



UOHSX004ZECT

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R298/2012/VZ-18572/2013/310/IPs

Brno 27. září 2013

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 26. 10. 2012, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, podaném zadavatelem –

- **městem Rýmařov**, IČ 00296317, se sídlem nám. Míru 1, 795 01 Rýmařov,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S545/2011/VZ-3029/2012/510/Krk ze dne 8. 10. 2012, ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem, při zadávání veřejné zakázky "**Stavební úpravy objektu ubytovny Bartákova 24 – 9BJ**" ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy ze dne 29. 6. 2007,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S545/2011/VZ-3029/2012/510/Krk ze dne 8. 10. 2012

r u š í m

a věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel dne 7. 9. 2011 podnět k přezkoumání úkonů zadavatele – města Rýmařov, IČ 00296317, se sídlem nám. Míru 1, 795 01 Rýmařov (dále jen „**zadavatel**“), při zadávání veřejné zakázky „Stavební úpravy objektu ubytovny Bartákova 24 – 9BJ“ (dále jen „**veřejná zakázka**“) ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy ze dne 29. 6. 2007.
2. Úřad po prostudování předložené dokumentace získal pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem, přičemž v písemnosti ze dne 7. 2. 2012, č. j. ÚOHS-S545/2011/VZ-150/2012/510/Krk, kterou zadavateli oznámil zahájení správního řízení, specifikoval, že jde o postupy zadavatele:
 - při posouzení prokázání splnění kvalifikace vybraným uchazečem – společností STAS v. o. s., IČ 15502520, se sídlem Žižkova 21/260, 795 01 Rýmařov (dále jen „**vybraný uchazeč**“),
 - při posuzování a hodnocení nabídek, jehož se v hodnotící komisi zúčastnila osoba, která nebyla zadavatelem jmenována členem ani náhradníkem za člena hodnotící komise,
 - při zadání dodatečných stavebních prací,
 - uveřejnění výzvy k podání nabídek,a proto zahájil řízení z moci úřední.
3. Zadavatel se ve správním řízení vyjádřil dopisem ze dne 13. 2. 2012, ve kterém uvedl, že veřejná zakázka byla zadána ve zjednodušeném podlimitním řízení a skutečné nabídkové ceny nedosáhly hodnoty 6 mil. Kč bez DPH. Jednalo se tedy o veřejnou zakázku malého rozsahu, u které musí být splněno pouze ustanovení § 6 zákona. Dále se vyjádřil

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ust. § 26 zákona v návaznosti na ust. § 158 odst. 1 a 2 zákona.

k okolnostem, za kterých nebyl vyloučen ze zadávacího řízení vybraný uchazeč, ačkoliv předložil jako součást své nabídky čestné prohlášení o splnění základních kvalifikačních předpokladů podle zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek v platném znění (dále jen „**zákon č. 199/1994 Sb.**“). Dále se vyjádřil k počtu členů hodnotící komise a jejím rozhodování a dalším bodům, uvedeným v oznámení o zahájení správního řízení. V podrobnostech je obsah zadavatelova vyjádření popsán v napadeném rozhodnutí.

II. **Napadené rozhodnutí**

4. Úřad přezkoumal případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů a na základě vlastního zjištění vydal dne 8. 10. 2012 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S545/2011/VZ-3029/2012/510/Krk (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým ve výroku I. konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání předmětné veřejné zakázky nedodržel postup uvedený v ustanovení:

- a) § 38 odst. 2 zákona v návaznosti na § 6 zákona tím, že neuveřejnil výzvu, kterou ve zjednodušeném podlimitním řízení vyzývá veřejný zadavatel nejméně 5 zájemců k podání nabídky a k prokázání splnění kvalifikace, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a již došlo k uzavření smlouvy.
- b) § 50 odst. 3 zákona tím, že stanovil jako způsob prokázání profesní kvalifikace podle § 54 písm. b) citovaného zákona doklad prokazující oprávnění pro živnost projektová činnost ve výstavbě, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a již došlo k uzavření smlouvy.
- c) § 60 odst. 1 zákona v návaznosti na § 6 zákona tím, že ze zadávacího řízení nevyločil vybraného uchazeče, který neprokázal splnění kvalifikace v požadovaném rozsahu a jehož nabídka byla vybrána jako nejvhodnější, přičemž tento postup podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky a již došlo k uzavření smlouvy.
- d) § 75 odst. 3 zákona v návaznosti na § 6 citovaného zákona tím, že se jednání hodnotící komise zúčastnila osoba, která nebyla zadavatelem jmenována členem hodnotící komise či náhradníkem za člena hodnotící komise podle § 74 odst. 4 citovaného zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a již došlo k uzavření smlouvy.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. napadeného rozhodnutí, uložil Úřad výrokem II. zadavateli pokutu ve výši 30.000,- Kč.

5. V odůvodnění Úřad k výroku I. a) uvedl, že ačkoliv předpokládaná hodnota veřejné zakázky nedosahovala limitů uvedených v § 12 odst. 5 zákona (pro podlimitní veřejnou zakázku), zadavatel se rozhodl zadat ji postupem platným pro zadávání podlimitní veřejné zakázky. V takovém případě zákon v § 26 odst. 5 zákona stanoví, že zahájí-li veřejný zadavatel zadávání malého rozsahu postupem platným pro zadávání podlimitní veřejné zakázky, postupuje podle ustanovení platných pro zadávání podlimitní veřejné zakázky. Z dokumentace Úřad zjistil, že zadavatel zveřejnil výzvu k podání nabídek pro zjednodušené podlimitní řízení na stavební práce pouze v období od 14. 8. 2007 do 22. 8. 2007, přičemž podle § 38 odst. 2 zákona je zadavatel povinen ponechat výzvu k podání nabídek zveřejněnou na úřední desce a www stránkách až do data pro podání nabídek. Lhůta pro

podání nabídek byla stanovena na 7. 9. 2007. Zadavatel tak zkrátil dobu, po kterou měla být výzva uveřejněna o 16 dní.

6. Ke stanovení způsobu prokázání profesní kvalifikace (výrok I. b) Úřad uvedl, že zadavatel požadoval k prokázání profesní kvalifikace předložení kopií živnostenského listu pro živnost 12.1.1. Provádění staveb a 12.1.2. Projektová činnost ve výstavbě. Úřad konstatoval, že okruh vybraných činností, pro které je třeba, aby byly vykonávány pouze fyzickými osobami s oprávněním k jejich výkonu, zde projektová činnost ve výstavbě, se neshoduje s předmětem veřejné zakázky a dané činnosti nebudou při realizaci veřejné zakázky prováděny. Z tohoto důvodu byl požadavek zadavatele na doložení dokladu opravňujícího k podnikání pro živnost Projektová činnost ve výstavbě bezpředmětný, a zadavatel ho tudíž nemohl k prokázání profesní kvalifikace požadovat.
7. K výroku I. c) Úřad uvedl, že ačkoliv z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 10. 9. 2007 vyplývá, že hodnotící komise konstatovala, že nabídka vybraného uchazeče „je úplná z hlediska požadovaného obsahu“, po přezkoumání doručené dokumentace Úřadem vyplynulo, že nabídka vybraného uchazeče sice obsahovala čestné prohlášení k prokázání splnění základních kvalifikačních kritérií, nicméně toto čestné prohlášení nemělo být zadavatelem akceptováno. V čestném prohlášení, které bylo součástí nabídky vybraného uchazeče, je uvedeno: „*Prohlašujeme, že splňujeme kvalifikační předpoklady stanovené novelizovaným zákonem o zadávání veřejných zakázek č. 199/1994 Sb., ...*“, ačkoliv v době zahájení zadávacího řízení byl platný a účinný zákon č. 137/2006 Sb. Dále je z dokumentace o veřejné zakázce zřejmé, že nabídka vybraného uchazeče neobsahovala požadované nejméně 2 referenční zakázky na stavbu bytových domů. Zadavatel tak postupoval v rozporu s § 60 odst. 1 zákona, když nevyločil z účasti v zadávacím řízení dodavatele, který nesplnil kvalifikaci v požadovaném rozsahu.
8. Pokud jde o složení hodnotící komise (výrok I. d), Úřad zjistil, že zadavatel jmenoval členy hodnotící komise a jejich náhradníky Usnesením č. 11 dne 13. 8. 2007 následovně:
 - člen: Ing. Petr Klouda; náhradník: Ing. Jaroslav Kala
 - člen: Marcela Staňková; náhradník: Ing. Soňa Kovaříková
 - člen: Ing. Lenka Vavříčková; náhradník: Ing. Iveta Pochylová
 - člen: Mgr. Marek Bernát; náhradník: RNDr. František Čermák
 - člen: Ing. Petr Calábek; náhradník: Jiří ŠlézrSoučástí dokumentace o veřejné zakázce bylo prohlášení o nepodjatosti ze dne 12. 9. 2007 podepsané Ferdinandem Šopíkem. Ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 12. 9. 2007 je uvedeno: „*Složení komise: Ing. Jaroslav Kala, Ferdinand Šopík, Marcela Staňková, Mgr. Marek Bernát, Ing. Petr Calábek.*“ Tento dokument je opatřen podpisem Ing. Petra Calábka, Marcely Staňkové a Ferdinanda Šopíka. V protokolu o jednání hodnotící komise ze dne 12. 9. 2007 jsou tyto podpisy členů hodnotící komise: Mgr. Marek Bernát, Ferdinand Šopík, Marcela Staňková a Ing. Petr Calábek. Z uvedených skutečností zjištěných z dokumentace Úřad zjistil, že Ferdinand Šopík nebyl jmenován členem hodnotící komise, ani náhradníkem za člena hodnotící komise, a přesto se zúčastnil posouzení a hodnocení nabídek.

9. Ačkoliv zadavatel předložil Úřadu písemnost ze dne 14. 11. 2011, ze které vyplývá, že „*Rada města schválila v souladu se zákonem č. 137/2006 Sb. a interní směrnici č. 03/2007, o veřejných zakázkách, dodatečné jmenování člena komise pro posouzení a hodnocení nabídek veřejné zakázky „Stavební úpravy objektu ubytovny Bartákova 24 – 9BJ“ dle předloženého návrhu.*“, ve zmíněném dokumentu není nikde uvedeno jméno dodatečně jmenovaného člena hodnotící komise. O tom, že se jedná o dodatečné jmenování Ferdinanda Šopíka členem hodnotící komise lze usuzovat pouze z vyjádření zadavatele ze dne 16. 2. 2012, ve kterém uvádí: „*Předkládáme dodatečné jmenování pana Ferdinanda Šopíka jako člena hodnotící komise radou Města č. usnesení 1137/18/11 ze dne 14. 11. 2011. Jsme přesvědčeni, že opomenutí jeho jmenování nemělo vliv na výběr nejvhodnější nabídky.*“ Úřad v odůvodnění rozhodnutí uvedl, že nelze akceptovat dokument o jmenování členem hodnotící komise zpětně. Na základě těchto skutečností Úřad uzavřel, že zadavatel nedodržel postup stanovený § 75 odst. 3 zákona v návaznosti na § 6 zákona tím, že se jednání hodnotící komise zúčastnila osoba, která nebyla zadavatelem jmenována členem hodnotící komise či náhradníkem za člena hodnotící komise podle § 74 odst. 4 citovaného zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a již došlo k uzavření smlouvy.
10. Ve věci zadávání dodatečných stavebních prací Úřad neshledal porušení zákona.
11. Při ukládání pokuty pak Úřad konstatoval, že byl zadavatelem spáchán správní delikt, za nějž je mu ukládána pokuta. Vypočítal horní hranici možné pokuty, posoudil způsob a závažnost správního deliktu a přihlédl k ekonomické situaci zadavatele.

III. Námitky rozkladu zadavatele

12. Dne 26. 10. 2012 obdržel Úřad v zákonné lhůtě rozklad zadavatele proti napadenému rozhodnutí, přičemž jako hlavní důvod rozkladu uvádí, že pochybení, která jsou mu Úřadem vytýkána, se dopustil neúmyslně a vytýkaná pochybení neměla vliv na výběr nejvhodnější nabídky, ani nebyla porušena zásada hospodárnosti.

Druh zadávacího řízení

13. V této pasáži rozkladu zadavatel znovu opakuje, že zadal zakázku malého rozsahu v přísnějším režimu, než jaký mu ukládal zákon, přičemž uvádí, že výše předpokládané hodnoty veřejné zakázky ovlivnila jednání osob zabezpečujících a realizujících danou zakázku, neboť ji nevědomky považovali za veřejnou zakázku malého rozsahu. Žádnou konkrétní námitku, kterou by zadavatel rozporoval správnost či zákonnost napadeného rozhodnutí v této části, neuvedl.

Hospodárnost, účelnost a efektivnost veřejné zakázky

14. V této části zadavatel uvedl skutečnosti, které podle něj prokazují hospodárnost dané veřejné zakázky, a zadavatel dále uvádí, že si není vědom porušení zásadních požadavků na zadávání veřejných zakázek.

Pochybení v zadávacím řízení

15. Zadavatel uvedl, že vzhledem k neustálým novelám zákona není v silách úřadu (úřadu města Rýmařov), který nemá speciální útvar pro zadávání veřejných zakázek, nedopustit se nepřesností a pochybení.

Stanovisko k výhradám ÚOHS, body 13 až 97 rozhodnutí

16. K bodům 13 až 25 napadeného rozhodnutí zadavatel uvedl, že zaslal výzvu 5 uchazečům, čímž splnil zákonem stanovenou podmínku. Zkrácení lhůty vzniklo záměnou zjednodušeného podlimitního řízení za zakázku malého rozsahu.
17. K prokázání profesní kvalifikace uvedl, že „šlo o náročnou rekonstrukci budovy, kde byl předpoklad zásadních změn, a proto zadavatel považoval za nutné tyto skutečnosti zabezpečit požadavkem na oprávněnou osobu – projektanta.“ Zadavatel je přesvědčen, že ani tato skutečnost neovlivnila výběr nejvhodnější nabídky.
18. Ke splnění kvalifikace vybraným uchazečem uvedl, že neodpovídá za formální chyby uchazeče. Uchazeč je zadavateli znám a prohlášení o referenčních zakázkách nemohla mít vliv, v jeho případě podstatný vliv, na výběr nejvhodnější nabídky. Zadavatel souhlasí s vyjádřením Úřadu o uplatnění dodatečné informace a zároveň prohlašuje, že by nedošlo k vyloučení vybraného uchazeče pro nesplnění kvalifikace. Zadavatel nesouhlasí, že porušil princip rovného zacházení, neboť druhý uchazeč v pořadí nabídl cenu o 324.158,- Kč vyšší, než vybraný uchazeč. Zadavatel vybral tedy skutečně nabídku nejvýhodnější.
19. Ve věci složení hodnotící komise zadavatel v rozkladu uvedl, že komise byla pětičlenná a 3 z přítomných měli majoritní rozhodovací právo a i v případě zpochybnění přítomnosti zbylých členů hodnotící komise, nemohli tito závěr komise ovlivnit. Zadavatel považuje výtku Úřadu za nepodstatnou a pochybení za formální.
20. V poslední části rozkladu zadavatel opět opakuje, že jeho pochybení byla formální a upozorňuje, že zvolil přísnější režim zadávání veřejné zakázky, pochybení považuje za nepodstatná, nebyl změněn předmět plnění v rozsahu, který by umožnil rozšíření počtu uchazečů, a finanční prostředky byly vynaloženy hospodárně.
21. Zadavatel neuvedl petit rozkladu.

IV. Řízení o rozkladu

22. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí v rámci autoremedury a v souladu s § 88 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.

Stanovisko předsedy Úřadu

23. 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 soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.

24. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S545/2011/VZ-3029/2012/510/Krk ze dne 8. 10. 2012 rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku, nerozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení rozhodnutí a vrácení k novému řízení správnímu orgánu prvního stupně.

V. K námitkám rozkladu

25. V první části rozkladu (bodech I. – IV.) zadavatel uvedl důvody, které vedly k porušení zákona konstatovanému ve výroku I. a) napadeného rozhodnutí, poukázal na hospodárnost využitých prostředků v dané veřejné zakázce a upozornil na fakt, že není v jeho silách sledovat změny zákona a nedopustit se tak pochybení při zadávání zakázek, aniž by však uvedl jakoukoli novou skutečnost, která by odůvodňovala změnu napadeného rozhodnutí. Zároveň neuvedl žádnou námitku, která by směřovala vůči napadenému rozhodnutí a namítala by jeho nesprávnost či nezákonnost. Z tohoto důvodu skutečnosti uvedené v těchto částech rozkladu nelze posoudit jako námitky, ke kterým by bylo se možno vyjádřit a na základě kterých by bylo možno napadené rozhodnutí přezkoumat.
26. V další části rozkladu zadavatel uvádí relevantní skutečnosti vztahující se k napadenému rozhodnutí. Pokud jde o nedodržení lhůty pro uveřejnění lhůty k podání nabídek, pak skutečnost, že zadavatel postupoval podle ustanovení platných pro zadávání podlimitních veřejných zakázek, ačkoliv s ohledem na předpokládanou hodnotu veřejné zakázky, nemůže být ani polehčující okolností ani důvodem pro změnu či zrušení napadeného rozhodnutí. Úřad se s touto skutečností v napadeném rozhodnutí vypořádal a stejně tak zákon s takovou situací počítá, když v § 26 odst. 5 zákona konstatuje, že zahájí-li veřejný zadavatel zadávání malého rozsahu postupem platným pro zadávání podlimitní veřejné zakázky, postupuje podle ustanovení platných pro zadávání podlimitní veřejné zakázky. Zadavatel je zadavatelem veřejným, rozhodl se zadat veřejnou zakázku malého rozsahu postupem platným pro zadávání podlimitních zakázek, což jednoznačně vyplývá ze zadávací dokumentace, kde je tato skutečnost výslovně uvedena a zadavatel ji nijak nepopírá, pak tedy byly naplněny všechny podmínky uvedené v § 26 odst. 5 zákona a zadavatel byl povinen dodržet všechny povinnosti vyplývající ze zákona vztahující se k zadávání podlimitních veřejných zakázek. Této povinnosti se nelze nijak zprostit odkazem na administrativní pochybení a zároveň skutečnost, že šlo o tvrzené administrativní pochybení, nemůže mít vliv na správnost či zákonnost napadeného rozhodnutí. Proto je námitka nedůvodná.
27. Zároveň považuji za nutné se vyjádřit k možnosti ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky tímto pochybením, neboť zásadním argumentem celého rozkladu je právě skutečnost, že se zadavatel domnívá, že Úřadem konstatovaná porušení nemohla takový vliv mít. Zákon v § 38 odst. 2 zákona výslovně uvádí, že písemnou výzvu k podání nabídky uveřejní veřejný zadavatel vhodným způsobem po celou dobu trvání lhůty pro podání nabídek. Toto ustanovení má kogentní charakter a zadavatel je povinen lhůtu dodržet. Účelem této lhůty je dát možnost co nejširšímu okruhu potenciálních dodavatelů dozvědět se o zadávané veřejné zakázce, případně podat svou nabídku a naplnit tím účel zákona, tedy zajistit efektivní

hospodářskou soutěž při zadávání předmětné veřejné zakázky. Jak Úřad v napadeném rozhodnutí uvedl, zadavatel zkrátil zákonem stanovenou lhůtu o 16 dní, což je zásadní zkrácení, obzvláště, když s ohledem na rozhodovací praxi, Úřad konstatuje porušení zákona i v případě, kdy je tato lhůta zkrácena byť o jediný den. Při porovnání doby, po kterou byla výzva zveřejněna (9 dní) s dobou, o kterou byla lhůta naopak zkrácena, jde o zkrácení významné a bezpochyby mohlo mít vliv na okruh dodavatelů, kteří se mohli o veřejné zakázce dozvědět za předpokladu, že by zadavatel dodržel lhůtu stanovenou zákonem. Není tedy pochyb o tom, že tato skutečnost mohla mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že nabídka některého z dodavatelů, kteří mohli podat nabídku při dodržení zákonné lhůty, mohla být výhodnější, přičemž pro konstatování porušení zákona stačí, aby zadavatelovo pochybení mohlo výběr nejvhodnější nabídky ovlivnit.

28. K výroku I. b) zadavatel uvedl, že „šlo o náročnou rekonstrukci budovy, kde byl předpoklad zásadních změn, a proto zadavatel považoval za nutné tyto skutečnosti zabezpečit požadavkem na oprávněnou osobu – projektanta.“ Z tohoto vyjádření však nijak nevyplývá, že by zadavatel rozporoval závěry, učiněné Úřadem v souvislosti s konstatováním spáchání předmětného správního deliktu. Zadavatel pouze uvádí, že je přesvědčen, že tato skutečnost nemohla ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Úřad v napadeném rozhodnutí uvedl dostatečně srozumitelně důvody, které ho vedly k závěru, že zadavatelův požadavek byl v rozporu se zákonem. Ani po přezkoumání těchto důvodů jsem nedospěl k opačnému závěru a zadavatel sám neuvedl žádné skutečnosti, které by právní závěry Úřadu vyvracely. Relevantní námitkou je zde tedy opět pouze tvrzení zadavatele, že tento požadavek nemohl mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Ani zde nemohu s tímto tvrzením souhlasit. Pokud zadavatel uvede v zadávací dokumentaci požadavek na prokázání kvalifikace dokladem, který nesouvisí s předmětem veřejné zakázky, jde o porušení povinnosti omezit rozsah požadované kvalifikace pouze na informace a doklady bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky (§ 50 odst. 3 zákona). Zadavatel tím totiž omezuje okruh potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku. Dodavatelé, kteří by jinak zakázku mohli splnit, ale nemají zadavatelem požadovaný doklad (v tomto případě živnostenské oprávnění na projektovou činnost ve výstavbě), se rozhodnou svou nabídku nepodat, protože ví, že by je zadavatel musel ze zadávacího řízení pro nesplnění předmětného kvalifikačního předpokladu vyloučit. Tak dochází k omezení okruhu uchazečů, schopných podat nabídku. Ať už zadavatele vedou k tomuto rozhodnutí jakékoliv důvody, nemění to nic na faktu, že jde o požadavek nezákonný a Úřad správně konstatoval spáchání správního deliktu.
29. Ve věci prokázání splnění kvalifikace vybraným uchazečem zadavatel v rozkladu uvedl, že neodpovídá za formální chyby uchazeče, a dále, že je vybraný uchazeč zadavateli znám a v případě, že by si vyžádal dodatečné informace, nedošlo by k vyloučení uchazeče pro nesplnění kvalifikace. K tomu uvádím, že zadávací řízení je řízení značně formální a tato formálnost se projevuje ve všech fázích zadávacího řízení. Je tomu tak zejména proto, aby bylo zaručeno rovné zacházení se všemi uchazeči. Skutečnost, že vybraný uchazeč je zadavateli znám, nemůže mít vliv na to, že nepředložil všechny zadavatelem doklady, jak vyplývá z dokumentace a ze zjištění Úřadu. A skutečnost, že vybraný uchazeč předmětné doklady nedoložil, zadavatel ani nerozporuje. Nelze tedy obcházet právě zadavatelem

namítanou formálnost zadávacího řízení, neboť ta je zárukou dodržení zásad uvedených v zákoně v § 6.

30. K námitce, že zadavatel neodpovídá za formální chyby uchazeče konstatuji, že s tímto tvrzením se mohu ztotožnit, avšak v napadeném rozhodnutí Úřad takové tvrzení nikde neuvedl. Pochybení zadavatele spočívá v tom, že nevyloučil ze zadávacího řízení dodavatele, který nesplnil kvalifikaci v požadovaném rozsahu. Skutečnost, že dle tvrzení zadavatele ve skutečnosti tuto kvalifikaci předmětný dodavatel splňuje, nemůže mít na konstatování spáchání správního deliktu žádný vliv. Ve lhůtě pro podání nabídek vybraný uchazeč nepodal nabídku, která by splnění kvalifikace prokazovala a měl být proto ze zadávacího řízení vyloučen.
31. Ani skutečnost, že nabídka uchazeče, který se umístil jako druhý v pořadí, byla o 324.158,- Kč vyšší, než nabídka vybraného uchazeče nemůže mít vliv na správnost a zákonnost napadeného rozhodnutí, neboť vybraný uchazeč nesplnil požadavky na prokázání kvalifikace, měl být vyloučen a jeho nabídka neměla být hodnocena.
32. K námitkám zadavatele, týkajícím se složení hodnotící komise je třeba uvést, že Úřad v napadeném rozhodnutí srozumitelně popsal nesrovnalosti týkající se toho, kdo byl jmenován členem, případně náhradníkem hodnotící komise, kým byla podepsána zpráva o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 12. 9. 2007, a kdo tedy podle tohoto dokumentu hodnotil podané nabídky. Úřad správně posoudil dokument, kterým zadavatel dodatečně rozhodl o jmenování Ferdinanda Šopíka členem hodnotící komise, jako neakceptovatelný. Jmenování hodnotící komise musí být zadavatelem učiněno před zahájením jednání hodnotící komise, nikoliv až zpětně. To nepřímou vyplývá např. z § 75 odst. 1 zákona, podle něž je třeba, aby byl každý člen hodnotící komise pozván na první jednání nejméně 7 dnů předem. Zároveň to odráží zásadu transparentnosti, neboť jedině takové jednání zadavatele, které je zpětně přezkoumatelné (přičemž se přezkoumávají postupy zadavatele učiněné v době zadávání veřejné zakázky, nikoliv učiněné dodatečně), může být transparentní. Pokud v době, kdy zadavatel v souladu se zákonem jmenoval členy a náhradníky hodnotící komise pan Ferdinanda Šopík nebyl jejím členem jmenován, nemohl se podílet na hodnocení nabídek.
33. Právě požadavek na transparentnost jednání hodnotící komise je důvodem, proč nelze akceptovat zadavatelovo tvrzení, že jelikož hodnotící komise byla pětičlenná a tím, že tři z přítomných měli majoritní rozhodovací právo, nemohlo mít zpochybnění přítomnosti zbylých členů hodnotící komise vliv na závěry, které hodnotící komise učinila. Ze zápisu z jednání hodnotící komise musí dostatečně jasně vyplývat, kdo se na jejím rozhodování podílel, např. z důvodu možné námitky podjatosti, zpětné kontroly postupu hodnotící komise apod. Výslovně v § 75 odst. 5 zákon uvádí, že o jednání hodnotící komise se sepisuje protokol, který podepisují všichni přítomní členové hodnotící komise. Tato povinnost nebyla dodržena. Rozhodnutí hodnotící komise musí být přezkoumatelné, a pokud z protokolu nevyplývá, kdo se na hodnocení podílel, přičemž v tomto případě došlo k více pochybením najednou (protokol nepodepsali členové, kteří se údajně hodnocení účastnili, ale naopak podepsala jej osoba, která nebyla členem vůbec jmenována), pak nemůže být prokázána

transparentnost takového hodnocení nabídek. K námitce, že jde pouze o formální pochybení, znovu opakují, že zadávací řízení je značně formální a formálnost rozhodovacího procesu je jednou ze záruk transparentnosti zadávacího řízení.

34. Ani v této části jsem tedy neshledal zadavatelovy námitky důvodné. V souladu s § 89 odst. 2 správního řádu jsem však přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy a v případě výroku I. d) jsem shledal pochybení Úřadu, spočívající v nezákonnosti a nepřezkoumatelnosti uvedené části napadeného rozhodnutí. Výrokem I. d) Úřad konstatoval, že *zadavatel nedodržel postup stanovený v ustanovení § 75 odst. 3 zákona v návaznosti na § 6 citovaného zákona tím, že se jednání hodnotící komise zúčastnila osoba, která nebyla zadavatelem jmenována členem hodnotící komise či náhradníkem za člena hodnotící komise podle § 74 odst. 4 citovaného zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a již došlo k uzavření smlouvy.* To však neodpovídá odůvodnění napadeného rozhodnutí a zároveň to odporuje znění zákona. Zákon v § 75 odst. 4 konstatuje, že jednání hodnotící komise se mohou účastnit též jiné osoby, které určí veřejný zadavatel nebo hodnotící komise. Zjištění, že jednání hodnotící komise se zúčastnila osoba, která nebyla zadavatelem jmenována členem hodnotící komise, tedy nemůže vést k závěru, že byl spáchán správní delikt. Zároveň tento výrok neodpovídá odůvodnění, ve kterém je zřetelně dovozeno, že pochybením, kterého se zadavatel dopustil, spočívalo v tom, že pan Ferdinand Šopík se podílel na hodnocení nabídek, což vyplývá ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 12. 9. 2007, kterou podepsal jako člen hodnotící komise, ačkoliv jím nebyl zadavatelem před jednáním hodnotící komise jmenován a dále z prohlášení o nepodjatosti ze dne 12. 9. 2007, které také podepsal.
35. Dále z odůvodnění nevyplývá, jak Úřad dospěl k závěru, že zadavatel porušil povinnost uvedenou v § 75 odst. 3, neboť ačkoliv je v odůvodnění uvedeno, že seznam osob, které se měly podílet na hodnocení nabídek, neodpovídá následně podpisům pod protokolem o jednání hodnotící komise, dále tato skutečnost není již nijak reflektována v odůvodnění vztahujícímu se ke spáchání předmětného správního deliktu a nijak se neváže k deliktu, který je popsán ve výroku I. d), tedy že *se jednání hodnotící komise zúčastnila osoba, která nebyla zadavatelem jmenována členem hodnotící komise či náhradníkem za člena hodnotící komise.* V tomto případě pak není zřejmé, proč se Úřad nezabýval povinnostmi zadavatele uvedenými v § 75 odst. 5 zákona („*O jednání hodnotící komise se sepisuje protokol. Protokol o jednání podepisují všichni přítomní členové hodnotící komise.*“) a jak se skutečnost, že se *„hodnotící komise může jednat a usnášet, jsou-li přítomny nejméně dvě třetiny členů nebo jejich náhradníků. Hodnotící komise rozhoduje většinou hlasů přítomných členů nebo náhradníků“* (§ 75 odst. 3 zákona) odráží ve výroku a návazně na to v odůvodnění, ani jak tato skutečnost mohla mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky, neboť se Úřad v této části odůvodnění výhradně věnuje dopadům skutečnosti, že se na hodnocení nabídek podílel pan Ferdinand Šopík. Z tohoto důvodu je napadené rozhodnutí v části výroku I. d) v rozporu se zákonem a také nepřezkoumatelné.
36. Dále jsem se zabýval správností postupu Úřadu, když tento konstatoval spáchání jednoho správního deliktu (viz výrok II. napadeného rozhodnutí), více skutky, přičemž se Úřad nijak nezabýval uplatněním zásady absorpce.

37. V českém právním řádu neexistuje komplexní úprava správního trestání. Z tohoto důvodu tedy vyvstává nutnost aplikovat ve prospěch obviněného analogii trestního práva. K této zásadě ohledně použití analogie se Nejvyšší správní soud vyslovil např. ve svém rozsudku ze dne 16. 4. 2008, č. j. 1 As 27/2008 - 67, dle něhož *„použití analogie ve správním trestání je přípustné, a to v omezeném rozsahu, pouze tam, kdy to, co má být aplikováno, určitou otázkou vůbec neřeší, nevede-li takový výklad k újmě účastníka řízení a ani k újmě na ochraně hodnot, na jejichž vytváření a ochraně je veřejný zájem.“*
38. V daném případě posoudil Úřad věc tak, že zadavatel spáchal pouze jediný správní delikt, přičemž za tento delikt také byl uložen jeden trest. Nejprve je třeba posoudit, zda pod jednotlivými písmeny výroku I. napadeného rozhodnutí jsou popsány samostatné skutky a zda jde skutečně o jeden delikt, či o souběh více deliktů. Zde je nutné opět použít analogii z trestního práva k posouzení toho, co je třeba rozumět skutkem. Trestněprávní teorie definuje skutek jako určitou událost ve vnějším světě, záležející v jednání člověka, která může mít znaky trestného činu, či trestných činů anebo nemusí vykazovat znaky žádného trestného činu. Podstatu skutku tedy tvoří jednání pachatele a následek tímto jednáním způsobený, který je relevantní z hlediska trestního práva. Za jeden skutek lze považovat jen ty projevy vůle pachatele navenek, které jsou pro tento následek příčinou, pokud jsou zahrnuty zaviněním. Jednáním může v tomto slova smyslu být konání i opomenutí, může být způsobeno úmyslně i z nedbalosti. Meze útoku zahrnutých do jednání jsou určeny trestněprávním relevantním následkem, jehož příčinou je jednání. Přitom se jedná o následek, který je znakem některého trestného činu. Takový konkrétní následek spojuje dílčí útoky do jednoho skutku, stejně jako umožňuje dělit chování člověka na různé skutky.
39. Každé jednání zadavatele, popsané ve výroku I. a) až d) bylo způsobeno jiným úkonem a mělo samostatný následek do jiné části zadávacího procesu. V případě výroku I. a) šlo o jednání, které atakovalo základní zásady zadávacího řízení a postupy, které je zadavatel povinen dodržovat při zahájení zadávacího řízení. Ve výroku I. b) bylo konstatováno porušení zákona při stanovení zadávacích podmínek v zadávací dokumentaci; v případě porušení, uvedeného ve výroku I. c) šlo o vadný postup zadavatele při hodnocení nabídek a nakonec v případě výroku I. d) šlo o postup zadavatele při jmenování a následně jednání hodnotící komise. Z tohoto výčtu lze konstatovat, že šlo o samostatné skutky. Je však nutno rozlišovat mezi skutkem a trestným činem (správním deliktem). Zatímco skutek jako pojem procesně právní je chápán jako událost ve vnějším světě vyvolaná činem člověka, trestný čin jako pojem hmotněprávní je souhrnem skutečností, které vyčerpávají znaky skutkové podstaty některého trestného činu a podmiňují trestnou odpovědnost. Každý trestný čin musí být vždy i skutkem. Za správní delikt je možné považovat protiprávní jednání odpovědné osoby, jehož znaky jsou uvedeny v zákoně a s nímž zákon spojuje hrozbu sankcí trestní povahy ukládané v rámci výkonu veřejné správy (viz Pavel Mates a kolektiv, Základy správního práva trestního, C.H. Beck, 1995).
40. Zadavatel svým jednáním sice naplnil pouze jednu skutkovou podstatu správního deliktu, v tomto případě se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, avšak dopustil se tohoto deliktu opakovaně, čtyřmi samostatnými útoky proti právem chráněnému

zájmu. Pokud tedy přistoupím na právní hodnocení Úřadu v případě výroků I. a) až c), přičemž zde jsem po přezkoumání postupu Úřadu neshledal důvod pro změnu či zrušení napadeného rozhodnutí v těchto částech z důvodu právního posouzení jednotlivých skutků, pak šlo o samostatné správní delikty, které byly spáchány ve vícečinném souběhu stejnorodém. V případě výroku I. d) je třeba, aby Úřad znovu přezkoumal postup zadavatele a jasně a srozumitelně ve výroku uvedl, jakého porušení se zadavatel dopustil a zda i zde byla naplněna skutková podstata správního deliktu.

41. Při ukládání trestu za souběh trestných činů u téhož pachatele se uplatňují tři základní zásady trestání: zásada sčítací (kumulační), zásada absorpční a zásada zostření (asperační). Zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**trestní zákoník**“) v § 43 vychází ze zásady absorpční, a tedy souhrnný a úhrnný trest se ukládají podle toho zákonného ustanovení, které se vztahuje na trestný čin nejpřísněji trestný. Ukládá-li správní orgán pokutu za více správních deliktů, je povinen analogicky použít zásadu absorpční, nestanoví-li příslušný právní předpis jinak. Z odůvodnění rozhodnutí v části pojednávající o odůvodnění výše pokuty, která byla pachateli správního deliktu uložena, musí být patrné, že tato zásada absorpce byla správním orgánem použita, jinak je výše pokuty nepřezkoumatelná.
42. V napadeném rozhodnutí není z odůvodnění nijak seznatelné, že by Úřad zásadu absorpce použil, či že by se jinak vypořádal s tím, za který z jednotlivých správních deliktů je pokuta ukládána. Proto je toto rozhodnutí nepřezkoumatelné.
43. Dále pak upozorňuji, že skutečnost, že se zadavatel dopustil spáchání více správních deliktů dle zákona, může Úřad zohlednit jakožto přitěžující okolnost. Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 22. 11. 2012, č. j. 7 Afs 72/2012-51 uvedl, že „*při ukládání sankce za sbíhající se delikty postupuje správní orgán v souladu s absorpční zásadou, tedy vyměří pokutu za jeden ze sbíhajících se deliktů, a zároveň je oprávněn v rámci hodnocení závažnosti jednání přihlídnout jakožto k přitěžující okolnosti i k tomu, že bylo spácháno více deliktů*“. Tento právní názor převzal Nejvyšší správní soud ze svého dřívějšího rozsudku ze dne 31. 10. 2008 č. j. 5 Afs 9/2008-328.
44. V novém rozhodnutí by tedy výrok Úřadu měl odpovídat tomu, že zadavatel spáchal jednotlivými skutky více správních deliktů. Zároveň se tato skutečnost odrazí v odůvodnění rozhodnutí, kde bude srozumitelně popsáno, jakým jednáním se těchto deliktů dopustil a Úřad pak v odůvodnění výroku, kterým je ukládána pokuta, popíše, jak byla zohledněna zásada absorpce.
45. Pokud jde o výrok I. d) napadeného rozhodnutí, pak Úřad znovu posoudí, zda a jakého správního deliktu se svým jednáním, popsaném v odůvodnění k této části výroku, dopustil, své úvahy uvede srozumitelně v odůvodnění nového rozhodnutí tak, aby odůvodnění korespondovalo s výrokem.

VI. Závěr

46. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že napadené rozhodnutí bylo zatíženo vadami majícími vliv na jeho zákonnost a správnost, jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro jeho zrušení a pro vrácení věci k novému rozhodnutí orgánu dohledu. V novém řízení je Úřad dle § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu vázán právním názorem odvolacího orgánu.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:
město Rýmařov, nám. Míru 1, 795 01 Rýmařov

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