



UOHSX003RPGH

## PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R31,176/2011/VZ-14201/2011/310/JSI

V Brně dne: 21. září 2011

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 8. 2. 2011 podaném zadavatelem –

- **městem Žamberk**, IČ 00279846, se sídlem Masarykovo náměstí 166, 564 01 Žamberk, zastoupeným Jiřím Dytrtem, starostou, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 15. 4. 2010 Mgr. Milanem Šebestou, advokátem se sídlem MT Legal s. r. o., advokátní kancelář, Jakubská 1, 602 00 Brno,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S191/2010/VZ-19182/2010/540/IMa ze dne 25. 1. 2011 ve věci spáchání správního deliktu zadavatelem – městem Žamberk, IČ 00279846, se sídlem Masarykovo náměstí 166, 564 01 Žamberk, při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Regenerace a revitalizace veř. prostranství včetně veř. zeleně a parkovacích ploch – pěší zóna Žamberk – dodavatel stavby II**“, zadávané na základě výzvy k podání nabídky ze dne 5. 10. 2009 ve zjednodušeném podlimitním řízení podle § 38 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

a o rozkladu ze dne 9. 8. 2011 podaném označeným zadavatelem proti opravnému rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S191/2010/VZ-11539/2010/540/IMa ze dne 25. 7. 2011, jehož dalším účastníkem je vybraný uchazeč –

- společnost **TESTA s. r. o.**, IČ 601 09 360, se sídlem Šedivská 838, 561 51 Letohrad, za níž jedná Miloš Pospíšil, jednatel,

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

I.

Opravné rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S191/2010/VZ-11539/2010/540/IMa ze dne 25. 7. 2011

**potvrzují**

a podaný rozklad

**zamítám.**

II.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S191/2010/VZ-19182/2010/540/IMa ze dne 25. 1. 2011 ve znění opravného rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S191/2010/VZ-11539/2010/540/IMa ze dne 25. 7. 2011

**potvrzují**

a podaný rozklad

**zamítám.**

## ODŮVODNĚNÍ

### I. Zadávací řízení a správní řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“ nebo „**orgán dohledu**“) jako orgán příslušný dle ust. § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“), obdržel podnět k přezkoumání postupu zadavatele – města Žamberk, IČ 00279846, se sídlem Masarykovo náměstí 166, 564 01 Žamberk (dále jen „**zadavatel**“), při zadávání veřejné zakázky „Regenerace a revitalizace veř. prostranství včetně veř. zeleně a parkovacích ploch – pěší zóna Žamberk – dodavatel stavby II“ zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy ze dne 5. 10. 2009 (dále jen „**veřejná zakázka**“).<sup>1</sup>
2. Po přezkoumání dokumentace veřejné zakázky získal Úřad pochybnosti, zda zadavatel postupoval při posouzení a hodnocení nabídek v souladu s ust. § 76 odst. 1 a s ust. § 76 odst. 6 zákona, tedy zda hodnotící komise posoudila nabídku společnosti AGILE spol. s r. o., IČ 15030741, se sídlem Mírové náměstí 133, 562 01 Ústí nad Orlicí (dále jen „**vyloučený**“).

---

<sup>1</sup> Pokud je v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění platné v době provedení úkonu Úřadu nebo v době provedení jednotlivých úkonů účastníků řízení.

uchazeč“) z hlediska splnění zákonných požadavků a požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách a z hlediska toho, zda uchazeč nepodal nepřijatelnou nabídku podle ust. § 22 odst. 1 písm. d) zákona v souladu se zákonem, a zda zadavatel při zadání veřejné zakázky postupoval v souladu s ust. § 74 odst. 8 zákona v návaznosti na ust. § 74 odst. 7 zákona, tedy zda člen hodnotící komise nebyl ve vztahu k veřejné zakázce podjatý. Z uvedeného důvodu Úřad z moci úřední zahájil ke dni 9. 7. 2010 správní řízení ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem, za jehož účastníky označil zadavatele a uchazeče, jehož nabídka byla vybrána jako nejvhodnější – společnost TESTA, s. r. o., IČ 60109360, se sídlem Šedivská 838, 561 51 Letohrad, (dále jen „**vybraný uchazeč**“).

3. V průběhu správního řízení obdržel Úřad rovněž podání od Policie České republiky, které mimo jiné obsahovalo kopii smlouvy o dílo uzavřenou mezi vybraným uchazečem a vyloučeným uchazečem (dále jen „**subdodavatelská smlouva**“), kopii příkazní smlouvy uzavřenou dne 10. 1. 2008 mezi vybraným uchazečem a předsedou hodnotící komise Ing. Ryanem Strnadem, a kopii příkazní smlouvy uzavřenou dne 2. 1. 2009 mezi vybraným uchazečem a Ing. Ryanem Strnadem. Tyto nové skutečnosti ve správním řízení, které byly obsahem podání od Policie České republiky, oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-S191/2010/VZ-17162/2010/540/IMa ze dne 16. 11. 2010.

## II. Napadená rozhodnutí

### Meritorní rozhodnutí

4. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 25. 1. 2011 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S191/2010/VZ-19182/2010/540/IMa (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), jímž rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v ust. § 76 odst. 1 zákona, když hodnotící komise vyřadila nabídku vyloučeného uchazeče, i když ta splňovala zákonné požadavky i požadavky uvedené zadavatelem v zadávací dokumentaci a nebyla nabídkou nepřijatelnou podle ust. § 22 odst. 1 písm. d) citovaného zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky (výrok I. napadeného rozhodnutí), a dále se dopustil správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v ust. § 74 odst. 7 zákona, když jmenoval do hodnotící komise osobu, která byla ve vztahu k veřejné zakázce podjatá a podílela se na hodnocení nabídek, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a na tuto veřejnou již zakázku byla dne 19. 11. 2009 uzavřena smlouva (výrok II. napadeného rozhodnutí), za což mu uložil pokutu ve výši 250 000 Kč (výrok III. napadeného rozhodnutí).
5. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad po citaci ust. § 6, § 44 odst. 1 a § 76 odst. 1 zákona a bodu 3. výzvy k podání nabídek k vyřazení nabídky vyloučeného uchazeče uvedl, že pokud vyloučený uchazeč postupoval v souladu s bodem 3. výzvy a termín zahájení plnění veřejné zakázky stanovil na 2. 11. 2009, čímž vyhověl podmínce zadavatele (zahájení plnění veřejné zakázky v termínu listopad – prosinec 2009), nemohla být jeho nabídka vyřazena z důvodu předpokládaného v ust. § 22 odst. 1 zákona. K námitce zadavatele, že vyloučený uchazeč finálně koncipoval svoji nabídku ke dni 20. 10. 2009 a že mu z toho důvodu muselo být zřejmé, že při zachování všech zákonných lhůt nemůže být plnění veřejné zakázky

zahájeno ke dni 2. 11. 2009, Úřad uvedl, že termín pro jednání hodnotící komise byl stanoven na 23. 10. 2009, přičemž podle ust. § 110 odst. 8 zákona se může zájemce či uchazeč písemně vzdát práva na podání námitek proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky nebo proti rozhodnutí zadavatele o jeho vyloučení z účasti v zadávacím řízení. V takovém případě platí, že lhůta pro podání námitek ve vztahu k tomuto zájemci či uchazeči uplynula a pokud by se práva na podání námitek vzdali všichni uchazeči, mohl by být dodržen termín zahájení plnění veřejné zakázky ke dni 2. 11. 2009. Obdobně vybraný uchazeč ve své nabídce uvedl termín zahájení prací ke dni 16. 11. 2009 a termín předání díla ke dni 15. 12. 2009, tedy 56 týdnů. Pokud by některý z uchazečů využil svého práva a podal námítky proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, kterým by zadavatel nevyhověl, a následně k Úřadu podal návrh na přezkoumání úkonů zadavatele, nesměl by zadavatel za podmínek stanovených v ust. § 111 odst. 5 zákona v rámci předmětné veřejné zakázky po dobu 45 dnů uzavřít smlouvu a obdobně ani vybraný uchazeč by nerealizoval veřejnou zakázku v termínech potřebných pro poskytnutí dotace. K tomu Úřad dodal, že vybraný uchazeč, stejně jako vyloučený uchazeč, si v návrhu smlouvy stanovili, že v případě nepředvídaných překážek přináležejí zhotoviteli právo požadovat přiměřené prodloužení dodacích lhůt, aniž by objednateli příslušelo právo na slevu, či náhradu škody, a rovněž si v návrhu smlouvy stanovili, že změny předmětu díla či jeho rozsahu mohou být provedeny pouze písemně, a to v souladu se závěrečnými ustanoveními formou dodatku smlouvy. Z uvedeného tedy dle Úřadu vyplývá, že ani nabídka vybraného uchazeče nemusela zajistit dodržení limitního termínu pro dokončení předmětu veřejné zakázky s ohledem na zachování možnosti spolufinancování z prostředků Evropské unie bez využití institutu smluvní pokuty pro dodavatele za pozdní termín plnění veřejné zakázky.

6. Ve vyjádření ze dne 21. 7. 2010 zadavatel rovněž poukazyval na to, že vyloučený uchazeč nepodal námítky proti rozhodnutí zadavatele o jeho vyloučení z účasti v zadávacím řízení, z čehož lze dovodit, že tím své pochybení při konstrukci nabídky nepřimo akceptoval. K tomu Úřad konstatoval, že tato skutečnost není pro posouzení jednání zadavatele relevantní a nelze z ní usuzovat, že zadavatel postupoval v souladu se zákonem. Úřad dále uvedl, že zadavatel rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky dne 30. 10. 2009 a ve stejný den rozhodl zadavatel o vyloučení vyloučeného uchazeče, přičemž dne 11. 12. 2009 podepsal vybraný uchazeč s vyloučeným uchazečem subdodavatelskou smlouvu o dílo, z níž vyplývá, že rozsah plnění smlouvy o dílo plně odpovídá předmětu veřejné zakázky, termín zahájení prací byl ve smlouvě stanoven na 19. 11. 2009 a termín dokončení prací na 15. 10. 2010. Vyloučený uchazeč tedy dle subdodavatelské smlouvy o dílo realizoval rozsah plnění v souladu s projektovou dokumentací k veřejné zakázce vypracovanou projekční kanceláří Chládek a Tintěra, Pardubice a. s., K Vápence 2677, 530 02 Pardubice, č. zakázky 1016/09/007 ve lhůtě 45 týdnů. Z toho dle závěrů Úřadu vyplývá, že zadavatel mohl postupovat obdobně jako v případě vybraného uchazeče, kdy termín zahájení prací byl ve smlouvě o dílo uzavřené mezi vybraným uchazečem a zadavatelem posunut oproti termínu zahájení prací uvedeném v nabídce vybraného uchazeče, a termín zahájení prací vyloučeného uchazeče tedy navrhnout tak, aby došlo ke změně ve prospěch zadavatele a byl dodržen limitní termín pro zajištění možnosti spolufinancování z prostředků Evropské unie. Vzhledem k tomu, že doba plnění veřejné zakázky nebyla předmětem hodnotících kritérií, neměl by tento postup vliv na výběr nejvhodnější nabídky.

7. Ze subdodavatelské smlouvy rovněž vyplývá, že vyloučený uchazeč obdržel za provedené dílo v souladu s projektovou dokumentací k veřejné zakázce od vybraného uchazeče částku ve výši 12 298 950 Kč bez DPH, přičemž v nabídce na realizaci veřejné zakázky uvedl za stejný rozsah prací částku ve výši 10 816 868 Kč bez DPH. K rozhodnutí vyloučeného uchazeče nepodat námitky proti vyloučení z účasti v zadávacím řízení tedy mohla vést i skutečnost, že vybraný uchazeč nabídl vyloučenému uchazeči vyšší částku za předmět plnění, než kterou by obdržel od zadavatele v případě umístění se na prvním místě v zadávacím řízení.
8. Vyloučený uchazeč ve vztahu k hodnotícím kritériím uvedl ve své nabídce následující položky: Výše nabídkové ceny 10 816 868 Kč bez DPH; výše sankce v % z celkové nabídkové ceny za každý den prodlení, za nedodržení termínu dokončení a předání předmětu veřejné zakázky 100 %; délka záruční doby 90 měsíců; splatnost faktur 120 dní. Vybraný uchazeč ve vztahu k hodnotícím kritériím uvedl ve své nabídce následující položky: výše nabídkové ceny 18 151 078 Kč bez DPH; výše sankce v % z celkové nabídkové ceny za každý den prodlení, za nedodržení termínu dokončení a předání předmětu veřejné zakázky 65 %; délka záruční doby 90 měsíců; splatnost faktur 120 dní. Z uvedeného dle závěrů Úřadu vyplývá, že pokud by nabídka vyloučeného uchazeče nebyla vyřazena, umístila by se před nabídkou vybraného uchazeče a dle matematicky spočitatelných hodnotících kritérií by byla hodnocena jako nabídka ekonomicky nejvýhodnější. Úřad dále dodává, že výše nabídkové ceny vyloučeného uchazeče byla nejnižší ze všech 11 nabídek, které zadavatel obdržel, zatímco výše nabídkové ceny vybraného uchazeče byla druhá nejvyšší. Žádný ze zbývajících uchazečů však nenabídl vyšší sankce v % z celkové nabídkové ceny za každý den prodlení, za nedodržení termínu dokončení a předání předmětu veřejné zakázky vyšší než 30 %.
9. K otázce správnosti a úplnosti vymezení předmětu veřejné zakázky Úřad konstatoval, že zadávací dokumentace je rozhodujícím podkladem, na jehož základě dodavatelé zpracovávají své nabídky, a proto zákon ukládá zadavateli vymezení prostřednictvím zadávací dokumentace veškeré podrobnosti předmětu veřejné zakázky nezbytné k tomu, aby dodavatelé mohli řádně zpracovat a podat své nabídky. Podle ust. § 44 odst. 1 zákona za správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá zadavatel, tudíž nepřesné vymezení termínu zahájení plnění veřejné zakázky zadavatelem nemůže být k tíži vyloučeného uchazeče, který nabídku zpracoval v souladu se zadávací dokumentací, a jehož nabídka tedy neměla být vyřazena z další části zadávacího řízení. Vzhledem k tomu, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ust. § 76 odst. 1 zákona, když hodnotící komise vyřadila nabídku jednoho z uchazečů, i když ta splňovala veškeré zákonné požadavky i požadavky uvedené zadavatelem v zadávací dokumentaci a nebyla nabídkou nepřijatelnou podle ust. § 22 odst. 1 písm. d) zákona, Úřad konstatoval, že tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
10. K otázce podjatosti předsedy hodnotící komise Úřad po odkazu na ust. § 74 odst. 7 zákona uvedl, že podle obchodního rejstříku, jednatel vybraného uchazeče Miloš Pospíšil a předseda hodnotící komise Ing. Ryan Strnad byli ke dni podání nabídky vybraného uchazeče společně jednatelé a společníci ve společnostech FVE BS, s. r. o., IČ 27518680, se sídlem Šedivská 838, 561 51, Letohrad, FVE Běla, s. r. o., IČ 28777611, se sídlem Šedivská 838, 561 51, Letohrad, a FVE Bohuňovice s. r. o., IČ 27519619, se sídlem Šedivská 838, 561 51, Letohrad. Z obchodního rejstříku dle Úřadu dále vyplývá, že všichni společníci ve společnostech FVE BS,

s. r. o., IČ 27518680, se sídlem Šedivská 838, 561 51, Letohrad, a FVE Bohuňovice, s.r.o., IČ 27519619, se sídlem Šedivská 838, 561 51, Letohrad, mají zapsáno zástavní právo k obchodnímu podílu společníka ve prospěch společnosti Česká spořitelna, a. s., IČ 45244782, se sídlem Olbrachtova 1929/62, 140 00 Praha, pro pohledávky do celkové výše 470 766 268 Kč. Ačkoliv dle Úřadu z výše uvedeného vyplývá, že předseda hodnotící komise Ing. Ryan Strnad není statutárním orgánem ani společníkem vybraného uchazeče, ze skutečností zjištěných z obchodního rejstříku Úřadem jednoznačně dovedl, že má úzké osobní a obchodní vazby ke statutárnímu orgánu vybraného uchazeče. Dle Úřadu tak lze učinit závěr, že Ing. Ryan Strnad měl zájem na zadání předmětné veřejné zakázky vybranému uchazeči, ze své pozice místostarosty zadavatele mohl ovlivnit stanovení hodnotících kritérií a vzhledem k tomu, že byl předsedou hodnotící komise, mohl rozhodovat o průběhu jednání hodnotící komise a ovlivňovat její. K tomu Úřad dále uvedl, že pracovní, příp. jiný obdobný poměr vyplývá z příkazní smlouvy uzavřené dne 10. 1. 2008 mezi vybraným uchazečem a Ing. Strnadem, která byla uzavřena na dobu určitou do 31. 12. 2008 a dále z příkazní smlouvy uzavřené dne 2. 1. 2009 mezi vybraným uchazečem a Ing. Strnadem, která byla uzavřena na dobu neurčitou s výpovědní lhůtou 6 měsíců. Ze smluv vyplývá, že Ing. Ryan Strnad se těmito smlouvami zavázal, že pro vybraného uchazeče zajistí zejména úkony spojené s účetním, ekonomickým a finančním poradenstvím, zpracováním mzdové agendy a personalistiky včetně zastupování příkazce před orgány státní správy za úplatu. K námitce zadavatele, že hodnocení a posouzení nabídek bylo provedeno pětičlennou hodnotící komisí a i kdyby byla zpochybněna podjatost jediného člena komise, bylo by zachováno kvórum pro jednání a rozhodování nepodjatých členů komise, Úřad uvedl, že ust. § 74 odst. 7 zákona, které upravuje otázky podjatosti, stanoví povinnosti jednotlivým členům hodnotící komise, nikoliv hodnotící komisi jako celku, a je z pohledu tohoto ustanovení irelevantní. Úřad dále poukázal na rozhodnutí Nejvyššího správního soudu, který v rozhodnutí č. j. 1 Afs 45/2010-168 ze dne 15. 9. 2010 s odkazem na interpretaci Krajského soudu v Brně uvedl, že požadavek na transparentnost zadávacího řízení (citace) „není splněn tehdy, pokud jsou v zadavatelově postupu shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele“. Vzhledem k tomu, že předseda hodnotící komise byl ve vztahu k jednomu z uchazečů podjatý, Úřad uzavřel, že postup hodnotící komise a zadavatele vzbuzuje pochybnost ohledně jejich objektivního postupu během zadávacího řízení vůči všem uchazečům.

11. K námitce zadavatele, že případná podjatost jednoho člena hodnotící komise by neměla vliv na konečné rozhodnutí komise jako celku, Úřad odkázal na rozsudek Vrchního soudu v Olomouci č. j. 2 A 9/2000-48 ze dne 1. 2. 2001, kde se soud vyjádřil obecně k otázce podjatosti, když uvedl, že „nelze totiž na podjatost usuzovat z pohledu efektivity, tedy skutečného vlivu na samotný výsledek, nýbrž jako na fenomén, který nesmí být přítomen v rozhodovacím procesu bez ohledu na to, zda měl či mohl mít reálný vliv na rozhodnutí samé“. Analogicky k tomuto závěru učiněnému soudem Úřad dodal, že ve vztahu k průběhu zadávacího řízení by neměla vzniknout ani jakákoliv pochybnost o ovlivnění průběhu veřejné zakázky jedním z členů hodnotící komise, resp. dodržení zásady rovného zacházení se všemi uchazeči.

12. Ohledně uložené pokuty a stanovení její výše Úřad po přezkoumání podmínek pro její uložení uvedl, že při stanovení výše pokuty zohlednil skutečnost, 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. sankce za protiprávní jednání, přičemž má pokuta uložená zadavateli současně splnit také funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů Úřad při určení výměry uložené pokuty posoudil stanovenou výši pokuty vzhledem k souvislostem případu jako dostačující.

### **Opravné rozhodnutí**

13. Dne 25. 7. 2011 vydal Úřad opravné rozhodnutí č. j. ÚOHS-S191/2010/VZ-11539/2011/540/IMa (dále jen „**opravné rozhodnutí**“), jímž na základě § 70 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, (dále jen „**správní řád**“) z moci úřední opravil zřejmou nesprávnost výroku II. napadeného rozhodnutí tak, že v tomto výroku text „Zadavatel – město Žamberk, IČ 00279846, se sídlem Masarykovo náměstí 166, 564 01 Žamberk, se dopustil správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že nedodržel postup stanovený v ust. § 74 odst. 7 zákona, když jmenoval do hodnotící komise osobu, která byla ve vztahu k veřejné zakázce podjatá a podílela se na hodnocení nabídek, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a na tuto veřejnou zakázku byla dne 19. 11. 2009 uzavřena smlouva“ nahradil textem „Zadavatel – město Žamberk, IČ 00279846, se sídlem Masarykovo náměstí 166, 564 01 Žamberk, se dopustil správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že nedodržel postup stanovený v ust. § 74 odst. 7 zákona, když jmenoval do hodnotící komise osobu, která byla ve vztahu k veřejné zakázce a k uchazečům podjatá a podílela se na hodnocení nabídek, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a na tuto veřejnou zakázku byla dne 19. 11. 2009 uzavřena smlouva“, neboť se jednalo o zřejmou nesprávnost.
14. V odůvodnění opravného rozhodnutí Úřad uvedl, že ve výroku č. II. písemného vyhotovení napadeného rozhodnutí zjistil zřejmou nesprávnost spočívající v nesprávné citaci ust. § 74 odst. 7 zákona pro potřeby definice protiprávního jednání zadavatele, ačkoliv z odůvodnění rozhodnutí vyplývá závěr o podjatosti člena hodnotící komise ve vztahu k jednomu z uchazečů o veřejnou zakázku, proto bylo třeba tuto zřejmou nesprávnost opravit v souladu s ust. § 70 správního řádu.

### **III. Námitky rozkladů**

#### **Rozklad zadavatele proti meritornímu rozhodnutí**

15. Proti rozhodnutí č. j. ÚOHS-S191/2010/VZ-19182/2010/540/IMa ze dne 25. 1. 2011 obdržel Úřad dne 8. 2. 2011 rozklad zadavatele, ve kterém zadavatel namítá, že nezákonnost jeho postupu v souvislosti s vyřazením nabídky vyloučeného uchazeče hodnotící komisí ve smyslu ust. § 76 odst. 1 zákona Úřad stanovil v podstatě pouze na základě dokumentace veřejné

zakázky a jen s formálním přihlédnutím ke stanovisku zadavatele ve správním řízení. Dle zadavatele měl Úřad přezkoumat, zda nabídka vyloučeného uchazeče v době, kdy uchazeč podal nabídku s navrženou lhůtou realizace díla v délce 59 týdnů, vyhověla zadávací podmínce spočívající v nezbytnosti dodržení limitního termínu pro dokončení předmětu veřejné zakázky s ohledem na zachování možnosti spolufinancování díla z prostředků Evropské unie. Zadavatel dále v rozkladu uvádí, že v otázce splnění termínů vyloučeným uchazečem a vybraným uchazečem Úřad vycházel z hypotetické situace, která však v průběhu zadávacího nenastala, a současně je přesvědčen, že postup Úřadu překročil rámec správního uvážení. Dále zadavatel uvádí, že hodnotící komise by naopak nezachovala rovný přístup ke všem uchazečům, pokud by nerozhodla o vyřazení nabídky vyloučeného uchazeče z důvodu nesplnění zadávací podmínky spočívající v požadavku zadavatele na dodržení limitního termínu pro dokončení předmětu veřejné zakázky s ohledem na zachování možnosti spolufinancování z prostředků Evropské unie. Zadavatel ještě poukazuje na to, že se Úřad nezabýval otázkou, zda nabídka vyloučeného uchazeče nebyla nabídkou s mimořádně nízkou nabídkovou cenou.

16. K subdodavatelské smlouvě o dílo uzavřené mezi vyloučeným a vybraným uchazečem pak zadavatel uvádí, že Úřad vycházel z celkového rozsahu plnění veřejné zakázky ve lhůtě 45 týdnů, zatímco dle zadavatele ze zápisu z kontrolního dne ze dne 25. 11. 2009 vyplývá, že realizace plnění veřejné zakázky začala již dříve, tudíž došlo ke zkreslení celkové náročnosti díla, jako jednoho z podkladů pro vydání rozhodnutí. K výše uvedenému zadavatel doplňuje, že skutečnost, že na základě subdodavatelské smlouvy následně celý předmět veřejné zakázky realizoval místo vybraného uchazeče vyloučený uchazeč, je třeba považovat za okolnost, kterou nemohl zadavatel svým jednáním či opomenutím v procesu zadávacího řízení veřejné zakázky jakkoliv ovlivnit.
17. Ohledně závěrů Úřadu ohledně podjatosti člena hodnotící komise zadavatel v rozkladu uvádí, že existenci domnělé podjatosti člena (resp. předsedy) hodnotící komise Ing. Ryana Strnada ve vztahu k veřejné zakázce a uchazečům ve smyslu ust. § 74 odst. 7 zákona zadavatel nepovažuje ve smyslu ust. § 2 správního řádu (v rozsahu ust. § 51 správního řádu) za prokázanou. Dle názoru zadavatele Úřad ve svém rozhodnutí nesprávně interpretoval příslušné ustanovení zákona, když na základě chybné interpretace dovodil porušení povinností zadavatele, které má za následek postih za správní delikt. Rozhodnutí Úřadu považuje zadavatel za interpretačně nejasné, jelikož dle výrokové části bylo pochybení zadavatele shledáno ve skutečnosti, že „zadavatel jmenoval do hodnotící komise osobu, která byla ve vztahu k veřejné zakázce podjatá“, přestože v odůvodnění rozhodnutí Úřad primárně dovodil podjatost člena (předsedy) hodnotící komise ve vztahu k jednomu z uchazečů.
18. Zadavatel dále k podjatosti člena hodnotící komise uvádí, že Úřad nespécifikoval a blíže nezdůvodnil, na základě jakých skutečností dovodil, že působení ve statutárním orgánu a vlastnické struktuře ve společnosti, které je výlučně výkonem práv a povinností ve smyslu zákona č. 513/1991 Sb., obchodního zákoníku, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „obchodní zákoník“), je nutné považovat za úzkou osobní vazbu mezi jednotlivými členy představenstva či společníky ve smyslu ust. § 74 odst. 7 zákona. Zadavatel je přesvědčen, že institut osobního zájmu je tzv. neurčitý právní pojem, při jehož interpretaci se vlastní uvážení



Úřadu musí zaměřit na konkrétní skutkovou podstatu a její relevantní vyhodnocení, což se dle zadavatele v daném případě v nezbytném rozsahu nestalo.

19. Zadavatel rovněž nesouhlasí s tvrzením Úřadu, že Ing. Ryan Strnad ze své pozice místostarosty mohl ovlivnit stanovení hodnotících kritérií a mohl rozhodovat o průběhu jednání hodnotící komise a ovlivňovat jej. Dále zadavatel namítá, že Úřad ve svém rozhodnutí pominul námitku zadavatele, že při absenci legální definice pojmu osobní zájem, by subsidiárně, a to s ohledem na postavení Ing. Ryana Strnada jakožto místostarosty města Žamberk, jako východisko měla být použita terminologie užitá v zákoně č. 159/2006 Sb., o střetu zájmů, ve znění pozdějších předpisů, kde dle § 3 odst. 1 citovaného zákona se „osobním zájmem rozumí takový zájem, který přináší veřejnému funkcionáři osobní výhodu nebo zamezuje vzniku případného snížení majetkového nebo jiného prospěchu“.
20. K prokázání podjatosti člena hodnotící komise z důvodu osobního, pracovního či jiného obdobného poměru zadavatel uvádí, že Úřad nesprávně identifikoval důkaz „příkazní smlouvu“ uzavřenou mezi Ing. Ryanem Strnadem a vybraným uchazečem jako smlouvu uzavřenou dle občanského zákoníku, ačkoliv z obsahu smlouvy je zřejmé, že se jedná o smlouvu uzavřenou dle obchodního zákoníku. Zadavatel dále uvádí, že ze smlouvy nevyplývá, že by se jednalo o pracovní poměr ani za vztah obdobný pracovnímu poměru. Ve vztahu k příkazní smlouvě pak zadavatel dále uvádí, že si Úřad neopatrily žádné další podklady, které by prokazovaly neukončenou platnost předmětné příkazní smlouvy. Zadavatel rovněž nesouhlasí se závěry Úřadu, na základě kterých Úřad z domnělé a neprokázané podjatosti jednoho člena komise automaticky dovozuje podjatost celé komise i rozhodovacího procesu, což nemá oporu v zákoně, který naopak jasně stanoví princip majoritního rozhodování komise.
21. K výši uložené sankce pak zadavatel uvádí, že mohl být v rámci zadávání veřejné zakázky vystaven určitému „koordinovanému“ postupu dvou dodavatelů (uchazečů o veřejnou zakázku), kdy nebylo jakkoli v jeho pravomoci tuto skutečnost ovlivnit, což nemůže být přičítáno k jeho tíži. Zadavatel dále uvádí, že v daném případě se může jednat o vícenásobný postih zadavatele, neboť zadavateli by v případě nepříznivého rozhodnutí Úřadu reálně hrozila ztráta finančních prostředků pocházejících z ROP NUTS II SV. Uložená pokuta pak dle názoru zadavatele nemůže plnit ani funkci preventivní, neboť Ing. Ryan Strnad již nezastává funkci v rámci organizační struktury zadavatele.
22. V neposlední řadě zadavatel uvádí, že v důsledku jmenování údajně podjatého člena hodnotící komise nemohlo dojít k pochybení zadavatele, neboť zákon obsahuje jinou konstrukci pravidel zajištění nepodjatosti hodnotící komise jako kolegiálního poradního orgánu zadavatele. Postih podle zákona není dle zadavatele založen na represii spojené s ustanovením určité osoby do funkce člena hodnotící komise.
23. Závěrem zadavatel uvádí, že Úřad nevzal v úvahu jako polehčující okolnost tu skutečnost, že se zadavatel v minulosti nedopustil správního deliktu v souvislosti se zadáváním veřejných zakázek, a pak tu skutečnost, že v rozhodnutí č. j. S094/2007/-09706/2007/540-AS ze dne 22. 8. 2007, udělil Úřad pokutu na úrovni nižší než 18 % horní hranice možné pokuty, ačkoliv se jednalo o porušení zákona nejzávažnější intenzity, jak sám Úřad judikoval, v předmětném správním řízení však byla udělena pokuta vyšší. S ohledem na předchozí považuje zadavatel pokutu za nepřiměřeně vysokou. Navrhovatel proto v podaném rozkladu navrhuje, aby

předseda Úřadu napadené rozhodnutí v plném rozsahu zrušil a řízení zastavil, eventuálně vrátil Úřadu k novému projednání.

#### **Rozklad zadavatele proti opravnému rozhodnutí**

24. Dne 9. 8. 2011 obdržel Úřad rovněž rozklad zadavatele proti opravnému rozhodnutí. V tomto rozkladu zadavatel namítá, že postup dle ust. § 70 správního řádu lze využít toliko k opravě zřejmých nesprávností písemného vyhotovení, přičemž oprava zřejmých nesprávností by zásadně neměla sloužit k nápravě věcných či právních vad takového rozhodnutí. Ačkoliv oprava spočívá pouze v doplnění slov „a k uchazečům“, má zadavatel za to, že uvedená oprava mění rozsah (obsah) původního rozhodnutí výrazným způsobem, proto postup Úřadu nepovažuje za správný. Dále zadavatel upozorňuje na to, že ačkoliv je v současnosti uvedeno ve výroku „a k uchazečům“, v bodech 44. až 53. odůvodnění je dovozována podjatost pouze vůči jednomu uchazeči. V závěru svého rozkladu proti opravnému rozhodnutí pak zadavatel uvádí, že ačkoliv správní řád explicitně nestanoví žádné lhůty, které by se na provedení oprav rozhodnutí správního orgánu vázaly, je toho názoru, že případné provedení opravy zřejmých nesprávností písemného vyhotovení rozhodnutí není časově neomezené a výklad ust. § 70 správního řádu Úřadem byl značně extenzivní. Navrhovatel proto závěrem rozkladu navrhuje, aby předseda Úřadu opravné rozhodnutí zrušil.

#### **IV. Řízení o rozkladech**

25. Úřad určil usnesením č. j. ÚOHS-S191/2010/VZ-2521/2011/540/IMa ze dne 15. 2. 2011 vybranému uchazeči lhůtu pěti dnů k vyjádření k rozkladům podaným proti napadenému rozhodnutí. Dne 18. 2. 2011 obdržel Úřad vyjádření vybraného uchazeče, ve kterém tento uvádí, že podaný rozklad bere na vědomí a nemá k němu žádné připomínky.
26. Dále Úřad určil usnesením č. j. ÚOHS-S191/2010/VZ-13385/2011/540/IMa ze dne 24. 8. 2011 vybranému uchazeči lhůtu pěti dnů k vyjádření k rozkladu podanému zadavatelem proti opravnému rozhodnutí. Vybraný uchazeč se v dané lhůtě ani po jejím uplynutí k podanému rozkladu nevyjádřil.
27. 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.
28. Po projednání rozkladů 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 soulad napadeného rozhodnutí i opravného rozhodnutí s právními předpisy a jejich správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladech a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
29. Úřad tím, že svým rozhodnutím ÚOHS-S191/2010/VZ-19182/2010/540/IMa ze dne 25. 1. 2011 ve znění opravného rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S191/2010/VZ-11539/2010/540/IMa ze dne 25. 7. 2011 rozhodl, že se zadavatel dopustil správních deliktů podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) tím, že nedodržel postup stanovený v ust. § 76 odst. 1 zákona, když hodnotící komise vyřadila nabídku vyloučeného

uchazeče, i když ta splňovala zákonné požadavky i požadavky uvedené zadavatelem v zadávací dokumentaci a nebyla nabídkou nepřijatelnou podle ust. § 22 odst. 1 písm. d) citovaného zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dále tím, že nedodržel postup stanovený v ust. § 74 odst. 7 zákona, když jmenoval do hodnotící komise osobu, která byla ve vztahu k veřejné zakázce a k uchazečům podjatá a podílela se na hodnocení nabídek, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a na tuto veřejnou již zakázku byla dne 19. 11. 2009 uzavřena smlouva, za což mu uložil pokutu ve výši 250 000 Kč, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Taktéž s odůvodněním napadeného rozhodnutí ve znění opravného rozhodnutí jsem se v plném rozsahu ztotožnil. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí ani opravného rozhodnutí.

## **V. K námitkám rozkladů**

### **Rozklad proti meritornímu rozhodnutí**

30. Úvodem rozkladu proti napadenému rozhodnutí zadavatel namítá, že Úřad přihlédl k vyjádření zadavatele týkajícího se vyloučení vyloučeného uchazeče jen formálně, po jeho důkladném přezkoumání mám však za to, že se Úřad v rozhodnutí dostatečně vypořádal se všemi skutečnostmi uvedenými zadavatelem ve vyjádřeních k předmětnému správnímu řízení. Ohledně vyřazení nabídky vyloučeného uchazeče konstatuji, že nabídka vyloučeného uchazeče splňovala veškeré zákonné požadavky i požadavky uvedené zadavatelem v zadávací dokumentaci a nebyla nabídkou nepřijatelnou podle ust. § 22 odst. 1 písm. d) zákona. Pokud pak zadavatel v zadávací dokumentaci stanovil další podmínku spočívající ve výhradě práva změnit termín zahájení plnění veřejné zakázky, a to vždy pouze tak, aby byl s ohledem na uchazečem stanovenou dobu plnění dodržen limitní termín dokončení a předání předmětu veřejné zakázky – současně tedy zachování možnosti spolufinancování předmětu veřejné zakázky z prostředků Evropské unie – a z tohoto důvodu byl zadavatel dle svého názoru oprávněn vyloučeného uchazeče vyloučit, uvádím, že z této podmínky nevyplývá nic jiného, než že zadavatel musí rovněž brát ohled na uchazečem stanovenou dobu plnění při změně termínu zahájení plnění veřejné zakázky. Pokud totiž vyloučený uchazeč v nabídce uvedl termín zahájení plnění díla 2. 11. 2009, postupoval jedině v souladu s podmínkou stanovenou zadavatelem v zadávací dokumentaci.
31. Stran námitky zadavatele, že si Úřad neopatřil důkaz dotázaním vyloučeného uchazeče, kterým by ověřil vnímání příslušné zadávací podmínky týkající se termínů plnění, uvádím, že tuto skutečnost nepovažuji za nezbytnou, neboť již z podstaty věci vyplývá, že pokud by vyloučený uchazeč vnímal stanovenou podmínku zadání odlišně, neuvedl by ve své nabídce takto stanovený termín zahájení předmětu plnění veřejné zakázky. Vzhledem k tomu, že zadavatel nestanovil v zadávací dokumentaci žádné další informace týkající se termínu plnění veřejné zakázky a dle ust. § 44 odst. 1 zákona za správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá zadavatel, postupoval vyloučený uchazeč při zpracování své nabídky obvyklým způsobem.

32. K námitce zadavatele, že Úřad pouze hypoteticky dovozoval, že i v případě nabídky vyloučeného uchazeče bylo možno dodržet limitní termíny stanovené pro čerpání dotace z finančních prostředků Evropské unie a že v případě nabídky vybraného uchazeče naopak tento limitní termín být dodržen nemusel, konstatuji, že toto tvrzení Úřadu vnímám spíše jako ilustrující předpoklad, že za určitých okolností, jejichž výskyt je reálný, ani nabídka vybraného uchazeče nemusela zajistit dodržení limitního termínu požadovaného zadavatelem pro dokončení realizace předmětu veřejné zakázky bez nutnosti využití institutu smluvní pokuty pro dodavatele za pozdní termín plnění veřejné zakázky.
33. Jak totiž vyplývá ze spisového materiálu, zadavatel v podmínkách zadání stanovil limitní termín pro předání předmětu veřejné zakázky na 23. 12. 2010, přičemž vyloučený uchazeč ve své nabídce uvedl jako limitní termín pro předání předmětu veřejné zakázky 15. 12. 2010. Jednání hodnotící komise pak bylo stanoveno na 23. 10. 2009, tudíž po dodržení všech zákonných lhůt mohla být smlouva o dílo uzavřena 9. 11. 2009. Třebaže vyloučený uchazeč uvedl v návrhu smlouvy o dílo zahájení prací 2. 11. 2009, z výše uvedeného vyplývá, že i v případě trvání prací v délce 59 týdnů by limitní termín pro předání díla stanovený zadavatelem na 23. 12. 2010 mohl být z jeho strany dodržen a v žádném případě se tak i s ohledem na zásady uvedené v ust. § 6 zákona nemůže jednat o důvod pro vyloučení tohoto uchazeče ze zadávacího řízení, neboť jeho nabídka splňovala veškeré zákonné požadavky i požadavky uvedené zadavatelem v zadávací dokumentaci. Konstrukci užitou Úřadem tak považuji za oprávněnou a vhodně aplikovanou.
34. Ohledně tvrzení zadavatele, že nabídková cena vyloučeného uchazeče mohla být považována za mimořádně nízkou nabídkovou cenu, konstatuji, že k následujícím fázím hodnocení, tedy zda nabídková cena nebyla cenou mimořádně nízkou, příp. k jiným skutečnostem souvisejícím s hodnocením, se Úřad v rámci předmětného správního řízení o možném spáchání správního deliktu zadavatelem vyjadřovat nemohl, neboť k tomu dle zákona ani není oprávněn.
35. Co se týká subdodavatelské smlouvy uzavřené mezi vybraným uchazečem a vyloučeným uchazečem považuji za nutné uvést, že subdodavatelská smlouva byla Úřadem jako podklad pro rozhodnutí uvedena proto, že dosvědčovala schopnost vyloučeného uchazeče realizovat předmět plnění veřejné zakázky v jím stanovených lhůtách (a to bez ohledu na skutečnost, zda plnění vyplývající ze subdodavatelské smlouvy bylo zahájeno již k datu 19. 11. 2009, 25. 11. 2009, příp. 11. 12. 2009, jak uvádí sám zadavatel v podaném rozkladu). Stejně jako Úřad jsem totiž toho názoru, že ze subdodavatelské smlouvy uzavřené dne 11. 12. 2009 je možno bez výrazných pochybností vyvodit, že vyloučený uchazeč nepodal námitky proti svému vyloučení ze zadávacího řízení z toho důvodu, že se bez toho ve výsledku podílel na realizaci předmětu plnění veřejné zakázky, a to navíc za výrazně výhodnějších finančních podmínek, než které byly jím uvedeny v jeho původní nabídce. Lhůta pro realizaci veřejné zakázky byla navíc vyloučenému uchazeči zkrácena téměř o měsíc, tedy o dobu mezi stanoveným termínem zahájení prací dne 19. 11. 2009 a skutečným datem podpisu této smlouvy dne 11. 12. 2009, ovšem pouze za předpokladu, že práce byly skutečně zahájeny až po podpisu této smlouvy a nikoliv dříve, neboť podpisu samotné smlouvy musela nutně předcházet jednání o jejích podmínkách a současně již mohl vyloučený uchazeč podnikat přípravné kroky k organizaci výstavby. Tento předpoklad by však ještě více podtrhoval výše uvedený závěr o dohodě obou účastníků vznikuvší velmi krátce po vyloučení vyloučeného

uchazeče ze zadávacího řízení, tedy pravděpodobně i před uplynutím lhůty pro podání námitek proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení vyloučeného uchazeče.

36. Pokud jde o tvrzení zadavatele, že existenci domnělé podjatosti člena (resp. předsedy) hodnotící komise Ing. Strnada ve vztahu k veřejné zakázce a uchazečům ve smyslu ust. § 74 odst. 7 zákona nepovažuje ve smyslu ust. § 2 správního řádu (v rozsahu ust. § 51 správního řádu) za prokázanou, uvádím, že existence podjatosti byla v daném případě prokázána řadou důkazů podrobně uvedených v bodech 44. až 53. napadeného rozhodnutí, přičemž ke každému z důkazů byla účastníkům správního řízení v souladu se zákonem stanovena lhůta k podání vyjádření.
37. Na tomto místě je rovněž třeba odmítnout zadavatelem tvrzenou interpretační nejasnost v odůvodnění napadeného rozhodnutí neboť podle z ust. § 74 odst. 7 zákona členové hodnotící komise nesmí být ve vztahu k veřejné zakázce a k uchazečům podjatí, přičemž mám souhlasně s Úřadem za prokázané, že předseda hodnotící komise Ing. Strnad mohl mít zájem na zadání veřejné zakázky konkrétnímu uchazeči, účastnil se jednání hodnotící komise, a současně byl pozitivně podjatý k jednomu z uchazečů. Podjatost tak, jak je uvedena v ust. § 74 odst. 7 zákona, ve vztahu k veřejné zakázce vždy souvisí s její následnou realizací a potažmo s přidělením jednomu z uchazečů, tedy pojmy podjatost k veřejné zakázce a podjatost k uchazečům nelze v tomto správním řízení od sebe oddělit, neboť zde vyjadřují zájem na zadání veřejné zakázky konkrétnímu uchazeči. Jakkoli podjatost k veřejné zakázce může například představovat zájem na samotné realizaci veřejné zakázky (zájem na tom, aby byla zakázka realizována, lhostejno kým – příkladmo by mohlo jít o vybudování nového chodníku před nemovitostí ve vlastnictví podjatého subjektu), podjatost k uchazečům spočívá v zájmu či odporu k tomu, aby zakázku realizoval (a tedy z ní i profitoval) konkrétní subjekt. Může tedy v obecné rovině jít o podjatost pozitivní či podjatost negativní, přičemž pokud existuje pozitivní zájem na přidělení zakázky určitému uchazeči, *a contrario* je logicky dán negativní zájem na přidělení zakázky uchazečům ostatním.
38. Pokud zadavatel v rozkladu uvádí, že podjatost předsedy hodnotící komise Ing. Strnada nebyla dostatečně prokázána, odkazují zde především na odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde jsou Úřadem dostatečně podrobně prokázány osobní a pracovní vazby Ing. Strnada na vybraného uchazeče, neboť pokud je předseda hodnotící komise s jednatelem vybraného uchazeče společně jednatelem a společníkem v dalších obchodních společnostech a rovněž mají společně zapsáno zástavní právo k obchodním podílům ve výši stovek milionů korun, nelze tvrdit, že takové vztahy existují bez úzkých osobních vazeb a vzájemné důvěry, kde navíc hlavním motivem společně vyvíjené činnosti je dle základních doktrín obchodního práva tvorba zisku a kapitalizace investic.
39. Ohledně tvrzení zadavatele, že by Úřad by při absenci legální definice pojmu osobní zájem měl vycházet z terminologie užití v zákoně č. 159/2006 Sb., o střetu zájmů, ve znění pozdějších předpisů, konstatuji, že v žádné části odůvodnění napadeného rozhodnutí jsem neshledal, že by Úřad případ posuzoval v rozporu s výše uvedeným zákonem o střetu zájmů. Pakliže byl vybraným uchazečem na základě uzavřené příkazní smlouvy finančně odměňován, mám za splněnou podmínku pro vznik střetu zájmů, neboť je zřejmé, že uvedené jednání Ing. Strnadovi jako veřejnému funkcionáři přinášelo osobní výhodu.

40. Na rozdíl od zadavatele mám rovněž za prokázané, že uzavřené příkazní smlouvy lze považovat za skutečnost, ze které by šel dovozovat pracovní nebo jemu obdobný poměr mezi Ing. Strnadem a vybraným uchazečem, neboť pro posouzení pracovního poměru či poměru jemu obdobnému je vždy třeba vycházet ze skutečného obsahu uzavřených příkazních smluv (v daném případě není podstatné, zda jsou uzavřeny dle obchodního či občanského zákoníku, i když v názvu mandátní smlouvy je stanoveno, že je uzavírána dle ust. § 724 a násl. občanského zákoníku). Z příkazních smluv vyplývá závazek Ing. Strnada provádět pro vybraného uchazeče služby (tedy práci), za něž od vybraného uchazeče obdrží úplatu. Platnost příkazní a mandátní smlouvy, použité Úřadem jako podklad pro rozhodnutí, navíc zadavatel během správního řízení ve stanovených lhůtách nerozporoval. Závěry Úřadu o podjatosti předsedy hodnotící komise Ing. Strnada tedy považuji za správné a z procesního i věcného hlediska za velmi pečlivě odůvodněné, včetně přílehlavě aplikované judikatury správních soudů.
41. Jestliže pak zadavatel v dalším argumentuje tím, že Úřad překročil při výkonu své pravomoci zákonný rámec spočívající v přezkoumání postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky tím, že nepřipustně aplikoval své vlastní hypotézy o možném vývoji zadávacího řízení, pak jsem nucen konstatovat, že v šetřeném případě byla pro potřeby posouzení naplnění pojmových znaků skutkové podstaty akcentována možnost tzv. ohrožovacího jednání, k jehož dovršení postačuje pouhé nenaplnění zájmu chráněného zákonem v § 74 odst. 7 a § 76 odst. 1 zákona, spočívajícího v zákazu podjatosti členů hodnotící komise ve vztahu k veřejné zakázce a k uchazečům a dále k povinnosti hodnotící komise posoudit nabídky uchazečů z hlediska splnění zákonných požadavků a požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách.
42. Zde zdůrazňuji, že zákon označuje za protiprávní nejen jednání, které prokazatelně ovlivnilo výběr nejuvhodnější nabídky, ale i takové jednání, které pouze mohlo tento výběr ovlivnit, aniž nutně k tomuto ovlivnění prokazatelně došlo. Tato zákonná konstrukce tedy v sobě zahrnuje prvek jisté pravděpodobnosti, přičemž úvaha Úřadu nad případnými následky, které mohl postup zadavatele teoreticky způsobit, je legální součástí jeho diskreční pravomoci a pojmovou součástí skutkové podstaty správního deliktu nedodržení zákonného postupu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
43. Stran námitek zadavatele týkajících se výše uložené pokuty konstatuji, že s ohledem na závažnost pochybení zadavatele považuji uloženou pokutu za zcela přiměřenou okolnostem šetřeného případu, a to přesto, že zadavatel ji považuje s ohledem na svoji ekonomickou situaci za nepřiměřenou. K tomuto tvrzení však nepředložil žádné důkazy a spokojil se pouze obecným odkazem na činnosti, jež zajišťuje na úseku veřejných služeb. Úřadu však správně vzal v úvahu konsolidované rozpočtové příjmy a výdaje zadavatele a posoudil uloženou pokutu s ohledem na takto zjištěné skutečnosti.
44. K argumentu zadavatele, že se dopustil porušení zákona poprvé, nelze rovněž přihlídnout z důvodu, že se v daném případě dopustil dvojnásobného porušení zákona, omezil svým postupem soutěžní prostředí, a to při vědomí nepříznivé ekonomické situace a dále faktu, že investice do veřejné zakázky navíc nepochází z jeho vlastních zdrojů, kdy při porušení zákonem stanovených povinností bude moci být vystaven hrozbě financovat realizaci prací zpětně ze zdrojů jiných (pro případ povinnosti vrátit poskytnuté dotačních prostředky).

Porušením zákonných ustanovení si takto vlastně sám přinejmenším potenciálně způsobil možnou ekonomickou ztrátu, přičemž však neváhá argumentovat tím, že uložená sankce je nepřiměřená. Z celkového kontextu mám pak i s ohledem na závěry Úřadu rovněž za prokázané, že pokutu nelze ve smyslu nálezu Ústavního soudu ČR č. 405, uveřejněného ve Sbírce zákonů, částka 142/2002 Sb., považovat ani za likvidační.

45. Závěrem dodávám, že základním cílem trestu je zejména ochrana společnosti před protispolečenským jednáním. K dosažení tohoto základního cíle pomáhají dílčí cíle, kterými jsou – zjednodušeně řečeno – jednota prevence a represe, a to jak generální, tak i individuální. Smyslem je tedy jak výchova k dodržování ustanovení zákona a zabránění v jeho dalším porušování, tak působení trestu na ostatní potenciální rušitele práva. Konečně lze v této souvislosti analogicky poukázat i na důvodovou zprávu k trestnímu zákoníku, kde je mj. uvedeno, že trest bez odplatných momentů nemůže svého cíle dosáhnout a není vlastně ani trestem. I s tímto vědomím jsem přezkoumával rozhodnutí v posuzované věci.
46. Uzavírám tedy, že Úřad postupoval správně, když rozhodl tak, že zadavateli uložil pokutu ve výši 250 000 Kč za spáchání správních deliktů uvedených ve výročí napadeného rozhodnutí. Ve zbytku odkazuji na odůvodnění napadeného rozhodnutí, se kterým jsem se v plném rozsahu ztotožnil.

#### **Rozklad proti opravnému rozhodnutí**

47. Jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí, ztotožnil jsem se i s opravným rozhodnutím vydaným Úřadem na základě § 70 správního řádu z moci úřední. Je třeba odmítnout námitku zadavatele, že se v tomto případě nejedná o písařskou chybu, nýbrž že opravným rozhodnutím se zásadně mění obsah výroku II. napadeného rozhodnutí. Mám za to, že Úřad provedl opravu nesprávnosti v napadeném rozhodnutí zcela v souladu se zákonem a v mezích své pravomoci, neboť z celého obsahu odůvodnění napadeného rozhodnutí plyne, že Úřad identifikoval podjatost člena hodnotící komise ve vztahu jak k veřejné zakázce, tak k uchazečům (k této otázce viz výše odůvodnění meritorních námitek), a proto považuji za nesporné, že se v případě opravy výroku jednalo o písařskou nesprávnost, která vznikla při přípravě dokumentu rozhodnutí před jeho vydáním a oprava opravným rozhodnutím z moci úřední podle § 70 správního řádu byla na místě jako jediné řešení vadného stavu, neboť tak byl dotčený výrok rozhodnutí uveden do souladu s dikcí ust. § 74 odst. 7 zákona ve znění účinném pro účely správní řízení o spáchání správního deliktu zadavatelem v projednávané věci a současně i do souladu se zněním odůvodnění napadeného rozhodnutí. Ohledně časových námitek zadavatele týkajících se doby uplynulé od vydání napadeného rozhodnutí do doby vydání opravného rozhodnutí konstatuji, že správní řád v § 70 správní orgán pro potřeby opravy rozhodnutí nijak neomezuje, přičemž podotýkám, že oprava byla provedena ještě před nabytím právní moci napadeného rozhodnutí, takže ani v případě, kdy by zadavatel z důvodu delšího časového odstupu případně proklamoval vznik újmy na svých právech, by tato nemohla být uznána jako oprávněná.
48. Ve zbytku odkazuji na odůvodnění napadeného rozhodnutí, které považuji za příléhavé, určité, srozumitelné a přezkoumatelné.

**VI. Závěr**

49. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí ani opravného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladech.
50. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí ani opravné rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem 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. Mgr. Milan Šebesta, advokát, Jakubská 1, 602 00 Brno
2. TESTA, s. r. o., Šedivská 838, 561 51 Letohrad

**Vypraveno dne:**

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