



UOHSX008ZC4F

## PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R425/2015/VZ-46656/2016/323/EBr

Brno 24. listopadu 2016

V řízení o rozkladu ze dne 14. 12. 2015 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne dodavatelem –

- **Rekomont, a. s.**, IČO 00499838, se sídlem Kbelská 581, 190 00 Praha 9 – Hloubětín, ve správním řízení zastoupeným na základě plné moci ze dne 30. 9. 2015 JUDr. Robertem Jehnem, advokátem, ev. č. ČAK 01898, se sídlem Washingtonova 1567/25, 110 00 Praha 1

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0641/2015/VZ-41533/2015/513/EPi ze dne 27. 11. 2015 vydanému ve správním řízení ve věci možného spáchání správního deliktu dle § 120a odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění dodavatelem – Rekomont, a. s., IČO 00499838, se sídlem Kbelská 581, 190 00 Praha 9 – Hloubětín, při prokázání technických kvalifikačních předpokladů v zadávacím řízení na veřejnou zakázku „**Gymnázium Jana Palacha Mělník – Výstavba tělocvičny**“, zadávanou v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 9. 3. 2015 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 10. 3. 2015, pod ev. č. 403511, ve znění oprav ze dne 12. 3. 2015, 24. 3. 2015 a 7. 4. 2015,

jsem podle § 90 odst. 1 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řádu, 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-S0641/2015/VZ-41533/2015/513/EPI ze dne 27. 11. 2015

### **r u š í m**

a správní řízení ve věci možného spáchání správního deliktu podle ustanovení § 120a odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, dodavatelem – Rekomont, a. s., IČO 00499838, se sídlem Kbelská 581, 190 00 Praha 9 – Hloubětín, při prokázání technických kvalifikačních předpokladů v zadávacím řízení na veřejnou zakázku „Gymnázium Jana Palacha Mělník – Výstavba tělocvičny“, zadávanou v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 9. 3. 2015 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 10. 3. 2015, pod ev. č. 403511, ve znění oprav ze dne 12. 3. 2015, 24. 3. 2015 a 7. 4. 2015,

### **z a s t a v u j i**

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

## **ODŮVODNĚNÍ**

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), 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 podnět týkající se možného spáchání správního deliktu podle § 120a odst. 1 písm. a) zákona dodavatelem – společností Rekomont, a. s., IČO 00499838, se sídlem Kbelská 581, 190 00 Praha 9 – Hloubětín (dále jen „**účastník řízení**“) v zadávacím řízení na veřejnou zakázku „Gymnázium Jana Palacha Mělník – Výstavba tělocvičny“, zadávanou v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 9. 3. 2015 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 10. 3. 2015, pod ev. č. 403511, ve znění oprav ze dne 12. 3. 2015, 24. 3. 2015 a 7. 4. 2015 (dále jen „**veřejná zakázka**“) zadavatelem – Středočeský kraj, IČO 70891095, se sídlem Zborovská 81/11, 150 00 Praha – Smíchov (dále jen „**zadavatel**“).
2. Na základě obdrženého podnětu a po předběžném přezkoumání dokumentace o veřejné zakázce a dokumentů předložených účastníkem řízení nabyt Úřad pochybnosti o tom, zda se účastník řízení nedopustil správního deliktu podle § 120a odst. 1 písm. a) zákona tím, že v zadávacím řízení na veřejnou zakázku předložil k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona v prohlášení o realizovaných

<sup>1</sup> Pozn.: Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 26 zákona v návaznosti na ustanovení § 158 odst. 1 a 2 zákona, podle tohoto znění se posuzují úkony zadavatele a uchazečů v zadávacím řízení, procesní postup Úřadu se dle čl. II. zákona č. 40/2015 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, řídí zákonem ve znění účinném ke dni zahájení správního řízení. Zákon č. 134/2016 Sb. o zadávání veřejných zakázek se nepoužije s ohledem na ustanovení § 273 odst. 1 tohoto zákona.

stavbách, které bylo součástí nabídky, informace a doklady, které odpovídají skutečnosti a které měly nebo mohly mít vliv na posouzení kvalifikace účastníka řízení v zadávacím řízení na veřejnou zakázku. Dne 24. 9. 2015 zahájil Úřad s účastníkem řízení ve věci možného spáchání správního deliktu správní řízení z moci úřední.

3. Předmětem plnění veřejné zakázky bylo, dle bodu 2 zadávací dokumentace, zhotovení stavby, která je výsledkem stavebních a montážních prací podle projektové dokumentace. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky činila dle bodu 3 zadávací dokumentace 42 147 143 Kč bez DPH.

## II. Napadené rozhodnutí

4. Dne 27. 11. 2015 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0641/2015/VZ-41533/2015/513/EPI z téhož dne (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), v jehož výroku I. rozhodl, že se účastník řízení dopustil správního deliktu podle § 120a odst. 1 písm. a) zákona, když v zadávacím řízení na veřejnou zakázku zadávanou zadavatelem k prokázání splnění technického kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona předložil v nabídce prohlášení dodavatele o realizaci stavební zakázky „COP – rekonstrukce objektu“ pro objednatele Centrum onkologické prevence v celkové hodnotě 15 835 000 Kč bez DPH a osvědčení o jejím řádném a odborném plnění ze dne 12. 12. 2012, které neodpovídají skutečnosti, neboť referenční zakázku s uvedeným názvem, pro uvedeného objednatele a v uvedeném finančním objemu dodavatel nerealizoval, a tyto doklady a informace měly nebo mohly mít vliv na posouzení kvalifikace dodavatele v zadávacím řízení, neboť ani jednou z dalších referencí osvědčených od objednatelů splnění kvalifikace neprokázal. Za výše uvedený správní delikt uložil Úřad výrokem II. napadeného rozhodnutí účastníku řízení pokutu ve výši 15 000 Kč a zákaz plnění veřejných zakázek na dobu 3 let.
5. V rámci odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že sám účastník řízení přiznal, že v případě sporné reference „COP – rekonstrukce objektu“ došlo k administrativní chybě a k uvedené referenci nemělo být přihlíženo. Nepravdivosti reference přisvědčilo dle Úřadu rovněž vyjádření majitele nemovitosti, na níž měly být stavební práce realizovány a městské části Prahy 4, v jejímž katastrálním území se nemovitost nachází. Úřad tedy zkonstatoval, že výše uvedená reference obsahovala nepravdivé informace o názvu zakázky, osobě objednatele a místě plnění stavebních prací.

## III. Rozklad účastníka řízení

6. Dne 14. 12. 2015 obdržel Úřad rozklad účastníka řízení z téhož dne proti napadenému rozhodnutí. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 30. 11. 2015. Účastník řízení podal rozklad v zákonné lhůtě.

### Námítky rozkladu

7. Dle účastníka řízení Úřad nyní projednávanou věc nesprávně právně posoudil, když dospěl k nesprávnému rozhodnutí o spáchání správního deliktu účastníkem a tudíž i k nesprávnému rozhodnutí o uložení sankce.
8. Účastník řízení nejprve v rozkladu namítá, že nepravdivost jím předložené reference spočívala v administrativním nedopatření, resp. v chybě v psaní, které si mohl všimnout sám zadavatel a účastníka řízení ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku vyloučit. Toto

administrativní pochybení dle účastníka řízení tedy není pochybením, které by mělo být posuzováno jako správní delikt dle § 120a odst. 1 písm. a) zákona.

9. Účastník řízení dále ve svém rozkladu namítá, že zadavateli předložil celkem devět referencí a šest osvědčení objednatelů stavebních zakázek. Již z této skutečnosti je dle účastníka řízení zřejmé, že se jedná o dodavatele, který má bohaté zkušenosti se stavebními zakázkami obdobného typu. Načež navazuje další námitka uvedená v rozkladu týkající se naplnění materiální stránky správního deliktu, když k tomuto účastník řízení podotýká, že v daném případě byla společenská škodlivost jeho jednání zcela nepatrná.
10. Dále účastník řízení namítá, že nebyl poškozen ani zájem chráněný danou skutkovou podstatou správního deliktu, tedy objekt, neboť nehrozilo, že zakázku obdrží subjekt, který nemá v daném oboru dostatek zkušeností.
11. Další námitka rozkladu směřuje ke skutečnosti, že vadná reference předložená účastníkem řízení nemohla mít vliv na posouzení kvalifikace účastníka řízení v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, čímž nemohlo dojít k naplnění formální stránky správního deliktu.
12. Závěrem rozkladu účastník řízení namítá, že v době, kdy mu bylo umožněno nahlížet do spisu, se ve spise nenacházely dokumenty, jež byly později ve spise datovány dřívějším datem, než bylo datum předchozího nahlížení do spisu. V této souvislosti účastník trvá na tom, že je jeho právem, aby se ve spise nacházely veškeré podklady, z nichž Úřad před vydáním napadeného rozhodnutí vycházel.

#### **Závěr rozkladu**

13. Účastník řízení navrhuje, aby předseda Úřadu zrušil napadené rozhodnutí, a to oba jeho výroky, a aby rozhodl, že se řízení zastavuje.

#### **IV. Řízení o rozkladu**

14. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

#### **Stanovisko předsedy Úřadu**

15. 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 s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
16. Jelikož jsem v průběhu tohoto řízení o rozkladu zjistil, že ve smyslu ustanovení § 90 odst. 1 písm. a) správního řádu jsou dány důvody pro zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení správního řízení, bez dalšího jsem napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil.
17. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které byl uvedený procesní postup zvolen.

**V. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení správního řízení**

18. Účastník řízení je napadeným rozhodnutím shledán vinným deliktem kvalifikovaným dle § 120a odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění do 30. 9. 2016. Jedná se o správní delikt dodavatele.
19. Ke dni 1. 10. 2016 nabyl účinnosti zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „**ZZVZ**“). Jak vyplývá z důvodové zprávy k ZZVZ, zákonodárce má za to, že se institut správního deliktu dodavatele v praxi neosvědčil, neboť byl zneužíván a používán jako prostředek konkurenčního boje na trhu. Z tohoto důvodu byla celá úprava správních deliktů dodavatelů ze ZZVZ vypuštěna, když zůstává možnost zadavatele vyloučit ze zadávacího řízení dodavatele, který se v rámci nabídky dopustí podvodného jednání. Žádné z ustanovení ZZVZ tedy již nedává Úřadu oprávnění nezákonné jednání dodavatele postihnout jako správní delikt.
20. Dle článku 40 odst. 6 ústavního zákona č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod (dále jen „**Listina**“) 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.
21. Jakkoliv se ustanovení článku 40 Listiny věnuje procesní garanci trestního řízení, nelze jeho účinnost vztahovat toliko na řízení trestní, neboť stejnými principy jsou ovládána i řízení přestupková a řízení o jiných správních deliktech, do jejichž skupiny se řadí i delikty dle zákona. Nálezem Ústavního soudu sp. zn. III. ÚS 611/01 ze dne 13. 6. 2002 tento soud potvrzuje, že „*[k] základním principům vymezujícím kategorii právního státu, kterým je i Česká republika (srov. čl. 1 Ústavy), patří princip ochrany důvěry občanů v právo a s tím související princip zákazu zpětné účinnosti (retroaktivity) právních norem. Přestože zákaz retroaktivity právních norem je v čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod výslovně upraven jen pro oblast trestního práva (podle uvedeného ustanovení trestnost činu se posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán, a pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější), je nutno z čl. 1 Ústavy dovodit působení tohoto zákazu i pro další odvětví práva (...)*“.
22. Obdobně judikoval i Nejvyšší správní soud (dále jen „**NSS**“), a to např. v rozsudku č. j. 6 A 126/2002-29, ze dne 27. 10. 2004: „*Trestání 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.

23. Z četné judikatury tedy dovozují jednoznačný imperativ aplikovat zásadu vyjádřenou v čl. 40 odst. 6 Listiny i na posuzovanou věc. V daném případě je nutno zabývat se otázkou, zda je aplikace pozdější právní úpravy, v tomto případě ZZVZ pro účastníka řízení příznivější.
24. Při určení postupu, jak zjistit, která úprava je pro pachatele příznivější, lze přeneseně využít závěrů přijatých ve vztahu k § 2 odst. 1 zákona č. 40/2009 Sb., trestního zákoníku, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**trestní zákoník**“), případně k § 16 odst. 1 již zrušeného zákona č. 140/1961 Sb., trestní zákon, které pro trestné činy obsahují úpravu obdobnou úpravě v čl. 40 odst. 6 Listiny. Poukázat lze např. na komentář ke zmíněnému § 2 odst. 1 trestního zákoníku, kde se uvádí: *„Jestliže byl čin spáchán za účinnosti zákona už zrušeného, je podmínkou toho, aby pachatel mohl být uznán vinným činem, který je předmětem trestního řízení, že takový čin naplňuje všechny znaky jak některého ustanovení zákona účinného v době spáchání, tak některého ustanovení zákona pozdějšího (srov. R 44/1970). Rozhodující není pojmenování trestného činu, nýbrž materiální obsah jednání pachatele (srov. R 32/1962). [...] Použití nového práva je tehdy pro pachatele příznivější, jestliže jeho ustanovení – posuzována jako celek – skýtají výsledek pachateli příznivější než právo dřívější (R 73/1951, shodně R 76/1951).“* K tomu viz Šámal, P. a kol. Trestní zákoník. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012. s. 48, případně usnesení Nejvyššího soudu ze dne 23. 2. 2011, sp. zn. 8 Tdo 134/2011).
25. Podmínkou pro to, aby po změně právní úpravy mohla být stěžovateli uložena sankce, je skutečnost, že jeho jednání představovalo nějaký správní delikt jak za účinnosti minulé právní úpravy, tak nějaký správní delikt za účinnosti nové právní úpravy. Na překážku však není, pokud by se právní kvalifikace daného jednání podle staré a nové právní úpravy lišila, tj. že by skutková podstata těchto deliktů nebyla stejná. Daný závěr je ostatně aplikován i ve vztahu k trestným činům (k tomu srov. Jelínek, J. a kol. Trestní právo hmotné. Obecná část. Zvláštní část. 2. aktualizované vydání. Praha: Linda Praha. 2006, s. 50, případně rozhodnutí publikované jako R 43/1970 Sbírky soudních rozhodnutí a stanovisek – část trestní). Podstatné je posouzení činu a závěr o jeho trestnosti jak z hlediska některé normy práva účinného v okamžiku činu, tak dle normy následně novelizovaného práva, nikoli dokonalá shoda původní a nové skutkové podstaty. Uvedené ostatně jen podporuje komentářová literatura, judikatura Ústavního soudu jakož i Nejvyššího soudu, která stojí na požadavku porovnání trestnosti vůči souhrnu norem práva (vůči právu jako celku).
26. Jednání účastníka řízení spočívá v tom, že coby dodavatel v zadávacím řízení na veřejnou zakázku předložil jako součást své nabídky prohlášení o realizaci stavební zakázky „COP – rekonstrukce objektu“ v celkové hodnotě 15 835 000 Kč bez DPH a osvědčení o jejím řádném a odborném plnění ze dne 12. 12. 2012, které neodpovídají skutečnosti. Tímto jednáním se dopustil správního deliktu dodavatele dle § 120a zákona. Žádné ustanovení ZZVZ kategorií deliktů dodavatele nepřevzalo a jednání dodavatele není podřaditelné pod žádné zákonné ustanovení, z něhož by bylo lze dovodit deliktní odpovědnost dodavatele ve smyslu veřejného práva. Není proto na místě shledat dodavatele vinným za porušení ZZVZ. Aplikací pozdější právní úpravy na jednání dodavatele tak z hlediska odpovědnosti za jiný správní delikt zaniká jeho trestnost.
27. Z toho je nutno učinit jediný závěr, a sice že pozdější právní úprava daná ZZVZ je pro účastníka řízení jednoznačně příznivější, a vzhledem k zániku trestnosti jednání, v němž je napadeným rozhodnutím spatřován správní delikt, nezbyvá než v souladu s ustanovením

§ 90 odst. 1 písm. a) správního řádu napadené rozhodnutí pro nesoulad se zákonem zrušit a správní řízení vedené o deliktu zastavit.

28. Ačkoliv od 1. 10. 2016 je účinný ZZVZ, je správní řízení zastavováno podle ustanovení § 117a písm. f) zákona, dle něhož Úřad zastaví řízení, jestliže v řízení zahájeném z moci úřední nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření nebo pro uložení sankce, a to z následujících důvodů. Podle přechodného ustanovení § 273 odst. 1 ZZVZ platí, že pokud došlo přede dnem nabytí účinnosti ZZVZ k zahájení řízení o správních deliktech před Úřadem podle zákona č. 137/2006 Sb., ve znění účinném přede dnem nabytí účinnosti ZZVZ, dokončí se takové řízení podle zákona č. 137/2006 Sb., ve znění účinném přede dnem nabytí účinnosti ZZVZ. Pro zastavení řízení je tedy v souladu s přechodným ustanovením ZZVZ nutno použít „starý“ procesní předpis, tedy zákon.
29. 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.*“
30. V dané věci je rozhodnutí rušeno a řízení zastavováno z důvodu zániku trestnosti jednání, v němž byl spatřován dodavatelský delikt. Ve věci tak nejsou dány důvody pro uložení nápravného opatření nebo pro uložení sankce a nastala tak situace předpokládaná ustanovením § 117a písm. f) zákona.
31. Vzhledem k tomu, že napadené rozhodnutí ruším a správní řízení zastavuji, považuji za nadbytečné zabývat se námitkami rozkladu účastníka řízení, neboť rozhodnutí o nich by nemohlo znamenat změnu ve výroku tohoto rozhodnutí.

## **VI. Závěr**

32. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že nastala skutečnost, která odůvodňuje zastavení řízení, jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení správního řízení.
33. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem shledal důvody, pro které bylo nutno napadené rozhodnutí zrušit a správní řízení zastavit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.

## **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. 4 téhož zákona nelze dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
předseda  
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

### **Obdrží:**

JUDr. Robert Jehne, Washingtonova 1567/25, 110 00 Praha 1

### **Vypraveno dne:**

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