



UOHSX00AUIQ2

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0196/2017/VZ-01328/2018/321/EDy

Brno 16. ledna 2018

V řízení o rozkladu ze dne 30. 10. 2017, který byl doručen Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne a který podal zadavatel –

- **Statutární město Ústí nad Labem**, IČO 00081531, se sídlem Velká Hradební 2336/8, 401 00 Ústí nad Labem,

proti výroku II. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S101/2013/VZ-30050/2017/533/BKu ze dne 16. 10. 2017, ve věci možného spáchání správních deliktů zadavatelem podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v souvislosti s nedodržením závazného postupu při zadávání veřejné zakázky **na výběr administrátora** veřejné zakázky s názvem „Pojištění majetku, pojištění odpovědnosti za škodu a pojištění vozidel Statutárního města Ústí nad Labem“ a dále při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Pojištění majetku, pojištění odpovědnosti za škodu a pojištění vozidel Statutárního města Ústí nad Labem**“,

jsem podle ustanovení § 152 odst. 6 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle ustanovení § 152 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, rozhodl takto:

Výrok II. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-S101/2013/VZ-30050/2017/533/BKu ze dne 16. 10. 2017

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹, k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel podnět k přezkoumání postupů zadavatele – Statutárního města Ústí nad Labem, IČO 00081531, se sídlem Velká Hradební 2336/8, 401 00 Ústí nad Labem (dále jen „**zadavatel**“), ve věci výběru administrátora zadávacího řízení pro veřejnou zakázku s názvem „Pojištění majetku, pojištění odpovědnosti za škodu a pojištění vozidel Statutárního města Ústí nad Labem“, jejíž oznámení bylo do informačního systému veřejných zakázek odesláno dne 15. 8. 2012 a uveřejněno dne 16. 8. 2012 pod ev. č. 228478 a dne 21. 8. 2012 uveřejněno v Úředním věstníku Evropské unie pod ev. č. 2012/S 159-266098.
2. Z dokumentace předložené zadavatelem vyplývá, že dne 2. 7. 2012 byla zadavatelem uzavřena „Mandátní smlouva uzavřená na základě usnesení RM č. 313/12 ze dne 21. 6. 2012“ se smluvní cenou 15 000 Kč bez DPH (dále jen „**veřejná zakázka č. 1**“) se společností RESPECT, a.s., IČO 25146351, se sídlem Pod Krčským lesem 2012/22, 142 00 Praha (dále jen „**RESPECT, a.s.**“). Předmětem veřejné zakázky č. 1 byla kompletní administrace a zpracování návrhu zadávací dokumentace pro veřejnou zakázku na výběr pojistitele majetku zadavatele. Veřejná zakázka č. 1 byla „zadána“ na základě řízení pro veřejnou zakázku malého rozsahu.
3. Otevřené zadávací řízení pro veřejnou zakázku s názvem „Pojištění majetku, pojištění odpovědnosti za škodu a pojištění vozidel Statutárního města Ústí nad Labem“ (dále jen „**veřejná zakázka č. 2**“) bylo zahájeno dne 15. 8. 2012. Ze zadávací dokumentace pro veřejnou zakázku č. 2 vyplývalo, že se zadavatel nechal dle § 151 zákona zastoupit jinou osobou – společností RESPECT, a.s. Zadavateli byly doručeny dvě nabídky, přičemž zadavatel dne 12. 10. 2012 rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky uchazeče Česká pojišťovna a.s., IČO 45272956, se sídlem Spálená 75/16, 113 04 Praha 1 (dále jen „**Česká pojišťovna a.s.**“).

¹ Pozn.: Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy 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. Zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek se nepoužije s ohledem na ustanovení § 273 odst. 1 tohoto zákona.

S Českou pojišťovnou a.s. zadavatel následně uzavřel dvě samostatné smlouvy – dne 29. 10. 2012 byla uzavřena „Pojistná smlouva č. 899-17877-18“ s účinností od 1. 11. 2012 na dobu neurčitou a se smluvní cenou 4 202 570 Kč bez DPH/rok a dne 28. 12. 2012 „Pojistná smlouva č. 36491012-13“ s účinností od 1. 1. 2013 na dobu neurčitou a se smluvní cenou 1 007 035 Kč/rok.

4. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 2. 10. 2013 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S101/2013/VZ-18959/2013/522/ZPr (dále jen „**původní rozhodnutí**“), jehož výrokem I. rozhodl o tom, že se zadavatel dopustil správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nestanovil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky č. 1 v souladu s § 13 odst. 2 zákona, a když v rozporu s § 21 zákona nezadal tuto veřejnou zakázku v některém z druhů zadávacích řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel již uzavřel smlouvu s RESPECT, a.s. Výrokem II. původního rozhodnutí Úřad rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, když se v rozporu s § 6 a § 151 odst. 1 zákona nechal v zadávacím řízení pro veřejnou zakázku č. 2 zastoupit osobou, která ve vztahu k této veřejné zakázce nesplňovala požadavky nepodjatosti podle § 74 odst. 7 zákona, čímž se stal postup zadavatele v zadávacím řízení netransparentním, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel již uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem. Výrokem III. původního rozhodnutí za spáchání uvedených správních deliktů uložil Úřad zadavateli pokutu ve výši 300 000 Kč.
5. Výrok I. původního rozhodnutí Úřad opřel o rozsudky Krajského soudu v Brně ze dne 11. 8. 2009, č. j. 62 Ca 30/2008-190, a ze dne 16. 5. 2013, č. j. 62 Af 73/2011-210, na jejichž základě dospěl k závěru, že zadavatel neurčil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky č. 1 v souladu se zákonem, když do této hodnoty nezapočítal i očekávanou výši provize, kterou RESPECT, a.s., jakožto pojišťovací makléř, získal z následně uzavřených pojistných smluv na veřejnou zakázku č. 2 od vybraného uchazeče. Dle Úřadu totiž měla být předpokládaná hodnota veřejné zakázky č. 1 stanovena jako součet částky odměny od zadavatele a předpokládané částky provize od společnosti Česká pojišťovna a.s. náležící za uzavření pojistné smlouvy a dále vyplývající z pojistného plnění na plánovanou veřejnou zakázku č. 2. V takovém případě by podle Úřadu předpokládaná hodnota dosáhla výše cca 3 980 000 Kč (součet odměny od zadavatele a případné provize stanovené na základě běžného rozmezí 15-18 % z pojistného plnění po uzavření smlouvy), a nebylo by ji možné zadávat jako veřejnou zakázku malého rozsahu.
6. K výroku II. původního rozhodnutí Úřad konstatoval, že k tomu, aby zadávací řízení bylo označeno za netransparentní z důvodu podjatosti zastupující osoby, není podstatné, zda lze konkrétně dohledat, jakými úkony společnost RESPECT, a.s. ovlivnila průběh zadávacího řízení na veřejnou zakázku č. 2, ale stačí pouhé zjištění, že tato společnost mohla mít osobní zájem na výběru konkrétní nabídky. Z dokazování Úřadu vyplynulo, že společnost RESPECT, a.s. působila jako pojišťovací makléř, pojišťovací agent a samostatný likvidátor pojistných událostí a ode dne 13. 7. 2009 měla tento předmět činnosti zapsán také v obchodním rejstříku a byla členem Asociace českých pojišťovacích makléřů. Rovněž, že tato společnost působila jako výhradní pojišťovací agent České pojišťovny a.s. a na základě smluvního vztahu jí z předmětného plnění (tedy i z uzavření smlouvy v rámci veřejné zakázky č. 2) plynula provize ve výši 18 %, jak vyplývá ze smluv, které Česká pojišťovna a.s. uzavřela se společností RESPECT, a.s., a to dne 29. 4. 2008 smlouvu o nevýhradním obchodním zastoupení a dne

28. 5. 2002 smlouvu o spolupráci při zprostředkování pojištění s možností inkasování pojistného. Na základě uvedeného Úřad dospěl k závěru, že společnost RESPECT, a.s. jako zastupující osoba zadavatele v zadávacím řízení na veřejnou zakázku č. 2 mohla mít osobní zájem na tom, aby se Česká pojišťovna a.s. stala vybraným uchazečem ve veřejné zakázce č. 2, a proto nesplňovala požadavek nepodjatosti podle § 74 odst. 7 zákona.

7. Proti původnímu rozhodnutí podal zadavatel dne 16. 10. 2013 rozklad ze dne 15. 10. 2013, který předseda Úřadu rozhodnutím ze dne 17. 3. 2014, č. j. ÚOHS-R340/2013/VZ-5568/2014/310/BVÍ (dále jen „**rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 17. 3. 2014**“) zamítl a původní rozhodnutí potvrdil.

Řízení před správními soudy

8. Žalobou podanou ke Krajskému soudu v Brně (dále jen „**krajský soud**“) se zadavatel domáhal zrušení původního rozhodnutí a rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 17. 3. 2014.
9. O žalobě rozhodl krajský soud rozsudkem ze dne 31. 3. 2016, č. j. 31 Af 38/2014-57, (dále jen „**rozsudek KS**“), jímž zrušil rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 17. 3. 2014 a věc vrátil Úřadu k dalšímu řízení. Důvodem pro zrušení bylo nesprávné hodnocení skutkového stavu věci v případě veřejné zakázky č. 1, kdy krajský soud konstatoval, že judikatura, o kterou Úřad opřel své rozhodnutí, není na věc přílehlavá. V uvedených věcech byl pojišťovací makléř ve vztahu k oběma stranám veřejné zakázky a byl zainteresován na výsledku a mohl osobně ovlivnit výběr a v konečném důsledku i výhodnost zakázky, kdežto v posuzované věci existovaly dva samostatné vztahy, a to jeden spojený s administrací veřejné zakázky č. 2 mezi žalobcem a společností RESPECT, a.s., a druhý mezi Českou pojišťovnou, a.s. a společností RESPECT, a.s. Společnost RESPECT, a.s. neměla podíl na rozhodování hodnotící komise a ani neměla přístup ke konkurenčním nabídkám, nemohla proto ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky nijak jinak, než případným nastavením podmínek veřejné zakázky č. 2, což ale v napadených rozhodnutích předseda Úřadu ani Úřad netvrdili. Jestliže výše provize ani její poskytnutí nemělo přímou souvislost se získáním veřejné zakázky č. 2 prostřednictvím společnosti RESPECT, a.s, pak dle krajského soudu není smysluplné započítávat provizi do hodnoty veřejné zakázky č. 1, v níž byl vybírán administrátor veřejné zakázky č. 2, který však nemohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Pro stanovení hodnoty veřejné zakázky č. 1 je proto dle krajského soudu podstatná pouze smlouva mezi žalobcem a společností RESPECT, a.s., ze které vyplývá, že se jedná o veřejnou zakázku malého rozsahu.
10. Pokud jde ovšem o druhý skutek, pak krajský soud uvedl, že se ztotožňuje se závěry učiněnými v rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 17. 3. 2014 a v původním rozhodnutí ohledně správního deliktu spáchaného zadavatelem při zadávání veřejné zakázky č. 2. Ze spisového materiálu dle krajského soudu vyplývá, že společnost RESPECT, a.s. působila v případě veřejné zakázky č. 2 jako zástupce zadavatele, a proto se na ní vztahovala stejná omezení, jako na členy hodnotící komise. Dle krajského soudu byl tedy zjevně porušen zákaz jejího podílení na zpracování nabídky (což výslovně dokládá vyjádření České pojišťovny a. s.) a zákaz existence osobního ani pracovního či jiného obdobného poměru mezi společností RESPECT, a. s. a uchazečem (tj. Českou pojišťovnou, a.s.). Krajský soud se dále plně ztotožnil s Úřadem, že není rozhodující, zda činností společnosti RESPECT, a. s. skutečně došlo k ovlivnění soutěže, neboť otázka ‚podjatosti‘ v sobě imanentně zahrnuje ochranu před i pouze potenciálním ohrožením výběru nejvhodnější nabídky. Krajský soud dále uvedl,

že „*má za jasně prokázané, že společnost RESPECT, a.s. vyvíjela v rámci veřejné zakázky č. 2 činnost jak pro zadavatele, tak i pro vybraného uchazeče. Uvedená společnost byla na obou stranách veřejné zakázky č. 2 aktivním účastníkem, neboť na jedné straně byla zástupcem zadavatele a na druhé straně zpracovávala podklady pro účast ve veřejné zakázce. Taková činnost je v přísném rozporu s výslovným zněním zákona a skutečnost, že se společnost RESPECT, a.s. nepodílela na činnosti hodnotící komise, je v tomto případě irelevantní.*“

11. Jelikož oba správní delikty byly součástí jediného rozhodnutí, nezbylo krajskému soudu než zrušit rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 17. 3. 2014 pro nezákonnost a uložit předsedovi Úřadu, aby věc opětovně posoudil a s ohledem na hodnocení zákonnosti jednání zadavatele v případě veřejné zakázky č. 1 současně posoudil uloženou pokutu.
12. Proti rozsudku krajského soudu podali zadavatel i předseda Úřadu kasační stížnost. O kasačních stížnostech rozhodl Nejvyšší správní soud rozsudkem ze dne 11. 5. 2017, č. j. 3 As 104/2016-49 (dále jen „**rozsudek NSS**“), a to tak, že kasační stížnost zadavatele odmítl pro její nepřípustnost, neboť směřovala pouze proti důvodům rozsudku KS, a kasační stížnost předsedy Úřadu zamítl, neboť stížní námitky neshledal důvodnými. Ztotožnil se přitom se závěry uvedenými rozsudku KS. Podle Nejvyššího správního soudu bylo třeba prokázat přímou souvislost platby provize s veřejnou zakázkou č. 1 (tj. zakázkou na administraci) a nikoliv s veřejnou zakázkou č. 2 (na pojištění). Rozhodný pro prokázání takových souvislostí byl přitom den zahájení zadávacího řízení, neboť dle § 13 odst. 2 zákona je pro stanovení výše předpokládané hodnoty veřejné zakázky rozhodný den odeslání oznámení či výzvy o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění. V daný okamžik však nebylo možné kalkulovat s tím, že se veřejné zakázky č. 2 budou účastnit pouze dva uchazeči, s nimiž byl RESPECT, a.s. ve smluvním vztahu. Taková skutečnost v době zahájení zadávacího řízení na veřejnou zakázku č. 1 nebyla známa, neboť služby v oblasti pojišťovnictví mohly poskytovat i pojišťovny z jiných členských států Evropské unie a tedy okruh potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku č. 2, kterou měl administrovat vybraný uchazeč veřejné zakázky č. 1, byl poměrně široký, a proto nebylo možné důvodně předpokládat zprostředkovatelský vztah vybraného uchazeče veřejné zakázky č. 1 se všemi potenciálními uchazeči veřejné zakázky č. 2.

Navazující správní řízení

13. V navazujícím správním řízení předseda Úřadu věc opětovně posoudil a na základě závěrů soudního řízení vydal dne 1. 8. 2017 rozhodnutí č. j. ÚOHS-R340/2013/VZ-22103/2017/321/OHo/EDy (dále jen „**rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 1. 8. 2017**“), jehož výrokem I. potvrdil výrok II. původního rozhodnutí a podaný rozklad v této části zamítl a výrokem II. zrušil výroky I. a III. původního rozhodnutí a v této části věc vrátil Úřadu k novému projednání (výrok I. původního rozhodnutí byl vystavěn na nesprávném právním posouzení předpokládané hodnoty veřejné zakázky č. 1, resp. spočíval v nedostatečně zjištěném skutkovém stavu věci a výrok III. původního rozhodnutí byl závislý na tomto výroku).
14. V odůvodnění předseda Úřadu po vypořádání rozkladových námitek směřujících do výroku II. původního rozhodnutí a s odkazem na závěry vyslovené v rozsudku KS a v rozsudku NSS konstatoval, že Úřad postupoval správně a v souladu se zákonem, když výrokem II. původního rozhodnutí rozhodl, že došlo ke spáchání správního deliktu tím, že se zadavatel nechal zastupovat společností RESPECT, a.s. Současně uvedl, že se jednalo o část původního

rozhodnutí, jež ob stojí samostatně i bez ohledu na osud dalších výroků napadeného rozhodnutí, proto výrok II. původního rozhodnutí potvrdil a rozklad v této části zamítl (výrok I. rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 1. 8. 2017).

15. S odkazem na závazný právní názor správních soudů vyslovený v odůvodnění rozsudku KS a rozsudku NSS předseda Úřadu dále konstatoval, že výrok I. původního rozhodnutí byl vystavěn na nesprávném právním posouzení předpokládané hodnoty veřejné zakázky č. 1, resp. spočíval v nedostatečně zjištěném skutkovém stavu věci. Současně dovodil, že výrok III. napadeného rozhodnutí je závislý na výroku I. a II. napadeného rozhodnutí. S ohledem na uvedené zrušil předseda Úřadu výrok I. a III. původního rozhodnutí a vrátil věc Úřadu k novému projednání (výrok II. rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 1. 8. 2017). Při novém projednání byl Úřad povinen se zaměřit na posouzení, zda se administrátor mohl podílet na rozhodování o výběru nejvhodnější nabídky veřejné zakázky č. 2 (tj. zda se mohl podílet na výběru pojistitele), event. zda mohl administrátor svým jednáním fakticky takový výběr ovlivnit, zejm. nastavením zadávacích podmínek. V případě, že by Úřad dospěl k závěru, že byl spáchán správní delikt, byl povinen přistoupit k posouzení, zda pro zadavatele není příznivější nová právní úprava zadávání veřejných zakázek upravená zákonem č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZZVZ“). Na základě nově zjištěných skutečností byl Úřad povinen přistoupit k uložení sankce v souladu se zásadami správního trestání.

II. Napadené rozhodnutí

16. V novém řízení vydal Úřad dne 16. 10. 2017 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S101/2013/VZ-30050/2017/533/BKu (dále jen „**napadené rozhodnutí**“). Výrokem I. napadeného rozhodnutí Úřad zastavil správní řízení v části týkající se možného spáchání správního deliktu zadavatelem (konstatovaného ve výroku I. původního rozhodnutí) tím, že nestanovil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky, na niž byla uzavřena smlouva, v souladu s § 13 odst. 2 zákona, a nezadal tak zakázku v některém z druhů zadávacího řízení, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení sankce. Výrokem II. napadeného rozhodnutí rozhodl o uložení pokuty 100 000 Kč za správní delikt zadavatele (konstatovaný ve výroku II. původního rozhodnutí, který byl potvrzen rozhodnutím předsedy Úřadu ze dne 1. 8. 2017) spáchaný tím, že se v zadávacím řízení pro veřejnou zakázku č. 2 nechal zadavatel zastoupit osobou, která nesplňovala požadavky nepodjatosti.
17. Napadené rozhodnutí bylo doručeno zadavateli dne 16. 10. 2017.

III. Námitky rozkladu

18. Proti napadenému rozhodnutí podal zadavatel dne 30. 10. 2017 rozklad do výroku II. napadeného rozhodnutí. V rámci včas podaného rozkladu zadavatel nesouhlasí s vyměřenou sankcí a namítá, že tato je nepřiměřeně vysoká. Dle zadavatele měl správní delikt prakticky nulový vliv na výsledek zadávacího řízení. Do veřejné zakázky č. 2 se přihlásili toliko dva uchazeči, přičemž oba měli naprosto shodné podmínky. Dále zadavatel dodává, že společnost RESPECT, a. s. byla ve smluvním vztahu s desítkami potenciálních uchazečů.
19. Zadavatel uvádí, že se snažil eliminovat riziko porušení zásad tím, že změnil členy hodnotící komise, aby tito nebyli pracovně právně spjati se společností RESPECT, a. s. Ve vztahu k bodu 139 odůvodnění napadeného rozhodnutí zadavatel poznamenává, že byla vyhotovena

standardní dokumentace. Zadavatel se dlouhodobě snaží udržovat vysoký standard kvality vyhlášených veřejných zakázek.

20. Ve vztahu k bodu 141 odůvodnění napadeného rozhodnutí zadavatel zdůrazňuje, že osoba, jejíž podjatost byla napadána, se podílela pouze na administraci veřejné zakázky nikoliv na rozhodovacím procesu.
21. Zadavatel dodává, že od spáchání vytýkaného správního deliktu uplynulo téměř 5 let. Osoby, které se podílely na procesu zadávání, již na magistrátu nefungují. Zadavatel přijal opatření k zefektivnění zadávacích řízení.
22. Zadavatel dále doplňuje, že odkazy na správní rozhodnutí Úřadu uvedené v bodu 145 odůvodnění napadeného rozhodnutí se týkají jiného pochybení.
23. Zadavatel uznává, že uložená pokuta pro něj není likvidační, ale namítá, že je citelná a vzhledem k povaze pochybení i nepřiměřeně vysoká. Pochybení se týkalo pouze administrace veřejné zakázky, kterou došlo k výrazným úsporám zadavatele v oblasti pojištění majetku a souvisejících rizik.

Závěr rozkladu

24. Na základě výše uvedeného zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu o věci znovu rozhodl a uloženou pokutu snížil.

IV. Řízení o rozkladu

25. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí dle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a v souladu s ustanovením § 88 odst. 1 správního řádu věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.

Stanovisko předsedy Úřadu

26. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle ustanovení § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech, jsem podle ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad výroku II. napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
27. Úřad tím, že výrokem II. napadeného rozhodnutím rozhodl tak, jak je uvedeno výše, rozhodl správně a v souladu s právními předpisy. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k potvrzení výroku II. napadeného rozhodnutí a zamítnutí rozkladu.
28. Současně dodávám, že výrok I. napadeného rozhodnutí nebyl napaden rozkladem a splňuje podmínku § 82 odst. 3 správního řádu ve spojení s § 152 odst. 5 správního řádu a je tedy pravomocný.
29. Rozklad zadavatele směřuje výslovně pouze do výroku II. napadeného rozhodnutí (tj. do výroku o pokutě). Výroky I. napadeného rozhodnutí nebyl rozkladem zadavatele napaden. V tomto ohledu je třeba poukázat na ustanovení § 82 odst. 3 správního řádu, podle kterého v případě, že odvolání směřuje jen proti některému výroku rozhodnutí nebo proti

vedlejšímu ustanovení výroku, které netvoří nedílný celek s ostatními, pokud tím nemůže být způsobena újma některému z účastníků, nabývá zbytek výrokové části právní moci, umožňuje-li to povaha věci. Uvedené ustanovení se dle § 152 odst. 5 správního řádu použije i na řízení o rozkladu, nevylučuje-li to povaha věci.

30. Výrokem I. napadeného rozhodnutí Úřad zastavil správní řízení v části týkající se možného spáchání správního deliktu zadavatelem (konstatovaného ve výroku I. původního rozhodnutí). Výrokem II. napadeného rozhodnutí rozhodl o uložení pokuty 100 000 Kč za správní delikt zadavatele (konstatovaný ve výroku II. původního rozhodnutí, který byl potvrzen rozhodnutím předsedy Úřadu ze dne 1. 8. 2017), jak je podrobněji rozvedeno v bodu 16 odůvodnění tohoto rozhodnutí. Z uvedeného je zřejmé, že výrok I. napadeného rozhodnutí může existovat nezávisle na výroku II. napadeného rozhodnutí a netvoří s ním nedílný celek. Naplněna je i další podmínka § 82 odst. 3 neboť tím, že nenapadený výrok rozhodnutí nabyde samostatně právní moci, nemůže vzniknout újma některému z účastníků správního řízení, když účastníkem řízení je pouze zadavatel. Na základě uvedeného konstatuji, že napadené rozhodnutí, které bylo účastníku řízení doručeno dne 16. 10. 2017 ve výroku I. nebylo v zákonné lhůtě napadeno rozkladem, přičemž za splnění podmínek stanovených v ustanovení § 82 odst. 3 správního řádu nabyl dne 1. 11. 2017 výrok I. napadeného rozhodnutí samostatně právní moci a přezkum napadeného rozhodnutí v rámci řízení o rozkladu je tedy ve výroku I. vyloučen.

V. K námitkám rozkladu

31. Námitky zadavatele směřují pouze do výroku o pokutě, kterou zadavatel považuje za nepřiměřeně vysokou a navrhuje, aby předseda Úřadu rozhodl o jejím snížení.
32. Dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona 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.
33. Dle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a), c) nebo d) zákona.
34. Rozhodnutím předsedy Úřadu ze dne 1. 8. 2017, které bylo zadavateli doručeno dne 2. 8. 2017 byl výrokem I. potvrzen výrok II. původního rozhodnutí, kterým Úřad rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, když se v rozporu s § 6 a § 151 odst. 1 zákona nechal v zadávacím řízení pro veřejnou zakázku č. 2 zastoupit osobou, která ve vztahu k této veřejné zakázce nesplňovala požadavky nepodjatosti podle § 74 odst. 7 zákona, čímž se stal postup zadavatele v zadávacím řízení netransparentním, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel již uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem. Výrok II. původního rozhodnutí o spáchání správního deliktu zadavatelem nabyl právní moci dne 2. 8. 2017. Současně nad rámec dodávám, že uvedené deliktní jednání bylo i předmětem přezkumu v rámci soudního řízení (viz body 9 až 13 odůvodnění tohoto rozhodnutí), ve kterém bylo pochybení zadavatele potvrzeno.
35. Úřad se v napadeném rozhodnutí při ukládání pokuty nejprve správně vypořádal s otázkou případné příznivosti pozdější právní úpravy a následně přistoupil k určení horní hranice

možné pokuty. Vzhledem k tomu, že smlouva na plnění veřejné zakázky byla uzavřena na dobu neurčitou, určil Úřad správně v souladu s § 120 odst. 2 písm. a) zákona horní hranici na částku 20 000 000 Kč.

36. Dle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty právnické osobě přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
37. Krajský soud v rozsudku ze dne 28. 4. 2011, sp. zn. 62 Ca 27/2009, konstatoval, že *„správnímu orgánu je při ukládání pokuty dána volnost správního uvážení, avšak současně je vázán základními principy správního uvážení (...) mezi tyto principy pak jistě patří i úplnost, resp. dostatečná odůvodněnost rozhodnutí správního orgánu, která v konečném důsledku vyvolá i jeho přesvědčivost podle § 3 odst. 4 správního řádu. Správní orgán tak při rozhodování o výši pokuty musí zohlednit všechny skutečnosti, které výši pokuty mohou v konkrétním případě ovlivnit, řádně se s nimi v odůvodnění svého rozhodnutí vypořádat a přesvědčivě odůvodnit, ke které okolnosti přihlédl, a jaký vliv měla na konečnou výši pokuty. Výše uložené pokuty tak musí být v každém rozhodnutí zdůvodněna způsobem, který nepřipouští rozumné pochyby o tom, že právě taková výše pokuty odpovídá konkrétním okolnostem individuálního případu.“*
38. Při posuzování uložené pokuty je třeba vycházet z mantinelů, které v tomto směru vymezuje zákon, konkrétně pak § 121 odst. 2, dle něhož hlavním kritériem rozhodným pro určení výměry pokuty je závažnost spáchaného správního deliktu. Demonstrativním výčtem pak zákonodárce v témže ustanovení toto hlavní kritérium definuje, kdy uvádí, že je třeba přihlédnout zejména ke způsobu spáchání správního deliktu, jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl správní delikt spáchán. Dle názoru Nejvyššího správního soudu vysloveného v rozsudku ze dne 30. 4. 2009, č. j. 6 As 34/2008-54, *„obsahuje-li zákonné ustanovení (v případě tohoto rozsudku se jednalo o § 67 odst. 2 zákona č. 185/2001 Sb., o odpadech) pouze příkladný výčet hledisek, ke kterým je správní orgán při stanovení výše pokuty povinen přihlédnout, pak takováto právní úprava váže správní orgán v tom směru, že právě těmito zákonnými hledisky se musí zabývat vždy.“* Z výše uvedeného tedy jednoznačně vyplývá a tento závěr potvrzuje mimo jiné i další rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 6. 2013, č. j. 1 Afs 106/2012-45, že rozhodnými kritérii pro určení závažnosti správního deliktu, kterými se správní orgán musí v každém případě zabývat, jsou právě tato tři kritéria stanovená zákonem. Správní orgán je přitom samozřejmě oprávněn nad rámec těchto kritérií přihlédnout i k jiným okolnostem, pokud jsou svojí povahou podstatné pro posouzení závažnosti správního deliktu, jak vyplývá z citovaného rozhodnutí Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 106/2012-45 ze dne 6. 6. 2013. Případné zohlednění těchto kritérií však spadá do rámce správního uvážení příslušného správního orgánu.
39. Pokud jde o význam neurčitého právního pojmu „závažnost správního deliktu“ pak k tomu uvádím, že stupeň společenské škodlivosti správního deliktu (tedy závažnosti) je dán konkrétní intenzitou naplnění znaků skutkové podstaty deliktu. Při posuzování závažnosti správního deliktu není hlavním kritériem skutková podstata správního deliktu, ale intenzita skutkových okolností, s jakou došlo k porušení právem chráněných hodnot a zájmů v konkrétním případě. Z hlediska určení výměry pokuty je proto nutno hodnotit nejen jaké následky byly správním deliktem způsobeny, ale také jakou měly intenzitu (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 106/2012 ze dne 6. 6. 2013).

40. Jak je patrné z bodů 139 až 143 napadeného rozhodnutí, Úřad se zabýval danými kritérii závažnosti správního deliktu, když vymezil jeho objekt, okolnosti spáchání a jeho následky.
41. Úřad při určení výměry postupoval v souladu s ustanovením § 121 odst. 2 zákona. Konstatoval, že se nejedná o správní delikt svým charakterem nejzávažnější, avšak došlo k porušení základních zásad, na kterých zadávací řízení stojí, a proto se jedná o delikt závažného charakteru. Konkrétně zadavatel porušil zásadu transparentnosti zadávacího řízení, neboť se nechal v zadávacím řízení na veřejnou zakázku č. 2 zastoupit osobou, která ve vztahu k veřejné zakázce č. 2 nesplňovala požadavek nepodjatosti. Skutečnost, že se do veřejné zakázky č. 2 přihlásili pouze dva uchazeči, přičemž oba měli naprosto shodné podmínky, na uvedeném nemůže ničeho změnit. Úkolem zadavatele je totiž zajistit co nejširší, férovou a transparentní soutěž o veřejnou zakázku. Zadavatel však svým jednáním způsobil nečitelnost zadávacího řízení, neboť osoba, která veřejnou zakázku č. 2 administrovala, nesplňovala požadavek nepodjatosti.
42. Úřad v rámci hodnocení neopomněl přihlédnout ani k následkům spáchání správního deliktu. Zřejmě v souvislosti s tím zadavatel upozorňuje, že zakázkou došlo k úspoře finanční prostředků. Stejně tak jako nelze dle konstantní judikatury úsporou finančních prostředků omluvit nezákonný postup zadavatele, není možné tuto zohlednit ani při ukládání pokuty.
43. Co se týče způsobu, resp. okolností, za kterých byl správní delikt spáchán, Úřad vzal za polehčující okolnost v potaz skutečnost, že zadavatel v průběhu řízení spolupracoval a poskytl součinnost, že zadavatel nepostupoval zcela mimo režim zákona, že nedošlo k úplnému vyloučení soutěžního prostředí, že zakázka byla zadávána v otevřeném řízení a rovněž i skutečnost, že osoba, která nesplňovala požadavek nepodjatosti, se nepodílela přímo na výběru nejvhodnější nabídky a proces pouze administrovala. Tedy jako polehčující okolnost zohlednil i zadavatelem zdůrazňovanou skutečnost, že osoba, jejíž podjatost byla napadána, se podílela pouze na administraci veřejné zakázky.
44. Rovněž tak ve prospěch zadavatele Úřad zohlednil i časovou prodlevu mezi spácháním správního deliktu a uložením sankce v souladu s rozsudkem Krajského soudu v Brně ze dne 9. 4. 2015, sp.zn. 62 Af 123/2013. Je třeba přitom souhlasit s Úřadem, že polehčující okolnosti nelze považovat za okolnosti, které by zhojily samotné porušení zákona. Pokud v této souvislosti zadavatel uvádí, že osoby, které se podílely na procesu zadávání, již na magistrátu nefungují, pak tato skutečnost nemá na posouzení věci vliv, neboť je to právě zadavatel, kdo nese zodpovědnost za zadání veřejné zakázky v souladu se zákonem. K tomu odkazují např. na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 4. 9. 2012, sp. zn. 7 As 110/2012, nebo na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 11. 2012, sp. zn. 1 Afs 23/2012, kde je uvedeno, že „*zadavatel je ten, kdo nese objektivní odpovědnost, tedy založenou bez ohledu na zavinění (srov. rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 26. 1. 2006, č. j. 11 Ca 216/2005-41 a ze dne 23. 3. 2006, č. j. 8 Ca 8/2004-51).*“
45. Pro úplnost dodávám, že odpovědnosti se může zadavatel zprostit pouze z důvodů, uvedených v § 121 odst. 1 zákona, který uvádí tzv. liberační důvody: Právnícká osoba za správní delikt neodpovídá, jestliže prokáže, že vynaložila veškeré úsilí, které bylo možno požadovat, aby porušení právní povinnosti zabránila. Ze znění předmětného ustanovení vyplývá, že nepostačí, aby zadavatel přenechal povinnosti spojené se zadáváním veřejné zakázky jiné osobě, ale aby aktivně jednal tak, aby mohl prokázat, že vynaložil veškeré úsilí,

aby zabránil porušení právní povinnosti, přičemž nepostačí ani to, že by zadavatel takové liberační důvody tvrdil, ale musí je sám podložit důkazy, tak aby prokázal existenci liberačních důvodů. Skutečnost, že zadavatel na vzniklé situace ex post reagoval přijetím opatření, není možné považovat za liberační důvod ani polehčující okolnost ve smyslu zákona.

46. Pokud jde o odkazy na správní rozhodnutí Úřadu uvedené v bodu 145 odůvodnění napadeného rozhodnutí, pak se jedná o rozhodnutí o správních deliktech, které spáchal zadavatel a které jsou ve vícečinném souběhu se správním deliktem, za nějž Úřad uložil pokutu v napadeném rozhodnutí. V souladu s judikaturou Nejvyššího správního soudu, (jak podrobně Úřad popisuje v bodu 144 odůvodnění napadeného rozhodnutí) byl Úřad povinen uplatnit institut souhrnného trestu a v rámci absorpční zásady tedy zohlednit již uložené pokuty za sbíhající se správní delikty, což také učinil. Vzhledem k tomu, že ukládání souhrnného trestu je pro zadavatele příznivější, považuji jeho námitku, resp. upozornění, že se jednalo o odlišné správní delikty za nepřipadnou, neboť pokud by Úřad nepřistoupil k uložení souhrnného trestu, byla by sankce uložená zadavateli vyšší a v rozporu se základními principy ukládání trestů. Na výhodnost souhrnných trestů pro pachatele přitom poukazuje Úřad již v citovaném bodu napadeného rozhodnutí.
47. Závěrem tedy shrnuji, jak z judikatury Nejvyššího správního soudu vyplývá, že jakkoliv má správní orgán při ukládání pokuty volnost správního uvážení, je vázán základními principy správního rozhodování (viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 6. 2005, č. j. 8 As 5/2005-53). Mezi tyto principy pak jistě patří i úplnost, resp. dostatečná odůvodněnost rozhodnutí správního orgánu, která v konečném důsledku vyvolá i jeho přesvědčivost. Úřad tak při rozhodování o výši pokuty musí zohlednit všechny skutečnosti, které výši pokuty mohou v konkrétním případě ovlivnit, řádně se s nimi v odůvodnění svého rozhodnutí vypořádat a přesvědčivě odůvodnit, ke které okolnosti přihlédl, a jaký vliv měla na konečnou výši pokuty. Výše uložené pokuty tak musí být v každém rozhodnutí zdůvodněna způsobem, který nepřipouští rozumné pochybnosti o tom, že právě taková výše pokuty odpovídá konkrétním okolnostem individuálního případu.
48. Pro úplnost v tomto odkazuji i na závěr Nejvyššího správního soudu obsažený v rozsudku ze dne 11. 7. 2013, sp. zn. 7 As 15/2013, a deklarující, že výše pokuty je do značné míry správním uvážením Úřadu: *„Nelze po správních orgánech očekávat přesné zdůvodnění, proč byla uložena pokuta zrovna ve výši 200 000 Kč a nikoliv například ve výši 210 000 Kč. Podstatou správního uvážení je, že s ohledem na pestrost možných situací není možné nastavit žádný univerzální vzorec pro výpočet konkrétní výše pokuty. Pokud by tomu tak bylo, zahrnul by jej bezesporu zákonodárce přímo do zákona. Z hlediska soudního přezkumu je rozhodné, že výše pokuty byla uložena v zákonném rozmezí a řádně zdůvodněna, bylo přihlédnuto ke všem zákonným hlediskům a úvahy žalované se pohybují v mezích správního uvážení.“*
49. V návaznosti na výše uvedené mohu k námitce zadavatele o nepřiměřenosti pokuty konstatovat, že Úřad uložil pokutu při samé spodní hranici její maximální možné výše, když horní hranice pokuty činila 20 000 000 Kč. Pokutu tedy Úřad uložil v zákonném rozmezí, výši pokuty rovněž řádně zdůvodnil a přihlédl ke všem zákonným hlediskům, čímž dostatečně naplnil nejen dikci zákona ale i shora citované požadavky Nejvyššího správního soudu pro uložení peněžité sankce za správní delikt.

50. Připomínám, že pokuta uložená za spáchání správního deliktu má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci preventivní a funkci represivní. K tomu v obecné rovině dále dodávám, že sankci za spáchání správního deliktu lze chápat jako právní následek porušení zákona, který pro pachatele znamená určitou majetkovou újmu nebo omezení jeho práva. Účelem jejího ukládání je působit na pachatele přestupku takovým způsobem, aby se již v budoucnosti nedopouštěl protiprávního jednání. Sankce má tak působit výchovně a preventivně, má však i represivní charakter, neboť do určité míry zasahuje do majetkové sféry pachatele. K tomuto odkazuji na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 23. 10. 2014 č. j. 62 Af 14/2013-296, ve kterém soud *„považuje za nutné zdůraznit též funkci postihu; konkrétní forma postihu (pokuta) a jeho výše musí působit natolik silně, aby od podobného jednání odradila i jiné nositele obdobných povinností, jaké svědčí žalobci, zároveň musí být postih dostatečně znatelný v žalobcově materiální sféře, aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl ovšem pro žalobce likvidačním. V opačném případě by totiž postih delikventa smysl postrádal.“* V případě konstatování spáchání přestupku proto musí být uložena taková sankce, která vedle preventivního působení bude pro obviněného představovat i trest.
51. Vzhledem k všem shora uvedeným skutečnostem jsem přesvědčen o přiměřenosti pokuty uložené zadavateli napadeným rozhodnutím.
52. Dále k tomu dodávám, že ukládání trestu je založeno na dvou základních principech - principu zákonnosti trestu a individualizace trestu. Z judikatury Nejvyššího správního soudu přitom vyplývá, že při posuzování zákonnosti uložené sankce správní soud k žalobní námitce přezkoumá, zda správní orgán při stanovení výše sankce zohlednil všechna zákonem stanovená kritéria, zda jeho úvahy o výši pokuty jsou racionální, ucelené, koherentní a v souladu se zásadami logiky, zda správní orgán nevybočil z mezí správního uvážení nebo jej nezneužil, ale rovněž, zda uložená pokuta není likvidační [srov. např. usnesení rozšířeného senátu ze dne 20. 4. 2010, č. j. 1 As 9/2008 - 133, publikované pod č. 2092/2010 Sb. NSS, www.nssoud.cz, nebo nálezy Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 3/02 ze dne 13. 8. 2002 (N 105/27 SbNU 177; 405/2002 Sb.), nebo sp. zn. Pl. ÚS 38/02 ze dne 9. 3. 2004 (N 36/32 SbNU 345; 299/2004 Sb.)]. Není přitom důvodu, aby obdobným způsobem při přezkoumávání pokuty nepostupoval také odvolací správní orgán. S ohledem na shrnutí závěrů Úřadu ve vztahu k pokutě uvedených v odůvodnění napadeného rozhodnutí, ale i s ohledem na to, že Úřad správně posoudil i možnou likvidačnost pokuty pro zadavatele, což ani zadavatel nerozporuje, je možné uzavřít, že se Úřad v napadeném rozhodnutí zabýval odůvodněním výše uložené pokuty velice pečlivě, přičemž při splnění povinnosti dle § 89 odst. 2 správního řádu jsem ve vztahu k zákonnosti výroku II. napadeného rozhodnutí neshledal, že by Úřad nenaplnil požadavky, jež jsou na odůvodnění pokuty kladeny jak § 121 odst. 2 zákona, tak § 68 odst. 3 správního řádu.
53. Nad rámec uvedeného v souvislosti s určením výměry pokuty poukazuji na nález Ústavního soudu ze dne 13. 8. 2012, Pl. ÚS 3/2002. Podle výkladu uvedeného nálezu je při ukládání pokut vyloučen takový zásah do majetku podnikatele, v důsledku kterého by byla zničena majetková základna pro další podnikatelskou činnost. Nepřípustné jsou takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Ústavní soud se v uvedeném nálezu zabýval ukládáním pokut právníky a fyzickými osobám podnikajícími. Závěr o nepřípustnosti pokut likvidačního charakteru tedy není přímo aplikovatelný i na ukládání pokut územnímu samosprávnému

celku, tj. v tomto případě zadavateli. Zadavatel je územní samosprávný celek, není tedy zřízen nebo založen za účelem dosahování zisku podnikatelkou činností. V důsledku toho nemůže mít výše uložené pokuty likvidační charakter ve vztahu k podnikatelské činnosti ve smyslu nálezu Pl. ÚS 3/2002 ze dne 13. 8. 2002, a s ohledem na její výši a finanční zdroje, se kterými zadavatel hospodaří, ani k majetkové podstatě zadavatele coby územního samosprávného celku.

54. S ohledem na výše uvedené tedy uzavírám, že Úřad v napadeném rozhodnutí řádně posoudil všechny okolnosti případu a uložil pokutu přiměřenou těmto okolnostem za současné individualizace trestu.

VI. Závěr

55. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad při ukládání pokuty postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu výroku II. napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
56. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí ve výroku II. změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

Statutární město Ústí nad Labem, Velká Hradební 2336/8, 401 23 Ústí nad Labem

Vypraveno dne

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