UOHSX00936JL

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0256/2016/VZ-04078/2017/322/DRu Brno 8. února 2017

V řízení o rozkladu ze dne 11. 10. 2016 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem –

- **město Velký Šenov**, IČO 00261734, se sídlem Mírové náměstí 342, 407 78 Velký Šenov, zastoupeným na základě plné moci ze dne 10. 10. 2016 Mgr. Petrem Práškem, advokátem společnosti iora legal, advokátní kancelář s.r.o., IČO 03901475, se sídlem Novodvorská 1010/14, 142 00 Praha, č. osvědčení ČAK 16205,

proti výroku III. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0551/2016/VZ-39376/2016/553/MBu ze dne 26. 9. 2016 vydanému ve správním řízení vedeném ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Infrastruktura městských zařízení Velký Šenov – stadion a hřbitov**“ ve zjednodušeném podlimitním řízení, jehož Oznámení o zadání zakázky bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 5. 8. 2015 pod ev. č. zakázky 519621,

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

Výrok III. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0551/2016/VZ-39376/2016/553/MBu ze dne 26. 9. 2016 podle § 152 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 90 odst. 1 písm. c) téhož zákona,

m ě n í m

takto:

„Za spáchání správních deliktů uvedených ve výrocích I. a II. se zadavateli – město Velký Šenov, IČO 00261734, se sídlem Mírové náměstí 342, 407 78 Velký Šenov – podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, ukládá **pokuta ve výši 70 000 Kč (sedmdesát tisíc 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. Dne 13. 4. 2015 zahájil zadavatel – město Velký Šenov, IČO 00261734, se sídlem Mírové náměstí 342, 407 78 Velký Šenov, zastoupený na základě plné moci ze dne 10. 10. 2016 Mgr. Petrem Práškem, advokátem společnosti iora legal, advokátní kancelář s.r.o., IČO 03901475, se sídlem Novodvorská 1010/14, 142 00 Praha, č. osvědčení ČAK 16205 (dále jen „**zadavatel**") odesláním výzvy k podání nabídky zjednodušené podlimitní řízení na veřejnou zakázku s názvem „Infrastruktura městských zařízení Velký Šenov – stadion a hřbitov" (dále jen „**veřejná zakázka**").

2. Dle bodu 3.1 zadávací dokumentace byly předmětem plnění veřejné zakázky stavební práce při přestavbě a modernizaci objektu Městské kaple a přilehlých prostor, vybudování doprovodní infrastruktury ve formě dvou samostatných parkovišť a provedení vegetačních opatření. Dle výzvy k podání nabídky na veřejnou zakázku byla předpokládaná hodnota zakázky stanovena na 9 000 000 Kč bez DPH.

3. Dle oddílu „Kvalifikační předpoklady" výzvy k podání nabídky na veřejnou zakázku měli uchazeči prokázat svou odbornost, schopnost a zkušenost s realizací staveb obdobných předmětu plnění veřejné zakázky, doložením realizace minimálně tří staveb obdobného charakteru za posledních pět let, přičemž hodnota každé z těchto staveb měla činit alespoň 7 500 000 Kč bez DPH. Zadavatel k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů požadoval předložení seznamu nejvýznamnějších staveb provedených uchazečem o veřejnou zakázku za posledních pět let. Dle bodu 5.5 písm. a) zadávací dokumentace měl technický kvalifikační předpoklad dle § 56 odst. 5 písm. c) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**" [1]) splnit takový uchazeč, který by v uvedeném seznamu uvedl alespoň tři provedené rekonstrukce budov občanské výstavby, přičemž každá z nich měla být ve finanční hodnotě alespoň 8 000 000 Kč bez DPH

[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.*

a být realizovaná v posledních šesti letech, a součástí alespoň jedné rekonstrukce budovy měla být výstavba doprovodné technické infrastruktury (parkoviště, komunikace).

4. Dne 5. 8. 2015 bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno „Oznámení o zadání zakázky“, pod ev. č. zakázky 519621, z něhož vyplývá, že zadavatel uzavřel dne 3. 7. 2015 na veřejnou zakázku smlouvu s vybraným uchazečem.

5. Dne 8. 8. 2016 zahájil Úřad správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona při zadávání veřejné zakázky.

II. Napadené rozhodnutí

6. Dne 26. 9. 2016 vydal Úřad po posouzení toho, co ve správním řízení vyšlo najevo, rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0551/2016/VZ-39376/2016/553/MBu (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).

7. Výrokem I. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky postupoval v rozporu s § 56 odst. 5 zákona, když v čl. 5.5. písm. a) zadávací dokumentace stanovil k prokázání technických kvalifikačních předpokladů předložení seznamu významných stavebních zakázek a příslušných osvědčení dle § 56 odst. 3 písm. a) zákona o realizaci minimálně tří stavebních zakázek, přičemž finanční hodnota těchto zakázek měla dosahovat alespoň 8 000 000 Kč bez DPH, ačkoliv požadovaný rozsah stavebních prací u jednotlivé položky v seznamu stavebních prací provedených dodavatelem nesměl překračovat 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky, tj. hodnotu 4 500 000 Kč bez DPH, přičemž svým postupem mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku.

8. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky porušil zásadu transparentnosti stanovenou v § 6 odst. 1 zákona, když dle výzvy k podání nabídky na veřejnou zakázku ke splnění technického kvalifikačního předpokladu dle § 56 odst. 3 písm. a) zákona požadoval prokázání realizace alespoň tří referenčních staveb, realizovaných za předchozích pět let, přičemž každá z nich měla dosahovat finanční hodnoty alespoň 7 500 000 Kč bez DPH, zatímco dle bodu 5.5 písm. a) zadávací dokumentace k jeho splnění požadoval prokázání realizace alespoň tří referenčních staveb, realizovaných za posledních šest let, přičemž každá z nich měla dosahovat finanční hodnoty alespoň 8 000 000 Kč bez DPH, přičemž svým postupem mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku.

9. Výrokem III. napadeného rozhodnutí Úřad uložil zadavateli za spáchání správních deliktů uvedených ve výrocích I. a II. napadeného rozhodnutí pokutu ve výši 100 000 Kč.

III. Námitky rozkladu

10. Dne 11. 10. 2016 obdržel Úřad rozklad zadavatele z téhož dne směřující proti výroku III. napadeného rozhodnutí. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 27. 9. 2016. Zadavatel podal rozklad v zákonné lhůtě.

11. Rozklad zadavatele směřuje pouze proti výroku III. napadeného rozhodnutí, tj. výroku o pokutě, kterou považuje za nepřiměřeně vysokou. Dle zadavatele Úřad nevzal při stanovení výše pokuty v úvahu veškeré polehčující okolnosti, které dále ve svém rozkladu uvádí. Dle zadavatele byly správní delikty dle výroků I. a II. napadeného rozhodnutí spáchány v důsledku neznalosti práva veřejných zakázek, tj. jednalo se o zavinění ve formě nedbalosti nevědomé, tedy o nejméně závažnou míru zavinění. Výše uložené pokuty pak dle zadavatele naplňuje především represivní funkci, která se však v případě nedbalostních deliktů míjí účelu sankcionování. Výše pokuty tak dle zadavatele *„odporuje zásadě proporcionality, podle níž veřejná správa při své činnosti volí ty prostředky, které adresáty veřejné správy zatěžují co nejméně a současně ještě vedou k věcně správnému a právem aprobovanému výsledku*“.

12. Úřad dle zadavatele nijak nereflektoval fakt, že k uzavření smlouvy došlo již před více než rokem, přičemž vlivem časové prodlevy mezi spácháním správního deliktu a vydáním konečného rozhodnutí ve věci tak dochází k výraznému oslabení účelu správní sankce.

13. Zadavatel dále s odkazem na dosavadní rozhodovací praxi Úřadu namítá, že za obdobné porušení § 56 odst. 5 písm. c) zákona byly zadavatelům uloženy pokuty násobně nižší, čímž Úřad porušil zásadu legitimního očekávání, předvídatelnosti rozhodování veřejné správy a rovného přístupu k adresátům veřejné správy. Zadavatel k tomu dále namítá, že přes samozřejmý represivní prvek sankce, není nutné dimenzovat výši pokuty takovým způsobem, aby byla zadavatelem pociťována jako újma, přičemž za přiměřenou výši pokuty považuje částku 30 000 Kč.

14. Zadavatel je dále přesvědčen, že dle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „**ZZVZ**“) byla povinnost stanovit výši technického kvalifikačního předpokladu dle § 56 odst. 3 písm. a) zákona zcela zrušena a dle pozdější právní úpravy by tedy již zadavatel svým jednáním žádný správní delikt nespáchal. S odkazem na § 419 zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**trestní zákoník**“) se přitom trest uložený za jednání, které již není podle nové právní úpravy protiprávní, nevykoná. S ohledem na uvedené tak dle zadavatele měla být jemu vyměřená sankce zrušena, nebo alespoň přiměřeně snížena.

Závěr rozkladu

15. Zadavatel žádá předsedu Úřadu, aby svým rozhodnutím napadené rozhodnutí změnil tak, že jeho výrok III. zní tak, že se za spáchání správních deliktů uvedených ve výrocích I. a II. zadavateli pokuta neukládá a pokud to nebude možné, tak že se za spáchání správních deliktů uvedených ve výrocích I. a II. ukládá pokuta ve výši 30 000 Kč.

IV. Řízení o rozkladu

16. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen **„správní řád“**) a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

17. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal z hlediska uložené pokuty soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.

18. Jelikož jsem v průběhu tohoto řízení o rozkladu zjistil, že jsou dány důvody pro změnu výroku III. napadeného rozhodnutí, přistoupil jsem ke změně napadeného rozhodnutí (resp. jeho výroku III.), neboť právní úprava obsažená v § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu dovoluje napadené rozhodnutí změnit, pokud by tím některému z účastníků, jemuž je ukládána povinnost, nehrozila újma z důvodu ztráty možnosti odvolat se. Tuto podmínku považuji za splněnou. Vzhledem k tomu, že zadavatel svým rozkladem požadoval změnu, resp. snížení uložené pokuty, přičemž touto změnou napadeného rozhodnutí nemůže být způsobena újma žádnému z účastníků řízení, snížil jsem uloženou pokutu tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí o rozkladu.

19. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke snížení uložené pokuty.

V. K rozsahu přezkumu v řízení o rozkladu

20. Rozklad zadavatele směřuje pouze do výroku III. napadeného rozhodnutí, přičemž výroky I. a II. nebyly rozkladem zadavatele napadeny.

21. Dle § 82 odst. 3 správního řádu v případě, že odvolání směřuje jen proti některému výroku rozhodnutí nebo proti vedlejšímu ustanovení výroku, které netvoří nedílný celek s ostatními, pokud tím nemůže být způsobena újma některému z účastníků, nabývá zbytek výrokové části právní moci, umožňuje-li to povaha věci. Uvedené ustanovení se dle § 152 odst. 4 správního řádu použije i na řízení o rozkladu, nevylučuje-li to povaha věci.

22. Výrokem I. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky postupoval v rozporu s § 56 odst. 5 zákona. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky porušil zásadu transparentnosti stanovenou v § 6 odst. 1 zákona. Výrokem III. napadeného rozhodnutí, který je napaden rozkladem zadavatele, Úřad zadavateli uložil za spáchání správních deliktů pokutu ve výši 100 000 Kč.

23. Přestože výrok III. napadeného rozhodnutí o uložení pokuty za spáchání správních deliktů zadavatele neobstojí bez výroků I. a II. napadeného rozhodnutí, které jsou výsledkem úvah o nedodržení postupu stanoveného zákonem pro uzavření smlouvy zadavatelem, je zřejmé, že výroky I. a II. napadeného rozhodnutí, jakožto výroky o vině, samostatně obstojí. Výroky I. a II. nejsou závislé na výroku III. a z tohoto pohledu s ním tak netvoří nedílný celek. Naplněna je i další podmínka § 82 odst. 3 správního řádu, neboť tím, že rozkladem nenapadené výroky I. a II. napadeného rozhodnutí nabyly samostatně právní moci, nemohla vzniknout újma některému z účastníků správního řízení, když výroky I. a II. napadeného rozhodnutí bylo rozhodnuto o nedodržení zákona zadavatelem, přičemž zadavatel, jakožto jediný účastník

tohoto správního řízení, proti výrokům I. a II. napadeného rozhodnutí rozkladem nebrojil a zároveň výslovně uznal své pochybení.

24. Na základě uvedeného konstatuji, že napadené rozhodnutí nebylo co do výroků I. a II. v zákonné lhůtě napadeno rozkladem. Za splnění podmínek stanovených v § 82 odst. 3 správního řádu tedy výroky I. a II. napadeného rozhodnutí nabyly dne 13. 10. 2016 samostatně právní moci. Přezkum napadeného rozhodnutí v rámci řízení o rozkladu je tedy v části týkající se výroků I. a II. napadeného rozhodnutí vyloučen.

VI. K námitkám rozkladu

25. V úvodu k odůvodnění pokuty je třeba podotknout, že se stále zpřísňují požadavky soudu na odůvodnění pokuty v rozhodnutích Úřadu, jak je patrno z rozsudků Krajského soudu v Brně (dále jen „**krajský soud**“). Mám přitom za to, že Úřad těmto požadavkům krajského soudu dostál, jak dále odůvodňuji níže.

26. Krajský soud v rozsudku sp. zn. 62 Ca 27/2009 ze dne 28. 4. 2011 konstatoval, že „*správnímu orgánu je při ukládání pokuty dána volnost správního uvážení, avšak současně je vázán základními principy správního uvážení (…) 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*“.

27. Při posuzování uložené pokuty je třeba vycházet z mantinelů, které v tomto směru vymezuje zákon, konkrétně pak § 121 odst. 2, dle něhož hlavním kritériem rozhodným pro určení výměry pokuty je závažnost spáchaného správního deliktu. Demonstrativním výčtem pak zákonodárce v témže ustanovení toto hlavní kritérium definuje, kdy uvádí, že je třeba přihlédnout zejména ke způsobu spáchání správního deliktu, jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl správní delikt spáchán. Dle názoru Nejvyššího správního soudu vysloveného v rozsudku č. j. 6 As 34/2008-54 ze dne 30. 4. 2009 „*obsahuje-li zákonné ustanovení (v případě tohoto rozsudku se jednalo o § 67 odst. 2 zákona č. 185/2001 Sb., o odpadech) pouze příkladný výčet hledisek, ke kterým je správní orgán při stanovení výše pokuty povinen přihlédnout, pak takováto právní úprava váže správní orgán v tom směru, že právě těmito zákonnými hledisky se musí zabývat vždy*.“ Z výše uvedeného tedy jednoznačně vyplývá a tento závěr potvrzuje mimo jiné i další rozhodnutí Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 106/2012-45 ze dne 6. 6. 2013, že rozhodnými kritérii pro určení závažnosti správního deliktu, kterými se správní orgán musí v každém případě zabývat, jsou právě tato tři kritéria stanovená zákonem. Správní orgán je přitom samozřejmě oprávněn nad rámec těchto kritérií přihlédnout i k jiným okolnostem, pokud jsou svojí povahou podstatné pro posouzení závažnosti správního deliktu, jak vyplývá z citovaného rozhodnutí Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 106/2012-45 ze dne 6. 6. 2013. Případné zohlednění těchto kritérií však spadá do rámce správního uvážení příslušného správního orgánu.

28. Jak je patrné z bodu 58. až 61. odůvodnění napadeného rozhodnutí, zabýval se Úřad každým z výše uvedených kritérií závažnosti správního deliktu, a také polehčujícími a přitěžujícími okolnostmi, které vedly ke zmírnění či zpřísnění nebezpečnosti jeho jednání. Úřad v napadeném rozhodnutí při stanovení výše pokuty přihlédl rovněž k ekonomické situaci zadavatele a výslovně v bodu 62. odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že uložená pokuta nemá likvidační charakter.

29. Dle zadavatele však měl Úřad zohlednit jako další relevantní skutečnost při vyměření výše pokuty, že se z jeho strany nejednalo o úmyslné porušení norem zákona, přičemž takový úmysl nebyl v průběhu správního řízení jakkoli prokázán. K této námitce uvádím, že odpovědnost za správní delikty podle zákona je založena na objektivním principu, což znamená, že osoba, která svým jednáním naplnila znaky správního deliktu, odpovídá za škodlivý následek bez ohledu na zavinění. Zavinění coby vnitřní, psychický vztah pachatele k jeho jednání a ke spáchanému následku je tedy pro vznik tohoto druhu odpovědnosti irelevantní okolností. K tomu odkazuji např. na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 7 As 110/2012 ze dne 4. 9. 2012 nebo např. na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 23/2012 ze dne 28. 11. 2012, kde je uvedeno, že *„zadavatel je ten, kdo nese objektivní odpovědnost, tedy založenou bez ohledu na zavinění (srov. rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 26. 1. 2006, č. j. 11 Ca 216/2005-41 a ze dne 23. 3. 2006, č. j. 8 Ca 8/2004-51).“*

30. Shodně se k charakteru deliktní odpovědnosti vyjádřil i krajský soud, který ve svém rozsudku č. j. 30 Af 81/2013 – 77 ze dne 7. 12. 2015 uvedl, že *„V případě porušení ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách se jedná o objektivní odpovědnost. Není proto zapotřebí zkoumat, zda k porušení zákona došlo úmyslně či z nedbalosti*“, přičemž tento rozsudek potvrdil Nejvyšší správní soud rozsudkem č. j. 7 As 7/2016 – 47 ze dne 11. 2. 2016, v němž doplnil: *„Odpovědnost za správní delikt podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách je odpovědností objektivní, a z hlediska znaků skutkové podstaty tohoto správního deliktu proto není vůbec podstatné, zda stěžovatel zamýšlel omezit volnou soutěž a diskriminovat některé uchazeče, či nikoliv (…) Opět je přitom nutno poukázat na to, že se zde jedná o objektivní odpovědnost, a není tudíž podstatné, zda o svém pochybení zadavatel při uzavírání smlouvy skutečně věděl*.“ Ať už tedy ke spáchání správních deliktů zadavatelem došlo *„důsledkem administrativně-technického pochybení konkrétních osob zodpovídajících za administraci zadávacího řízení pramenící z jejich nezkušenosti*“, je odpovědností zadavatele, že postupoval mimo rámec zákona.

31. Této objektivní odpovědnosti se může zadavatel zprostit pouze z důvodů uvedených v § 121 odst. 1 zákona, který uvádí tzv. liberační důvody, a dle něhož právnická osoba za správní delikt neodpovídá, jestliže prokáže, že vynaložila veškeré úsilí, které bylo možno požadovat, aby porušení právní povinnosti zabránila. Zadavatel však nijak neprokázal a ani netvrdil, že by takové liberační důvody existovaly, když bez dalšího uvedl, že zákon neporušil úmyslně, což však s odkazem na objektivní odpovědnost právnických osob za správní delikt není liberačním důvodem podle § 121 odst. 1 zákona.

32. K námitce zadavatele, že Úřad nijak nereflektoval skutečnost, že k uzavření smlouvy došlo již před více než rokem, přičemž vlivem časové prodlevy dochází k výraznému oslabení účelu správní sankce, uvádím, že podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost 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. K uplynutí času mezi spácháním správních deliktů, k nimž došlo uzavřením smlouvy dne 3. 7. 2015 a vydáním napadeného rozhodnutí dne 26. 9. 2016 konstatuji, že mezi těmito dvěma okamžiky uplynula doba cca 1 a čtvrt roku, přičemž tato se ani neblíží zákonem stanovené lhůtě tří resp. pěti let pro zánik deliktní odpovědnosti zadavatele za správní delikt. Skutečnost, že k uzavření smlouvy došlo již před více než rokem tak není okolností, která by zdůvodňovala uložení pokuty v jiné výši.

33. Zadavatel dále brojí proti porušení zásady legitimního očekávání a namítá, že výše Úřadem uložené pokuty je nepřiměřená v porovnání s pokutami uloženými Úřadem v obdobných případech v minulosti. K této námitce uvádím následující.

34. Zásada legitimního očekávání, jejíž porušení zadavatel namítá, je upravena v § 2 odst. 4 správního řádu, dle kterého správní orgán dbá, aby při rozhodování skutkově shodných nebo podobných případů nevznikaly nedůvodné rozdíly. Zásadou legitimního očekávání se opakovaně zabýval Nejvyšší správní soud. V usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu sp. zn. 6 Ads 88/2006 ze dne 21. 7. 2009 je uvedeno, že *„správní praxe zakládající legitimní očekávání je ustálená, jednotná a dlouhodobá činnost (příp. i nečinnost) orgánů veřejné správy, která opakovaně potvrzuje určitý výklad a použití právních předpisů*“. Ve svém rozsudku sp. zn. 1 Afs 50/2009 ze dne 16. 3. 2010 pak Nejvyšší správní soud konstatoval, že zásada legitimního očekávání slouží *de facto* k ochraně takové dobré víry účastníků řízení, která jim vznikne do okamžiku předmětného jednání, které je následně posuzováno správním orgánem.

35. V rozsudku sp. zn. 1 Afs 50/2009 ze dne 16. 3. 2010 Nejvyšší správní soud dále konstatoval, že existenci legitimního očekávání účastníka je nutné dále posoudit k okamžiku vydání rozhodnutí správního orgánu. Nejvyšší správní soud v tomto rozsudku konkrétně dospěl k závěru, že *„pokud v okamžiku rozhodování správního orgánu existují jiná jeho rozhodnutí pojednávající o skutkově týchž či obdobných případech, je nutno chránit víru účastníků, že správní orgán bude také v jejich případě rozhodovat stejným způsobem*“.

36. V této souvislosti je ovšem třeba zdůraznit, že samotná otázka vzniku legitimního očekávání v konkrétní věci je otázkou v prvé řadě skutkovou (srov. rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 31 Af 30/2013-90 ze dne 19. 5. 2015). Z rozkladu vyplývá, že se zadavatel dovolává legitimního očekávání nikoliv ve vztahu ke skutkovému posouzení případu, ale ve vztahu k výši uložené pokuty. Namítá-li zadavatel srovnání s konkrétním rozhodnutím vydaným ve skutkově jiné věci, nelze vycházet z toho, že by úvaha Úřadu o výši sankce mohla být zcela totožná. Pokuta totiž musí být individualizovaná ve vztahu ke konkrétnímu jednání a konkrétnímu pachateli deliktu. Je tedy nesprávné dovozovat legitimní očekávání v případě výše pokut. K zadavatelem tvrzené obdobnosti dřívějších rozhodnutí Úřadu se i přesto vyjadřuji následovně.

37. Zadavatel v rozkladu odkazuje na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0658/2015/VZ-43126/2015/543/JWe ze dne 7. 12. 2015, přičemž uvádí, že se odkazované rozhodnutí mělo týkat věci spáchání správního deliktu zadavatelem – obcí Butoves. Jediným účastníkem odkazovaného rozhodnutí však byl jiný zadavatel – Univerzita Karlova v Praze, Evangelická teologická fakulta, které byla uložena pokuta ve výši 20 000 Kč za spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona porušením § 56 odst. 5 písm. c) a § 6 odst. 1 zákona.

38. Pokud zadavatel zamýšlel jako na obdobný případ odkázat skutečně na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0658/2015/VZ-43126/2015/543/JWe ze dne 7. 12.2015 (v rozkladu chybně označil zadavatele a nikoli číslo jednací uvedeného rozhodnutí), pak uvádím, že tento se však od právě přezkoumávaného případu liší skutkovými okolnostmi. V předmětném případě se tamní zadavatel dopustil spáchání „pouze“ jediného správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, kdežto dle napadeného rozhodnutí se zadavatel dopustil spáchání dvou správních deliktů podle téhož ustanovení zákona. Další skutková odlišnost spočívá v tom, že tamní zadavatel stanovil v zadávací dokumentaci ve vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona minimální rozsah stavebních prací u jednotlivé položky v seznamu stavebních prací provedených dodavatelem tak, že požadoval alespoň jednu referenční zakázku v hodnotě minimálně 4 500 000 Kč, což bylo 57,54 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky, čímž překročil zákonem přípustný rozsah stavebních prací u předmětné položky vzhledem k předpokládané hodnotě veřejné zakázky, který činil 3 910 000 Kč. Zadavatel tak svůj požadavek překročil o 590 000 Kč. V právě přezkoumávaném případě však zadavatel stanovil svůj požadavek na referenční zakázky tak, aby každá dosahovala minimálně finanční hodnoty 8 000 000 Kč, tj. cca 88,9 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky, která činila 9 000 000 Kč, čímž překročil zákonem přípustný rozsah stavebních prací (4 500 000 Kč) o 3 500 000 Kč. Ve skutkových okolnostech se tak odkazovaná věc výrazně liší od věci právě přezkoumávané.

39. Pokud zadavatel hodlal odkázat na správní řízení, jehož účastníkem byla obec Butoves, které jako zadavateli byla uložena za spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona pokuta ve výši 50 000 Kč (chybně označil číslo jednací odkazovaného rozhodnutí a nikoli osobu zadavatele), pak měl s největší pravděpodobností na mysli rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S170/2014/VZ-11146/2014/524/MKd ze dne 26. 5. 2014. I tento případ se však od právě přezkoumávaného případu liší skutkovými okolnostmi. Tamní zadavatel totiž stanovil požadavek na referenční zakázky minimálně ve výši 16 000 000 Kč za každou referenční zakázku při předpokládané hodnotě veřejné zakázky 32 000 000 Kč, tj. přesně ve výši 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Dodavatel, který chtěl obstát ve splnění kvalifikace z hlediska požadovaných jednotlivých referenčních zakázek tak musel předložit seznam významných staveb, jejichž hodnota byla přesně 16 000 000 Kč nebo více. Úřad přitom konstatoval, že z praktického, resp. faktického pohledu se však jevilo jako značně nepravděpodobné, či téměř nemožné, že by dodavatelé realizovali v minulosti požadovaných 10 odpovídajících významných stavebních prací za cenu právě 16 000 000 Kč a že by tak tímto způsobem mohli požadavek zadavatele splnit, a dospěl k závěru, že dodavatel, který měl zájem účastnit se předmětného zadávacího řízení, neměl jinou možnost než doložit seznam jím realizovaných významných stavebních prací v hodnotě vyšší než 16 000 000 Kč za každou takovou zakázku. Pokud v odkazovaném případě stanovil tamní zadavatel svůj požadavek na hodnotu referenčních staveb přesně na hranici 50 % předpokládané hodnoty příslušné veřejné zakázky, přičemž v právě přezkoumávaném případě jej zadavatel stanovil ve výši 88,9 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky, nelze hovořit o shodných skutkových okolnostech obou případů, když se správní delikty od sebe zjevně odlišují svou závažností.

40. V každém z uváděných případů byly tedy skutkové okolnosti odlišné oproti napadenému rozhodnutí, což se nutně muselo projevit i v míře závažnosti spáchaných správních deliktů,

která ovlivňuje výši uložené pokuty. Vzhledem k výše uvedenému jsem dospěl k závěru, že se nelze dovolávat jakéhokoli legitimního očekávání ve vztahu k výši uložené pokuty.

41. Zadavatel pak v rozkladu „připomíná“ rovněž to, že povinnost zadavatele stanovit výši technického kvalifikačního předpokladu dle § 56 odst. 3 písm. a) zákona byla zákonem č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „**ZZVZ**“) zcela zrušena a v současné době by tedy již zadavatel svým jednáním žádný správní delikt nespáchal. Na tomto místě je však třeba zdůraznit, že zadavatel svůj rozklad podal pouze proti výroku III. napadeného rozhodnutí (což vyplývá jak z označení podaného rozkladu, tak z obsahu rozkladových námitek, jakož i samotného petitu) a výroky I. a II. napadeného rozhodnutí tak nabyly samostatně právní moci. Změnou právní úpravy jsem se tedy zabýval toliko ve vztahu k rozkladem napadenému výroku III. při posouzení výše uložené pokuty.

42. Podle čl. 40 odst. 6 ústavního zákona č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod (dále jen „**Listina**“) se trestnost činu posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán. Pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější. Shodný princip je vyjádřen i v § 2 odst. 1 zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**trestní zákoník**“). Toto pravidlo zakládá výjimku z jinak obecného zákazu retroaktivity trestních norem, která se uplatní v případě, kdy je pozdější právní úprava pro pachatele příznivější. Tato výjimka se dle konstantní judikatury Nejvyššího správního soudu aplikuje rovněž v oblasti správního trestání.

43. V souvislosti s citovaným článkem Listiny uvádím, že konstantní soudní judikatura (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 6 A 126/2002-27 ze dne 27. 10. 2004) dospěla k závěru, že „[t]*restání za správní delikty musí podléhat stejnému režimu jako trestání za trestné činy a v tomto smyslu je třeba vykládat všechny záruky, které se podle vnitrostátního práva poskytují obviněnému z trestného činu. Je totiž zřejmé, že rozhraničení mezi trestnými (a tedy soudem postižitelnými) delikty a delikty, které stíhají a trestají orgány exekutivy, je výrazem vůle suverénního zákonodárce; není odůvodněno přirozenoprávními principy, ale daleko spíše je výrazem trestní politiky státu (…) Pro české právo to pak znamená, že i ústavní záruka článku 40 odst. 6 Listiny o tom, že je nutno použít pozdějšího práva, je-li to pro pachatele výhodnější, platí jak v řízení soudním, tak v řízení správním (…) Přijetí tohoto principu pak znamená, že nelze trestat podle starého práva v době účinnosti práva nového, jestliže nová právní úprava konkrétní skutkovou podstatu nepřevzala; analogicky to platí i tehdy, jestliže nová právní úprava stanoví mírnější sankce za stejné jednání*“. K totožnému závěru dospěl Nejvyšší správní soud též v rozsudku č. j. 8 Afs 17/2007-135 ze dne 31. 5. 2007 a dalších. K posouzení příznivější právní úpravy ve vztahu ke konkrétním okolnostem případu uvádím následující.

44. ZZVZ sice neobsahuje konkrétně číselně vyjádřený zákaz stanovit požadovaný rozsah stavebních prací u jednotlivé položky v seznamu stavebních prací provedených dodavatelem přesahující 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky, nicméně dle § 73 odst. 6 ZZVZ je zadavatel povinen kritéria technické kvalifikace a minimální úroveň pro jejich splnění stanovit přiměřeně vzhledem ke složitosti a rozsahu předmětu veřejné zakázky.

45. Odborná literatura (srov. PODEŠVA, Vilém, Lukáš SOMMER, Jiří VOTRUBEC, Martin FLAŠKÁR, Jiří HARNACH, Jan MĚKOTA a Martin JANOUŠEK. Zákon o zadávání veřejných zakázek: Komentář [Systém ASPI]. Wolters Kluwer) k tomu uvádí: „*Komentované ustanovení tak*

přímo odkazuje na nově zavedenou základní zásadu, a sice zásadu přiměřenosti, která byla implementována po vzoru zadávacích směrnic. Otázka nastavení přiměřených kvalifikačních předpokladů je také klíčová pro vyhnutí se diskriminačnímu jednání, ke kterému může dojít především tehdy, pokud zadavatel stanoví zcela nepřiměřené požadavky na prokázání splnění kvalifikace, v důsledku čehož v rozporu se zákonem omezí účast určité skupiny dodavatelů. Zadavatel je tak oprávněn využít pouze prostor daný mu zákonem pro účely zajištění, že veřejnou zakázku bude realizovat opravdu způsobilý dodavatel." Omezení zakotvené v § 73 odst. 6 ZZVZ lze tak chápat jako projev snahy zákonodárce omezit právě skryté diskriminování uchazečů stanovením nepřiměřených požadavků na kvalifikaci.

46. Co se týče nyní posuzované věci, jsem toho názoru, že zadavatelem stanovený požadavek na minimální finanční hodnotu tří stavebních zakázek ve výši 8 000 000 Kč bez DPH (tj. ve výši cca 88,9 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky) není přiměřeným požadavkem vzhledem ke složitosti předmětu veřejné zakázky, jejíž předpokládaná hodnota byla stanovena ve výši 9 000 000 Kč bez DPH. Předmětem veřejné zakázky byly běžné, na trhu obvyklé stavební práce prováděné standardními technologiemi. Zadavatel stanoveným požadavkem na minimální finanční hodnotu referenčních stavebních zakázek omezil okruh potenciálních uchazečů, kteří by byli schopni předmět plnění veřejné zakázky řádně splnit, ačkoli finanční hodnota jimi prováděných stavebních prací dosahovala nižší hodnoty, než zadavatelem požadované. Nelze přitom vyloučit, že nabídka některého z nich mohla být pro zadavatele výhodnější než nabídka vybraného uchazeče.

47. Co se týče výroku II. napadeného rozhodnutí, kterým Úřad konstatoval porušení zásady transparentnosti zakotvené v § 6 odst. 1 zákona zadavatelem, uvádím, že současně i dle ZZVZ, konkrétně dle § 6 odst. 1, je zadavatel při postupu podle ZZVZ povinen zásadu transparentnosti dodržovat. Změna právní úpravy se tak povinnosti dodržovat zásadu transparentnosti fakticky nijak nedotkla.

48. Není tak pravdivé tvrzení zadavatele, že dle pozdější právní úpravy by jeho jednání nebylo kvalifikováno jako správní delikt. Rovněž dle ZZVZ by se zadavatel svým jednáním dopustil spáchání správního deliktu, jelikož požadavek na technickou kvalifikaci nestanovil přiměřeně vzhledem ke složitosti a rozsahu předmětu veřejné zakázky (porušení § 73 odst. 6 ZZVZ) a dále nedodržel zásadu transparentnosti (§ 6 odst. 1 ZZVZ), když dle výzvy k podání nabídky na veřejnou zakázku ke splnění technického kvalifikačního předpokladu požadoval prokázání realizace alespoň tří referenčních staveb, realizovaných za posledních pět let, přičemž každá z nich měla dosahovat finanční hodnoty alespoň 7 500 000 Kč bez DPH, zatímco dle bodu 5.5 písm. a) zadávací dokumentace k jeho splnění požadoval prokázání realizace alespoň tří referenčních staveb realizovaných za předchozích šest let, přičemž každá z nich měla dosahovat finanční hodnoty alespoň 8 000 000 Kč bez DPH, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel ne plnění předmětu veřejné zakázky smlouvu.

49. ZZVZ v § 268 odst. 2 stanoví výši pokuty za správní delikt podle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ do 10 % z ceny veřejné zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit. Zákon, kterým se Úřad při stanovení výše pokuty řídil, stanovil za správní delikt spáchaný podle § 120 odst. 1 písm. a) pokutu rovněž do 10 % ceny zakázky nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit. S ohledem na výše uvedené

jsem tak dospěl k závěru, že pozdější právní úprava není ve vztahu k výroku III. napadeného rozhodnutí pro zadavatele příznivější.

50. Ačkoli jsem dospěl k závěru, že pozdější právní úprava není pro zadavatele příznivější, když rovněž ZZVZ zakotvuje omezení týkající se stanovení minimální úrovně pro splnění technické kvalifikace (povinnost zadavatele stanovit svůj požadavek přiměřeně vzhledem ke složitosti a rozsahu předmětu veřejné zakázky), je toto omezení vymezené § 73 odst. 6 ZZVZ ve srovnání s § 56 odst. 5 písm. c) zákona formulováno více abstraktně a dává zadavateli větší prostor pro zdůvodnění zvolené úrovně požadovaného kritéria a možnost požadovat i reference, jejichž finanční hodnota překračuje zákonem stanovenou hranici 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky.

51. Vzhledem k dikci ZZVZ tak tedy nelze zcela vyloučit, že mohou nastat případy, kdy zadavatel bude schopen odůvodnit potřebu stanovit minimální požadavek na technickou kvalifikaci, který by reálně odpovídal např. 60 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky. K takovému zmírnění zákona, kdy ZZVZ již nestanoví pevnou hranici pro stanovení požadavku na technickou kvalifikaci u stavebních zakázek, jsem přihlédl jako k polehčující okolnosti, přičemž připomínám, že i nadále je zadavatel povinen pečlivě zvažovat nastavení kvalifikačních kritérií z hlediska jejich přiměřenosti vzhledem ke složitosti a rozsahu předmětu veřejné zakázky. Akcentoval jsem tedy preventivní funkci uložené pokuty a současně jsem zohlednil i fakt, že do zadávacího řízení na veřejnou zakázku podalo nabídku 6 uchazečů, což znamená, že hospodářská soutěž nebyla zadavatelem zcela omezena či vyloučena.

52. Přistoupil jsem tak ke snížení výše uložené pokuty na 70 000 Kč, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí. Uvedené však stále nic nemění na tom, že zadavatelem stanovený požadavek na technickou kvalifikaci nebyl přiměřený složitosti a rozsahu předmětu veřejné zakázky, a zadavatel svým postupem zákon (resp. ZZVZ) porušil.

VII. Závěr

53. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že odpovědnost zadavatele za spáchání správního deliktu je dána, avšak pokuta uložená výrokem III. napadeného rozhodnutí byla v daném případě nepřiměřeně vysoká, jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro změnu výroku III. napadeného rozhodnutí, tedy pro snížení pokuty.

54. Vzhledem k výše uvedenému jsem rozhodl tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona, nelze dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřad pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:
Mgr. Petr Prášek, advokát, iora legal, advokátní kancelář s.r.o., Novodvorská 14, 142 00 Praha

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