



UOHSX001KMWB

## PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R132,133/2009/VZ-1603/2010/310/EKu

V Brně dne: 2. února 2010

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 1.9.2009 zadavatelem

- Českou republikou - Ministerstvem obrany, IČ 60162694, se sídlem Tychonova 1, 160 00 Praha, jehož jménem jedná MUDr. Martin Barták, ministr,

a rozkladu podaném dne 1.9.2009 navrhovatelem

- společností UNICO MODULAR, a. s., IČ 25540734, se sídlem Nádražní 1136, 763 12 Vizovice, (do 25.9.2009 podnikající pod obchodní firmou "UNIKO ZLÍN, a.s.") jejímž jménem jedná Ing. Dušan Rudy, předseda představenstva, ve správním řízení zastoupené JUDr. Jiřím Stránským, advokátem se sídlem Jandova 8, 190 00 Praha,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 13.8.2009, č.j. ÚOHS-S034/2006/VZ-9467/2009/520/EMa, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – České republiky – Ministerstva obrany při zadávání veřejné zakázky „Kontejner ISO C - nákup“, zadávané v otevřeném řízení podle § 25 odst. 2 písm. a) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jehož oznámení bylo zveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 26.9.2005 pod evidenčním číslem 50012814, jehož dalším účastníkem je

- vybraný uchazeč – společnost DAHER KARBOX, s. r. o., IČ 26002370, se sídlem Havlíčkova 648, 508 01 Hořice, za niž jedná Ing. Jiří Stříteský, jednatel,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, ustavené podle § 152 odst. 3 téhož zákona, s přihlédnutím k ustanovení § 90 odst. 1 písm. b) téhož zákona rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 13. 8. 2009, č.j. ÚOHS-S034/2006/VZ-9467/2009/520/EMa,

**r u š í m**

a věc

**v r a c í m**

k novému projednání Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže.

## **ODŮVODNĚNÍ**

### **I. Zadávací řízení, správní řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže a řízení před správními soudy**

1. Zadavatel – Česká republika - Ministerstvo obrany, IČ 60162694, se sídlem Tychonova 1, 160 00 Praha, za něj jedná MUDr. Martin Barták, ministr (dále jen „zadavatel“), uveřejnil podle § 84 odst. 1 písm. a) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“) v informačním systému o veřejných zakázkách dne 26.9.2005 pod evidenčním číslem 50012814 oznámení otevřeného zadávacího řízení na veřejnou zakázku s názvem „Kontejner ISO C - nákup“. Pozn.: pokud je v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění platné v době provedení úkonu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“ nebo „orgán dohledu“) nebo v době provedení jednotlivých úkonů účastníků řízení.
2. Úřad obdržel dne 2.2.2006 návrh uchazeče UNIKO ZLÍN, a. s., IČ 25540734, se sídlem Nádražní 1136, 763 12 Vizovice, (od 25.9.2009 podnikající pod obchodní firmou "UNICO MODULAR, a.s.") za niž jedná Ing. Dušan Rudy, předseda představenstva, ve správním řízení zastoupena JUDr. Jiřím Stránským, advokátem se sídlem Jandova 8, 190 00 Praha 9 (dále jen „navrhovatel“) na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, neboť jeho námitkám vzneseným proti zadávacím podmínkám zadavatel nevyhověl. Ke dni podání návrhu tedy Úřad zahájil správní řízení, za jehož účastníky označil zadavatele, navrhovatele a uchazeče, kterému byla veřejná zakázka přidělena – Ing. Stanislava Kláta, nyní společnost DAHER KARBOX, s. r. o., IČ 26002370, se sídlem Havlíčkova 648, 508 01 Hořice, za niž jedná Ing. Jiří Stříteský, jednatel (dále jen „vybraný uchazeč“).

3. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 20.3.2006 rozhodnutí č. j. S034/2006/DO-0246/2006/550/VŠ, jímž správní řízení zastavil, neboť ze strany zadavatele neshledal porušení zákona. Uvedené rozhodnutí napadl navrhovatel rozkladem, o němž předseda Úřadu rozhodl dne 21.6.2006 rozhodnutím č. j. 3R 037/06-Fr tak, že prvostupňové rozhodnutí potvrdil a podaný rozklad zamítl. Připustil, že zadavatel sice svou odpovědí na žádost o dodatečné informace hodnoty požadovaných hmotností pro chladicí dvoukomorové kontejnery změnil, avšak dospěl k závěru, že k takovému postupu jej ust. § 52 odst. 1 a 2 zákona opravňuje. Citované ustanovení orgán dohledu vyložil tak, že zadavatel má povinnost dodatečnou informaci poskytnout všem subjektům, o nichž mu je známo, že zvažují podání nabídky, což také zadavatel učinil. Relevantním dokladem zájmu podat nabídku je pro zadavatele vyžádání zadávací dokumentace. Navrhovatel si ji však opatřil od jiného subjektu, a tím se vystavil riziku, že se o případných změnách nedozví včas. Úřad taktéž dospěl k závěru, že (navzdory tvrzení navrhovatele) kontejnery nabízené oběma hodnocenými uchazeči splnily podmínku podle ČSN ISO 1496-2, což vyplývá jednak z předložených nabídek, jednak z příslušných osvědčení vydaných Českým lodním a průmyslovým registrem pro tento typ kontejnerů.
4. Zadavatel následně s vybraným uchazečem uzavřel smlouvy na plnění předmětu veřejné zakázky, a to jednak kupní smlouvu na 43 ks chladících dvojkomorových kontejnerů ISO 1C, s možností požadovat poskytnutí dodávky dalších 20 ks těchto kontejnerů, jednak kupní smlouvu na nákup 274 ks kontejnerů řady ISO 1C ve skladovací variantě A, typ 5406, s možností požadovat poskytnutí dodávky dalších 106 ks uvedených kontejnerů.
5. Navrhovatel podal dne 25.7.2006 žalobu proti rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 21. 6. 2006, č. j. 3R 037/06-Fr, a domáhal se, aby toto rozhodnutí i rozhodnutí prvostupňové bylo zrušeno. Krajský soud v Brně svým rozsudkem ze dne 14.6.2007, sp. zn. 62 Ca 28/2006 (dále jen „rozsudek krajského soudu“), obě výše uvedená rozhodnutí zrušil, neboť postup zadavatele (aprobovaný Úřadem), který po prvním zpřístupnění zadávací dokumentace tuto posléze změnil, nepovažoval za přijatelný. V odůvodnění svého rozsudku krajský soud uvedl, že změna zadávacích podmínek v průběhu zadávacího řízení může způsobit faktickou eliminaci nabídek těch dodavatelů, kteří se nehodlali o veřejnou zakázku ucházet za podmínek vyplývajících z původní zadávací dokumentace. Změna zadávací dokumentace prostřednictvím poskytnutí dodatečných informací podle ust. § 52 odst. 1 zákona tak není možná. Současně dodal, že ačkoli naposledy citované ustanovení nezakazuje změnu zadávací dokumentace, zadavatel nevysvětloval nejasnosti původní zadávací dokumentace, ani pouze neupřesňoval údaje v ní obsažené, ale tyto údaje měnil. Změnu však nemohl provést postupem podle ust. § 52 zákona, i když jej formálně dodržel.
6. Proti rozsudku krajského soudu podal orgán dohledu kasační stížnost k Nejvyššímu správnímu soudu, který ji však svým rozsudkem ze dne 12.5.2008, sp. zn. 5 Afs 131/2007, zamítl. Ačkoli se Nejvyšší správní soud plně neztotožnil s kategorickým výsledkem krajského soudu, považoval taktéž provedenou změnu zadávací dokumentace za nepřijatelnou. Podle názoru Nejvyššího správního soudu zadavatel nemusí při změně předmětu zakázky po jejím zadání nezbytně vyhlašovat

veřejnou zakázku novou, pokud jsou předem stanovena jasná pravidla pro přijetí možné změny. Změnu je však nutné uskutečnit takovým způsobem, který by byl v souladu se zásadami nediskriminace účastníků, a tedy je zadavatel povinen při změně zadávací dokumentace buď vyhlásit zadávací řízení nové, nebo změnu oznámit stejnou formou, jakou vyhlásil veřejnou zakázku, a to za dodržení stejných podmínek, zejména lhůt. V konkrétním případě byl postup zadavatele, který oznámil změnu zadávací dokumentace dodavatelům 15 dnů před uplynutím lhůty pro podání nabídek, ale tuto lhůtu neprodloužil alespoň na minimální, zákonem požadovanou délku, netransparentní, neboť některým potenciálním uchazečům byla tímto postupem účast v zadávacím řízení znemožněna.

7. Na základě výše uvedených rozsudků předseda Úřadu svým rozhodnutím ze dne 15.12.2008, č. j. R037/2006/03-25605/2008/310-AS, rozhodnutí Úřadu ze dne 20. 3. 2006, č. j. S034/2006/DO-0246/2006/550/VŠ, zrušil a věc mu vrátil k novému projednání a zavázal orgán dohledu právním názorem vysloveným v obou citovaných rozsudcích.

## **II. Napadené rozhodnutí**

8. Veden právním názorem rozsudků krajského a Nejvyššího správního soudu, vydal Úřad dne 13.8.2009 rozhodnutí č.j. ÚOHS-S034/2006/VZ-9467/2009/520/Ema (dále jen „napadené rozhodnutí“), kterým rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona tím, že nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky podle § 48 odst. 1 zákona, čímž porušil zásadu transparentnosti zadávacího řízení stanovenou v § 25 odst. 1 zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a byla uzavřena smlouva na realizaci veřejné zakázky. Za uvedený správní delikt Úřad zadavateli uložil pokutu ve výši 50 000,- Kč, splatnou do dvou měsíců ode dne nabytí právní moci. Současně uložil zadavateli nahradit náklady řízení ve výši 1 000,- Kč podle § 79 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“).
9. Orgán dohledu v odůvodnění citovaného rozhodnutí mj. označil zadávací dokumentaci za nejdůležitější dokument, na jehož základě uchazeči zpracovávají své nabídky. Zadávací dokumentace musí obsahovat požadavky a technické podmínky v takovém rozsahu, aby byla úplná a správná, a zároveň, aby byla jasná, srozumitelná, určitá a podrobná tak, aby si uchazeči mohli udělat představu, co je předmětem veřejné zakázky, jaké jsou parametry poptávaného zboží, a aby mohli podat vzájemně porovnatelné nabídky. V šetřeném případě zadavatel uvedl v zadávací dokumentaci jinou hmotnost poptávaných kontejnerů, než jako posléze uvedl v odpovědi na žádost o dodatečné informace k zadávací dokumentaci. Zadavatel sice může přistoupit k poskytnutí upřesňujících informací, avšak musí přitom dodržet zásadu transparentnosti a nediskriminace. To v přezkoumávaném případě splněno nebylo, protože zadavatel institutu dodatečných informací využil nikoli k doplnění zadávací dokumentace, ale k nápravě chybného postupu při vymezení předmětu veřejné zakázky. Důkazem toho je formulace dodatečné informace ze dne 16.11.2005, v níž zadavatel uvedl, že „...u dvoukomorového chladícího kontejneru nelze trvat na maximálních hmotnostních zátěžích

uplatňovaných u skladovacích a jednokomorových chladících kontejnerů. Výpočet minimální užitečné hmotnosti v tomto případě byl chybný. Nelze minimálně stanovit 18 000 kg.“ Navíc zadavatel změnil zadávací dokumentaci podstatně, ale adekvátně neprodloužil lhůtu pro podání nabídek, což mohlo mít vliv na jejich počet a kvalitu. Nelze totiž vyloučit, že by po transparentním uveřejnění změn nedošlo k podání více nabídek, a to dokonce výhodnějších, než byla nabídka vybraného uchazeče. Orgán dohledu se vyjádřil také k namítané spolupráci vybraného uchazeče na jiných projektech zadavatele, která měla vést k jeho zvýhodnění. Dospěl k závěru, že tato spolupráce zvýhodnění automaticky nezakládá. Stejně tak konstatoval, že (navzdory tvrzení navrhovatele) kontejnery nabízené oběma hodnocenými uchazeči splnily podmínku podle ČSN ISO 1496-2, což vyplývá z předložených nabídek, a tedy nenastal důvod k jejich vyřazení.

10. Pokud jde o uloženou pokutu, uvedl Úřad, že horní hranice možné pokuty (5% z ceny veřejné zakázky) činila 3 011 354,50 Kč. Při úvaze o výši pokuty orgán dohledu přihlédl jednak ke stupni závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán (§ 105 odst. 1 zákona), jednak ke skutečnosti, že porušení zásady transparentnosti zadávacího procesu nevykazuje znaky úmyslného obcházení zákona, a to zejména proto, že k uzavření smluv došlo teprve na základě druhostupňového rozhodnutí orgánu dohledu. V této souvislosti orgán dohledu uvedl, že pokuta uložená zadavateli za spáchaný správní delikt má naplnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní a současně funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona a navozování chování, které je v souladu se zákonem. Po uvážení všech argumentů Úřad preferoval preventivní charakter uložení sankce a stanovenou výši pokuty vzhledem k souvislostem případu shledal jako přiměřenou. Závěrem odůvodnění napadeného rozhodnutí se orgán dohledu vyjádřil také k uložené povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení, které porušením právních povinností vyvolal, a to poukazem na § 79 odst. 5 správního řádu a § 6 odst. 1 vyhlášky č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení, ve znění pozdějších předpisů.

### III. Námitky rozkladů

11. Zadavatel se v podaném rozkladu odvolává na dosud podaná vyjádření a trvá na tom, že postupoval v souladu se zákonem. Shrnuje průběh správního řízení, tj. obsah rozhodnutí orgánu dohledu ze dne 20.3.2006, č. j. S034/2006/DO-0246/2006/550/VŠ, a rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 21.6.2006, č. j. 3R 037/06-Fr, podle kterých se neměl dopustit žádného pochybení. Uvádí, že na podkladě výsledku správního řízení uzavřel dne 12.7.2006 kupní smlouvy na realizaci předmětu veřejné zakázky, a zdůrazňuje, že jinak ani postupovat nemohl, nechtěl-li se dostat do rozporu se zákonem. Dále zadavatel Úřadu vytýká, že se nevypořádal s požadavky uvedenými v rozsudcích krajského a Nejvyššího správního soudu. Uvádí, že se orgán dohledu musí vypořádat s důsledky prvostupňového rozhodnutí ze dne 20.3.2006, č. j. S034/2006/DO-0246/2006/550/VŠ, a rozhodnutí o rozkladu ze dne 21.6.2006, č. j. 3R 037/06-Fr, která případ posoudila s naprosto protichůdným výsledkem než napadené rozhodnutí. Uložení pokuty proto zadavatel považuje za

přínejmenším rozporuplné. Zadavatel je proto přesvědčen, že by se Úřad měl vypořádat se svojí částečnou odpovědností za výsledek sporu a potažmo i s odpovědností za škodu, neboť kdyby již v rozhodnutích ze dne 20.3.2006, č. j. S034/2006/DO-0246/2006/550/VŠ, a ze dne 21.6.2006, č. j. 3R 037/06-Fr, shledal porušení zákona, mohla být náprava provedena okamžitě.

12. Co se týče výše uložené pokuty, připouští zadavatel, že byla uložena na samé dolní hranici možné výše, přesto ji však považuje za nepřiměřeně vysokou. Vzhledem k okolnostem celého případu nabyl přesvědčení, že plní pouze represivní funkci a žádné atributy funkce preventivní nevykazuje (v rozporu s rozsudkem Nejvyššího správního soudu). Existence dřívějších rozhodnutí orgánu dohledu, jimiž byl postup zadavatele shledán v souladu se zákonem, nebyla zohledněna dostatečně.
13. Zadavatel dále odmítá, že došlo ke změně zadávací dokumentace. Změna parametru „užitečná hmotnost“ směrem dolů může vést ke třem situacím, které zadavatel v podaném rozkladu blíže rozvádí, avšak žádná z nich podle jeho názoru nezvyšuje pracnost a složitost zpracování nabídky v té míře, v jaké ji namítá navrhovatel. Podle názoru zadavatele soud jeho pochybení nalézá výkladem neurčitých pojmů, se kterými se zákon nevypořádává. Vzhledem k tomu, že použití jiných než neurčitých pojmů zákonodárcem by vedlo k nefunkčnosti zákona, měl by být výklad zákona správními soudy co nejužší. To však není zřejmé.
14. Zadavatel proto navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí opětovně přezkoumal a zrušil nebo změnil s tím, že rozhodne o neuložení pokuty za správní delikt, případně uloženou pokutu alespoň sníží s ohledem na dobrou víru zadavatele, kterou byl tento při uzavření kupních smluv veden.
15. Navrhovatel se ve svém rozkladu plně ztotožňuje s konstatováním o spáchání správního deliktu, avšak výši uložené pokuty považuje za nepřiměřeně nízkou, neřkuli pouze symbolickou. Poukazuje na horní hranici, v jaké mohla pokuta vůbec být uložena, a na skutečnost, že uložená pokuta představuje pouze 0,083 % z ceny veřejné zakázky. S odkazem na §§ 25 a 105 zákona trvá na tom, že byla porušena jedna ze stěžejních zásad zadávacího řízení a že porušení takového rázu není vhodné sankcionovat pouze symbolickou pokutou, zvláště pak, mohl-li postup zadavatele podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Symbolická pokuta není odůvodněna ani tím, že ze strany zadavatele nedošlo k úmyslnému obcházení zákona, ani tím, že při podpisu smluv postupoval v dobré víře. Navrhovatel proto nepřijímá argumentaci zadavatele o tom, že k uzavření smluv přistoupil teprve poté, co byl jeho postup aprobován orgánem dohledu (na základě rozhodnutí ze dne 20.3.2006, č. j. S034/2006/DO-0246/2006/550/VŠ, a ze dne 21.6.2006, č. j. 3R 037/06-Fr), a zdůrazňuje, že on sám se se svým protichůdným názorem na věc musel obrátit nejprve na orgán dohledu a posléze i na soud, aby mu bylo dáno za pravdu. Navrhovatel má tedy zato, že výše pokuty odporuje zásadám správního trestání, neboť pokuta nezajišťuje naplnění všech jeho funkcí a představuje vybočení z diskreční pravomoci správního orgánu.
16. V další části rozkladu navrhovatel připomíná, že dne 27.7.2007 podal předsedovi Úřadu návrh na vydání předběžného opatření ve formě zákazu plnění z předmětné

smlouvy, jemuž bylo rozhodnutím ze dne 31.10.2007, č. j. R037/2006/03-19723/2007/301-KK, vyhověno. Navrhovatel upozorňuje na možnost Úřadu uložit zákaz plnění z uzavřených smluv (§ 101 odst. 2 zákona) i v napadeném rozhodnutí a na skutečnost, že zákonné podmínky pro takový postup byly naplněny. Přesto však orgán dohledu zákaz plnění z uzavřených smluv zadavateli neuložil.

17. Navrhovatel požaduje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil orgánu dohledu k novému projednání.
18. Navrhovatel se rovněž vyjádřil k rozkladu zadavatele. Otázku jakékoli případné spoluodpovědnosti považuje za zcela bezpředmětnou, neboť zákon ji nezná a naopak jasně stanoví, kdo je osobou odpovědnou za spáchání deliktu. Všechny znaky skutkové podstaty správního deliktu ostatně byly naplněny. K námitkám zadavatele, že ke změně zadávací dokumentace nedošlo, odkazuje navrhovatel na rozsudek Nejvyššího správního soudu, z jehož odůvodnění cituje opačné závěry. K uložené pokutě uvádí, že ji považuje za nepřiměřeně nízkou a nereflektující závažnost deliktního jednání spočívajícího v porušení stěžejních zásad zadávacího řízení.

#### **IV. Řízení o rozkladech**

19. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 správního řádu a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.
20. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí ustavenou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
21. Úřad tím, že svým rozhodnutím ze dne 13.8.2009, č.j. ÚOHS-S034/2006/VZ-9467/2009/520/EMa rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona tím, že nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky podle § 48 odst. 1 zákona, čímž porušil zásadu transparentnosti zadávacího řízení stanovenou v § 25 odst. 1 zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a byla uzavřena smlouva na realizaci veřejné zakázky, rozhodl správně a v souladu se zákonem.
22. Pokud však jde o výši pokuty, která byla napadeným rozhodnutím za uvedený správní delikt uložena, dospěl jsem k pochybnostem, zda lze její výši považovat za přiměřenou závažnosti správního deliktu, zejména způsobu jeho spáchání a jeho následkům a okolnostem, za nichž byl spáchán. Z uvedeného důvodu jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a jeho vrácení orgánu dohledu k novému projednání, neboť současná právní úprava obsažená ve správním řádu mi nedovoluje napadené rozhodnutí změnit, pokud se tím plně nevyhoví všem rozkladům a jestliže tím nemůže být způsobena újma žádnému z účastníků, ledaže s tím všichni, jichž se to týká, vyslovili souhlas (což se však v daném případě nestalo).

V odůvodnění tohoto rozhodnutí současně vyslovuji právní názor, jímž je Úřad při novém projednání věci vázán.

## **V. K námitkám rozkladů**

23. Zadavatel v podaném rozkladu opětovně nesouhlasí se závěrem orgánu dohledu, podle něhož nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky tak, jak požaduje § 48 odst. 1 zákona, a to konkrétně tím, že prostřednictvím dodatečně poskytnutých informací podle § 52 zákona nepřípustně změnil parametry poptávaného předmětu plnění, čímž porušil zásadu transparentnosti zadávacího řízení stanovenou v § 25 odst. 1 zákona a jeho postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
24. K tomu a k otázce viny v prvé řadě uvádím, že zadavatel ve svém rozkladu v zásadě pouze opakuje skutečnosti a argumenty, které již vznesl v prvostupňovém řízení a v řízení o žalobě a kasační stížnosti a se kterými se nejen orgán dohledu, ale především krajský a Nejvyšší správní soud dostatečně a přesvědčivě vypořádali. Nadto, i kdyby zadavatel v této fázi řízení svou argumentaci rozšířil (což nečiní), stěží by ji mohl Úřad reflektovat po vydání rozsudků soudů, neboť právními názory obsaženými v těchto rozsudcích je vázán. Ze stejného důvodu je bezpředmětná i polemika, jakým způsobem měly soudy relevantní ustanovení zákona vyložit.
25. S ohledem na výše uvedené jsem tedy neshledal důvody pro změnu výroku o spáchání správního deliktu. Není pochyb o tom, že si zadavatel byl vědom uvedení nesprávných údajů v zadávací dokumentaci. Změna zadávací dokumentace sice není zákonem výslovně zakázána, nicméně nemůže k ní dojít postupem podle § 52 odst. 1 zákona (a to dokonce ani při zachování tam uvedené lhůty), neboť tímto způsobem mohou být toliko vysvětlovány nejasnosti, které by z jejího obsahu mohly vyplývat, či upřesňovány údaje v zadávací dokumentaci obsažené, které pro svoji nekonkrétnost brání řádnému zpracování nabídky. Jak uvedl Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku, má-li zadavatel dostát zásadě nediskriminace účastníků, je povinen při změně zadávací dokumentace buď vyhlásit řízení nové nebo oznámit změnu zadávací dokumentace takovým způsobem, aby nebyli diskriminováni žádní potenciální dodavatelé, tedy oznámit změnu zadávací dokumentace (tedy celé veřejné zakázky) stejnou formou, jakou ji sám vyhlásil, a to za dodržení stejných podmínek, zejména zákonem stanovených lhůt. V šetřeném případě spočívalo jádro zadavatelova pochybení ve skutečnosti, že změnu zadávací dokumentace nespojil s prodloužením lhůty pro podání nabídek, čímž mohl nejen omezit počet uchazečů o veřejnou zakázku a podaných nabídek, ale v konečné fázi i podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit podání výhodnější nabídky, než byla nabídka podaná vybraným uchazečem.
26. Jakkoli není pochyb o tom, že zadavatel spáchal výše uvedený správní delikt, důvodem zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci orgánu dohledu k novému projednání je způsob odůvodnění výše uložené pokuty. Z podaných rozkladů je zřejmé, že právě výše pokuty je předmětem sporu mezi zadavatelem (který žádá, aby od jejího uložení Úřad upustil, eventuelně, aby tuto pokutu snížil) a



navrhovatelem (který ji naopak považuje za nepřiměřeně nízkou a toliko symbolickou).

27. V přezkoumávaném případě tak naproti sobě stojí jednak stanovisko zadavatele, že uzavřel smlouvy v dobré víře ve správnost svého postupu (viz několikrát zmiňovaná rozhodnutí Úřadu ze dne 20.3.2006, č. j. S034/2006/DO-0246/2006/550/VŠ, a ze dne 21. 6. 2006, č. j. 3R 037/06-Fr), jejichž zákonnost byla vyvrácena teprve krajským a Nejvyšším správním soudem na základě podané žaloby a kasační stížnosti, jednak stanovisko navrhovatele, které poukazuje na porušení základních zásad zadávacího řízení (tj. transparentnosti a nediskriminace), jež nemohou být sankcionovány pouhou symbolickou pokutou, představující zanedbatelný zlomek pokuty maximální.
28. Jak vyplývá z napadeného rozhodnutí, orgán dohledu v části odůvodnění týkající se uložené pokuty nejprve pouze v obecné rovině citoval relevantní ustanovení právních předpisů, dále popsal skutek, jímž byl správní delikt spáchán, vysvětlil, proč má zato, že předmětné porušení zákona mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, posoudil, zda nevypršela prekluzivní lhůta pro uložení pokuty, uvedl horní hranici výše pokuty a popsal dvě základní funkce, které má pokuta plnit (tj. funkci preventivní a funkci represivní). V konkrétní rovině však orgán dohledu k uložené pokutě pouze na jedné straně konstatoval, že se zadavatel nedopustil úmyslného obcházení zákona, na straně druhé vzal jako přitěžující okolnost v úvahu to, že došlo k porušení základní zásady zadávacího procesu.
29. Uložená pokuta skutečně představuje zanedbatelný podíl z ceny veřejné zakázky, a tedy nesporně plní preventivní funkci, není ale na první pohled zcela patrné, zda orgán dohledu vůbec reflektoval existující přitěžující okolnosti a zda je vůbec, v rámci represivní funkce pokuty, promítl do její výše. Odůvodnění výše sankce tak, jak jej pojal orgán dohledu, tedy považuji za poměrně obecné a toliko rekapitulační, a především nevyčerpávající všechna kritéria uvedená v § 105 odst. 1 zákona, na která orgán dohledu sám odkázal. Úřad byl při ukládání sankce povinen se zabývat všemi hledisky, která mu zákon předkládá, a podrobně a přesvědčivě odůvodnit, ke kterému hledisku přihlédl, a navíc podrobně odůvodnit, jaký vliv mělo toto hledisko na konečnou výši pokuty. Výše uložené pokuty tak musí být zdůvodněna způsobem nepřipouštějícím rozumné pochyby o tom, že právě zvolená výše odpovídá konkrétním okolnostem individuálního případu, neboť dostatečné a přesvědčivé odůvodnění správního rozhodnutí patří mezi základní principy správního rozhodování.
30. Vzhledem k tomu, že jsem odůvodnění napadeného rozhodnutí neshledal jako dostatečně přesvědčivé a zohledňující všechny aspekty zadavatelova jednání a že jsem tím pádem nabyl pochybnosti o tom, zda by v případném soudním přezkumu obstálo z hlediska přezkoumatelnosti, přistoupil jsem k jeho zrušení a k vrácení věci orgánu dohledu k novému projednání. Při tomto novém projednání se bude orgán dohledu především zabývat naplněním všech kritérií uvedených v § 105 odst. 1 zákona, stejně jako všemi polehčujícími a přitěžujícími okolnostmi.
31. Co se týče zákazu plnění z uzavřené smlouvy, k jehož uložení orgán dohledu nepřistoupil, k rozkladu navrhovatele uvádím, že navrhovatel v podaném rozkladu

s postupem orgánu dohledu polemizuje pouze v obecné rovině, avšak neuvádí žádné konkrétní důvody pro uložení zákazu plnění uzavřené smlouvy. Pouhé konstatování, že pro něj byly splněny zákonné podmínky, nelze považovat za dostačující, a to i s ohledem na § 89 odst. 2 správního řádu, podle něhož orgán rozhodující o odvolání (zde rozkladu) správnost napadeného rozhodnutí přezkoumává jen v rozsahu námitek uvedených v odvolání, jinak jen tehdy, vyžaduje-li to veřejný zájem. Dále je třeba mít na paměti, že institut zákazu plnění z uzavřené smlouvy je významným zásahem do smluvních vztahů, který jinak v zásadě přísluší jen soudům (např. v řízení o neplatnosti smlouvy). Zejména proto, že se vztahuje nejen na závazek dodat zboží, ale i na další závazky ze smlouvy vzniklé (např. záruka na vady), měl by být zákaz plnění z uzavřené smlouvy používán jen ve výjimečných a zvláště odůvodněných situacích, přičemž posouzení jejich existence přísluší orgánu dohledu v rámci správního uvážení (ustanovení § 101 odst. 2 zákona hovoří pouze o možnosti orgánu dohledu uložit zákaz plnění z uzavření smlouvy, nikoli o povinnosti jej uložit v každém rozhodnutí). Jelikož se ale prvostupňové rozhodnutí ruší, nic nebrání orgánu dohledu, aby se při novém projednání věci znovu možností uložení zákazu plnění z uzavřené smlouvy zabýval.

## **VI. Závěr**

32. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že napadené rozhodnutí bylo zatíženo vadami majícími vliv na jeho zákonnost a přezkoumatelnost, jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro jeho zrušení a pro vrácení věci k novému rozhodnutí orgánu dohledu.
33. Vzhledem k výše uvedenému jsem rozhodl tak, jak je ve výroku uvedeno.

## **POUČENÍ**

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
předseda  
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

### **Obdrží:**

1. Ministerstvo obrany, Tychonova 1, 160 00 Praha
2. JUDr. Jiří Stránský, advokát, Jandova 8, 190 00 Praha 9
3. DAHER KARBOX, s. r. o., Havlíčkova 648, 508 01 Hořice

### **Vypraveno dne:**

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