



UOHSX005MTTR

## PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R183/2013/VZ-3647/2014/310/DBa/MMI

Brno 19. února 2014

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 20. 6. 2013 (doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 21. 6. 2013) podaném zadavatelem –

- **Olomoucký kraj**, IČ 60609460, se sídlem Jeremenkova 40a, 779 11 Olomouc, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S24/2013/VZ-10497/2013/532/ZSm ze dne 6. 6. 2013, ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavatelem při zadání veřejné zakázky „**Marketingové aktivity Olomouckého kraje – kampaně a veletrhy**“ v otevřeném řízení zahájeném odesláním oznámení k uveřejnění v Informačním systému o veřejných zakázkách dne 24. 9. 2010 dle ustanovení § 26 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, na niž byla dne 28. 12. 2010 uzavřena smlouva o dílo se společností m-ARK Marketing a reklama s.r.o., IČ 27772594, se sídlem Železniční 469/4, 779 00 Olomouc,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S24/2013/VZ-10497/2013/532/ZSm ze dne 6. 6. 2013

**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**“)<sup>1</sup>, k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel dne 3. 10. 2012 podnět týkající se postupu zadavatele - Olomoucký kraj, IČ 60609460, se sídlem Jeremenkova 40a, 779 11 Olomouc (dále jen „**zadavatel**“), při zadání veřejné zakázky „Marketingové aktivity Olomouckého kraje – kampaně a veletrhy“, zadávané v otevřeném řízení zahájeném odesláním oznámení k uveřejnění v Informačním systému o veřejných zakázkách dne 24. 9. 2010.
2. Úřad si na základě skutečností uvedených v podnětu vyžádal dopisem ze dne 10. 10. 2012 od zadavatele veškerou dokumentaci související se zadáním předmětné veřejné zakázky a jeho vyjádření k obsahu podnětu. Z obdržené dokumentace Úřad zjistil následující skutečnosti.
3. V oznámení o zakázce zadavatel vymezil předmět veřejné zakázky, kterým bylo kompletní zajištění prezentace Olomouckého kraje na tuzemských veletrzích cestovního ruchu ve 3 veletržních sezonách 2011 – 2013 a zajištění 3 imageových kampaní v letech 2011 – 2013. V oznámení o zakázce zadavatel dále uvedl předpokládanou hodnotu veřejné zakázky, která činila 10 000 000 Kč bez DPH. Lhůta pro podání nabídek byla zadavatelem stanovena v bodě 11 zadávací dokumentace na 11. 11. 2010 do 10:00 hod. Ve lhůtě pro podání nabídek byly zadavateli doručeny 2 nabídky.
4. Dne 15. 11. 2010 provedla hodnotící komise otevírání obálek. Dne 17. 11. 2010 proběhlo posouzení kvalifikace. První z uchazečů (m-ARK Marketing a reklama s.r.o.) nesplnil základní kvalifikační předpoklady, a to konkrétně předpoklady stanovené v § 53 odst. 1 písm. a), b), f) a h) zákona. Druhý z uchazečů (Locomotion, spol. s.r.o.) nesplnil základní kvalifikační předpoklady, a to konkrétně předpoklady stanovené v § 53 odst. 1, písm. a), b), c), d), f), h), i), k) a l) zákona. Dále také nesplnil technické kvalifikační předpoklady, jelikož řádně nedoložil

---

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

zadavatelem požadovaný seznam významných služeb poskytnutých dodavatelem v posledních 3 letech s uvedením jejich rozsahu a doby poskytnutí, jehož přílohou měly být doklady ve smyslu § 56 odst. 2 písm. a) bod 1. - 3. zákona.

5. Zadavatel využil možnosti uvedené v § 59 odst. 4 zákona a vyzval uchazeče, aby doplnili doklady k prokázání základních a v případě druhého uchazeče také technických kvalifikačních předpokladů.
6. První z uchazečů doplnil výpisy z evidence rejstříku trestů s daty 24. 11. 2010 a 25. 11. 2010, které měly prokazovat předpoklady uvedené v § 53 odst. 1 písm. a) a b) zákona. Dále doložil potvrzení, že ke dni 22. 11. 2010 neměl v evidenci daní daňové nedoplatky, čímž měl prokazovat předpoklad uvedený v § 53 odst. 1 písm. f) zákona. Potvrzením Okresní správy sociálního zabezpečení Olomouc ze dne 22. 11. 2010 měl prokazovat, že nemá nedoplatek na pojistném a na penále na sociální zabezpečení a příspěvku na státní politiku zaměstnanosti, jak je uvedeno v § 53 odst. 1 písm. h) zákona.
7. Druhý z uchazečů doplnil výpis z evidence rejstříku trestů s datem 24. 11. 2010, který měl prokazovat předpoklady uvedené v § 53 odst. 1 písm. a) a b) zákona. Dále doložil potvrzení, že ke dni 25. 11. 2010 neměl v evidenci daní daňové nedoplatky, čímž měl prokazovat předpoklad uvedený v § 53 odst. 1 písm. f) zákona. Potvrzením Okresní správy sociálního zabezpečení Zlín měl prokazovat, že ke dni 25. 11. 2010 nemá nedoplatek na pojistném a na penále na sociální zabezpečení a příspěvku na státní politiku zaměstnanosti, jak je uvedeno v § 53 odst. 1 písm. h) zákona. Dále pak uchazeč doložil pět osvědčení o realizaci významné služby, čímž prokazoval předpoklad uvedený v § 56 odst. 2. písm. a) zákona. Předpoklady stanovené v § 53 odst. 1 písm. c), d), i), k) a l) zákona nadále nebyly doloženy řádným způsobem.
8. Zadavatel všechny doložené doklady akceptoval, ačkoliv z jejich obsahu vyplývalo, že byly všechny datovány k pozdějšímu datu než 11. 11. 2010, což byl poslední den konce lhůty pro podání nabídek. Nijak z dokladů také nevyplývalo, že se vztahují k období před skončením lhůty pro podání nabídek, jak vyžaduje § 52 odst. 1 zákona.
9. Dne 2. 12. 2010 zadavatel na základě doporučení hodnotící komise rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky předložené uchazečem m-ARK Marketing a reklama s.r.o., IČ 27772594, se sídlem Železniční 469/4, 779 00 Olomouc (dále jen „**vybraný uchazeč**“). Zadavatel s vybraným uchazečem uzavřel dne 28. 12. 2010 smlouvu o dílo. Celková konečná cena zakázky činila 10 149 015 Kč bez DPH.
10. Na základě posouzení obsahu podnětu a dokumentace zaslané zadavatelem získal Úřad pochybnosti o tom, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem, když akceptoval dodatečné doklady neprokazující splnění základních kvalifikačních předpokladů ve lhůtě dle § 52 odst. 1 zákona a nevyloučil oba uchazeče podle § 60 odst. 1 zákona, čímž by byly naplněny podmínky pro zrušení celého řízení podle § 84 odst. 1 písm. b) zákona. Z uvedeného důvodu zahájil Úřad správní řízení z moci úřední vedené pod sp. zn. ÚOHS-S24/2013/ZSm.
11. Zahájení správního řízení ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem oznámil Úřad zadavateli dopisem ze dne 8. 2. 2013, ve kterém zadavatele seznámil se zjištěnými skutečnostmi, které budou podkladem pro rozhodnutí. Současně Úřad usnesením č. j. ÚOHS-

S24/2013/VZ-2533/2013/532/ZSm z téhož dne stanovil zadavateli lhůtu, v níž mohl navrhopat důkazy či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

12. Ke zjištění Úřadu, uvedeným v oznámení o zahájení správního řízení se zadavatel vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 15. 2. 2013 doručeném Úřadu dne 18. 2. 2013.

## II. Napadené rozhodnutí

13. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 6. 6. 2013 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S24/2013/VZ-10497/2013/532/ZSm (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým ve výroku I. rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený zákonem, když akceptoval dodatečné doklady neprokazující splnění základních kvalifikačních předpokladů ve lhůtě dle § 52 odst. 1 zákona a nevyločil uchazeče podle § 60 odst. 1 zákona, čímž by byly naplněny podmínky pro zrušení celého řízení podle § 84 odst. 1 písm. b) zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a na veřejnou zakázku byla dne 28. 12. 2010 uzavřena smlouva o dílo. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. uložil zadavateli podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 40 000 Kč.
14. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad po citaci relevantních ustanovení zákona k výroku I. uvedl, že smyslem ustanovení § 52 odst. 1 zákona, které ukládá dodavateli, aby prokázal splnění kvalifikace ve lhůtě pro podání nabídek, je plynulost a hospodárnost průběhu zadávacího řízení, kdy jednotlivé nabídky, u kterých došlo k prokázání kvalifikačních předpokladů dodavatele, postupují do další fáze řízení. Toto ustanovení vyjadřuje koncentrační zásadu, která má za cíl zajistit transparentnost a rovný přístup ke všem dodavatelům a uchazečům o veřejnou zakázku, když stanovuje pevný termín, ke kterému jsou všichni uchazeči bez výjimky povinni splňovat kvalifikační požadavky a zadavatel má tak možnost splnění těchto požadavků přezkoumat.
15. Ustanovení § 52 odst. 4 zákona uvádí, že ustanovením odstavců 1 až 3 nejsou dotčeny § 57 odst. 1 a § 59 odst. 4 zákona. Tím se však odkazuje na skutečnost uvedenou v poslední větě § 59 odst. 4 zákona a to, že dodavatel je povinen splnit tuto povinnost v přiměřené lhůtě stanovené veřejným zadavatelem. Dodavatel tedy dle výkladu zákona může doložit doklady později, než ve lhůtě pro podávání nabídek, avšak nadále platí, že tyto doklady musejí prokázat splnění kvalifikace k rozhodnému datu, kterým je poslední den lhůty pro podání nabídek.
16. To, že novelou zákona účinnou od 1. 4. 2012 došlo k vypuštění § 52 odst. 4 zákona, vypuštění slova „dodatečné“ v § 59 odst. 4 zákona a rozšíření odstavce o větu „skutečnosti rozhodné pro splnění kvalifikace musejí nastat ve lhůtě podle § 52“, pouze potvrzuje to, co do té doby sice nebylo v zákoně explicitně stanoveno, ale bylo možné dovodit výkladem zákona. Nelze tedy tvrdit, že před účinností této novely platil opak, jak ve svém vyjádření uvádí zadavatel.
17. Popsaným jednáním zadavatele mohlo dojít k podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, jelikož zadavatel stanovil a informoval potenciální uchazeče o lhůtě pro podávání nabídek, k jejímuž poslednímu dni měli všichni prokazovat svoji kvalifikaci. Tím, že zadavatel následně akceptoval dodatečně doložené doklady od dvou uchazečů, které prokazovaly

kvalifikaci ke dni pozdějšímu, než byl poslední den lhůty pro podání nabídek, změnil v průběhu řízení zadávací podmínky. Nelze vyloučit, že tím mohlo dojít k situaci, kdy potenciální uchazeč kvalifikační předpoklady splňoval k pozdějšímu dni, než byl poslední den lhůty pro podání nabídek, ale jelikož tomu tak nebylo k rozhodnému dni, nabídku nepodal.

18. S jedním z uchazečů, kteří takto prokazovali kvalifikaci ke dni pozdějšímu, než byl poslední den pro podání nabídek, následně zadavatel uzavřel smlouvu.
19. K výroku II. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že rozhodnutím Úřadu č. j. S182/2008/VZ-14263/2008/540-Zaj ze dne 8. 8. 2008 byla zadavateli za spáchání správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona uložena pokuta ve výši 40.000 Kč. Toto rozhodnutí nabylo právní moci dne 6. 1. 2009. V šetřeném případě lze tedy konstatovat, že před uplynutím 5 let ode dne, kdy nabylo právní moci rozhodnutí o uložení pokuty za spáchání správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, byl ze strany zadavatele spáchán týž správní delikt. Úřad proto zvýšil sazbu pokuty podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona v souladu s § 120 odst. 3 zákona na dvojnásobek.
20. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu tím, že uzavřel s vybraným uchazečem dne 28. 12. 2010 smlouvu o dílo, za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí celkem 10 149 015 Kč bez DPH (12 178 818 Kč vč. DPH). Maximální hranice možné pokuty (10 % ceny veřejné zakázky) tedy činí částku ve výši 1 217 881,8 Kč.
21. Z hlediska přiměřenosti sankce vzal Úřad v úvahu skutečnost, že zadavatel neoprávněně omezil soutěžní prostředí, což je považováno za jedno z nejzávažnějších pochybení v procesu zadávání veřejných zakázek. Při určení výše pokuty Úřad dále přihlédl k polehčující okolnosti spočívající v tom, že zadavateli nebyl prokázán úmysl obejít požadovaný postup dle zákona. Úřad jako polehčující okolnost shledal taktéž fakt, že v případě, kdy by zadavatel nevyužil možnosti vyzvat uchazeče k doložení dodatečných dokladů a vyloučil by oba uchazeče podle § 60 odst. 1 z důvodu nesplnění kvalifikace, čímž by byly splněny podmínky pro zrušení celého řízení dle § 84 odst. 1 písm. b) zákona, mohlo následovat jednací řízení s uveřejněním dle § 22 odst. 1 písm. c) a odst. 2 zákona, které mohlo vyústit ve stejný výsledek, jako tomu bylo v případě dokončení stávajícího řízení.
22. Za přitěžující okolnost považoval Úřad fakt, že zadavatel se stejného správního deliktu dopustil opakovaně, jelikož se deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona dopustil před uplynutím 5 let ode dne, kdy nabylo právní moci rozhodnutí o uložení pokuty za spáchání správního deliktu ze dne 8. 8. 2008, č. j. S182/2008/VZ-14263/2008/540-Zaj.
23. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů Úřad stanovenou výši pokuty vzhledem k souvislostem případu posoudil jako dostačující.

### III. Námitky rozkladu

24. Proti napadenému rozhodnutí obdržel Úřad v zákonné lhůtě dne 21. 6. 2013 rozklad zadavatele. Zadavatel v rozkladu uvádí, že cílem prokazování kvalifikace je vyloučit ze zadávacího procesu ty dodavatele, kteří jsou skutečně nekvalifikovaní, přičemž prokazování kvalifikace by nemělo mít čistě formální charakter. Dle názoru zadavatele je v zákoně myšleno na situace, kdy neprokázání kvalifikačních předpokladů je pravděpodobně způsobeno pouze opomenutím nebo použitím nesprávné formulace a je předpoklad,

že dodavatel kvalifikaci splňuje. Zadavateli je tedy ustanovením § 59 odst. 4 zákona dáno právo (nikoliv povinnost), požádat dodavatele o vysvětlení či doplnění kvalifikace.

25. Pokud byl dodavatel vyzván postupem dle § 59 odst. 4 zákona k předložení dodatečných dokladů ke kvalifikaci, pak může předložit i nový doklad. Je tedy zřejmé, že tyto dodatečné doklady nemusí být datovány před koncem lhůty pro podání nabídek. Vysvětlení kvalifikace připouští, aby zadavatel umožnil dodavateli, aby písemně objasnil předložené informace či doklady nebo předložil další dodatečné informace či doklady prokazující splnění kvalifikace. Zákon tedy výslovně hovoří o dalších dodatečných dokladech, předpokládá tedy, že tyto doklady nebudou totožné s doklady v nabídce a pod pojmem dodatečné lze dovodit, že ani nebyly v době podání nabídky k dispozici, případně ani neexistovaly a tedy že tyto doklady budou mít datum po podání nabídek.
26. Na základě § 52 odst. 1 zákona dodavatelé prokazovali splnění kvalifikace ve lhůtě pro podání nabídek. Takto prokázanou kvalifikaci zadavatel posoudil dle § 59 odst. 1 zákona. Na základě posouzení kvalifikace zadavatel vyzval oba uchazeče k doplnění dokladů prokazujících splnění kvalifikace, neboť vycházel ze znění § 59 odst. 4 zákona účinného k datu zahájení veřejné zakázky. V souladu s § 59 odst. 4 zákona zadavatel požadoval po dodavateli, aby písemně objasnil předložené informace či doklady nebo předložil další dodatečné informace či doklady prokazující splnění kvalifikace. Oba uchazeči na výzvu zadavatele doklad prokazující splnění kvalifikace předložili. Předložené doklady splňovaly požadavek § 57 odst. 2 zákona, tedy nebyly k poslednímu dni, ke kterému mělo být prokázáno splnění kvalifikace starší 90 dnů. Komise pro posouzení kvalifikace postupovala v souladu s § 52 odst. 4 zákona, když posoudila kvalifikaci obou uchazečů po dodání nových dokumentů prokazujících kvalifikaci za splněnou v požadovaném rozsahu.
27. Na podporu svého názoru ohledně vyzvání uchazečů k prokázání kvalifikace postupem dle § 59 odst. 4 zákona zadavatel odkazuje na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S434/2012/VZ-20216/2012/513/PPo ze dne 26. 10. 2012 a rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R161/2009/VZ-3105/2010/310/PMo ze dne 4. 3. 2010.
28. Zadavatel dále uvádí, že text, který výslovně odkazuje na § 52 odst. 1, byl do zákona začleněn až s účinností od 1. 4. 2012. Ani z tohoto znění však dle názoru zadavatele jednoznačně nevyplývá porušení zákona, které je zadavateli vytýkáno. Nově doplněný text totiž hovoří o „skutečnostech“, které mají být prokázány, nikoli o „dokumentu“ – zpravidla výstupu ze systému vedeného orgánem veřejné správy - kterým se tyto skutečnosti potvrzují. Zároveň v době posuzování kvalifikace obsahoval § 52 nyní již vypuštěný odst. 4, podle kterého, i když v odst. 1 tohoto paragrafu byla určena povinnost prokázat splnění kvalifikace ve lhůtě pro podání nabídek, nebyla touto povinností dotčena možnost dle § 59 odst. 4, tedy možnost zadavatele až ve fázi posuzování kvalifikace, tedy po lhůtě pro podání nabídek a ve lhůtě, kterou veřejný Zadavatel stanoví, uchazeče k doložení kvalifikačního dokladu vyzvat. Rovněž ze skutečnosti, že v novelizovaném znění § 59 odst. 4 zákona bylo vypuštěno slovo „dodatečné“, zadavatel na svoji obhajobu dovozuje, že se může jednat o jakékoliv, nikoli jen dodatečné, resp. doplňující dokumenty k dokumentům již poskytnutým, tedy i kvalifikační doklady neposkytnuté do výzvy zadavatele uchazečem vůbec.
29. Z hlediska teoretické možnosti, že v rozmezí několika dnů mohlo dojít v kvalifikačním dokladu k takovým změnám skutečností, které by znamenaly ztrátu požadované kvalifikace,

zastává zadavatel názor, že toto riziko je podstatně menší než totéž riziko v případě, že uchazeč podává dokument prokazující jeho kvalifikaci sice datovaný do posledního dne lhůty pro podání nabídek, avšak např. těsně pod přípustnou lhůtou jeho stáří dle § 57 odst. 2 zákona. Dle názoru zadavatele právě i pro tyto případy zákon v § 58 ukládá uchazečům povinnost oznámit zadavateli nejpozději do 7 dnů skutečnost, že přestal kvalifikaci splňovat.

#### **Závěr rozkladu**

30. S ohledem na výše uvedené zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu zrušil napadené rozhodnutí.

#### **IV. Řízení o rozkladu**

31. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.

#### **Stanovisko předsedy Úřadu**

32. 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.
33. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S24/2013/VZ-10497/2013/532/ZSm ze dne 6. 6. 2013 rozhodl tak, jak je výše uvedeno, nerozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, na základě kterých jsem rozhodl zrušit rozkladem napadené rozhodnutí a vrátit věc Úřadu k novému projednání. Současně je v tomto rozhodnutí vysloven závazný právní názor, kterým je Úřad při dalším projednání věci vázán.

#### **V. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí**

34. Úřad ve výroku I. napadeného rozhodnutí uvedl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený zákonem, „*když akceptoval dodatečné doklady neprokazující splnění základních kvalifikačních předpokladů ve lhůtě dle § 52 odst. 1 a nevyloučil uchazeče podle § 60 odst. 1, čímž by byly naplněny podmínky pro zrušení celého řízení podle § 84 odst. 1 písm. b), přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a na veřejnou zakázku byla dne 28. 12. 2010 uzavřena smlouva o dílo.*“ V tomto výroku však není podrobněji specifikováno, jaké uchazeče měl zadavatel vyloučit a neučinil tak. Z výroku I. napadeného rozhodnutí není zřejmé, zda Úřad spatřuje pochybení zadavatele v nevyloučení obou uchazečů či jen jednoho z uchazečů (a kterého). Výrok I. napadeného rozhodnutí by tedy měl být formulován tak, aby bylo přesně uvedeno, které (popř. kterého) uchazeče měl zadavatel vyloučit, ale neučinil tak.
35. Tak jak je výrok I. napadeného rozhodnutí formulován nyní, nenaplňuje požadavek jednoznačné identifikace skutku, kterým se zadavatel dopustil správního deliktu. Dle usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 1. 2008,

č. j. 2 As 34/2006 – 73, musí výrok rozhodnutí o jiném správním deliktu „*obsahovat popis skutku uvedením místa, času a způsobu spáchání, popřípadě i uvedením jiných skutečností, jichž je třeba k tomu, aby nemohl být zaměněn s jiným.*“ Je tedy nezbytné, aby byl skutek, kterým se pachatel dopustil správního deliktu popsán tak, aby tento skutek nemohl být zaměněn s jiným. Takto však skutek ve výroku I. napadeného rozhodnutí popsán nebyl, neboť z výroku I. napadeného rozhodnutí není seznatelné, zda Úřad spatřuje pochybení zadavatele v nevyloučení obou uchazečů či jen jednoho z uchazečů (a příp. kterého).

36. Dále musím konstatovat, že v odstavci 40 odůvodnění napadeného rozhodnutí došel Úřad k závěrům, které nemají oporu ve výroku I. napadeného rozhodnutí. V odstavci 40 odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad mimo jiné konstatoval následující: „*Tím, že zadavatel následně akceptoval dodatečně doložené doklady od dvou uchazečů, které prokazovaly kvalifikaci ke dni pozdějšímu, než byl poslední den lhůty pro podání nabídek, změnil v průběhu řízení zadávací podmínky.*“ To, že by Úřad spatřoval pochybení zadavatele ve změně zadávacích podmínek v průběhu zadávacího řízení však z výroku I. napadeného rozhodnutí nikterak nevyplývá.
37. Dále musím konstatovat, že odůvodnění napadeného rozhodnutí je nedostatečné, neboť z něj není zřejmé, z jakých listinných (a popř. i jiných) důkazů Úřad při formulování svých závěrů vycházel. Toto pak není zřejmé ani ze správního spisu. Správní spis neobsahuje ani jediný listinný důkaz. Jako položka č. 1 správního spisu je vedeno Oznámení o zahájení správního řízení ze dne 8. 2. 2013, jako položka č. 2 správního spisu je vedeno Usnesení č. j. ÚOHS-S24/2013/VZ-2533/2013/532/ZSm ze dne 8. 2. 2013, jako položka č. 3 správního spisu je vedeno Vyjádření zadavatele k usnesení ze dne 15. 2. 2013 a jako položka č. 4 správního spisu je již vedeno napadené rozhodnutí. Lze tedy uzavřít, že z odůvodnění napadeného rozhodnutí ani ze správního spisu není nikterak patrné, z jakých listinných (a popř. i jiných) důkazů Úřad při formulování svých závěrů uvedených v napadeném rozhodnutí vycházel.
38. S ohledem na vše výše uvedené jsem dospěl k jednoznačnému závěru, že napadené rozhodnutí je nepřezkoumatelné.
39. I přes konstatovanou nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí považuji dále za nutné vytknout Úřadu dvě pochybení při stanovení výše uložené pokuty, a to z toho důvodu, aby k těmto pochybením nedošlo při novém projednání dané věci. V první řadě se jedná o přitěžující okolnost uvedenou v odstavci 54 napadeného rozhodnutí, tj. o přitěžující okolnost spočívající v tom, že se zadavatel dopustil správního deliktu opakovaně. K tomuto uvádím, že recidiva pachatele správního deliktu byla zohledněna již při stanovení horní hranice možné pokuty v souladu s § 120 odst. 3 zákona (viz odstavce 47 a 48 napadeného rozhodnutí). Nelze tedy k recidivě pachatele přihlížet dvakrát, tj. nejprve při zvýšení sazby pokuty na dvojnásobek podle § 120 odst. 3 zákona a následně jako přitěžující okolnost při určení výměry pokuty podle § 121 odst. 2 zákona. S ohledem na výše uvedené Úřad nepostupoval správně, když k recidivě pachatele přihlédl jako k přitěžující okolnosti.
40. Dále nechť Úřad odůvodní skutečnost, že zadavateli nebyl prokázán úmysl obejít postup požadovaný zákonem, jak se tato skutečnost odráží ve skutkových zjištěních Úřadu a z jakého důvodu tuto skutečnost posoudil jako polehčující okolnost ve vztahu k objektivní odpovědnosti zadavatele podle zákona.



41. Při novém projednání šetřené věci je Úřad povinen veškeré relevantní podklady založit do správního spisu a umožnit účastníkovi správního řízení se k těmto podkladům nového rozhodnutí vyjádřit. Pokud Úřad dojde při novém projednání věci na základě provedení dokazování opět k závěru, že se zadavatel dopustil správního deliktu, nechť v novém rozhodnutí Úřad formuluje výrok tak, aby byl skutek, kterým se zadavatel dopustil správního deliktu, popsán nezaměnitelným způsobem (tj. jednoznačně identifikuje uchazeče, které/kterého měl zadavatel vyloučit, ale neučinil tak). Odůvodnění napadeného rozhodnutí pak bude formulováno tak, aby mělo oporu ve výroku (popř. výrocih) nového rozhodnutí a aby bylo zřejmé, z jakých podkladů Úřad vycházel. Při uložení případné pokuty za spáchání správního deliktu je pak Úřad povinen brát v úvahu skutečnost, že k recidivě pachatele se přihlíží při stanovení horní hranice možné pokuty (§ 120 odst. 3 zákona) a nikoliv jako k přitěžující okolnosti. A v případě, že bude přihlížet k polehčující okolnosti spočívající v neprokázání úmyslu zadavatele, nechť tuto úvahu řádně odůvodní.
42. S ohledem na to, že byla konstatována nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí (viz výše), jsem se podrobně nezabýval námitkami zadavatele uvedenými v rozkladu. Při novém projednání dané věci se však Úřad bude těmito námitkami zadavatele zabývat a vyjádří se k nim v odůvodnění nového rozhodnutí.

#### **VI. Závěr**

43. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že nastaly důvody pro zrušení napadeného rozhodnutí, jsem rozhodl tak, jak je ve výroku uvedeno. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže je při svém rozhodování vázán právním názorem vysloveným v tomto rozhodnutí.

### **POUČENÍ**

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
předseda  
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

**Obdrží**

1. Olomoucký kraj, Jeremenkova 40a, 779 11 Olomouc

**Vypraveno dne**

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