



UOHSX008RZ19

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0026/2016/VZ-07281/2017/322/DRu

Brno 28. února 2017

V řízení o rozkladu ze dne 20. 1. 2016 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem –

- **Správa a údržba silnic Jihočeského kraje**, IČO 70971641, se sídlem Nemanická 2133/10, 370 10 České Budějovice,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-S0776/2015/VZ-00801/2016/512/MHr ze dne 7. 1. 2016 vydanému ve správním řízení vedeném ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. d) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavatelem při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Plánovací, řídicí a kontrolní informační systém pro správu a řízení vozového parku**“ formou otevřeného řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 25. 9. 2014 a uveřejněno dne 26. 9. 2014 pod ev. č. 492612 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 1. 10. 2014 pod ev. č. 2014/S 188-332111,

jsem podle § 90 odst. 1 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správního 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-S0776/2015/VZ-00801/2016/512/MHr ze dne 7. 1. 2016

r u š í m

a správní řízení ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatele – Správa a údržba silnic Jihočeského kraje, IČO 70971641, se sídlem Nemanická 2133/10, 370 10 České Budějovice, podle § 120 odst. 1 písm. d) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání veřejné zakázky s názvem „Plánovací, řídicí a kontrolní informační systém pro správu a řízení vozového parku“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 25. 9. 2014 a uveřejněno dne 26. 9. 2014 pod ev. č. 492612 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 1. 10. 2014 pod ev. č. 2014/S 188-332111,

z a s t a v u j i

neboť podle ustanovení § 117a písm. f) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách nebyly v řízení zahájeném z moci úřední zjištěny důvody pro uložení sankce podle § 120 zákona.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Dne 15. 2. 2011 zadavatel – Správa a údržba silnic Jihočeského kraje, IČO 70971641, se sídlem Nemanická 2133/10, 370 10 České Budějovice (dále jen „**zadavatel**“), zahájil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹, otevřené řízení na veřejnou zakázku s názvem „Plánovací, řídicí a kontrolní informační systém pro správu a řízení vozového parku“, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 25. 9. 2014 a uveřejněno dne 26. 9. 2014 pod ev. č. 492612 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 1. 10. 2014 pod ev. č. 2014/S 188-332111 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Zadavatel svým rozhodnutím ze dne 14. 4. 2015 rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky uchazeče – Princip a. s., IČO 41690311, se sídlem Radlická 204/503, Praha 5 (dále jen „**vybraný uchazeč**“).

¹ Pozn.: 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.

3. Dne 5. 6. 2015 bylo Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) vydáno rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0266/2015/VZ-13456/2015/512/MHr (dále jen „**rozhodnutí ze dne 5. 6. 2015**“) z téhož dne, ve kterém Úřad zamítl návrh uchazeče – R ALTRA spol. s r. o., IČO 25676326, se sídlem Čimická 819/86a, 182 00 Praha, Bohnice (dále jen „**stěžovatel**“), ze dne 30. 4. 2015, neboť nebyl podán oprávněnou osobou. V návaznosti na rozhodnutí ze dne 5. 6. 2015 podal stěžovatel zadavateli námitky „proti novému posouzení kvalifikace“ v zadávacím řízení na veřejnou zakázku ze dne 8. 6. 2015, které byly zadavateli doručeny dne 9. 6. 2015 v čase 06:19:17 hodin (dále jen „**námítky**“).
4. Zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu o dílo a poskytování servisních služeb (č. smlouvy zadavatele 35/VZ/2014) datovanou ke dni 9. 6. 2015 (dále jen „**smlouva na veřejnou zakázku**“). Tentýž den, tj. dne 9. 6. 2015, odeslal zadavatel informaci o zadání šetřené veřejné zakázky do Věstníku veřejných zakázek, přičemž k samotnému uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek došlo dne 10. 6. 2015 pod ev. č. 492612.
5. Následně zadavatel oznámil stěžovateli dopisem ze dne 10. 6. 2015, že jeho „*námítky byly doručeny v době po uzavření smlouvy s vybraným uchazečem*“ a že se z tohoto důvodu a podle § 110 odst. 2 zákona jimi nebude zabývat.
6. Dne 6. 11. 2015 Úřad příslušný podle § 112 zákona k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek zahájil z moci úřední správní řízení ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatele podle § 120 odst. 1 písm. d) zákona při zadávání veřejné zakázky.

II. Napadené rozhodnutí

7. Dne 7. 1. 2016 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0776/2015/VZ-00801/2016/512/MHr (dále jen „**napadené rozhodnutí**“). Výrokem I. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že se zadavatel dopustil spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. d) zákona tím, že dne 9. 6. 2015 uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku v rozporu s § 110 odst. 6 zákona, když do uzavření smlouvy nedoručil stěžovateli rozhodnutí o jeho námitkách ze dne 8. 6. 2015. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad uložil zadavateli za spáchání správního deliktu specifikovaného ve výroku I. napadeného rozhodnutí pokutu ve výši 150 000 Kč.
8. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad nejdříve konstatoval, že námitky stěžovatele splňují náležitosti v § 149 odst. 4 zákona, když byly vlastnoručně podepsány jednatelem stěžovatele a tento listinný dokument byl autorizovaně konvertován a následně doručen zadavateli ve formě datové zprávy.
9. K datu uzavření smlouvy na veřejnou zakázku Úřad konstatoval, že není pochyb o tom, že na smlouvě na veřejnou zakázku je uvedeno datum 9. 6. 2015 a že dle jejího článku 14.7 nabývá účinnosti právě dnem 9. 6. 2015. Vzhledem k výše uvedenému dospěl Úřad k závěru, že smlouva na veřejnou zakázku byla uzavřena (podepsána) dne 9. 6. 2015. Úřad dále konstatoval, že zadavatelem předložené listiny, zejména záznam z jednání ze dne 8. 6. 2015 a „prohlášení zainteresovaných osob“, kterými zadavatel dokládá uzavření smlouvy na veřejnou zakázku již dne 8. 6. 2015, jsou nepřímými důkazy, které „*nevytvořily systém, jehož jednotlivé články by byly v souladu mezi sebou a dalšími důkazy a dokazovanou skutečností, a proto jimi nebylo prokázáno, že smlouva byla uzavřena v jiný den než 9. 6. 2015*“.

10. Úřad dále uvedl, že námitky stěžovatele byly zadavateli doručeny dne 9. 6. 2015 v 06:19:17, přičemž dle Úřadu nebyl dán „dostatečný časový prostor pro to, aby Ing. Jan Štícha, ředitel Správy a údržby silnic Jihočeského kraje, podepsal smlouvu o dílo a poskytování servisních služeb před okamžikem doručení námitek, neboť jak sám prohlásil v dokumentu ze dne 23. 9. 2015, zdržoval se na pracovišti v čase své pracovní doby „cca 7,30 až 16,00 hod.“ Z uvedeného důvodu nemohl zadavatel dle Úřadu podepsat smlouvu na veřejnou zakázku před okamžikem doručení námitek stěžovatele. Úřad proto uzavřel, že zadavatel postupoval v rozporu s ustanovením § 110 odst. 6 zákona, když uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku před okamžikem doručení rozhodnutí o námitkách stěžovatele.

III. Námitky rozkladu

11. Napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 8. 1. 2016. Dne 20. 1. 2016 obdržel Úřad proti napadenému rozhodnutí rozklad zadavatele z téhož dne. Rozklad zadavatele byl podán v zákonné lhůtě.
12. Zadavatel v podaném rozkladu namítá, že napadené rozhodnutí je nedůvodné a v rozporu s právními předpisy. Zadavatel má za to, že prokázal okamžik uzavření smlouvy dne 8. 6. 2015, a to formou čestných prohlášení statutárního orgánu zadavatele a dále pana Nováčka a Ing. Vejvody Ph. D. a v neposlední řadě i zápisy z jednání z téhož dne. Zadavatel uvádí, že „tato čestná prohlášení považoval z hlediska jejich právní síly za dostačující a neuznal potřebným předkládat je např. formou notářského zápisu či svědeckou výpověď před ÚOHS“.
13. Zadavatel nesouhlasí s posouzením Úřadu, že výše shrnuté důkazní prostředky jsou pouze nepřímými důkazy, nýbrž má za to, že se jedná o důkazy přímé. Zadavatel se rovněž domnívá, že se Úřad s těmito důkazy dostatečně nevypořádal.
14. Zadavatel tvrdí, že datem 9. 6. 2015 byla smlouva na veřejnou zakázku opatřena pouze z toho důvodu, aby nabyla ten den účinnosti. Ujednání o rozdílném datu účinnosti smlouvy na veřejnou zakázku přitom dle zadavatele nebylo možné do smlouvy přidat, protože návrh byl již dříve podepsán vybraným uchazečem. Dle zadavatele proto není pravdivé ani tvrzení Úřadu, že rozdílnost v datech nevysvětlil.

Závěr rozkladu

15. Vzhledem k výše uvedenému zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a řízení zastavil, případně aby věc vrátil Úřadu k novému projednání.

IV. Řízení o rozkladu

16. 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

17. 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.

18. 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. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí o rozkladu jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které byl uvedený procesní postup zvolen.

V. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení správního řízení

19. Jak vyplývá z výše uvedeného, zadavatel byl napadeným rozhodnutím shledán vinným ze spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. d) zákona tím, že uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku v rozporu s § 110 odst. 6 zákona, když do uzavření smlouvy na veřejnou zakázku nedoručil stěžovateli rozhodnutí o jeho námitkách.
20. Po vydání napadeného rozhodnutí nabyl ke dni 1. 10. 2016 účinnosti zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“).
21. 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.
22. 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 (...)“.
23. Obdobně judikoval i Nejvyšší správní soud (dále jen „NSS“) např. v rozsudku č. j. 6 A 126/2002-29 ze dne 27. 10. 2004, dle kterého „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.

24. 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.
25. 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., trestní zákoník (dále jen „**trestní zákoník**“), případně k § 16 odst. 1 již zrušeného zákona č. 140/1961 Sb., trestního zákona, 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).
26. 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 úplně totožná. 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 normy práva účinného v okamžiku činu, tak dle normy následně novelizovaného práva, nikoli dokonalá shoda původní a nové skutkové podstaty. Uvedené ostatně podporuje komentářová literatura, judikatura Ústavního soudu, jakož i Nejvyššího soudu, která stojí na požadavku porovnání trestnosti vůči souhrnu norem práva (vůči právu jako celku).
27. Vzhledem k výše uvedenému jsem přistoupil ke srovnání, zda jednání zadavatele vymezené napadeným rozhodnutím, jež spočívá v uzavření smlouvy na veřejnou zakázku v rozporu s § 110 odst. 6 zákona, představuje správní delikt i za současné právní úpravy v ZZVZ.
28. Na rozdíl od zákona ZZVZ již nezná samostatnou skutkovou podstatu odpovídající § 120 odst. 1 písm. d) zákona, dle něhož se správního deliktu dopustí zadavatel, který uzavře smlouvu na veřejnou zakázku v rozporu s § 82 odst. 1, § 110 odst. 6 nebo § 111 odst. 5 zákona anebo v rozporu s předběžným opatřením dle § 117 odst. 1 zákona.
29. Podle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží pravidla stanovená ZZVZ pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele a zadá veřejnou zakázku.

30. Součástí taxativního výčtu jednání, kterými se zadavatelé dopouštějí správních deliktů, je dle § 268 odst. 1 písm. b) až e) ZZVZ dále jednání zadavatele, který b) stanoví zadávací podmínky v rozporu se zákonem a zadá veřejnou zakázku, uzavře rámcovou dohodu nebo se soutěž o návrh považuje po výběru návrhu za ukončenou; c) nepořídí nebo neuchová dokumentaci o zadávacím řízení podle § 216 odst. 1 nebo 2 ZZVZ; d) postupuje při vyřizování námitek v rozporu s § 245 odst. 1, 2, 3 nebo 4; nebo e) nesplní některou z povinností podle § 252 odst. 1, 3 nebo 4, § 254 odst. 5 nebo 6 nebo § 258 odst. 1 ZZVZ.
31. Podle § 246 odst. 1 písm. b) ZZVZ nesmí zadavatel uzavřít smlouvu s dodavatelem do doby doručení rozhodnutí o námitkách stěžovateli, byly-li námitky podány.
32. Z výše citovaných ustanovení lze v obecné rovině dovodit, že ZZVZ, obdobně jako zákon, postihuje jednání zadavatele spočívající v uzavření smlouvy na veřejnou zakázku do doby doručení rozhodnutí zadavatele o námitkách stěžovateli.
33. Jak již bylo řečeno, oproti původní úpravě v zákoně však zákonodárce v ZZVZ již do samostatného ustanovení o spáchání správního deliktu nevyčlenil uzavření smlouvy na veřejnou zakázku v rozporu s § 246 odst. 1 písm. b) ZZVZ, jak tomu bylo analogicky dle § 120 odst. 1 písm. d) zákona v případě uzavření smlouvy na veřejnou zakázku v rozporu s § 110 odst. 6 zákona. Z výše uvedeného je však zřejmé, že napadeným rozhodnutím vytýkané pochybení zadavatele při uzavření smlouvy na veřejnou zakázku je možné dle ZZVZ podřadit pod § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ.
34. Shodně se k tomu vyjadřuje odborná literatura (srov. PODEŠVA, Vilém, Lukáš SOMMER, Jiří VOTRUBEC, Martin FLAŠKÁR, Jiří HARNACH, Jan MĚKOTA a Martin JANOUŠEK. Zákon o zadávání veřejných zakázek: Komentář [Systém ASPI]. Wolters Kluwer) dle níž se *„(m)nožina jednání, na která dopadá komentované písm. a), do značné míry shoduje s množinou jednání, na něž dopadalo ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) z. v. z. 2006, avšak je vhodné si všimnout některých rozdílů. Zúžení této množiny představuje vyčlenění všech jednání souvisejících s formulací zadávacích podmínek do samostatného písm. b). Naopak rozšíření této množiny je možno spatřovat v tom, že zákon o zadávání veřejných zakázek již nezná samostatnou skutkovou podstatu odpovídající § 120 odst. 1 písm. d) z. v. z. 2006, tedy správního deliktu souvisejícího s porušením zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení. Opomenutí této speciální skutkové podstaty v nové právní úpravě lze vnímat jako vhodné zřehlednění právní úpravy, neboť jednání odpovídající této speciální skutkové podstatě lze i nadále vnímat jako nedodržení pravidel stanovených pro zadání veřejné zakázky. I nadále tak toto jednání představuje spáchání správního deliktu, a to právě podle komentovaného odstavce.“*
35. Z dikce ZZVZ tak vyplývá, že aby bylo jednání zadavatele, které mu bylo vytýkáno napadeným rozhodnutím, možné označit za deliktní, je třeba, aby naplňovalo znaky skutkové podstaty, které jsou dle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ tyto: a) nedodržení pravidel stanovených ZZVZ pro zadání veřejné zakázky zadavatele, b) přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele a c) zadá veřejnou zakázku. Na rozdíl od znění zákona, tak je dle ZZVZ nově třeba posoudit, zda byla naplněna materiální stránka správního deliktu. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí se proto zabývám posouzením toho, zda jednání zadavatele mu vytýkané v napadeném rozhodnutí ovlivnilo nebo mohlo ovlivnit výběr dodavatele.

Obecně k vlivu na výběr dodavatele

36. Z právní teorie vyplývá, že trestnost správních deliktů se řídí obdobnými principy jako trestnost trestných činů. Pro trestnost jednání musí být naplněna i materiální stránka deliktu (srov. rozsudek NSS sp. zn. 8 As 17/2007 ze dne 31. 5. 2007). Kromě naplnění formálních znaků správního deliktu tedy musí být naplněna i jeho materiální stránka, tj. určitý stupeň společenské škodlivosti. ZZVZ již nepožaduje, aby ovlivnění či potenciální ovlivnění výběru dodavatele či výběru návrhu bylo „podstatné“ (jak tomu bylo dle zákona). Lze tedy dovozovat, že materiální stránka deliktu bude naplněna již tehdy, kdy se zadavatel dopustil jakéhokoliv pochybení, které (byť i bagatelně) ovlivnilo či mohlo ovlivnit výběr dodavatele.
37. V otázce naplnění materiální stránky správního deliktu odkazuje Krajský soud v Brně v rozsudku sp. zn. 31 Af 23/2012 ze dne 26. 9. 2012 na ustálenou judikaturu Nejvyššího soudu týkající se naplnění materiálního znaku trestného činu a citací rozsudku Nejvyššího soudu sp. zn. 1 Tzn 2/96 ze dne 17. 4. 1996 dovozuje, že: *„jednání, jehož formální znaky jsou označeny zákonem za jiný správní delikt, naplňuje v běžně se vyskytujících případech materiální znak jiného správního deliktu, neboť porušuje či ohrožuje určitý zájem společnosti.“* Upozorňuje ale dále, že z uvedeného nelze dovodit, že by k naplnění materiálního znaku skutkové podstaty správního deliktu došlo vždy, když je naplněna skutková podstata tohoto deliktu, mohou totiž existovat okolnosti vylučující, aby takovým jednáním byl porušen nebo ohrožen právem chráněný zájem společnosti. Pak nedojde k naplnění materiální stránky deliktu. Krajský soud se v této souvislosti vyjadřuje k § 120 odst. 1 písm. a) zákona a dovozuje, že: *„[z] dikce „ovlivnil nebo mohl ovlivnit“ vyplývá, že může jít o poruchový nebo i ohrožovací správní delikt. Zákonodárce tedy (za běžných okolností) spatřuje společenskou škodlivost již v tom, že mohlo dojít, nikoli nutně muselo, k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. [...] Již pouhá existence takové možnosti je společensky škodlivá, a došlo tedy k naplnění materiálního znaku (společenské škodlivosti) správního deliktu uvedeného v ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách.“*
38. Správní delikt je tak spáchán též v případě, kdy potenciálně škodlivý následek předvídaný právní normou (možné ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky) i „jen“ hrozí a fakticky ani nastat nemusí. Tyto závěry Krajského soudu v Brně byly následně potvrzeny rozsudkem NSS sp. zn. 9 Afs 78/2012 ze dne 25. 7. 2013, když NSS dospěl k závěru, že *„je podstatné znění ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, dle něhož se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku. Ze zákonného znění přitom expressis verbis plyne, že ke spáchání deliktu dojde, i pokud porušením zákona zadavatel pouze mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Ze zákona je tedy zřejmé, že postačí pouhá potencialita podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky“.*
39. Ačkoli se uvedené rozsudky přímo týkají jednání zadavatele podle zákona, jsou závěry ohledně materiální stránky deliktu příležitostně aplikovatelné rovněž pro posouzení jednání zadavatele dle ZZVZ a analogicky lze ze ZZVZ vyvodit, že postačí pouhá potencialita (prostého) ovlivnění výběru dodavatele.
40. Krajský soud v Brně konstatoval obdobně i v rozsudku č. j. 62 Af 58/2010-159 ze dne 20. 3. 2012, že *„pro naplnění skutkové podstaty deliktu je přitom takováto možnost zcela postačující a soudu tedy nezbývá než uzavřít s tím, že žalobce nevyvrátil, že by existovala*

možnost, že by v případě řádného zadání veřejné zakázky byla podána nabídka další, přičemž nelze vyloučit alespoň potenciální možnost, že by se taková nabídka stala nabídkou vítěznou (...) K tomu je třeba poukázat na to, že se jedná toliko o možnost (hypotézu), kterou není možné jakkoli prokazovat.“

41. Z výše uvedeného vyplývá, že není nezbytné prokázat, že ke skutečnému ovlivnění výběru dodavatele fakticky došlo, ale postačí i eventualita, resp. potencialita, ovlivnění výběru dodavatele.

K oprávněnosti námitek stěžovatele

42. V posuzovaném případě podal stěžovatel námitky ze dne 8. 6. 2015 směřující proti novému posouzení kvalifikace v zadávacím řízení veřejné zakázky. Součástí správního spisu, jakožto ani součástí kompletní zadávací dokumentace však není žádná informace či doklad, z něhož by vyplývalo, že by námitkami napadený úkon, tedy nové posouzení kvalifikace, byl kdy proveden.
43. Ze zjištěného stavu věci plyne, že zadavatel provedl posouzení kvalifikace a tuto fázi zadávacího řízení ukončil dne 9. 12. 2014. Dne 12. 2. 2015 jmenoval zadavatel novou hodnotící „komisi pro posouzení a hodnocení nabídek pro výběrové řízení“, která se dne 25. 2. 2015 sešla na svém I. jednání a následně dne 11. 3. 2015 na II. jednání, na nichž provedla posouzení nabídek ve smyslu § 76 zákona a z hlediska toho, zda uchazeči nepodali nepřijatelné nabídky podle § 22 odst. 1 písm. d) zákona. Dne 11. 3. 2015 pak hodnotící komise provedla rovněž hodnocení nabídek v souladu se způsobem hodnocení nabídek stanoveným zadavatelem v zadávacích podmínkách, vyhotovila zprávu o posouzení a hodnocení nabídek a rozhodla o výběru nejvhodnější nabídky. Zadavatel dále rozhodnutím ze dne 1. 4. 2015 rozhodl o zrušení svého rozhodnutí ze dne 15. 1. 2015 o vyloučení stěžovatele ze zadávacího řízení a zrušil rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 11. 3. 2015. Dne 1. 4. 2015 zadavatel jmenoval novou „Komisi pro posouzení a hodnocení nabídek pro výběrové řízení“, která se dne 14. 4. 2015 sešla k jednání, jehož náplní bylo posouzení nabídek v souladu s § 76 zákona a § 22 odst. 1 písm. d) zákona, provedla hodnocení nabídek a vyhotovila zprávu o posouzení a hodnocení nabídek. Téhož dne rozhodl zadavatel o vyloučení stěžovatele ze zadávacího řízení a rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky. Následně přistoupil zadavatel k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku s vybraným uchazečem a dne 9. 6. 2015 vyhotovil písemnou zprávu zadavatele.
44. Z uvedeného shrnutí, jehož obsah vyplývá ze správního spisu a z dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že zadavatel stanovil hodnotící komisi nově vždy pouze pro účely posouzení a hodnocení nabídek a nikoli pro nové posouzení kvalifikace. Námitky stěžovatele však svým označením, jakož i obsahem, směřovaly „proti novému posouzení kvalifikace“. Mám tak za prokázané, že jednání zadavatele, které bylo námitkami stěžovatele napadeno, je jednáním, které nebylo nikdy zadavatelem provedeno. S ohledem na to, že ze spisu ani z kompletní zadávací dokumentace nevyplývá, že by námitkami napadený úkon zadavatel učinil, směřovaly námitky stěžovatele proti úkonu neexistujícímu.
45. Podle § 110 odst. 2 zákona lze námitky podat proti kterémukoli úkonu zadavatele, který učinil při zadávání veřejné zakázky. Jelikož námitkami napadené jednání nebylo nikdy učiněno (a ani učiněno být nemuselo), nemohla v jeho důsledku navíc nikdy hrozit nebo vzniknout újma na právech stěžovatele. Tento dílčí závěr nevylučuje, že je možné námitky

podat rovněž proti nečinnosti zadavatele, který nekonal, ačkoli podle zákona konat měl. V právě posuzovaném případě však zadavatel nečinný nebyl, když opakovaně prováděl „pouze“ nové posouzení a hodnocení nabídek a nikoli nové posouzení kvalifikace, které již jednou provedl a toto posouzení kvalifikace nikdy žádným svým rozhodnutím nezrušil.

46. V této souvislosti se vyjádřil Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Ca 9/2009 – 62 ze dne 1. 7. 2010, jež konstatoval, že *„Námitky směřující proti jednotlivým úkonům zadavatele nemohou být námitkami předčasnými (ledaže by úkon, proti němuž směřují, učiněn vůbec nebyl, přitom učiněn být ani neměl; pak by zadavatel námitkám nevyhověl) mohou však být námitkami opožděnými (...).“*
47. Jelikož úkon, proti kterému stěžovatel své námitky směřoval, nikdy neexistoval, nezačala také nikdy běžet lhůta pro podání námitek a zadavatel nikdy nemohl námitkám stěžovatele vyhovět. Nebyl tak dán prostor pro rozšíření okruhu potenciálních uchazečů (ať už o osobu stěžovatele nebo jiného z uchazečů), s nimiž by mohla být uzavřena smlouva na veřejnou zakázku. Jelikož nemohla být smlouva na veřejnou zakázku uzavřena s nikým jiným, než s vybraným uchazečem, nemohlo tak dojít, a to ani potenciálně, k ovlivnění výběru dodavatele.
48. S ohledem na to, že ovlivnění nebo možnost ovlivnění výběru dodavatele je jedním ze znaků spáchání správního deliktu podle § 268 odst. 1 ZZVZ, jsem tak v právě posuzované věci neshledal naplnění materiální stránky deliktu. Již z tohoto důvodu napadené rozhodnutí v otázce „viny“ nemůže obstát.
49. Z toho je nutno učinit jediný závěr, a sice že pozdější právní úprava daná ZZVZ je pro zadavatele jednoznačně příznivější, neboť jeho jednání dle pozdější právní úpravy v ZZVZ nepředstavuje správní delikt, neboť není naplněn jeden ze znaků jeho skutkové podstaty, konkrétně vliv nebo možnost vlivu na výběr dodavatele. Aplikací pozdější právní úpravy na jednání zadavatele tak z hlediska odpovědnosti za jiný správní delikt zaniká jeho trestnost. Vzhledem k zániku trestnosti jednání, v němž je napadeným rozhodnutím spatřován správní delikt, nezbyvá než v souladu s § 90 odst. 1 písm. a) správního řádu napadené rozhodnutí pro nesoulad se zákonem zrušit a správní řízení vedené o deliktu zadavatele zastavit.
50. Ačkoliv je od 1. 10. 2016 účinný ZZVZ, správní řízení je 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, dokončí se takové řízení podle zákona. Pro zastavení řízení je tedy v souladu s přechodným ustanovením ZZVZ nutno použít „starý“ procesní předpis, tedy zákon.
51. 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.“

52. V dané věci je rozhodnutí rušeno a řízení zastavováno z důvodu zániku trestnosti jednání, jež bylo kvalifikováno jako delikt zadavatele. Ve věci tak nejsou dány důvody pro uložení nápravného opatření nebo pro uložení sankce, a nastala tak situace předpokládaná ustanovením § 117a písm. f) zákona.
53. Vzhledem k tomu, že je napadené rozhodnutí zrušeno, správní řízení je zastavováno, přičemž je současně vyhověno petitu uvedeného v rozkladu zadavatele, považuji za nadbytečné zabývat se dalšími námitkami rozkladu, neboť jejich vypořádání by již nemohlo znamenat změnu ve výroku tohoto rozhodnutí.

VI. Závěr

54. 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.
55. 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 ve spojení s § 152 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, nelze dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

Správa a údržba silnic Jihočeského kraje, Nemanická 2133/10, 370 10 České Budějovice

Vypraveno dne

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