



UOHSX004ZGYD

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R334/2012/VZ-10181/2013/310/PMa

Brno 10. července 2013

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 14. 11. 2012, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 15. 11. 2012, jenž podal zadavatel –

- **Statutární město Olomouc**, IČ 00299308, se sídlem Horní náměstí 583, 779 11 Olomouc,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S422/2012/VZ-16344/2012/710/FKa ze dne 2. 11. 2012 ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, výše uvedeným zadavatelem, při zadávání veřejné zakázky „**Revitalizace veřejného prostranství ul. Krakovská**“ ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném odesláním výzvy dne 17. 6. 2009 dle ustanovení § 26 odst. 1 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, na kterou byla dne 15. 9. 2009 uzavřena smlouva o dílo č. SOD/OI/189/2009/GL se společností JR stavby CZ s. r. o., IČ 26875080, se sídlem Jilemnického 5/51, 772 00 Olomouc,

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

Výrok II. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 2. 11. 2012, č. j. ÚOHS-S422/2012/VZ-16344/2012/710/FKa, podle § 152 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 90 odst. 1 písm. c) téhož zákona,

m ě n í m

takto:

„Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. se zadavateli – Statutární město Olomouc, IČ 00299308, se sídlem Horní náměstí 583, 779 11 Olomouc, – podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ukládá **pokuta ve výši 70 000,- Kč (sedmdesát tisíc korun českých)**. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.“

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – Statutární město Olomouc, IČ 00299308, se sídlem Horní náměstí 583, 779 11 Olomouc (dále jen „**zadavatel**“), zahájil odesláním výzvy k podání nabídek dne 17. 6. 2009 podle ustanovení § 26 odst. 1 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ zjednodušené podlimitní řízení dle § 38 zákona za účelem zadání veřejné zakázky „Revitalizace veřejného prostranství ul. Krakovská“ (dále jen „**veřejná zakázka**“), na kterou byla dne 15. 9. 2009 uzavřena smlouva o dílo č. SOD/OI/189/2009/GL se společností JR stavby CZ s. r. o., IČ 26875080, se sídlem Jilemnického 5/51, 772 00 Olomouc.
2. Na základě podnětu k přezkoumání postupu zadavatele, který Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) obdržel dne 13. 6. 2012, si vyžádal dne 20. 6. 2012 přípisem č. j. ÚOHS-P559/2012/VZ-11465/2012/940/LKo od zadavatele veškerou spisovou dokumentaci související s uvedenou veřejnou zakázkou spolu s vyjádřením k učiněnému podnětu.
3. Z předložené dokumentace Úřad zjistil, že zadavatel zahájil podlimitní veřejnou zakázku na stavební práce výzvou k podání nabídek odeslanou dne 17. 6. 2009. Zadávací dokumentace k předmětné veřejné zakázce byla poskytnuta 7 zájemcům, přičemž zadavatel ve lhůtě pro podání nabídek obdržel nabídky 4 uchazečů.
4. Zadavatel v bodu e) písm. c) výzvy k podání nabídky ve zjednodušeném podlimitním řízení a v článku 8 písm. b) předmětné zadávací dokumentace požadoval v rámci ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů podle § 55 odst. 1 písm. c) zákona „*údaj o celkovém*

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.

obratu dodavatele a obrat za stavební práce za poslední 3 roční účetní období s limitem minimálně 24.000.000,- Kč za rok“.

5. Dne 9. 7. 2009 provedla hodnotící komise jmenovaná zadavatelem otevírání obálek. Dne 16. 7. 2009 proběhlo posouzení a hodnocení nabídek a dne 11. 8. 2009 zadavatel na základě doporučení hodnotící komise rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky předložené uchazečem JR stavby CZ s. r. o., IČ 26875080, se sídlem Jilemnického 5/51, 772 00 Olomouc (dále jen „**vybraný uchazeč**“). Dne 15. 9. 2009 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem smlouvu o dílo.
6. V rámci šetření veřejné zakázky Úřad zjistil, že vybraný uchazeč předložil na str. 19 své nabídky čestné prohlášení ze dne 7. 7. 2009, v němž uvedl, že obrat za stavební práce v roce 2006 činil 10.300.000,- Kč, tedy o 12.700.000,- Kč méně než bylo požadováno v předmětné zadávací dokumentaci. Z účetní závěrky sestavené dne 26. 3. 2007 zveřejněné v obchodním rejstříku ve sbírce listin vybraného uchazeče je uvedeno, že výnos vybraného uchazeče za roční období 2006 činí 13.244.000,- Kč. Zadavatel dále Úřadu předložil čestné prohlášení vybraného uchazeče ze dne 18. 4. 2012, ve kterém vybraný uchazeč uvedl, že obrat za stavební práce v roce 2006 činil 57.600.000,- Kč.
7. Po přezkoumání obsahu podnětu a zadavatelem předložené dokumentace nabyt Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem, když ze zadávacího řízení nevyloučil ve smyslu § 60 odst. 1 zákona uchazeče, který neprokázal splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů. Z tohoto důvodu dopisem č. j. ÚOHS-S422/2012/VZ-13272/2012/940/FKa ze dne 27. 7. 2012 oznámil zadavateli zahájení správního řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu.
8. Dne 13. 8. 2012 bylo Úřadu doručeno stanovisko zadavatele ke správnímu řízení, ve kterém zadavatel uvedl, že nevyloučil vybraného uchazeče z toho důvodu, že z dalších částí nabídky bylo zjevné, že obrat za rok 2006 činil více než požadovaných 24 mil. Kč, a to více než 56 mil. Kč za stavební práce. Tento dokument byl doložen v nabídce na str. 23. – 30. pod názvem Reference – přehled dopravních staveb realizovaných v posledních letech – 1. část a přehled „vodohospodářských“ staveb realizovaných našimi pracovníky – 2. část a přehled „pozemních“ staveb realizovaných našimi pracovníky – 3. část. Definice obratu zní, že se jedná o množství finančních prostředků přijatých ekonomickým subjektem za konkrétní období – účetní období. Z toho také zadavatel vycházel při sčítání realizovaných zakázek.

II. Napadené rozhodnutí

9. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností a po zhodnocení všech předložených dokladů, včetně zadávací dokumentace a uzavřené smlouvy o dílo, vydal Úřad dne 2. 11. 2012 rozhodnutí č. j. ÚOHS – S422/2012/VZ-16344/2012/710/FKa, v jehož výrokové části I. konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, když uzavřel smlouvu o dílo č. SOD/OI/189/2009/GL se společností JR stavby CZ s. r. o., IČ 26875080, se sídlem Jilemnického 5/51, 772 00 Olomouc, aniž by dodržel postup stanovený § 60 odst. 1 zákona, když nevyloučil ze zadávacího řízení společnost JR stavby CZ s. r. o., IČ 26875080, se sídlem Jilemnického 5/51, 772 00 Olomouc, která neprokázala podle

§ 62 odst. 1 ve spojení s § 55 odst. 1 zákona splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky. Ve výrokové části II. pak Úřad zadavateli za spáchání správního deliktu uvedeného ve výrokové části I. napadeného rozhodnutí uložil pokutu ve výši 100.000,- Kč.

10. Ve svém odůvodnění výroku I. Úřad zdůraznil, že zadavatel si měl zjistit relevantní informace o ročním obratu vybraného uchazeče zejména z rozvahy vypracované dle zákona o účetnictví za příslušné účetní období, která je zveřejněna ve sbírce listin v obchodním rejstříku vybraného uchazeče. Z této rozvahy vyplývá, že výnosy z běžné činnosti, neboli obrat, činí 13.244.000,- Kč, tedy o 10.756.000,- Kč méně, než zadavatelem požadovaných 24.000.000,- Kč. Současně Úřad zadavateli vytkl, že nevyužil své možnosti požadovat po dodavateli, aby písemně objasnil předložené informace či doklady nebo aby předložil další dodatečné informace či doklady prokazující splnění kvalifikace.
11. Úřad se neztotožnil s názorem zadavatele uvedeným v jeho stanovisku ke správnímu řízení, že vybraný uchazeč prokázal splnění kvalifikace předložením přehledu realizovaných staveb, který byl součástí jeho nabídky. Úřad dále uvedl, že nelze přikládat váhu čestnému prohlášení vybraného uchazeče ze dne 18. 4. 2012, v němž vybraný uchazeč ex post uvádí, že jeho roční obrat činil 57.600.000,- Kč, neboť toto tvrzení není ničím podloženo.
12. V odůvodnění výroku II. napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5% ceny zakázky, nebo do 10.000.000,- Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a), c) nebo d) zákona. Vzhledem k tomu, že cena veřejné zakázky činila celkem 8.029.817,- Kč vč. DPH, stanovil Úřad horní hranici možné pokuty s přihlédnutím k § 120 odst. 3 zákona na částku ve výši 802.981,70 Kč.
13. Úřad se dále zabýval hodnocením hledisek, ke kterým je potřeba při určování konkrétní výše pokuty přihlídnout, tedy závažností správního deliktu, způsobu jeho spáchání, jeho následkům a okolnostem, za nichž byl správní delikt spáchán. Okolnosti spáchání deliktu a jeho následky vyhodnotil Úřad jako svým charakterem závažné, neboť jednání zadavatele narušilo transparentnost procesu zadání veřejné zakázky. Zadavatel na jeho počátku stanovil jasné požadavky na kvalifikaci dodavatelů, na jeho konci však podepsal smlouvu na veřejnou zakázku s uchazečem, který splnění kvalifikace neprokázal.
14. Dalším hlediskem, kterým se Úřad při určování výše pokuty zabýval, byla ekonomická situace zadavatele, když zkoumal, zda by její vyměřená výše nebyla pro zadavatele likvidační. K takovému závěru však Úřad nedospěl, když z výroční zprávy zadavatele za rok 2011 umístěné na jeho internetových stránkách zjistil rozpočet ve výši stovek miliónů korun. Na základě zhodnocení všech aspektů rozhodl Úřad o uložení pokuty tak, jak je uvedeno ve výroku II. napadeného rozhodnutí, přičemž pokutu stanovil v dolní polovině zákonné sazby.

III. Námitky rozkladu

15. V zákonné lhůtě podal proti napadenému rozhodnutí zadavatel rozklad ze dne 14. 11. 2012, který byl Úřadu doručen dne 15. 11. 2012. Rozklad zadavatele směřuje pouze proti výrokové části II. napadeného rozhodnutí, kterou byla zadavateli za správní delikt uložena pokuta.
16. Předně zadavatel ve svém rozkladu uvedl, že své pochybení uznává a ztotožňuje se s názorem Úřadu, že měl využít možnosti stanovené v § 76 odst. 3 zákona a požádat uchazeče o objasnění nejasnosti v nabídce, resp. § 59 odst. 4 zákona, nicméně v době rozhodování byl přesvědčen o svém správném postupu.
17. Zadavatel nesouhlasí s výrokem stanovujícím výši pokuty, neboť má za to, že uložená pokuta není přiměřená spáchanému deliktu. Podle názoru zadavatele, vysloveného v rozkladu, Úřad při posouzení správního deliktu akcentoval represivní funkci právní odpovědnosti. Dle zadavatele již bylo cíle, ke kterému má ukládání sankce dospět, dosaženo, a to postupem poskytovatele dotace, který zadavateli nepřiznal dotaci v rozsahu 25% z celkové ceny. Hlavním účelem správní sankce by mělo být preventivní působení, jak uvádí sám Úřad, zadavatel má za to, že tohoto účelu bude dosaženo i při nižší pokutě, než jaká byla udělena. Zadavatel dále uvádí, že se nemůže ztotožnit s názorem Úřadu, že výroční zpráva zadavatele za rok 2011 je měřítkem pro určení hranice, zda pokuta je či není likvidační, neboť finanční situace každého subjektu se více či méně mění. Ukládání pokut v nepřiměřené výši může významně ovlivnit realizaci některých plánovaných projektů zadavatele.

IV. Závěry rozkladu

18. Na základě v rozkladu uvedených skutečností zadavatel navrhl, aby předseda Úřadu výši pokuty, uloženou ve výroku II. napadeného rozhodnutí, snížil na částku 50.000,- Kč nebo ji neuložil vůbec.

V. Řízení o rozkladu

19. 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.

VI. Stanovisko předsedy Úřadu

20. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal z hlediska uložené pokuty soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy, jakož i správnost napadeného rozhodnutí, tu však toliko v rozsahu námitek uplatněných v rozkladu, popřípadě vyžadoval-li to veřejný zájem, přičemž jsem dospěl k závěru, že pokud jde o výši pokuty, která byla za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. napadeného rozhodnutí uložena, Úřad při stanovení její výše vycházel z nesprávných závěrů, respektive nesprávně a v rozporu se zákonem aplikoval ustanovení § 120 odst. 3 zákona upravující zvýšení horní sazby pokuty při opakovaném spáchání správního deliktu, což mělo přímý vliv na výši uložené pokuty. Z uvedeného důvodu jsem přistoupil ke změně napadeného rozhodnutí (resp. jeho výroku II.), neboť právní úprava

obsažená v ust. § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu dovoluje napadené rozhodnutí změnit, pokud by tím některému z účastníků, jemuž je ukládána povinnost, nehrozila újma z důvodu ztráty možnosti odvolat se. Tuto podmínku považuji za splněnou. V další části tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke snížení uložené pokuty.

VII. K námitkám rozkladu

21. V rámci úvah o správnosti v prvostupňovém rozhodnutí stanovené výše uložené pokuty jsem dospěl k závěru, že jakkoliv není pochyb o odpovědnosti zadavatele za spáchání výše uvedeného správního deliktu, tj. správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, kterého se zadavatel dopustil tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 60 odst. 1 zákona, když ve zjednodušeném podlimitním řízení nevyločil ze zadávacího řízení vybraného uchazeče, který neprokázal podle § 62 odst. 1 ve spojení s § 55 odst. 1 zákona splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a s vybraným uchazečem uzavřel smlouvu o dílo, přistoupil jsem ke změně výroku II. napadeného rozhodnutí a uloženou pokutu jsem přiměřeně snížil, neboť jsem přesvědčen o tom, že byt' orgán prvního stupně uložil pokutu v rámci zákonného rozpětí, postupoval nesprávně, když při určení její horní sazby tuto zdvojnásobil s odkazem na ustanovení § 120 odst. 3 zákona, což mělo ve svém důsledku významný vliv na konečnou výši uložené pokuty.
22. V bodu 39. napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že: *„Horní hranice možné pokuty (5% ceny veřejné zakázky) tedy s ohledem na ustanovení § 120 odst. 3 zákona činí částku ve výši 802.981,70 Kč.“* Úřad tedy do svých úvah při určování maximální možné výše pokuty, kterou by mohl za správní delikt zadavateli uložit, použil uvedené ustanovení § 120 odst. 3 zákona, které v dřívějším i současném znění stanoví, že: *„Sazba pokuty se zvyšuje na dvojnásobek, jestliže se zadavatel dopustí opakovaně některého ze správních deliktů.“* Z tohoto ustanovení Úřad vycházel, když přihlédl ke svému dřívějšímu rozhodnutí č. j. ÚOHS-S219/2011/VZ-13296/2012/520/NG ze dne 29. 2. 2012 (i když tato skutečnost z odůvodnění napadeného rozhodnutí není zřejmá), kterým byla za spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona týmž zadavatelem ve veřejné zakázce „Turistický multimediální průvodce Olomoucí“, zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení výzvou k podání nabídek ze dne 21. 10. 2009, uložena pokuta ve výši 40.000,- Kč. Uvedené rozhodnutí tedy vzal Úřad za základ pro zdvojnásobení horní hranice sankce v souladu s § 120 odst. 3 zákona na částku 802.981,70 Kč.
23. K použití ustanovení § 120 odst. 3 zákona nedošlo v souladu se zákonem, a to s ohledem na druhou větu předmětného ustanovení, která stanoví podmínky recidivy, za nichž je možno zdvojnásobit sazbu horní hranice pokuty. Dle tohoto ustanovení zákona v relevantním znění účinném do 31. 12. 2009 je: *„správní delikt spáchán opakovaně, pokud ode dne, kdy došlo ke spáchání jakéhokoliv posledního správního deliktu, neuplynulo 5 let.“* V kontextu tohoto ustanovení zákona s přihlédnutím k níže uvedeným skutečnostem nelze než konstatovat, že Úřad nepostupoval správně, když zdvojnásobil maximální 5% horní hranici pokuty, kterou je možno za správní delikt uložit, s odkazem na recidivu zadavatele. Nadto v odůvodnění napadeného rozhodnutí absentuje vysvětlení, z jakého důvodu Úřad aplikoval ustanovení

§ 120 odst. 3 zákona včetně uvedení jakého konkrétního deliktu se zadavatel v posledních 5 letech před spácháním správního deliktu, který je předmětem tohoto řízení, dopustil. O recidivu by se jednalo v případě, že by byl předmětný delikt spáchán v období pěti let od spáchání jakéhokoliv předchozího správního deliktu. Delikt v tomto správním řízení byl spáchán dne 15. 9. 2009 uzavřením smlouvy o dílo s vybraným uchazečem, přičemž zadávací řízení, ve kterém došlo ke spáchání deliktu, za nějž byla zadavateli uložena pokuta ve správním řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S219/2011/VZ, bylo zahájeno až dne 21. 10. 2009 a ke spáchání deliktu, tedy k uzavření smlouvy o dílo, došlo dne 7. 1. 2010. Od tohoto data tedy začíná běžet zákonem stanovená pětiletá lhůta.

24. Na základě uvedených skutečností jsem učinil závěr, že v daném případě se nejedná o recidivu předpokládanou ustanovením § 120 odst. 3 zákona, když ke spáchání správního deliktu, který je předmětem tohoto řízení, došlo před zahájením zadávacího řízení, v němž došlo ke spáchání deliktu, za který byla zadavateli uložena pokuta rozhodnutím č. j. ÚOHS-S219/2011/VZ-13296/2012/520/NG ze dne 29. 2. 2012. Ke spáchání předmětného správního deliktu tedy došlo před datem rozhodným pro počátek pětileté lhůty, a proto neexistoval zákonný podklad pro zdvojnásobení horní hranice možné pokuty a tato měla být určena ve výši do 5% z ceny veřejné zakázky. Z tohoto důvodu jsem přistoupil ke změně výroku II. napadeného rozhodnutí a se snížením maximální výše pokuty, která mohla být za správní delikt uložena, na částku 401.491,- Kč po zaokrouhlení (tedy na 5% ceny veřejné zakázky) jsem odpovídajícím způsobem snížil i pokutu, která byla uložena zadavateli v napadeném rozhodnutí, když jsem se v ostatních bodech určení její výše ztotožnil se závěry napadeného rozhodnutí.
25. V této souvislosti tedy konstatuji, že i když Úřad nepostupoval správně, když horní hranici možné pokuty zdvojnásobil s poukazem na recidivu zadavatele, ostatní jeho závěry považuji za zcela srozumitelné, přičemž je z nich zřejmé, jakými skutečnostmi a úvahami se při svém rozhodování o uložení pokuty řídil, zejména pak, že přihlédl k závažnosti správního deliktu, ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům i k okolnostem, za nichž byl spáchán.
26. V návaznosti na námitku, v rámci níž zadavatel poukazuje na to, že represivní funkce sankce již bylo dosaženo, a to postupem poskytovatele dotace, který zadavateli nepřiznal dotaci v rozsahu 25% z celkové ceny, uvádím následující. Skutečnost, že poskytovatel dotace zkrátí dotaci z důvodu nesprávného postupu zadavatele, nemůže mít vliv na postup Úřadu při rozhodování, zda se zadavatel dopustil správního deliktu, a následném ukládání pokuty. K tomuto závěru dospěl Nejvyšší správní soud ve svém rozhodnutí č. j. 1 Afs 23/2012 – 102 ze dne 28. 11. 2012, v němž uvádí, že *žádost o zohlednění okolností, že pokud bude stěžovateli udělena v dané věci správní pokuta, tak bude krácena dotace (případně vymáhána sankce) za porušení rozpočtových pravidel, je ze své podstaty zcela nepřijatelná a pro rozhodování nepodstatná. Nelze požadovat ani po správním orgánu, ani po soudu, aby „přehledly“ porušení zákona z důvodu, že stěžovatel ponese ještě jiné důsledky svého protiprávního jednání.* Námitku zadavatele, že byla naplněna represivní funkce sankce tím, že mu byla poskytnuta nižší dotace, je tedy potřeba odmítnout.

27. Zadavatel v rozkladu dále namítá, že hlavní funkcí správní sankce je funkce preventivní, které bude dosaženo i při nižší pokutě, než jaká byla udělena. I tuto námitku zadavatele je potřeba odmítnout s odůvodněním, že tímto rozhodnutím ukládaná pokuta ve výši 70.000,- Kč je opět stanovena v dolní polovině její maximální možné výše určené zákonem. I v tomto případě je tedy upřednostněn preventivní charakter sankce. Je však současně třeba mít na paměti, že uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocíťována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu.
28. Zároveň je potřeba zdůraznit, že při závažném porušení zákona musí být naplněny obě funkce právní odpovědnosti, represivní i preventivní. Krajský soud v Brně se ve svém rozsudku ze dne 18. 6. 2009 č. j. 62 Ca 33/2008 – 57 k této problematice vyjádřil následovně: *„konkrétní forma postihu a jeho výše musí působit natolik silně, aby od podobného jednání odradila i jiné nositele obdobných povinností, jaké svědčí žalobci (zadavatel), zároveň musí být postih dostatečně znatelný v materiální sféře žalobce (zadavatele), aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl ovšem pro žalobce (zadavatele) likvidačním.“* Závažnost porušení zákona spatřuji především ve skutečnosti, že zadavatel svým postupem, kdy ze zadávacího řízení nevyločil vybraného uchazeče, který nesplnil finanční kvalifikační předpoklady, porušil zásadu transparentnosti zadávacího řízení zakotvenou v § 6 zákona. Zadavatel nezajistil, aby zadávací řízení proběhlo právně korektním a předvídatelným způsobem, když zahrnul do fáze hodnocení nabídek nabídku vybraného uchazeče, která měla být vyloučena již v předchozí fázi posouzení kvalifikace. Zadavatel svým jednáním poškodil ostatní uchazeče o veřejnou zakázku, kteří stanovené finanční kvalifikační předpoklady splnili, čímž se dopustil porušení zakazu diskriminace, což je třeba s ohledem na posouzení závažnosti spáchaného správního deliktu v návaznosti na následky spočívající v poškození ostatních uchazečů vyhodnotit jako závažné porušení zákona. Z uvedeného důvodu jsem po snížení maximální hranice uložené pokuty na částku 401.491,- Kč, představující 5% z ceny veřejné zakázky, rozhodl o snížení uložené pokuty na 70.000,- Kč. Jsem přesvědčen, že pokuta v této výši dostatečně naplňuje preventivní i represivní funkci právní odpovědnosti a s ohledem na okolnosti, za kterých byl správní delikt spáchán, považuji pokutu v této výši za přiměřenou.
29. Připomínám v této souvislosti, že každá peněžitá sankce představuje nepříznivý zásah do majetkové i jiné sféry povinného, a proto negativně dopadá na jeho další činnost, a tedy i na jeho rozvoj (viz rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 16. 11. 2004, č. j. 10 Ca 250/2003-48). S přihlédnutím k následkům spáchaní správního deliktu, a k nutnosti naplnění sankčních účinků, zejména předcházení budoucího porušování zákona, nelze výši sankčního postihu zcela minimalizovat.
30. K námitce, že výše pokuty stanovená Úřadem v napadeném rozhodnutí svou nepřiměřenou výší může ovlivnit realizaci některých projektů zadavatele, podotýkám, že Úřad postupoval zcela správně, když při stanovení výše pokuty zohlednil ekonomickou situaci zadavatele s poukazem na judikaturu Ústavního soudu, dle níž nelze připustit uložení takové pokuty (buď i v minimální výši), která by pro delikventa měla likvidační účinek, případně by vedla ke ztrátě jakéhokoli smyslu jeho podnikatelské činnosti po značné časové období. Nelze zpochybnit skutečnost, že podle tohoto nálezu je v případě ukládání pokut vyloučen takový zásah do

majetku,

v důsledku kterého by byla „zničena“ majetková základna pro další činnost – nepřipustné jsou takové pokuty, jež mají likvidační charakter. K tomuto je ovšem nutno dodat, že při určování výměry pokuty právníkovi osobě se v souladu s ustanovením § 121 odst. 2 zákona přihlédne v první řadě k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání, jeho následkům a okolnostem, za nichž byl spáchán. Z uvedeného vyplývá, že ekonomická situace zadavatele je zohledňujícím parametrem pro určení výše pokuty pouze do té míry, do jaké by mohla působit na podnikatelský subjekt likvidačně. Při respektování tohoto pravidla je pak jediné správné postupovat dle kritérií uvedených výše.

31. Z výroční zprávy za rok 2011 Úřad zjistil, že rozpočet zadavatele se pohybuje v řádech stovek milionů Kč. Úřad tedy učinil správný závěr, že stanovenou výší pokuty nelze vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel v rámci svého rozpočtu disponuje, považovat za likvidační. K námitce zadavatele, že výroční zpráva za rok 2011 nemůže být měřítkem pro určení likvidační hranice pokuty, neboť finanční situace každého subjektu se více či méně mění, uvádím, že zadavatel na svých internetových stránkách zveřejnil svůj schválený rozpočet, kdy v roce 2012 měly činit jeho příjmy částku ve výši 2.357.289.000,- Kč a v roce 2013 částku ve výši 2.187.681.000,- Kč. I za situace, kdy rozpočet zadavatele vykazuje spíše mírně sestupný charakter, nemůže Úřadem vyměřená sankce nijak významněji ovlivnit jeho hospodaření natož, aby se jevila jako likvidační. To pak tím spíše nelze tvrdit poté, co jsem rozhodl o snížení výše pokuty na částku 70.000,- Kč.
32. Pro úplnost opakuji, že ke změně napadeného rozhodnutí a ke snížení pokuty jsem přistoupil po té, co jsem shledal postup Úřadu, který zdvojnásobil horní hranici pokuty v souvislosti s jím tvrzenou recidivou zadavatele, v rozporu se zákonem. Avšak úvahy, kterými se Úřad zabýval a závěry, které vyvodil při určování konkrétní výše pokuty v rámci limitů jím (nesprávně) stanovených, shledávám zcela adekvátní protiprávnímu jednání, kterého se zadavatel dopustil. I přes to, že se zadavatelovo protiprávní jednání podstatně dotýká základních principů, na nichž je zadávací řízení vystavěno, zejména zákazu diskriminace jednotlivých dodavatelů, i s vědomím toho, že negativní důsledky porušení zákona již v tuto chvíli není možné účinně zhojit způsobem, který by ostatním dodavatelům umožnil se o veřejnou zakázku ucházet, protože smlouva o dílo již byla uzavřena, shledal jsem pokutu ve výši 70.000,- Kč za dostačující k naplnění obou funkcí právní odpovědnosti.
33. K výše uvedenému tedy sděluji, že Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí při stanovení konkrétní výše pokuty i přes to, že vycházel z horní hranice pokuty, která byla nesprávně zdvojnásobena, dostatečně zhodnotil způsob spáchání předmětného správního deliktu a rovněž i okolnosti, za nichž byl delikt spáchán. Jsem přesvědčen o tom, že skutečnost, že se Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí nedostatečně zabýval v bodu 39. napadeného rozhodnutí důvody, pro které aplikoval § 120 odst. 3 zákona, plně zhojí odůvodnění tohoto mého rozhodnutí. V této souvislosti odkazuji na judikaturu Nejvyššího správního soudu, který ve svém rozhodnutí ze dne 26. 1. 2011 č. j. 2 Afs 132/2009-275 uvedl, že rozhodnutí prvního stupně a rozhodnutí o rozkladu podaném proti takovému rozhodnutí tvoří jeden celek. Odůvodnění Úřadu, které je uvedeno v rozhodnutí prvního stupně a odůvodnění tohoto druhostupňového rozhodnutí ve stejné souvislosti je tedy nutno posuzovat

komplexně a ve vzájemné, širší souvislosti. Co se pak týče konkrétní výše pokuty, mám za to, že tato byla Úřadem dostatečně odůvodněna, poněvadž z odůvodnění napadeného rozhodnutí je jednoznačně patrné, k čemu Úřad přihlédl a jakou váhu danému zákonnému kritériu přiznal, v neposlední řadě pak i to, že postupoval v souladu s § 121 odst. 2 zákona, dle něhož Úřad při určení výměry pokuty zadavateli přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.

VIII. Závěr

34. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad tím, že zdvojnásobil horní hranici možné pokuty s poukazem na ustanovení § 120 odst. 3 zákona, upravující opakování správního deliktu, nepostupoval v souladu se zákonem, jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro změnu napadeného rozhodnutí tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.
35. Vzhledem k výše uvedenému jsem rozhodl tak, jak je ve výroku uvedeno.

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:

1. Statutární město Olomouc, Horní náměstí 583, 779 11 Olomouc

Vypraveno dne:

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