pokutou, kterou Úřad ve své historii ve věci zadávání veřejných zakázek uložil, jednak konstatuji, že pokuta uložená napadeným rozhodnutím byla tímto rozhodnutím o rozkladu snížena, přičemž dále je třeba odkázat na smysl existence zákona a ochranu zásad zakotvených v ustanovení § 6 zákona. Okolnost, že Úřad nade vší pochybnost prokázal nedodržení zásady transparentnosti jednáním, za něž odpovídá zadavatel, ve zcela klíčové fázi zadávacího řízení, tj. při posuzování a hodnocení nabídek jednotlivých uchazečů, odůvodňuje uložení pokuty ve výši, v jaké byla nyní uložena. Žádná jiná fáze zadávacího řízení není natolik podmíněná potřebou transparentnosti, jako je posuzování nabídek. Ignoruje-li zadavatel tuto potřebu vyplývající přímo z § 6 zákona, jde taktéž o vybočení z obvyklých mezí nedodržování zákona zadavatelem, která Úřad sankcionuje v jiných správních řízeních.
103. Na podporu svého tvrzení, že uložená pokuta dalece přesahuje obvyklou výši pokut, které Úřad za tvrzený typ pochybení ukládá, zadavatel odkazuje na rozhodovací praxi Úřadu. Předseda úřadu k zadavatelem odkazovanému rozhodnutí č. j. ÚOHS-R59/2010/VZ-13759/2010/310/JSI ze dne 7. 12. 2010 konstatuje, že toto bylo zrušeno rozsudkem krajského soudu č. j. 62 Af 12/2011-47 ze dne 2. 8. 2012 pro nesrozumitelnost (rozsudek potvrzen rozsudkem NSS č. j. 8 Afs 56/2012-53 ze dne 27. 8. 2013). Úřad následně rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0255/2009/VZ-17822/2016/521/ZKu ze dne 26. 4. 2016 rozhodl, že odpovědnost zadavatele za správní delikt zanikla, jelikož uplynula lhůta uvedená v § 121 odst. 3 zákona a správní řízení podle § 117a písm. f) zákona zastavil, neboť v řízení zahájeném z moci úřední nebyly zjištěny důvody pro uložení sankce podle § 120 zákona. Odkazované rozhodnutí tak není pro nyní projednávanou věc relevantním měřítkem.
104. Stejně tak není pro šetřenou věc vhodný ani odkaz zadavatele na rozhodnutí č. j. ÚOHS-R160/2009/VZ-11065/2010/310-Asc ze dne 27. 7. 2010. Toto rozhodnutí bylo zrušeno rozsudkem krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 61/2010-332 ze dne 26. 4. 2012, přičemž při novém projednání věci rozhodl Úřad rozhodnutím č. j. ÚOHS-S109/2009/VZ-12160/2014/521/VSt ze dne 9. 6. 2014, a to tak, že zadavatel se při zadávání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že předmětnou veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4

písm. a) zákona, nedopustil. Ani tento případ proto nelze se zde řešeným případem srovnávat.

105. Ve věci správního řízení č. j. ÚOHS-S43/2010/VZ-3975/2010/540/PVé ze dne 16. 4. 2010, na nějž zadavatel v rámci rozkladových námitek odkazuje, Úřad uložil zadavateli pokutu za spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona ve výši 40 000 Kč. Úřad však přihlédl při uložení výše pokuty k významné polehčující okolnosti, a to, že zadavatel sám pochybení při zadávání šetřené zakázky oznámil a současně odstoupil od uzavřené smlouvy, přičemž nedošlo k plnění předmětu veřejné zakázky, a uložil tak pokutu při dolní hranici možné sazby. S ohledem na právě uvedené nelze zadavatelem odkazovaný případ považovat za přílehavý, neboť v právě projednávané věci nebyly shledány polehčující okolnosti. Závěry učiněné v zadavatelem odkazovaném rozhodnutí tak nelze vzhledem k okolnostem, za nichž byla pokuta uložena, aplikovat na nyní projednávanou věc.
106. Zadavatel rovněž poukázal na rozhodnutí č. j. ÚOHS-S205/2009/VZ-11610/2009/510/KČe ze dne 26. 10. 2009, jímž byla podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona za správní delikt uložena pokuta ve výši 100 000 Kč. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) v uvedeném případě po zaokrouhlení činila částku ve výši 190 698 Kč. V nyní projednávané věci byla pokuta uložená napadeným rozhodnutím ve výši 9 000 000 Kč, přičemž horní hranice mohla činit až 18 128 610 Kč. Zadavatel namítá, že tam projednávaný delikt byl mnohem závažnější než delikt stíhaný zde. K tomu je třeba uvést zaprvé, že pokuta uložená za delikt v řízení sp. zn. ÚOHS-S205/2009/VZ je ve vztahu k horní hranici sazby pokuty vyšší než pokuta uložená ve zdejších případech (myšleno jak ve vztahu k pokutě uložené napadeným rozhodnutím, tak k pokutě nyní ukládané). Vedle toho, i zde stíhaný správní delikt je deliktem velmi závažným, jak bylo popsáno výše. Této závažnosti pak pokuta, která je nyní ukládána, odpovídá. S ohledem na to, že nyní ukládaná pokuta je nižší než pokuta uložená napadeným rozhodnutím, rozdíl mezi nyní ukládanou pokutou a pokutou uloženou v řízení sp. zn. ÚOHS-S205/2009/VZ se prohlubuje.
107. Dle rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S195/2007-16456/2007/540-Der ze dne 7. 9. 2007, jež bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R182,183/2007/02-20179/2007/310-Hr ze dne 5. 11. 2007, zadavatel neoprávněně použil jednacího řízení bez uveřejnění, čímž naplnil skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona a Úřad mu uložil pokutu ve výši 5 000 000 Kč. V uvedeném případě sice byla uložena pokuta v dolní hranici možné sazby, Úřad však v odůvodnění uvedeného rozhodnutí shledal polehčující okolnost, což se v nyní projednávané věci nenastalo. Ani tento odkaz na rozhodovací praxi Úřadu tak nelze nepovažovat za opodstatněný, a nemůže mít proto vliv na posouzení výše uložené pokuty v předmětné věci.
108. Dle § 90 odst. 5 správního řádu, jestliže odvolací správní orgán změni nebo zruší napadené rozhodnutí jen zčásti, ve zbytku je potvrdí. V souladu s uvedeným lze uzavřít, že změně výroku III. napadeného rozhodnutí nebrání překážky vymezené v § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu, jelikož zadavateli není ukládána žádná nová povinnost, toliko se v odvolacím řízení mění (snižuje) výměra pokuty a podle § 36 odst. 3 správního řádu se v tomto řízení o rozkladu nepostupuje, jelikož jediné podklady rozhodnutí odvolacím správním orgánem nově pořízené jsou účastníku řízení známy.

109. Lze shrnout, že ze zásady transparentnosti zakotvené v § 6 zákona plyne zadavateli povinnost zajistit, aby z dokumentace o zadávacím řízení bylo jasně zřetelné, co rozptýlilo jeho pochybnosti o mimořádně nízké nabídkové ceně či pochybnosti, pro které požadoval vysvětlení nabídky. To zadavatel ve zdejším případě neučinil, čímž se dopustil správního deliktu, a proto bylo třeba uložit mu správní trest.

VIII. Závěr

110. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že odpovědnost zadavatele za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku II. napadeného rozhodnutí je dána, avšak pokuta uložená výrokiem III. napadeného rozhodnutí byla v daném případě uložena s přihlédnutím k nedostatečnému odůvodnění její výše, jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro potvrzení výroku II. napadeného rozhodnutí a pro změnu výroku III. napadeného rozhodnutí, tedy pro snížení pokuty.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

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

Obdrží:

JUDr. Pavel Dejl, LL. M., PhD., advokát, Advokátní kancelář Kocián, Šolc, Balaščík, Jungmannova 24,
110 00 Praha 1

Vypraveno dne:

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