



UOHSX00AG8TN

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0196/2014/VZ-33120/2017/322/DJa

Brno 10. listopadu 2017

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 10. 6. 2014 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 11. 6. 2014 zadavatelem –

- **obec Butoves**, IČO 00578282, se sídlem Butoves 47, 506 01 Butoves,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S170/2014/VZ-11146/2014/524/MKd ze dne 26. 5. 2014 vydanému ve správním řízení ve věci možného spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů zadavatelem při zadávání podlimitní veřejné zakázky s názvem „**Kanalizace a ČOV – Butoves**“ zadávané v užším řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 5. 4. 2013 a uveřejněno dne 8. 4. 2013 pod ev. č. 346212, ve znění opravy uveřejněné dne 18. 4. 2013,

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

I.

Výrok I. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S170/2014/VZ-11146/2014/524/MKd ze dne 26. 5. 2014 podle § 152 odst. 6 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů ve spojení s § 90 odst. 1 písm. a) téhož zákona

r u š í m

a věc v části správního řízení týkající se možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů zadavatelem – obec Butoves, IČO 00578282, se sídlem Butoves 47, 506 01 Butoves, při zadávání podlimitní veřejné zakázky s názvem „Kanalizace a ČOV – Butoves“ zadávané v užším řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 5. 4. 2013 a uveřejněno dne 8. 4. 2013 pod ev. č. 346212, ve znění opravy uveřejněné dne 18. 4. 2013 tím, že v rozporu s ust. § 56 odst. 5 písm. c) zákona a zásadou zákazu diskriminace zakotvenou v ust. § 6 odst. 1 zákona stanovil v rámci kvalifikačního předpokladu podle ust. § 56 odst. 3 písm. a) zákona minimální rozsah stavebních prací u jednotlivých položek v seznamu stavebních prací provedených dodavatelem tak, že požadoval každou referenční zakázku (v počtu celkem 10) v hodnotě minimálně 16 000 000 Kč, což je přesně 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky, čímž fakticky zákonem přípustný rozsah stavebních prací u jednotlivé položky vzhledem k předpokládané hodnotě veřejné zakázky překročil, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel dne 25. 10. 2013 se Stavoka Kosice, a.s., IČO 25275119, se sídlem Kosice 130, 503 51 Kosice, smlouvu na veřejnou zakázku,

z a s t a v u j i.

neboť podle § 117a písm. d) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, nebyly zjištěny důvody pro uložení sankce podle § 120 téhož zákona.

II.

Výrok II. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S170/2014/VZ-11146/2014/524/MKd ze dne 26. 5. 2014 podle § 152 odst. 6 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů

p o t v r z u j i

a podaný rozklad v tomto rozsahu

z a m í t á m.

III.

Výrok III. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S170/2014/VZ-11146/2014/524/MKd ze dne 26. 5. 2014 podle § 152 odst. 6 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) téhož zákona

r u š í m

a věc v části týkající se uložení pokuty,

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a správní řízení vedené 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 a soutěží o návrh, obdržel podnět k přezkoumání úkonů zadavatele – obec Butoves, IČO 00578282, se sídlem Butoves 47, 506 01 Butoves (dále jen „**zadavatel**“). Po prošetření obsahu dokumentace o veřejné zakázce s názvem „Kanalizace a ČOV – Butoves“ zadávané v užším řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 5. 4. 2013 a uveřejněno dne 8. 4. 2013 pod ev. č. 346212, ve znění opravy uveřejněné dne 18. 4. 2013 (dále jen „**veřejná zakázka**“), Úřad získal pochybnosti, zda zadavatel postupoval při zadávání veřejné zakázky v souladu s § 56 odst. 5 písm. c) zákona, když stanovil požadovaný minimální rozsah stavebních prací ve výši dosahující minimálně 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Dále Úřad konstatoval, že získal pochybnost, zda zadavatel postupoval při posuzování technických kvalifikačních předpokladů v souladu se zásadou zákazu diskriminace zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona, když po dvou zájemcích požadoval písemné objasnění podle § 59 odst. 4 zákona a ostatní zájemce v obdobné situaci vyloučil.
2. Předmětem veřejné zakázky, jejíž předpokládaná hodnota byla zadavatelem stanovena v částce 32 mil. Kč bez DPH, byla výstavba oddílné gravitační splaškové kanalizace a výstavba mechanicko-biologické čistírny odpadních vod pro 300 E.O.
3. Z čl. 5.7 a) kvalifikační dokumentace vyplývá, že zadavatel požadoval k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů předložením min. 10 referencí o realizaci stavebních prací spočívajících ve výstavbě ČOV a kanalizace, a to z pozice generálního dodavatele, realizovaných dodavatelem v posledních 5 letech v celkové hodnotě rozpočtových stavebních nákladů, jichž se realizace referenční zakázky týká, min. ve výši 16 mil. Kč bez DPH za každou referenční zakázku.
4. V příloze č. 8 kvalifikační dokumentace s názvem „Závazné body PPV“ (dále jen „**Plán postupu výstavby**“) zadavatel přesně stanovil závazné body Plánu postupu výstavby a uvedl, že je pro něj důležitou a podstatnou součástí budoucí výstavby.
5. Dne 10. 4. 2014 Úřad obdržel podání zadavatele, jímž v řízení vyjádřil své stanovisko. K vymezení minimální úrovně technických kvalifikačních předpokladů zadavatel odkázal na relevantní právní úpravu, zejména na § 56 odst. 3 písm. a) zákona a dodal, že předložení seznamu stavebních prací dodavatelů slouží k prověření jejich zkušeností a odbornosti, prostřednictvím doložení jejich předešlých zkušeností s realizací obdobných zakázek v období posledních 5 let. K tomu zadavatel konstatoval, že jím požadovaný seznam stavebních prací byl zcela v souladu s druhem, složitostí a charakteristikou veřejné zakázky.
6. Zadavatel vyjádřil své přesvědčení, že jím stanovený požadavek na finanční výši referenční zakázky min. 16 mil. Kč bez DPH je v souladu se zákonem, resp. s požadavkem, že nesmí

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, podle tohoto znění se posuzují úkony zadavatele a uchazečů v zadávacím řízení. Zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek se nepoužije s ohledem na ustanovení § 273 odst. 1 tohoto zákona, není-li dále uvedeno jinak.

překračovat 50 % přepokládané hodnoty veřejné zakázky u každé jednotlivé reference. K tomu zadavatel dodal, že nepožadoval více než 50 % hodnoty veřejné zakázky u každé jednotlivé požadované referenční zakázky, čímž tedy dostál zákonné dikci ve smyslu § 56 odst. 5 písm. c) zákona.

7. K postupu při posuzování technických kvalifikačních předpokladů zadavatel uvedl, že posoudil žádosti o účast zájemců EUROVIA CS, a.s., IČO 45274924, se sídlem Národní 138/10, Nové Město, 110 00 Praha 1 (dále jen „**EUROVIA CS, a.s.**“) a účastníků prvního sdružení označeného jako „Sdružení Butoves“: STAVITELSTVÍ ŘEHOŘ, s.r.o., IČO 25075543, se sídlem Dr. Janského 411, 252 28 Černošice a POHL cz, a.s., IČO 25606468, se sídlem Nádražní 25, 252 63 Roztoky (dále jen „**Sdružení Butoves**“), a VHS Brno, a.s., IČO 25556568, se sídlem Masná 444/102, Trnitá, 602 00 Brno (dále jen „**VHS Brno, a.s.**“), jako zcela řádné a úplné. K tomu zadavatel doplnil, že má za to, že tyto tři řádné žádosti o účast prokazují, že požadované technické kvalifikační předpoklady byly legitimní, obsahově adekvátní a srozumitelné.
8. Žádosti o účast zájemců VHS plus, Vodohospodářské stavby, s.r.o., IČO 46976469, se sídlem Masarykova 1197, 698 01 Veselí nad Moravou (dále jen „**VHS plus, Vodohospodářské stavby, s.r.o.**“), a Stavoka Kosice, a.s., IČO 25275119, se sídlem Kosice 130, 503 51 Kosice (dále jen „**vybraný uchazeč**“) zadavatel posoudil jako ne zcela úplné a dodavatelé byli vyzváni k doplnění a vysvětlení žádostí ve smyslu § 59 odst. 4 zákona, přičemž svoji žádost doplnil pouze vybraný uchazeč.
9. Jako zcela neúplné či chybějící posoudil zadavatel žádosti o účast zájemce Skanska, a.s., IČO 26271303, se sídlem Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4 – Chodov (dále jen „**Skanska a.s.**“), zájemce druhého sdružení označeného jako „Sdružení Butoves“ – VCES a.s., IČO 26746573, se sídlem Na Harfě 337/3, 190 05 Praha 9, a GEOSAN GROUP a.s., IČO 25671464, se sídlem U Nemocnice 430, 280 02 Kolín III (dále jen „**Sdružení Butoves II.**“) a dalšího sdružení označeného jako „Sdružení pro Butoves“ (účastníci sdružení: KVIS Pardubice, a.s., IČO 46506934, se sídlem Rosice 151, 533 53 Pardubice a SYNER VHS Vysočina, a.s., IČO 25183052, se sídlem Na Hranici 4839/14, 586 01 Jihlava) (dále jen „**Sdružení pro Butoves**“). Jelikož podle zadavatele nebylo možné tyto zájemce vyzvat k doplnění či vysvětlení žádostí o účast, rozhodl o jejich vyloučení z účasti v zadávacím řízení.
10. Zadavatel blíže uvedl, že zájemce Skanska a.s., v žádosti vůbec nedoložil Plán postupu výstavby dle požadavku zadavatele, a proto jej zadavatel nemohl vyzvat k objasnění předložené informace či dokladu. Dále zadavatel sdělil, že zájemci Sdružení Butoves II. a Sdružení pro Butoves předložili pouze prostý přehled konkrétních provozních a technických zařízení, který nespĺňoval zadavatelem požadované body. K tomu zadavatel vyjádřil svoji domněnku, že není jeho zákonnou povinností suplovat neschopnost a nezodpovědnost zájemců vypracovat žádosti podle požadovaných technických kvalifikačních předpokladů. Na závěr zadavatel sdělil, že postupoval v souladu se zákonem, tedy transparentně, nediskriminačně a rovně vůči všem zájemcům.

II. Napadené rozhodnutí

11. Dne 26. 5. 2014 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S170/2014/VZ-11146/2014/524/MKd (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), ve kterém výrokem I. rozhodl, že se zadavatel dopustil

správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že v rozporu s ustanovením § 56 odst. 5 písm. c) zákona a zásadou zákazu diskriminace zakotvenou v ustanovení § 6 odst. 1 zákona stanovil v rámci kvalifikačního předpokladu podle ustanovení § 56 odst. 3 písm. a) zákona minimální rozsah stavebních prací u jednotlivých položek v seznamu stavebních prací provedených dodavatelem tak, že požadoval každou referenční zakázku (v počtu celkem 10) v hodnotě minimálně 16 mil Kč, což je přesně 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky, čímž fakticky zákonem přípustný rozsah stavebních prací u jednotlivé položky vzhledem k předpokládané hodnotě veřejné zakázky překročil, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel dne 25. 10. 2013 s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku.

12. V odůvodnění výroku I. napadeného rozhodnutí se Úřad zabýval tím, zda zadavatel stanovil v rámci technických kvalifikačních předpokladů požadovaný minimální rozsah stavebních prací v souladu s § 56 odst. 5 písm. c) zákona, tedy zda požadavek na každou referenční zakázku v hodnotě minimálně 16 mil. Kč bez DPH je v souladu se zákonem. Po posouzení Úřad dospěl k závěru, že finanční hodnota požadovaných jednotlivých významných stavebních prací ve výši 16 mil. Kč bez DPH představuje přesně 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky, avšak fakticky tato hranice omezuje účast dodavatelů pouze na dodavatele se zkušenostmi vyššími než je polovina předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Úřad zjistil, že zadavatel dle čl. 5.7 a) kvalifikační dokumentace stanovil hodnotu jednotlivých referenčních zakázek min. 16 mil. Kč bez DPH, čím fakticky překročil přípustný rozsah vyplývající z § 56 odst. 5 písm. c) zákona. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí připustil možnost, že potenciální uchazeči mohli doložit 10 odpovídajících referenčních zakázek právě v hodnotě 16 mil. Kč bez DPH, čím by jedině splnili požadavek stanovený v § 56 odst. 5 písm. c) zákona, nicméně z faktického hlediska se to jeví jako velmi nepravděpodobné, či téměř nemožné.
13. Dále výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při posuzování technických kvalifikačních předpokladů požadoval v rozporu se zásadou rovného zacházení zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona po dvou zájemcích písemné objasnění předložených informací či dokladů podle § 59 odst. 4 zákona a ostatní zájemce, kteří nesplnili kvalifikaci v obdobném rozsahu, bez možnosti písemného objasnění vyloučil z další účasti v zadávacím řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky a dne 25. 10. 2013 zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku.
14. Výrok II. napadeného rozhodnutí Úřad odůvodnil tím, že z dokumentace o veřejné zakázce Úřad zjistil, že zadavatel žádostmi ze dne 24. 4. 2013 požádal zájemce VHS plus, Vodohospodářské stavby, s.r.o. a vybraného uchazeče o vysvětlení a doplnění předloženého Plánu postupu výstavby a že dne 22. 5. 2013 zadavatel rozhodl o vyloučení zájemců Skanska a.s., Sdružení pro Butoves a Sdružení Butoves II ze zadávacího řízení, aniž by tyto zájemce vyzval k objasnění či doplnění kvalifikace. Zadavatel tedy postupoval při posuzování kvalifikace odlišně ve vztahu k jednotlivým zájemcům, když některé vyzval k doplnění a objasnění kvalifikace a jiné bez této možnosti rovnou vyloučil z další účasti v zadávacím řízení. Následně k tomu Úřad uvedl, že při aplikaci § 59 odst. 4 zákona je zadavatel povinen postupovat v souladu se základními zásadami zadávacího řízení, především se zásadou

rovného zacházení ve smyslu § 6 odst. 1 zákona. Zadavatel tedy musí zachovat stejný přístup při aplikaci mimo jiné tohoto ustanovení ke všem dodavatelům.

15. Výrokem III. napadeného rozhodnutí Úřad zadavateli za spáchané správní delikty uvedené ve výrociích I. a II. napadeného rozhodnutí uložil pokutu ve výši 50 000 Kč.

III. Námitky rozkladu

16. Dne 11. 6. 2014 obdržel Úřad rozklad zadavatele směřující proti všem výrokům napadeného rozhodnutí. Napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 27. 5. 2014, z čeho vyplývá, že rozklad byl podán v zákonné lhůtě.
17. Zadavatel v rozkladu předně rekapituluje průběh zadávacího řízení veřejné zakázky a odkazuje na relevantní právní úpravu. Dále zadavatel namítá, že rozsah technického kvalifikačního předpokladu požadovaného zadavatelem je v souladu s druhem, složitostí a charakteristikou veřejné zakázky, a zároveň zadavatel namítá, že se jedná o naprostou shodu předmětu požadovaných referenčních zakázek s předmětem veřejné zakázky.
18. Zadavatel v rozkladu vyjádřil své přesvědčení, že vzhledem k tomu, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky činí 32 mil. Kč bez DPH, tak požadovaná hodnota referenční zakázky 16 mil. Kč bez DPH představuje přesně 50 % předpokládané hodnoty ve smyslu § 56 odst. 5 písm. c) zákona, a proto namítá, že tedy nepožadoval více než 50 % hodnoty veřejné zakázky, a proto dostal zákonné dikci.
19. Zadavatel namítá, že Úřad v bodě 38., 39. a 40. odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že zadavatel formálně dostal zákonné dikci ustanovení § 56 odst. 5 písm. c) zákona, ovšem následně konstatoval, že jednání zadavatele bylo diskriminační a odporující zákonu. K tomu zadavatel položil otázku, zda v případě že by stanovení technického kvalifikačního předpokladu ve výši 15 mil. Kč bez DPH příp. i méně (tj. méně než 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky) odpovídalo zákonu ve smyslu § 56 odst. 5 písm. c) zákona. Dále k tomu uvedl, že počet účastníků zadávacího řízení dokazuje, že čl. 5.7 a) kvalifikační dokumentace nebyla diskriminující či omezující, neboť tento předpoklad splnili všichni dodavatelé.
20. Zadavatel se v rozkladu rovněž zabýval stanovením počtu referenčních zakázek. K tomu zadavatel upozornil, že zákon neurčuje počet referenčních zakázek, a proto stanovení počtu závisí zcela na jeho uvážení.
21. Zadavatel v rozkladu dále namítá, že nesouhlasí s odůvodněním Úřadu, pokud jde o použití slova „*minimálně*“ před požadavkem na jednotlivé referenční zakázky. Zadavatel zastává názor, že v § 56 odst. 5 písm. c) zákona je výslovně stanovena povinnost stanovit minimální úroveň kvalifikačních předpokladů, a tedy že jeho požadavek je v souladu se zákonem.
22. Zadavatel v rozkladu uvedl, že žádosti zájemců VHS plus, Vodohospodářské stavby, s.r.o. a vybraného uchazeče obsahovaly požadované body stanovené v Plánu postupu výstavby a zároveň naplňovaly textový rozsah min. 30 000 a max. 60 000 znaků, avšak bylo nezbytné některé z bodů vysvětlit a rozvést. Dle názoru zadavatele došlo k aplikaci § 59 odst. 4 zákona adekvátně, neboť k dalšímu vysvětlení podané žádosti byli vyzváni pouze zájemci, kteří požadovaný kvalifikační předpoklad splnili z větší části, a pouze bylo nezbytné vysvětlit některé z informací. Naopak k vyzvání objasnění či doplnění dokladů nedošlo u zájemců,

kterí prokazatelně nedoložili požadovaný kvalifikační předpoklad vůbec. Nadto zadavatel doplnil, že ve smyslu § 59 odst. 4 zákona zadavatel může požadovat objasnění či doplnění dokladů prokazujících splnění kvalifikace, tudíž se jedná o možnost, nikoli o povinnost zadavatele a je plně v jeho kompetenci rozhodnout, zda dodavatele požádá o objasnění a doplnění kvalifikace či zda dodavatele vyloučí.

23. Dále zadavatel namítá, že nejednal v rozporu se zásadou rovného zacházení, neboť v čl. 5.7 d) kvalifikační dokumentace stanovil přesné požadavky, které musí zájemce splnit a předložit, aby jeho žádost byla posouzena jako řádná a úplná, a zároveň v Plánu postupu výstavby stanovil přesně vymezených 40 bodů, které má žádost obsahovat, včetně minimálního rozsahu znaků. K tomu zadavatel v rozkladu uvádí totožné shrnutí posouzení a zhodnocení žádostí zájemců, jako vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 10. 4. 2014. Nadto zadavatel doplnil, že v žádostech zájemců Skanska a.s., Sdružení Butoves II. a Sdružení pro Butoves absentuje doložení požadovaného kvalifikačního předpokladu dle čl. 5.7 kvalifikační dokumentace v plném rozsahu, a tudíž měl zadavatel prostřednictvím hodnotící komise právo takové žádosti o účast posoudit jako neúplné a nenaplnující požadavky zadávacích kvalifikačních podmínek. Zadavatel k tomu namítá, že ani nikdo z vyloučených zájemců nevyužil právo na podání námitek ve smyslu § 110 zákona.
24. Zadavatel v rozkladu namítá, že svým jednáním nenaplnil skutkovou podstatu žádného správního deliktu, protože nedošlo k natolik společensky škodlivému jednání, a proto nemohl podstatným způsobem ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

Závěr rozkladu

25. Zadavatel z výše uvedených důvodů v rozkladu navrhuje, aby předseda napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání a rozhodnutí.

IV. Původní rozhodnutí předsedy Úřadu

26. Dne 12. 6. 2015 vydal předseda Úřadu rozhodnutí č. j. ÚOHS-R196/2014/VZ-14127/2015/322/IJu (dále jen „**původní rozhodnutí předsedy Úřadu**“), kterým napadené rozhodnutí potvrdil a podaný rozklad zamítl, neboť byl toho názoru, že Úřad dostatečně posoudil skutkový stav, na základě kterého zjistil, že zadavatel spáchal ve výrocích definované správní delikty. Dále měl předseda Úřadu za to, že se Úřad v napadeném rozhodnutí dostatečně vypořádal se všemi argumenty zadavatele uvedenými ve svém stanovisku ze dne 10. 4. 2014, a to způsobem, ze kterého je plně srozumitelné a seznatelné, jakými skutečnostmi a úvahami se Úřad při svém rozhodování řídil.
27. Při posuzování dané problematiky se předseda Úřadu primárně zaměřil na smysl a účel zákona, a tedy, že kvalifikovaný je takový dodavatel, který má zkušenosti s realizací zakázek finančně polovičního rozsahu ve vztahu k předmětu zadávané veřejné zakázky na stavební práce. V posuzovaném případě předseda Úřadu uvedl, že hodnota referenční zakázky ve výši 16 mil. Kč je přesně 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky, tudíž takto stanovený požadavek je formálně vyhovující znění zákona, avšak rozporný s účelem ust. § 56 odst. 5 písm. c) zákona. Dále předseda Úřadu konstatoval, že přidáním slova „*minimálně*“ zadavatel umožnil účast pouze těm dodavatelům, jejichž zkušenosti jsou reálně větší, než je polovina předpokládané hodnoty. Tímto jednáním zadavatel nezákonně omezil účast těm dodavatelům, jejichž hodnoty referenčních zakázek (tj. hodnoty stavebních prací

provedených dodavatelem za posledních 5 let) činily částku menší než 16 mil., avšak současně tito dodavatelé měli zkušenosti adekvátní druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky. Pokud by zadavatel nestanovil nezákonný kvalifikační předpoklad, mohl by obdržet vyšší počet žádostí o účast, a tím i obdržet ekonomicky výhodnější nabídku, s ohledem na skutečnost, že kritériem pro zadání veřejné zakázky byla právě hospodářská soutěž. Předseda Úřadu považoval v napadeném rozhodnutí závěry Úřadu za správně a učiněné v souladu se zákonem.

28. Pokud jde o druhý správní delikt, předseda Úřadu se rovněž ztotožnil se závěrem Úřadu, že zadavatel postupoval v rozporu se zásadou rovného zacházení, když aplikoval ust. § 59 odst. 4 zákona na dva zájemce a ostatní vyloučil. Úřad správně uvedl, že při aplikaci § 59 odst. 4 zákona je zadavatel povinen postupovat v souladu se základními zásadami zadávacího řízení, především se zásadou rovného zacházení a konstatoval, že zadavatel musí zachovat stejný přístup ke všem dodavatelům, což se v posuzovaném případě nestalo.
29. K uložení pokuty předseda Úřadu sdělil, že vzhledem k tomu, že se zadavatel dopustil dvou správních deliktů a uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku s vybraným uchazečem, již není možné negativní důsledky správních deliktů účinně zhojit jiným způsobem, než uložit sankci. Proto měl předseda Úřadu za to, že pokuta 50 000 Kč vzhledem ke způsobu spáchání správních deliktů a ve vztahu k rozpočtu zadavatele pro rok 2014 byla přiměřená.

V. Soudní přezkum původního rozhodnutí předsedy Úřadu

30. Proti původnímu rozhodnutí předsedy Úřadu podal zadavatel žalobu ze dne 7. 8. 2015, kterou se zadavatel domáhal zrušení původního rozhodnutí předsedy Úřadu a vrácení předmětné věci k dalšímu řízení.
31. Krajský soud v Brně (dále jen „**krajský soud**“) v dané věci vydal dne 29. 6. 2017 rozsudek č. j. 29 Af 74/2015-224 (dále jen „**rozsudek KS**“), jímž rozhodl o zrušení původního rozhodnutí předsedy Úřadu a vrácení věci Úřadu zpět k dalšímu řízení, stejně jako o povinnosti žalovaného zaplatit žalobci (tj. zadavateli) náhradu nákladů řízení, a to do 30 dnů od právní moci rozsudku KS.
32. Krajský soud se v odůvodnění rozsudku KS nejdříve vyjádřil k výroku I. napadeného rozhodnutí a uvedl, že na první pohled se sice takto vyjádřený názor předsedy Úřadu v původním rozhodnutí předsedy Úřadu jeví jako správný (a to i v důsledku legislativně poměrně nešťastné formulace § 56 odst. 3 písm. c) zákona), avšak v konečném důsledku se s ním krajský soud neztotožnil. Krajský soud uvedl, že hledání smyslu a významu předmětného ustanovení je možné začít u konstatování, že omezení dle § 56 odst. 5 písm. c) zákona lze skutečně chápat jako projev snahy zákonodárce omezit skryté diskriminování uchazečů stanovením nepřiměřených požadavků na kvalifikaci. V této souvislosti krajský soud poukázal na rozhodné znění předmětného ustanovení, které bylo důsledkem přijetí zákona č. 55/2012 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „**transparentní novela**“), účinného od 1. 4. 2012; byla jím omezena možnost zadavatele požadovat prokázání kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona tak, že rozsah stavebních prací u jednotlivé položky v seznamu stavebních prací provedených dodavatelem, tedy u každé jednotlivé reference, nesmí překračovat 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky. K dosavadnímu znění § 56 odst. 5 písm. c) zákona o veřejných

zakázkách byla doplněna věta: „U kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 3 písm. a) nesmí požadovaný rozsah stavebních prací u jednotlivé položky v seznamu stavebních prací provedených dodavatelem překračovat 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky.“

33. Dle názoru krajského soudu je třeba toto ustanovení vnímat v jeho vnitřních souvislostech a proto se krajský soud domnívá, že poslední větu § 56 odst. 3 písm. c) zákona je nutno vyložit v souvislosti se stanovením minimální úrovně kvalifikačních předpokladů, tedy že maximální hodnota minimální úrovně požadovaných kvalifikačních předpokladů nesmí překračovat 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky.
34. Krajský soud má za to, že ustanovení § 56 odst. 5 písm. c) zákona je třeba vykládat tak, že zadavatel je povinen vymezit minimální úroveň požadované referenční stavby maximálně ve výši 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Z tohoto důvodu za popsáných skutkových okolností dle krajského soudu nemůže obstát závěr Úřadu a předsedy Úřadu o tom, že zadavatel spáchal správní delikt tím, že v rozporu s § 56 odst. 5 písm. c) zákona a zásadou zákazu diskriminace zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona stanovil v rámci kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona minimální rozsah stavebních prací u jednotlivých položek v seznamu stavebních prací provedených dodavatelem tak, že požadoval každou referenční zakázku v hodnotě minimálně 16 000 000 Kč, což je přesně 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky, tzn. nemůže obstát závěr uvedený ve výroku I. napadeného rozhodnutí.
35. Pokud jde o druhý správní delikt, krajský soud se ztotožnil se závěrem Úřadu a předsedy Úřadu, že se zadavatel dopustil správního deliktu uvedeného ve výroku II. napadeného rozhodnutí. Krajský soud v rozsudku KS odkázal na rozsudek krajského soudu č. j. 30 Af 66/2014-40 ze dne 2. 6. 2016, dle kterého v případě, že se zadavatel rozhodne postupovat podle § 59 odst. 4 zákona, je v souladu se zásadou rovného zacházení (§ 6 téhož zákona) povinen vyzvat k doplnění nebo objasnění kvalifikace všechny dodavatele, jejichž nabídky vykazují srovnatelné nedostatky (bez ohledu na to, jakých konkrétních kvalifikačních předpokladů se tyto nedostatky týkají). Dle výše zmíněného rozsudku je rozhodující ta skutečnost, že by předmětné nedostatky znamenaly neprokázání příslušné části kvalifikace (zde základní a technické) a ve výsledku by vedly k vyloučení uchazeče z další účasti v zadávacím řízení. Krajský soud na základě výše zmíněného rozsudku zkoumal, zda i v posuzovaném případě byly nedostatky předložených nabídek srovnatelné, vedly ke stejným možným důsledkům, tedy vedly k vyloučení uchazečů. Krajský soud tedy dospěl k závěru, že postavení všech pěti uchazečů, jejichž nabídky vykazovaly nedostatky, bylo ve svém důsledku srovnatelné, a proto měli být ve smyslu § 59 odst. 4 zákona k objasnění či předložení informací a podkladů vyzváni všichni. Jinak řečeno, dle názoru krajského soudu se proto zadavatel dopustil správního deliktu uvedeného ve výroku II. napadeného rozhodnutí.
36. Krajský soud samostatně nerozhodoval o otázce výše uložené sankce. Vzhledem k tomu, že pokuta byla uložena v souladu s absorpční zásadou a s přihlédnutím k přitěžující okolnosti spočívající v tom, že zadavatel měl spáchat dva správní delikty, krajský soud uvedl, že v dalším řízení je potřeba znovu rozhodnout o pokutě, neboť ta již nebude ukládaná za dva správní delikty, nýbrž za jeden.

VI. Další řízení o rozkladu

37. Po vrácení správního spisu krajským soudem Úřadu pokračuje předseda Úřadu v řízení o rozkladu proti napadenému rozhodnutí.
38. Dne 24. 8. 2017 byla účastníkům řízení zaslána písemnost č. j. ÚOHS-24655/2017/322/DJa, kterou bylo účastníkům řízení oznámeno pokračování správního řízení.

Stanovisko předsedy Úřadu

39. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, jež mu předcházelo, s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a vázán právním názorem Krajského soudu jsem dospěl k následujícímu závěru.
40. Úřad tím, že ve výroku I. napadeného rozhodnutí rozhodl tak, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že v rozporu s ust. § 56 odst. 5 písm. c) zákona a zásadou zákazu diskriminace zakotvenou v ust. § 6 odst. 1 zákona stanovil v rámci kvalifikačního předpokladu podle ust. § 56 odst. 3 písm. a) zákona minimální rozsah stavebních prací u jednotlivých položek v seznamu stavebních prací provedených dodavatelem tak, že požadoval každou referenční zakázku (v počtu celkem 10) v hodnotě minimálně 16 mil. Kč, což je přesně 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky, čímž fakticky zákonem přípustný rozsah stavebních prací u jednotlivé položky vzhledem k předpokládané hodnotě veřejné zakázky překročil, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel dne 25. 10. 2013 smlouvu s vybraným uchazečem na veřejnou zakázku, nerozhodl správně a v souladu se zákonem.
41. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem zrušil výrok I. napadeného rozhodnutí podle § 152 odst. 6 písm. a) správního řádu a dle § 90 odst. 1 písm. a) správního řádu a správní řízení v této části zastavil.
42. Úřad tím, že ve výroku II. napadeného rozhodnutí rozhodl tak, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při posuzování technických kvalifikačních předpokladů požadoval v rozporu se zásadou rovného zacházení zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona po dvou zájemcích písemné objasnění předložených informací či dokladů podle § 59 odst. 4 zákona a ostatní zájemce, kteří nesplnili kvalifikaci v obdobném rozsahu, bez možnosti písemného objasnění vyloučil z další účasti v zadávacím řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dne 25. 10. 2013 zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku, rozhodl správně a v souladu se zákonem.
43. Současně jsou dále uvedeny důvody, pro které jsem výrok III. napadeného rozhodnutí podle § 152 odst. 6 písm. a) správního řádu a dle § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu zrušil a věc v části správního řízení týkající se uložené pokuty, vrátil Úřadu k novému projednání.

VII. K námitkám rozkladu, důvodům zrušení výroku I. napadeného rozhodnutí a zastavení správního řízení a důvodům zrušení výroku III. napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání

Důvody pro zrušení výroku I. napadeného rozhodnutí a zastavení správního řízení

44. Podstata věci byla založena na zodpovězení otázky, zda zadavatel v daném případě může požadovat, aby minimální hodnota předkládané referenční zakázky dosahovala maximálně 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky, či jinak řečeno, zda postup zadavatele, který stanovil minimální rozsah referenční stavby přesně na hranici v zákoně požadovaných 50 % předpokládané hodnoty zadávané veřejné zakázky, byl v souladu se zákonem.
45. Ust. § 56 odst. 3 písm. a) zákona přiznává zadavatelům požadovat po potenciálních uchazečích k prokázání technických kvalifikačních předpokladů předložení seznamu stavebních prací provedených dodavatelem za posledních 5 let a příslušných osvědčení o jejich realizaci. Z ust. § 56 odst. 5 písm. c) zákona však současně vyplývá, že zadavatel má možnost požadovat k prokázání kvalifikačních předpokladů dle § 56 odst. 3 písm. a) zákona předložení předmětných dokladů o realizaci referenčních zakázek s tím omezením, že rozsah stavebních prací u jednotlivé položky v seznamu stavebních prací provedených dodavatelem nesmí překračovat 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky.
46. Smyslem výše uvedeného ustanovení je zabezpečit, aby zadavatel nevymezil požadavek dodavatele na rozsah referenční zakázky na stavební práce extenzivním způsobem. Například, aby zadavatel nepožadoval referenční stavby s rozsahem odpovídajícím např. celé výši předpokládané hodnoty zadávané veřejné zakázky. Toto omezení lze chápat jako projev snahy zákonodárce omezit právě skryté diskriminování uchazečů stanovením nepřiměřených požadavků na kvalifikaci. Podle mínění krajského soudu ust. § 56 odst. 5 písm. c) zákona je třeba vnímat v jeho vnitřních souvislostech, kdy poslední větu výše uvedeného ustanovení není možné vnímat izolovaně, bez vazby na větu předchozí, dle které zadavatel vymezuje minimální úroveň kvalifikačních předpokladů. Tuto poslední větu je tedy nutno vyložit v souvislosti se stanovením minimální úrovně kvalifikačních předpokladů, tedy že maximální hodnota minimální úrovně požadovaných kvalifikačních předpokladů nesmí překračovat 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky.
47. Krajský soud k tomuto výkladu poukázal na závěry uvedené v odborné literatuře (viz. Marečková, E., Košťál, K.: Omezení požadovaného rozsahu referenčních stavebních prací, dostupné na <https://www.epravo.cz/top/clanky/omezeni-pozadovaneho-rozsahu-referencnich-stavebnich-praci-98289.html?mail>), se kterými se ztotožnil a které odcitoval v rozsudku KS takto: „*Pokud však zákonodárce omezil možnost požadovat referenční zakázky hranicí 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky, pak musel počítat s tím, že zadavatelé mohou využít této pevně stanovené poloviční hranice a budou svůj ‚minimální‘ požadavek koncipovat (s ohledem na druh, rozsah a složitost zadávané veřejné zakázky) nejen ‚pod touto hranicí‘ ale i ‚touto hranicí‘. Dle našeho názoru je totiž třeba rozlišovat požadavek na referenční zakázky, tedy vymezení minimální úrovně požadavku na referenční zakázky a skutečnou hodnotu předložených referenčních zakázek, která je z logiky věci vždy rovna nebo překračuje minimální úroveň požadovanou zadavatelem. Výklad daného ustanovení poskytnutý ÚOHS směřuje spíše k tomu pohledu, že zadavatel prostřednictvím 50% hranice omezí finanční hodnotu předkládaných referencí. Poslední věta ustanovení § 56 odst. 5*

písm. c) ZVZ však hovoří o „požadovaném rozsahu stavebních prací u jednotlivé položky...“, tedy o tom, že v ZVZ stanovená 50% hranice směřuje k zadavateli, resp. k jeho povinnosti omezit prostřednictvím této hranice rozsah požadované referenční stavby, a nikoliv k tomu, aby limitovala dodavatele v možnosti předložit zadavateli referenční stavby s vyšším rozsahem (hodnotou), natož aby po zadavateli požadovala omezování rozsahu předkládaných referenčních staveb shora.“

48. Na základě výše citované odborné literatury, lze dospět k závěru, že uvedené omezení je projevem snahy zákonodárce eliminovat skryté diskriminování uchazečů stanovením nepřiměřených požadavků na kvalifikaci zadavatelem a tedy toto omezení nesměřuje k tomu, aby limitovalo dodavatele v možnosti předložit ve smyslu § 56 odst. 3 písm. a) zákona seznam všech svých realizovaných stavebních prací s vyšší hodnotou než 50 % předpokládané hodnoty. Účel stanovení technických kvalifikačních předpokladů směřuje k zajištění faktické realizace veřejné zakázky toliko takovými dodavateli, kteří k tomu prokazatelně mají dostatečnou technickou způsobilost. Tím je minimalizováno zadatelovo riziko, že dojde ke zmaření primárního účelu zadávacího řízení, kterým je řádná a efektivní realizace plnění, jež je předmětem veřejné zakázky. Zadavatelem uplatněné požadavky na splnění technických kvalifikačních požadavků tedy mají zajistit, aby se o přidělení veřejné zakázky ucházeli pouze ti dodavatelé, kteří jsou ve skutečnosti schopni po stránce technické a materiální tuto zakázku v případě jejich úspěchu v zadávacím řízení po přidělení veřejné zakázky též plnit. K tomuto závěru dospěl rovněž Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 10. 3. 2011, č. j. 62 Ca 3/2009-43.
49. V této souvislosti poukazují na rozhodnutí Nejvyššího správního soudu (dále jen „**NSS**“) č. j. 9 Afs 87/2008-81 ze dne 9. 7. 2009, podle kterého „*stanovení kvalifikačních kritérií včetně jejich minimální úrovně rozhodně nemůže vést k bezdůvodnému omezení možnosti dodavatelů účastnit se zadávacího řízení, či k jakémukoliv zvýhodnění některého z potencionálních dodavatelů. Naopak jejich účelem je zabezpečit účast všech potencionálních dodavatelů, kteří jsou způsobilí předmětnou zakázku splnit. Je proto nezbytné, aby zadavatel objektivně vymezil úroveň způsobilosti, kterou uchazeč prokáže*“. V posuzovaném případě zadavatel vymezil minimální úroveň referenčních staveb při předpokládané hodnotě 32 000 000 Kč v hodnotě 16 000 000 Kč, tedy přesně na poloviční hranici předpokládané hodnoty. Hodnota, která již poloviční (50%) hranici předpokládané hodnoty zadávané veřejné zakázky překračuje, je hodnota vyšší než 16 000 000 Kč, nikoliv přesná polovina předpokládané hodnoty. Zadavatel v tomto případě pouze dle mezí vytyčených zákonem stanovil minimální úroveň tak, že nepřekračovala 50 % hranici předpokládané hodnoty zadávané veřejné zakázky, čímž plně dostal své povinnosti stanovené v § 56 odst. 5 písm. c) věty druhé zákona.
50. Shodný závěr Úřadu lze dovodit např. i z rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0551/2016/VZ-39376/2016/553/MBu ze dne 26. 9. 2016. V daném případě, v němž Úřad uvedl, že: „*Ačkoliv tedy celková výše součtu finančních hodnot referenčních stavebních zakázek není zákonem vymezena, jednoznačně platí, že každá jednotlivá zadavatelem požadovaná referenční zakázka musí dosahovat maximálně 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Citované omezení lze chápat jako projev snahy zákonodárce omezit právě skryté diskriminování uchazečů stanovením nepřiměřených požadavků na kvalifikaci. Lze totiž předpokládat, že u stavebních prací nemusí mít finanční objem provedené stavební práce natolik vypovídací*

hodnotu, aby bylo možné jednoznačně dovést, že by dodavatel se zkušenostmi se stavbami např. v hodnotě 50 mil. Kč nebyl způsobilý stejně kvalitně realizovat stavby v hodnotě 100 mil. Kč.“

51. *„S ohledem na výše uvedené pravidlo byl zadavatel v daném případě oprávněn požadovat k prokázání technických kvalifikačních předpokladů předložení dokladů dle § 56 odst. 3 písm. a) zákona o realizaci referenčních zakázek ve finančním objemu o maximální výši 50 % z předpokládané hodnoty veřejné zakázky, která činila 9 000 000 Kč bez DPH. Maximální výše požadované finanční hodnoty jednotlivé referenční zakázky, kterou zadavatel mohl dle § 56 odst. 5 písm. c) zákona požadovat, tedy v tomto případě činila 4 500 000 Kč bez DPH.“*
52. Podle § 90 odst. 1 písm. a) správního řádu, jestliže odvolací správní orgán dojde k závěru, že napadené rozhodnutí je v rozporu s právními předpisy nebo že je nesprávné, napadené rozhodnutí nebo jeho část zruší a řízení zastaví.
53. Podle § 117a písm. d) zákona Úřad zahájené řízení zastaví, jestliže v řízení zahájeném z moci úřední nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření dle § 118 nebo pro uložení sankce podle § 120 nebo § 120a zákona.
54. Rozhodne-li předseda Úřadu o zrušení prvostupňového rozhodnutí a zastavení správního řízení, je povinen učinit tak ze zákonného důvodu, který je povinen ve svém rozhodnutí uvést. V opačném případě zatíží své rozhodnutí vadou nepřezkoumatelnosti. K tomu se vyjádřil např. Krajský soud v Brně ve svém rozsudku ze dne 15. 2. 2012, č. j. 62 Af 50/2011-72, kde na str. 4 a 5 uvedeného rozsudku soud uvádí: *„Pokud pak odvolací (rozkladový) správní orgán (předseda žalovaného) hodlá podle § 90 odst. 1 písm. a) správního řádu postupovat, vždy je třeba, aby z jeho rozhodnutí bylo zřejmé, z jakého zákonem předvídaného důvodu k zastavení řízení došlo a dle jakého ustanovení.“*
55. Na základě výše popsaného výkladu vycházejícího z rozsudku KS, tj. v souladu se závazným právním názorem krajského soudu, uzavírám, že ke spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. napadeného rozhodnutí nedošlo. Ve věci tak nejsou dány důvody pro uložení nápravného opatření nebo pro uložení sankce a nastala tak situace předpokládaná ustanovením § 117a písm. d) zákona. Z toho důvodu jsem výrok I. napadeného rozhodnutí zrušil a správní řízení ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona zadavatelem tím, že v rozporu s ust. § 56 odst. 5 písm. c) zákona a zásadou zákazu diskriminace zakotvenou v ust. § 6 odst. 1 zákona stanovil v rámci kvalifikačního předpokladu podle ust. § 56 odst. 3 písm. a) zákona minimální rozsah stavebních prací u jednotlivých položek v seznamu stavebních prací provedených dodavatelem tak, že požadoval každou referenční zakázku (v počtu celkem 10) v hodnotě minimálně 16 mil. Kč, což je přesně 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky, čímž fakticky zákonem přípustný rozsah stavebních prací u jednotlivé položky vzhledem k předpokládané hodnotě veřejné zakázky překročil, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel dne 25. 10. 2013 smlouvu s vybraným uchazečem na veřejnou zakázku, zastavil.

K naplnění skutkové podstaty správního deliktu uvedeného ve výroku II. napadeného rozhodnutí

56. V posuzovaném případě zadavatel vyloučil dle § 60 zákona z účasti v zadávacím řízení zájemce Skanska a.s, Sdružení Butoves II. a Sdružení pro Butoves, neboť tito nepředložili plán postupu výstavby vůbec, zatímco v případě dvou zájemců VHS plus, Vodohospodářské stavby, s.r.o. a vybraného uchazeče si zadavatel vyžádal ve smyslu § 59 odst. 4 zákona doplnění a vysvětlení předloženého plánu postupu výstavby. Zadavatel v rozkladu tvrdí, že k aplikaci § 59 odst. 4 zákona došlo adekvátně, neboť k dalšímu vysvětlení podané žádosti byli vyzváni pouze zájemci, kteří požadovaný kvalifikační předpoklad splnili z větší části, a pouze bylo nezbytné vysvětlit některé z informací. Naopak k vyzvání objasnění či doplnění dokladů nedošlo u zájemců, kteří prokazatelně nedoložili požadovaný kvalifikační předpoklad vůbec. S tímto postupem zadavatele nemožno souhlasit, neboť (jak Úřad správně v napadeném rozhodnutí odůvodnil) zadavatel musí při aplikaci § 59 odst. 4 zákona postupovat v souladu se základními zásadami zadávacího řízení, především se zásadou rovného zacházení a musí zachovat stejný přístup ke všem dodavatelům.
57. Podle § 59 odst. 1 zákona veřejný zadavatel posoudí prokázání splnění kvalifikace dodavatele z hlediska požadavků stanovených v souladu s tímto zákonem.
58. Podle § 59 odst. 4 zákona veřejný zadavatel může požadovat po dodavateli, aby písemně objasnil předložené informace či doklady nebo předložil další informace či doklady prokazující splnění kvalifikace. Dodavatel je povinen splnit tuto povinnost v přiměřené lhůtě stanovené veřejným zadavatelem. Skutečnosti rozhodné pro splnění kvalifikace mohou nastat v případě postupu podle tohoto odstavce po lhůtě podle § 52 zákona.
59. Podle § 6 odst. 1 zákona zadavatel je povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
60. Námitku zadavatele, že nejednal v rozporu se zásadou rovného zacházení, považuji za nedůvodnou, neboť v daném případě nebylo rozhodné, jaké byly konkrétní rozdíly mezi pochybeními jednotlivých zájemců, ale to, zda nedostatky předložených nabídek vedly či mohly vést ke stejným důsledkům, tedy k vyloučení zájemce. Jak již bylo výše řečeno, v případě třech zájemců, jejichž nabídky byly ve vztahu k plánu postupu výstavby zcela nedostatečné, vedlo toto jejich pochybení bez dalšího k vyloučení z účasti v zadávacím řízení dle § 60 odst. 1 zákona. Ovšem i dva zbylí zájemci, kteří byli požádáni pouze o „dovysvětlení“ či doplnění plánů postupu výstavby, byli v příslušných žádostech zadavatelem poučeni o tom, že nedoručí-li uchazeč písemně vysvětlení k výše uvedeným dotazům ve stanovené lhůtě, hodnotící komise jich nabídku vyřadí. V případě zájemce VHS plus, Vodohospodářské stavby, s.r.o. se tak skutečně stalo, neboť plán postupu výstavby nebyl požadovaným způsobem v určené lhůtě doplněn.
61. Na základě výše popsaných skutečností lze uzavřít, že nedostatky v případě jednotlivých nabídek resp. zájemců byly srovnatelné (vedly ke stejným možným důsledkům), a proto mělo být vůči všem zájemcům, jejichž nabídky v tomto smyslu vykazovaly nedostatky, postupováno dle § 59 odst. 4 zákona shodně, všichni tedy měli být vyzváni k doplnění informací či podkladů ve smyslu zásady rovného zacházení v § 6 zákona.
62. Rovněž Krajský soud se ztotožnil se závěrem Úřadu, že se zadavatel dopustil správního deliktu specifikovaného ve výroku II. napadeného rozhodnutí. Krajský soud při posouzení nyní projednávané věci vycházel z rozsudku krajského soudu č. j. 30 Af 66/2014-40 ze dne 2. 6. 2016, který pojímá srovnatelné nedostatky nabídek (kvalifikačních předpokladů) tak,

že považuje za rozhodné, zda tyto nedostatky ve výsledku vedou k vyloučení uchazeče z dalšího řízení. Krajský soud konkrétně uvádí, že „[v] případě, že při posuzování prokázání kvalifikace jednotlivých uchazečů dojde zadavatel k jednoznačnému závěru, že někteří z nich kvalifikaci neprokázali zcela, musí takovéto uchazeče vyloučit, nebo využít postupu podle § 59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách; ve spojení se zásadou rovného zacházení je však potřeba, aby zadavatel v případě, že se rozhodne využít druhou možnost, postupoval ve vztahu ke všem uchazečům stejně. Jinými slovy - rozhodne-li se vyzvat k doplnění nebo objasnění kvalifikace, musí tak učinit u všech uchazečů, u nichž je to potřeba. Zadavatel není oprávněn sám určovat, kterého z uchazečů k doplnění kvalifikace vyzve a kterého nikoliv. (...) Zohlednit přitom zásadně nelze ani různou míru závažnosti pochybení dodavatelů, jak namítal žalobce, podle kterého šlo v jednom případě pouze o formální nedostatek čestného prohlášení, kdežto v druhém případě (u vyloučeného uchazeče) šlo o úplnou absenci požadovaných certifikátů. Přestože v praxi jistě dochází v předložených nabídkách k pochybením různé intenzity (jako tomu mělo být i v nyní posuzované věci), zásada rovného zacházení nedává zadavateli prostor, aby za situace, kdy tato pochybení zapříčiňují neprokázání kvalifikace a vedou k vyloučení nabídek, sám určoval, kterého uchazeče vyloučí rovnou, a kterého vyzve k doplnění dokladů. Je totiž nutno vycházet z premisy, že nedostatky nabídek vedoucí k vyloučení, mají ve výsledku stejné dopady na účast dodavatelů v zadávacím řízení. Ti se tak nepochybně nachází v obdobném postavení a zadavatelé k nim takto musí přistupovat. Netřeba zdůrazňovat, že pro aplikaci zásady rovného zacházení není nutné, aby byly porovnávány situace zcela shodné; postačí, aby byly srovnatelné (obdobné).“

63. Krajský soud tedy potvrdil závěr Úřadu a předsedy Úřadu, že zadavatel postupoval v rozporu s § 59 odst. 4 zákona, když k objasnění či předložení informací a podkladů nevyzval všechny zájemce ve smyslu zásady rovného zacházení v § 6 zákona.
64. S námitkou zadavatele vztahující se k aplikaci § 59 odst. 4 zákona, že postup podle tohoto ustanovení je jeho právem a nikoli povinností, nelze souhlasit. Jak jsem již sdělil výše, Úřad správně v napadeném rozhodnutí uvedl, že při aplikaci § 59 odst. 4 zákona je zadavatel povinen postupovat v souladu se základními zásadami zadávacího řízení, především se zásadou rovného zacházení, tj. zadavatel musí zachovat stejný přístup ke všem dodavatelům. K tomu podotýkám, že zadavatel je povinen dodržovat zásady postupu zadavatele po celou dobu zadávání veřejné zakázky. V komentáři k zákonu (Jurčík, R.: Zákon o veřejných zakázkách, 3. vydání, 2012, str. 67) je stanoveno, že „zadavatel by měl vůči všem dodavatelům (zájemcům, uchazečům) postupovat stejným způsobem, měl by být neutrální. Tato zásada se projevuje i tak, že všechna ustanovení zákona o veřejných zakázkách se musí aplikovat na všechny dodavatele“.
65. K dílčí námitce zadavatele, že nikdo z vyloučených zájemců nepodal námitky proti rozhodnutí zadavatele o jejich vyloučení z účasti v zadávacím řízení veřejné zakázky, uvádím následující. Zadavatel svým jednáním, tj. nerovným zacházením se zájemci o účast v zadávacím řízení, porušil § 59 odst. 4 zákona, přičemž skutečnost, že nikdo z vyloučených zájemců nepodal námitky, nemá vliv na posouzení zadavatelova jednání. Podání námitek je oprávněním vyloučených zájemců, nikoli jejich povinností, a tedy závisí zcela na jejich uvážení, zda k podání námitek přistoupí či nikoli. V komentáři k zákonu (Jurčík, R.: Zákon o veřejných zakázkách, 3. vydání, 2012, str. 640) je uvedeno, že „rozhodnutí dodavatele, zda podá námitky v případě, kdy má silné podezření, že zadavatel porušil zákona, je však otázkou

marketingové a obchodní strategie toho kterého dodavatele. Jinak řečeno, i když se dodavatel domnívá, že zadavatel zákon porušil, velmi pečlivě zváží to, zda námitky podá.“ Vzhledem k výše uvedenému považuji tuto námitku zadavatele za irelevantní.

66. V souladu se závazným právním názorem krajského soudu, uzavírám, že zadavatel se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při posuzování technických kvalifikačních předpokladů požadoval v rozporu se zásadou rovného zacházení zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona po dvou zájemcích písemné objasnění předložených informací či dokladů podle § 59 odst. 4 zákona a ostatní zájemce, kteří nesplnili kvalifikaci v obdobném rozsahu, bez možnosti písemného objasnění vyloučil z další účasti v zadávacím řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dne 25. 10. 2013 zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku. Z toho důvodu jsem výrok II. napadeného rozhodnutí potvrdil a podaný rozklad zamítl.
67. Dále uvádím, že od vydání napadeného rozhodnutí do právní moci rozsudku KS nabytí účinnosti zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**ZZVZ**“). Z toho důvodu je nutné posoudit, zda pozdější zákon je pro pachatele přestupku příznivější. Opomenutí zabývat se tím, zda nová právní úprava není pro pachatele přestupku příznivější, je zásahem do práva pachatele přestupku na spravedlivý proces (srov. ÚS II. ÚS 192/05 ze dne 20. 7. 2007).
68. Podle čl. 40 odst. 6 ústavního zákona č. 2/1993 Sb., Listiny základních práv a svobod (dále jen „**Listina**“), platí, že se trestnost činu posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán. Pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější. Shodný princip je vyjádřen i v § 2 odst. 1 zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**trestní zákoník**“). Toto pravidlo zakládá výjimku z jinak obecného zákazu retroaktivity trestních norem, která se uplatní v případě, kdy je pozdější právní úprava pro pachatele příznivější. Tato výjimka se dle konstantní judikatury NSS aplikuje rovněž v oblasti správního trestání.
69. V souvislosti s citovaným článkem Listiny uvádím, že konstantní soudní judikatura (např. rozsudek NSS č. j. 6 A 126/2002-27 ze dne 27. 10. 2004) dospěla k závěru, že *„[t]restání za správní delikty musí podléhat stejnému režimu jako trestání za trestné činy a v tomto smyslu je třeba vykládat všechny záruky, které se podle vnitrostátního práva poskytují obviněnému z trestného činu. Je totiž zřejmé, že rozhraničení mezi trestnými (a tedy soudem postižitelnými) delikty a delikty, které stíhají a trestají orgány exekutivy, je výrazem vůle suverénního zákonodárce; není odůvodněno přirozenoprávními principy, ale daleko spíše je výrazem trestní politiky státu (...) Pro české právo to pak znamená, že i ústavní záruka článku 40 odst. 6 Listiny o tom, že je nutno použít pozdějšího práva, je-li to pro pachatele výhodnější, platí jak v řízení soudním, tak v řízení správním (...) Přijetí tohoto principu pak znamená, že nelze trestat podle starého práva v době účinnosti práva nového, jestliže nová právní úprava konkrétní skutkovou podstatu nepřevzala; analogicky to platí i tehdy, jestliže nová právní úprava stanoví mírnější sankce za stejné jednání“*. K totožnému závěru dospěl NSS též v rozsudku č. j. 8 Afs 17/2007-135 ze dne 31. 5. 2007 a dalších.
70. K posouzení příznivější právní úpravy ve vztahu ke konkrétním okolnostem případu uvádím následující. Deliktní odpovědnost zadavatele konstatovaná napadeným rozhodnutím se opírá

o závěr Úřadu, že v daném případě zadavatel nepostupoval při aplikaci § 59 odst. 4 zákona v souladu se zásadou rovného zacházení dle § 6 zákona.

71. Podle § 6 odst. 2 ZZVZ zadavatel musí dodržovat ve vztahu k dodavatelům zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.
72. Podle § 48 odst. 1 ZZVZ zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení pouze z důvodů stanovených tímto zákonem, a to kdykoliv v průběhu zadávacího řízení.
73. Podle § 48 odst. 2 ZZVZ zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení, pokud údaje, doklady, vzorky nebo modely předložené účastníkem zadávacího řízení
 - a) nesplňují zadávací podmínky nebo je účastník zadávacího řízení ve stanovené lhůtě nedoložil,
 - b) nebyly účastníkem zadávacího řízení objasněny nebo doplněny na základě žádosti podle § 46, nebo
 - c) neodpovídají skutečnosti a měly nebo mohou mít vliv na posouzení podmínek účasti nebo na naplnění kritérií hodnocení.
74. Podle § 46 odst. 1 ZZVZ zadavatel může pro účely zajištění řádného průběhu zadávacího řízení požadovat, aby účastník zadávacího řízení v přiměřené lhůtě objasnil předložené údaje, doklady, vzorky nebo modely nebo doplnil další nebo chybějící údaje, doklady, vzorky nebo modely. Zadavatel může tuto žádost učinit opakovaně a může rovněž stanovenou lhůtu prodloužit nebo prominout její zmeškání.
75. Zadavatel je předně oprávněn vyloučit účastníka ze zadávacího řízení, pokud jím předložené údaje, doklady, vzorky či modely neodpovídají zadávacím podmínkám či nebyly v požadované lhůtě vůbec předloženy. Pokud však zadavatel tohoto postupu vůči některému z účastníků zadávacího řízení využije, nemůže bez dalšího (tedy bez využití postupu dle § 46 zákona) vyloučit jiného účastníka v obdobné situaci, tedy účastníka, který nepředložil doklad z obdobné kategorie, případně, jehož původně předložené doklady trpí obdobnými nedostatky. Opačný postup by vedl k porušení zásady rovného přístupu vůči dodavatelům.
76. S ohledem na výše uvedené by se zadavatel i podle pozdější právní úpravy dopustil správního deliktu tím, že při posuzování technických kvalifikačních předpokladů požadoval v rozporu se zásadou rovného zacházení zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona po dvou zájemcích písemné objasnění předložených informací či dokladů podle § 59 odst. 4 zákona a ostatní zájemce, kteří nesplnili kvalifikaci v obdobném rozsahu, bez možnosti písemného objasnění vyloučil z další účasti v zadávacím řízení. Zadavatel by svým postupem mohl ovlivnit výběr dodavatele i ve smyslu pozdější právní úpravy, a tedy by naplnil i všechny materiální znaky skutkové podstaty správního deliktu podle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ
77. Ve světle výše uvedeného konstatuji, že v šetřeném případě nelze aplikovat výjimku ze zákazu retroaktivity ve vztahu výroku II. napadeného rozhodnutí, neboť právní úprava dle ZZVZ není pro zadavatele právní úpravou příznivější, tudíž je třeba správní delikt posuzovat podle právní úpravy účinné v době jeho spáchání, tedy dle zákona. Šetřený správní delikt zadavatele naplňuje stejné znaky skutkové podstaty jak dle ZZVZ, tak i podle zákona.

78. Rozsudek KS byl vydán dne 29. 6. 2017 a dne 10. 7. 2017 byl doručen Úřadu. Od 1. 7. 2017 vstoupil v účinnost zákon č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (dále jen „**zákon o odpovědnosti za přestupky**“), který představuje velkou procesní změnu v oblasti projednávání správních deliktů. Tou největší změnou je již sama skutečnost, že český právní řád nově disponuje obecnou procesní úpravou pro správní delikty, resp. nově (jednotně) přestupky. Tato úprava rovněž dopadá i na odpovědnost zadavatele, resp. projednávání správních deliktů (přestupků) v oblasti zadávání veřejných zakázek.
79. Podle § 5 zákona o odpovědnosti za přestupky je přestupkem společensky škodlivý protiprávní čin, který je v zákoně za přestupek výslovně označen a který vykazuje znaky stanovené zákonem, nejde-li o trestný čin.
80. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost právnické osoby za přestupek zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán. Totožně upravoval dobu, ve které dochází k zániku odpovědnosti za přestupek, od 1. 10. 2016 do 30. 6. 2017 i § 270 odst. 3 ZZVZ. Podle § 270 ZZVZ ve znění účinném od 1. 7. 2017 činí (objektivní) promlčecí doba taktéž 5 let.
81. Podle § 31 odst. 1 zákona o odpovědnosti za přestupky promlčecí doba počíná běžet dnem následujícím po dni spáchání přestupku; dnem spáchání přestupku se rozumí den, kdy došlo k ukončení jednání, kterým byl přestupek spáchán. Je-li znakem přestupku účinek, promlčecí doba počíná běžet dnem následujícím po dni, kdy takový účinek nastal.
82. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona je před uložením pokuty nutné ověřit, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. Ke spáchání správního deliktu zadavatelem došlo uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku dne 25. 10. 2013. Tedy od spáchání správního deliktu neuplynula promlčecí doba dle § 121 odst. 3 zákona, která činí 5 let. K tomu lze konstatovat, že uvedená podmínka pro řízení o správním deliktu tedy byla splněna.
83. Vzhledem ke skutečnosti, že ode dne 1. 7. 2017 nabyl účinnosti zákon o odpovědnosti za přestupky, zabýval jsem se v souladu s čl. 40 odst. 6 větou druhou Listiny otázkou, podle jakého právního předpisu je třeba postupovat, a tedy posuzovat otázku týkající se uplynutí lhůt, ve kterých zaniká odpovědnost za přestupek, tedy zda právní úprava zániku odpovědnosti za spáchání přestupku obsažená v ZZVZ a v zákoně o odpovědnosti za přestupky neobsahuje pro zadavatele příznivější úpravu, než jak je tato lhůta upravena v zákoně. Protože ani ZZVZ, ani zákon o odpovědnosti za přestupky neobsahuje ustanovení, na základě kterých by odpovědnost zadavatele za spáchání správního deliktu již zanikla, není pozdější právní úprava obsažená v ZZVZ a v zákoně o odpovědnosti za přestupky pro zadavatele příznivější, a proto jsem posoudil zánik odpovědnosti za spáchání správního deliktu podle zákona, a na základě uvedených skutečností konstatuji, že v šetřené veřejné zakázce nedošlo k zániku odpovědnosti zadavatele za spáchání správního deliktu.

Důvody pro zrušení výroku III. napadeného rozhodnutí

84. Krajský soud v rozsudku KS dospěl k závěru, že se správní delikt uvedený ve výroku I. napadeného rozhodnutí nestal a dále, že se zadavatel dopustil správního deliktu uvedeného ve výroku II. napadeného rozhodnutí. V dané věci však krajský soud samostatně nerozhodl o výroku o pokutě. Krajský soud vrátil napadené rozhodnutí k dalšímu řízení předsedovi

Úřadu s tím, že jelikož nedošlo ke spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. napadeného rozhodnutí, je potřeba v dalším řízení znovu rozhodnout o výši sankce za správní delikt uvedený ve výroku II. napadeného rozhodnutí a přitom zohlednit okolnost, že pokuta již nebude ukládána v souladu s absorpční zásadou za dva správní delikty, nýbrž za jeden. Krajský soud v posuzovaném případě zrušil pouze původní rozhodnutí předsedy Úřadu, neboť měl za to, že nedostatky v napadeném rozhodnutí lze zhojit v řízení o rozkladu.

85. Podle § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu jestliže odvolací správní orgán dojde k závěru, že napadené rozhodnutí je v rozporu s právními předpisy nebo že je nesprávné, napadené rozhodnutí nebo jeho část zruší a věc vrátí k novému projednání správnímu orgánu, který rozhodnutí vydal; v odůvodnění tohoto rozhodnutí vysloví odvolací správní orgán právní názor, jímž je správní orgán, který napadené rozhodnutí vydal, při novém projednání věci vázán; proti novému rozhodnutí lze podat odvolání.
86. Jak již však bylo výše řečeno, po vydání rozsudku KS nabytí účinnosti zákon o odpovědnosti za přestupky, tedy nová procesní norma. V takovém případě je vázanost správního orgánu resp. předsedy Úřadu soudním rozhodnutím prolomena v důsledku změny právní úpravy (srov. rozsudek NSS č. j. 2 Ads 16/2003-56 ze dne 18. 6. 2004, dle něhož „*Vázanost správního orgánu soudním rozhodnutím by mohla být prolomena jen v důsledku nových skutkových zjištění nebo v důsledku změny právní úpravy*“).
87. K tomuto doplňuji, že z judikatury NSS vyplývá zásada, že se aplikuje aktuální procesní právo, pokud není výslovně stanoveno jinak. Viz např. rozsudek NSS ze dne 25. 7. 2007 č. j. 1 Azs 55/2006-60, v němž NSS k řešení střetu staré a nové úpravy ve vztahu k běžícím řízením připomněl obecně platnou zásadu nepravé retroaktivity procesních norem, tedy zásadu aplikace nových procesních norem pro dříve započatá řízení, ze které je třeba dovodit, že v daném řízení bylo nutno pokračovat dle pozdějšího zákona s tím, že právní účinky úkonů učiněných dříve zůstávají v platnosti.
88. V posuzovaném případě Úřad v napadeném rozhodnutí uvedl, že oba správní delikty jsou z pohledu zákona stejně trestné, neboť u obou je stanovena stejná výše možné pokuty. V daném případě s ohledem na použití zásady absorpce, Úřad uložil pokutu pouze za jeden ze spáchaných správních deliktů a ke druhému přihlédl v rámci přitěžujících okolností. Tedy Úřad v napadeném rozhodnutí přistoupil k uložení pokuty za spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona uvedeného ve výroku I. napadeného rozhodnutí a ke správnímu deliktu ve smyslu ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona uvedeného ve výroku II. napadeného rozhodnutí přihlédl jako k přitěžující okolnosti. Jak přitom bylo odůvodněno výše, že správní delikt uvedený ve výroku I. napadeného rozhodnutí se nestal, nelze tedy již aplikovat zásadu absorpce a ke spáchání druhého správního deliktu uvedeného ve výroku II. napadeného rozhodnutí přihlédnout jako k přitěžující okolnosti. Proto je nutné znovu určit výměru pokuty pouze za správní delikt uvedený ve výroku II. napadeného rozhodnutí.
89. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty právnické osobě přihlédne k závažnosti přestupku, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Podle § 112 odst. 3 zákona o odpovědnosti za přestupky na určení druhu a výměry sankce za dosavadní přestupky a jiné správní delikty se ode dne nabytí účinnosti zákona o odpovědnosti za přestupky použijí ustanovení o určení

druhu a výměry správního trestu, je-li pro pachatele výhodnější. Úřad proto rovněž přihlédne k § 37 a násl. zákona o odpovědnosti za přestupky, neboť obsahuje širší výslovný katalog skutečností než úprava obsažená v zákoně (která je svojí povahou speciální), které je nutno při určení druhu a výměru správního trestu zvažovat.

90. Podle § 37 zákona o odpovědnosti za přestupky se při určení druhu a výměry správního trestu přihlédne zejména k povaze a závažnosti přestupku, dále k tomu, že o některém z více přestupků, které byly spáchány jedním skutkem nebo více skutky nebylo rozhodnuto ve společném řízení a dále k přitěžujícím a polehčujícím okolnostem. Podle § 38 zákona o odpovědnosti za přestupky povaha a závažnost přestupku je dána zejména významem zákonem chráněného zájmu, který byl přestupkem porušen nebo ohrožen, dále významem a rozsahem následku přestupku, způsobem spáchání přestupku, okolnostmi jeho spáchání.
91. Hlavním kritériem, které je dle citovaných ustanovení zákona a zákona o odpovědnosti za přestupky rozhodné pro určení druhu a výměry správního trestu, je povaha a závažnost přestupku. Jde o obecnou kategorii poměřující rozsah dopadu konkrétního přestupkového jednání na specifický právem chráněný zájem s přihlédnutím k významu tohoto chráněného zájmu. Oba uvedené právní předpisy pak demonstrativním výčtem vymezují, co lze pod pojem závažnost přestupku podřadit (význam zákonem chráněného zájmu, význam a rozsah jeho následků, způsob jeho spáchání, okolnosti, za nichž byl spáchán). Úřad nad rámec uvedených kritérií pak může přihlédnout i k jiným okolnostem, pokud jsou svojí povahou podstatné pro posouzení závažnosti přestupku, a které by s ohledem na skutkové okolnosti konkrétního případu mohly být kvalifikovány jako polehčující či přitěžující, kdy je třeba konstatovat, že katalog polehčujících a přitěžujících okolností uvedený v § 39 a § 40 zákona o odpovědnosti za přestupky je toliko demonstrativní.
92. Tyto skutečnosti cit. ustanovení zákona o odpovědnosti za přestupky jsou relevantní ve vztahu k posuzovanému případu a proto jsem dospěl k závěru, že v daném případě je třeba dát přednost kasaci, tj. zrušení výroku III. napadeného rozhodnutí, jakožto výroku o pokutě, a vrácení věci Úřadu k novému projednání. Pokud bych totiž přistoupil k uložení pokuty za výrok II. napadeného rozhodnutí v této fázi řízení, tj. v řízení o rozkladu, hrozila by zadavateli újma z důvodu ztráty možnosti odvolat se proti uložené pokutě, která bude nově posuzovaná dle zákona o odpovědnosti za přestupky. Odepření práva podat odvolání by bylo porušením práva na spravedlivý proces.
93. Jelikož je v nyní posuzovaném případě nutné posoudit pokutu pouze za jeden správní delikt uvedený ve výroku II. napadeného rozhodnutí, dále s ohledem na to, že je při uložení výše pokuty třeba postupovat podle nové procesní právní úpravy a dále z důvodu zachování práva zadavatele se proti takto nově uložené pokutě odvolat, přistoupil jsem ke zrušení výroku III. napadeného rozhodnutí a věc v části týkající se uložení pokuty vrátil Úřadu k novému projednání. V dalším řízení bude Úřad pokračovat při uložení sankce (správního trestu) dle zákona o odpovědnosti za přestupky, jakožto zákona účinného v době nového rozhodování (po vrácení věci soudem o tomto přestupku).
94. Jak již bylo výše odůvodněno, že ústavní pravidlo zakotvené v čl. 40 odst. 6 Listiny zakládá výjimku z jinak obecného zákazu retroaktivity trestních norem, která se uplatní v případě, kdy je pozdější právní úprava pro pachatele příznivější, tak tato výjimka se dle konstantní judikatury NSS aplikuje rovněž v řízeních o sankci za správní delikty. NSS např. v rozsudku

ze dne 27. 10. 2004, č. j. 6 A 126/2002, dovedil, že: „Ústavní záruka vyjádřená v článku 40 odst. 6 in fine Listiny základních práv a svobod a spočívající v přípustnosti trestání podle nového práva, jestliže je taková úprava pro pachatele výhodnější, platí i v řízení o sankci za správní delikty. Ve svých důsledcích znamená, že rozhodnutí, které za účinnosti nového práva ukládá trest podle práva starého, se musí ve svých důvodech vypořádat s otázkou, zda nové právo vůbec převzalo staré skutkové podstaty, a pokud ano, zda tresty za takové delikty ukládané jsou podle nového práva mírnější nebo přísnější než podle práva starého. Rozhodnutí, které se s touto otázkou vůbec nevypořádá a zcela ji pomine, je nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů.“ Obdobně se NSS vyjádřil i v rozsudku ze dne 21. 3. 2012, č. j. 5 Afs 68/2011, či v rozsudku ze dne 12. 4. 2013, č. j. 2 Afs 64/2012. Jak je z výše citované judikatury zřejmé, v novém projednání věci je Úřad povinen zohlednit, zda nová právní úprava dle ZZVZ není ve vztahu k výroku III. napadeného rozhodnutí, jakožto výroku o trestu, pro zadavatele příznivější.

95. Nutno dodat, že v šetřeném případě je již pouze výrok II. napadeného rozhodnutí výrokem o vině, přičemž výrok III. pak výrokem o trestu. Výrok o vině, který je výsledkem úvah o nedodržení postupu stanoveného zákonem pro uzavření smlouvy zadavatelem může nabýt právní moci samostatně. Výrok II. není závislý na výroku III. a z tohoto pohledu s ním tak netvoří nedílný celek. S ohledem na skutečnost, že výrok III. napadeného rozhodnutí je výrokem o trestu, o kterém lze samostatně rozhodnout, jsem přistoupil ke zrušení výroku III. napadeného rozhodnutí – a to pro důvody formulované výše – a k vrácení věci Úřadu k novému řízení.
96. Při novém projednání věci je Úřad povinen ve smyslu § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu zohlednit závazné právní názory vyslovené v tomto rozhodnutí, jakož i v rozsudku KS. V rámci nového posouzení je Úřad povinen rozhodnout o výši sankce rovněž dle zákona o odpovědnosti za přestupky a zohlednit tu okolnost, že pokuta již nebude ukládána za dva správní delikty, nýbrž pouze za jeden delikt uvedený ve výroku II. napadeného rozhodnutí. Úřad vezme potaz okolnosti a důvody, které vedly zadavatele k jím zvolenému postupu dle § 59 odst. 4 zákona. V důsledku účinnosti nové procesní právní úpravy přestupků je třeba správní delikt jakožto přestupek posoudit z hlediska všech vzájemných souvislostech, resp. Úřad je povinen při posouzení výše pokuty přihlídnout ke všem právně rozhodným okolnostem, jako je povaha a závažnost, způsob spáchání přestupku, přitěžující a polehčující okolnosti. Současně bude Úřad povinen ve vztahu k výroku o trestu posoudit tu skutečnost, zda ZZVZ není pro pachatele příznivější.

VIII. Závěr

97. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v rozporu s právními předpisy, jsem s ohledem na závazný právní názor rozsudku krajského soudu dospěl k závěru, že jsou dány předpoklady pro zrušení výroku I. napadeného rozhodnutí a dále pro zastavení správního řízení ve věci možného spáchání správního deliktu, z důvodu, že se správní delikt, definovaný ve výroku I. napadeného rozhodnutí, nestal.
98. Dále 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 vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu výroku II. napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.

99. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno výrok II. napadeného rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí o rozkladu.
100. Současně jsou dány předpoklady pro zrušení výroku III. napadeného rozhodnutí a pro vrácení věci Úřadu k novému projednání z důvodu účinnosti nové procesní právní úpravy přestupků a z důvodu požadavku na posouzení toho, zda není pozdější právní úprava pro zadavatele příznivější a to ve vztahu výroku o trestu.
101. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem dospěl k závěru, že jsou dány předpoklady pro zrušení výroku III. napadeného rozhodnutí a pro vrácení věci Úřadu k novému projednání, jsem rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí.
102. Při novém projednání věci je Úřad vázán právním názorem uvedeným v tomto rozhodnutí a v rozsudku krajského soudu.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 5 téhož zákona, nelze dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

obec Butoves, Butoves 47, 506 01 Butoves,

Vypraveno dne:

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