



UOHSX009PIQC

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-V0106/2017/VZ-17007/2017/323/KKř

Brno 6. června 2017

Předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, jako nadřízený správní orgán ve smyslu § 95 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve zkráceném přezkumném řízení dle § 98 téhož zákona zahájeném z moci úřední, o rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0591/2016/VZ-43506/2016/521/KMz ze dne 25. 10. 2016 vydanému ve správním řízení ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů níže jmenovaným zadavatelem při zadávání veřejné zakázky s názvem **„Zlepšení nakládání s bioodpady v obci Jílovice“** ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném na základě výzvy k podání nabídky a prokázání kvalifikace odeslané dne 26. 6. 2015 a uveřejněné na profilu zadavatele téhož dne, přičemž oznámení o zadání zakázky bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 14. 9. 2015 pod ev. č. zakázky 522219 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 16. 9. 2015 pod ev. č. 2015/S 179-325166, jehož účastníkem je zadavatel –

- **obec Jílovice**, IČO 00245038, se sídlem 373 32 Jílovice 170,

rozhodl podle § 98 spolu s § 97 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 25. 10. 2016, č. j. ÚOHS-S0591/2016/VZ-43506/2016/521/KMz

r u š í m,

a to s účinky ode dne právní moci přezkoumávaného rozhodnutí a věc

v r a c í m

podle § 97 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k dalšímu řízení, neboť výše jmenované rozhodnutí bylo vydáno v rozporu s právními předpisy.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Obec Jílovice, IČO 00245038, se sídlem 373 32 Jílovice 170 (dále jen „**zadavatel**“), zahájila na základě výzvy k podání nabídek a prokázání kvalifikace odeslané dne 26. 6. 2015 a uveřejněné na profilu zadavatele téhož dne, přičemž oznámení o zadání zakázky bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 14. 9. 2015 pod ev. č. zakázky 522219 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 16. 9. 2015 pod ev. č. 2015/S 179-325166, zjednodušené podlimitní řízení na veřejnou zakázku s názvem „Zlepšení nakládání s bioodpady v obci Jílovice“ (dále jen „**veřejná zakázka**“). Předmětem veřejné zakázky, jejíž předpokládaná hodnota byla stanovena v částce 2.080.000 Kč bez DPH, bylo dle článku 2) zadávací dokumentace pořízení komunální techniky pro zřízení separovaného sběru bioodpadu v obci Jílovice.
2. Přílohou zadávací dokumentace a výzvy k podání nabídky a k prokázání splnění kvalifikace byl i návrh kupní smlouvy, v jehož článku IX. odst. 1 písm. a) je uveden následující text: *„[s]mluvní strany se dohodly, že prodávající zaplatí kupujícímu smluvní pokutu za prodlení prodávajícího s termínem dodání zboží a jeho instalace a uvedení do provozu ve výši 2.250.000 Kč (...) bez DPH. Výše pokuty je odvozena od možnosti ztráty dotace v případě nedodržení podmínek poskytovatele dotace“*, kde kupujícím je zadavatel a prodávajícím obchodní společností ENERGREEN PROJEKT s.r.o., IČO 26880342, se sídlem Sladkovského 659/40, 779 00 Olomouc (dále jen „**vybraný uchazeč**“).
3. Na plnění, resp. pořízení předmětu veřejné zakázky byla mezi zadavatelem a vybraným uchazečem (dále také jako „**smluvní strany**“) uzavřena kupní smlouva ze dne 28. 8. 2015. Smluvní strany si sjednaly termín dodání zboží, jež tvoří předmět veřejné zakázky, jako dobu do dne 30. 10. 2015.
4. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle ustanovení § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších

předpisů (dále jen „zákon“) k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, po prošetření obdrženo podnětu vydal jakožto první úkon v řízení příkaz č. j. ÚOHS-S0591/2016/VZ-37221/2016/521/KMz ze dne 7. 9. 2016, který byl zadavateli doručen následujícího dne, přičemž tímto dnem (8. 9. 2016) bylo zahájeno správní řízení, a kterým Úřad shledal pochybení zadavatele v souvislosti se zadáváním veřejné zakázky. Proti uvedenému příkazu podal zadavatel odpor ze dne 14. 9. 2016, který byl Úřadu doručen téhož dne. S ohledem na podaný odpor pokračoval Úřad ve správním řízení.

II. Přezkoumávané rozhodnutí

5. Po posouzení všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 25. 10. 2016 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0591/2016/VZ-43506/2016/521/KMz (dále jen „**přezkoumávané rozhodnutí**“), kterým ve výroku I. konstatoval spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona zadavatelem tím, že tento při zadávání veřejné zakázky postupoval v rozporu se zásadou zákazu diskriminace zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona, když v článku IX. bodu 1 písm. a) návrhu kupní smlouvy, který tvoří přílohu č. 5 zadávací dokumentace a výzvy k podání nabídky a k prokázání splnění kvalifikace na veřejnou zakázku, stanovil smluvní pokutu za prodlení dodavatele s termínem dodání zboží a jeho instalace a uvedení do provozu ve výši 2.250.000 Kč bez DPH, ačkoliv předpokládanou hodnotu veřejné zakázky stanovil v článku 5) zadávací dokumentace ve výši 2.080.000 Kč bez DPH, čímž mohlo dojít k bezdůvodnému omezení okruhu potenciálních dodavatelů, neboť stanovená výše smluvní pokuty je vůči předpokládané hodnotě veřejné zakázky zjevně nepřiměřená, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel dne 28. 8. 2015 na plnění předmětu veřejné zakázky kupní smlouvu s vybraným uchazečem. Výrokem II. Úřad uložil zadavateli za shora popsany správní delikt pokutu ve výši 46.000 Kč.
6. Úřad v přezkoumávaném rozhodnutí dospěl k závěru, že je s ohledem na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 9 Afs 21/2013-39 ze dne 30. 4. 2014 (dále jen „**rozsudek**“) oprávněn posoudit, zda ujednaná smluvní pokuta není natolik zjevně excesivní, že by jako taková měla nepříznivý, resp. diskriminační dopad na soutěžní prostředí a jednotlivé dodavatele. Po provedeném zhodnocení dané věci Úřad konstatoval, že předmětná smluvní podmínka je zjevně excesivní vzhledem k rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky, neboť je vyšší, než předpokládaná hodnota veřejné zakázky, nezohledňuje dobu prodlení prodávajícího s dodáním plnění, ani skutečnost, zda již zadavateli bylo plněno alespoň zčásti, a především je stanovena bez jakéhokoli objektivního důvodu, protože nekoresponduje s obsahem Rozhodnutí o poskytnutí dotace ze dne 16. 11. 2015, č. j. 115D242004337/2, jejíž možnou ztrátou zadavatel výši smluvní pokuty odůvodňoval, neboť nedodáním kompletního předmětu plnění veřejné zakázky ve stanoveném termínu by nedošlo k neposkytnutí dotace v plné výši, nýbrž k odvodům v řádu jednotek procent, a to odstupňovaným dle délky prodlení.
7. Dále Úřad v přezkoumávaném rozhodnutí v reakci na odpovědi oslovených dodavatelů uvedl, že výše smluvní pokuty má vliv na rozhodování dodavatelů ohledně jejich účasti v zadávacím řízení a vzhledem k výši předpokládané hodnoty veřejné zakázky diskriminuje ty dodavatele, pro které částka smluvní pokuty představuje příliš vysoké podnikatelské riziko. Následně Úřad přistoupil k odůvodnění uložené pokuty, v níž zohlednil především závažnost

správního deliktu, zejména způsob jeho spáchání, jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchán.

8. S ohledem na to, že proti přezkoumávanému rozhodnutí nepodal zadavatel včasný a řádný rozklad, nabylo přezkoumávané rozhodnutí dne 11. 11. 2016 právní moci.

III. Další skutečnosti

9. Dne 9. 11. 2016 obdržel Úřad nedatovaný přípis zadavatele, nazvaný jako „Rozklad proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0591/2016/VZ-43506/2016/521/KMz ze dne 25. 10. 2016“ (dále jen „**přípis**“), v němž zadavatel rozporoval závěr Úřadu o zjevné excesivnosti smluvní pokuty, ke kterému dospěl Úřad neoprávněným posuzováním přiměřenosti smluvní pokuty, ačkoliv hodnocení – mimo jiné proporcionality soukromoprávních podmínek – rozsudek zapovídá. K tomu zadavatel dodal, že Úřad při svém uvážení zcela evidentně vybočil z mezí příslušných právních předpisů i judikatury správních soudů. Závěrem přípisu zadavatel předsedovi Úřadu navrhuje, aby přezkoumávané rozhodnutí zrušil a řízení ve věci zastavil.
10. Úřad dne 22. 11. 2016 doručil zadavateli do jeho datové schránky sdělení k přípisu zadavatele, v němž zadavatele upozornil na to, že přípis, byť nazván jako rozklad, nebyl opatřen uznávaným elektronickým podpisem, pročež na něj nemohlo být pohlíženo jako na řádně podaný rozklad, nýbrž jako na pouhý přípis. S ohledem na to, že ve lhůtě pro podání rozkladu tento nebyl v zákonem předvídané formě podán, a to přestože zadavatel byl řádně poučen o možnosti podat rozklad ve smyslu § 68 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a nad rámec tohoto i o zákonných náležitostech a formě podání rozkladu dle § 117c odst. 1 písm. b) zákona, nabylo přezkoumávané rozhodnutí právní moci.
11. S ohledem na výše uvedený věcný obsah přípisu, principy dobré správy a možnosti eventuální nápravy pravomocných rozhodnutí Úřadu svěřené mi právním řádem České republiky, jsem v rámci dozorčího postavení předsedy Úřadu předběžně posoudil, zda lze důvodně pochybovat o tom, že přezkoumávané rozhodnutí je v souladu s právními předpisy.

IV. Stanovisko předsedy Úřadu

12. Po předběžném posouzení věci ve všech vzájemných souvislostech a po projednání veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu, jsem podle § 94 odst. 1 a násl. správního řádu přezkoumal soulad přezkoumávaného rozhodnutí s právními předpisy a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
13. Úřad tím, že rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. a II. přezkoumávaného rozhodnutí, nerozhodl správně a v souladu se zákonem. Vzhledem k tomu, že byly splněny i další zákonné předpoklady pro přezkoumné řízení, toto jsem ve zkrácené formě zahájil, přičemž konstatuji, že jsem v jeho rámci zjistil skutečnost spočívající v nezákonnosti přezkoumávaného rozhodnutí, která odůvodňuje zrušení přezkoumávaného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání.
14. V odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech uvedeny důvody vedoucí ke zrušení přezkoumávaného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k dalšímu řízení.

V. K důvodům zrušení přezkoumávaného rozhodnutí

15. Podle § 94 odst. 1 správního řádu v přezkumném řízení správní orgány z moci úřední přezkoumávají pravomocná rozhodnutí v případě, kdy lze důvodně pochybovat o tom, zda je rozhodnutí v souladu s právními předpisy.
16. Podle § 95 odst. 6 správního řádu, jde-li o rozhodnutí ústředního správního úřadu, rozhoduje v přezkumném řízení ministr nebo vedoucí jiného ústředního správního úřadu; ustanovení § 152 odst. 3 správního řádu platí obdobně.
17. Dle § 97 odst. 3 správního řádu rozhodnutí, které bylo vydáno v rozporu s právními předpisy, příslušný správní orgán zruší nebo změní, popřípadě zruší a věc vrátí odvolacímu správnímu orgánu nebo správnímu orgánu prvního stupně, přičemž tyto správní orgány jsou vázány právním názorem příslušného správního orgánu.
18. Podle § 98 správního řádu, jestliže je porušení právního předpisu zjevné ze spisového materiálu, jsou splněny ostatní podmínky pro přezkumné řízení a není zapotřebí vysvětlení účastníků, může příslušný správní orgán provést zkrácené přezkumné řízení. Dokazování se neprovádí. Prvním úkonem správního orgánu při zkráceném přezkumném řízení je vydání rozhodnutí podle § 97 odst. 3 správního řádu.
19. Z uvedených relevantních ustanovení a při zohlednění přílehlavé judikatury a správněprávní teorie, je tedy možné dovodit následující závěry. Obecně je kritériem přezkoumávání rozhodnutí v přezkumném řízení (potažmo zkráceném přezkumném řízení) toliko zákonnost přezkoumávaného rozhodnutí a také řízení, které jeho vydání předcházelo. Zákoností, resp. souladem s právními předpisy ve smyslu § 94 odst. 1 správního řádu se současně rozumí soulad jak se zvláštními zákony, tak například s procesním předpisem – tedy především správním řádem, včetně jeho ustanovení týkajících se základních zásad činnosti správních orgánů. Správní řád přitom s ohledem na zásadu procesní ekonomie umožňuje provést zkrácené přezkumné řízení, jehož primárním předpokladem je nezákonnost přezkoumávaného rozhodnutí (popřípadě řízení, jež mu předcházelo). Jinými slovy řečeno, rozpor s právními předpisy musí být patrný již ze spisového materiálu a k učinění takového závěru zároveň není nutné provést dokazování, tedy především opatřit si vyjádření účastníků přezkumného řízení ani orgánu, jež přezkoumávané rozhodnutí vydal.
20. V předmětném případě jsem po předběžném posouzení spisového materiálu shledal nezákonnost přezkoumávaného rozhodnutí s příslušnými právními předpisy, a to jak se správním řádem, tak se zákonem. Proto jsem přistoupil k ověření dalších podmínek, jichž je nutné dostát, aby bylo možno zahájit přezkumné řízení (to pak v jeho zkrácené formě).
21. Ve smyslu § 96 odst. 1 správního řádu lze usnesení o zahájení přezkumného řízení vydat nejdéle do 2 měsíců ode dne, kdy se příslušný správní orgán o důvodu zahájení přezkumného řízení dozvěděl, nejpozději však do 1 roku od právní moci rozhodnutí ve věci. Jmenované lhůty platí přiměřeně i pro zkrácené přezkumné řízení, kdy k vydání rozhodnutí musí dojít do 2 měsíců ode dne zjištění důvodů pro vydání rozhodnutí podle § 97 odst. 3 správního řádu v rámci zkráceného přezkumného řízení, nejpozději pak do 1 roku ode dne právní moci meritorního rozhodnutí.
22. V daném případě jsem ex officio ze spisu vedeného v předmětné věci po předběžném posouzení spisu zjistil, že jsou dány důvody pro vedení přezkumného řízení, a to v jeho

zkrácené formě tak, jak tyto předpokládá správní řád (tj. nezákonnost je zjevná ze správního spisu a není třeba vysvětlení účastníků řízení). Z hlediska časového pak mohu konstatovat, že vzhledem k tomu, že přezkoumávané rozhodnutí nabylo právní moci dne 11. 11. 2016, je zřejmé, že objektivní lhůta, která se zde uplatní, dosud neuplynula. S ohledem na to jsem tedy přesvědčen, že je možné v posuzované věci provést zkrácené přezkumné řízení, neboť jednak jsou pro takový postup splněny podmínky předvídané § 98 ve spojení s § 94 správního řádu a jednak tomu nebrání prekluzivní lhůta podle § 96 odst. 1 správního řádu.

K rozporu s právními předpisy

23. Úřad ve výroku přezkoumávaného rozhodnutí označil za pochybení zadavatele (vůči ustanovení § 6 odst. 1 zákona) tu skutečnost, že zadavatel v návrhu kupní smlouvy stanovil smluvní pokutu za prodlení dodavatele s termínem dodání zboží a jeho instalace a uvedení do provozu ve výši 2.250.000 Kč bez DPH, což se ve vztahu k předpokládané hodnotě veřejné zakázky, jež byla zadavatelem určena toliko ve výši 2.080.000 Kč bez DPH, jeví jako zjevně nepřiměřené a de facto omezující okruh potenciálních dodavatelů, kteří by byli schopni předmět veřejné zakázky plnit, avšak smluvní pokuta by pro ně mohla představovat příliš vysoké podnikatelské riziko, kdyby zakázku nebyli s to splnit v pevně daném termínu. Zjednodušeně řečeno, Úřad porovnal výši smluvní pokuty s částkou předpokládané hodnoty, v čemž shledal disproporcionalitu vedoucí ve svém důsledku až k diskriminaci (zejména drobnějších) dodavatelů jinak způsobilých veřejnou zakázku realizovat.
24. K tomu uvádím, že obecně souhlasím s Úřadem v jeho úvahách ohledně možného omezení okruhu potenciálních dodavatelů v důsledku nastavení příliš vysoké smluvní pokuty za opožděné plnění předmětu veřejné zakázky, která by hypoteticky mohla negativně ovlivnit rozhodnutí především menších dodavatelů o jejich účasti v zadávacím řízení. Shledávám za příléhavou rovněž aplikaci rozsudku, který sic obecně zapovídá Úřadu zkoumání vhodnosti či přiměřenosti soukromoprávních podmínek zadavatele stanovených v zadávacím řízení, avšak s výjimkou zjevných excesů, které by nadto mohly mít dopady na soutěžní prostředí. Domnívám se, že takový nepříznivý dopad na soutěžní prostředí lze v nyní šetřeném případě shledat právě v onom omezení okruhu v úvahu přicházejících dodavatelů, které od podání nabídky do zadávacího řízení odradila ona zjevně vysoká smluvní pokuta, jež by mohla ve světle okolností této věci vykazovat znaky excesu. Nicméně se zásadně neztotožňuji s Úřadem v jeho konkrétních závěrech o zjevné excesivnosti smluvní pokuty porovnávané s předpokládanou hodnotou veřejné zakázky, neboť tyto jsou nejen nesprávné, ale zároveň v příkrém rozporu s dotčenými právními předpisy.
25. Srovnání smluvní pokuty vůči sumě předpokládané hodnoty (které Úřad užil i ve výroku I. přezkoumávaného rozhodnutí) neshledávám za správné a zákonné, a to pro dále uváděné důvody. Zatímco předpokládanou hodnotou zadavatel před zahájením zadávacího řízení a pro jeho účely oceňuje domnělou výši peněžitého závazku vyplývajícího z plnění veřejné zakázky a jejím smyslem je zejména určení režimu veřejné zakázky, smluvní pokuta je zajišťovacím institutem soukromého práva sloužícím mimo jiné k pokrytí či reparaci rizika škody způsobené řádným a včasným nesplněním smluvní pokutou zajištěné povinnosti. Jinými slovy řečeno, smluvní pokuta – jakožto paušalizovaná náhrada škody – se odvíjí od výše škody, kterou lze rozumně v daném konkrétním vztahu s porušením určité povinnosti očekávat, nikoliv od výše předpokládané hodnoty veřejné zakázky, již může, ale nemusí

odpovídat. Proto nelze srovnávat předpokládanou hodnotu veřejné zakázky s výší smluvní pokuty, jak učinil Úřad, a od takové komparace odvozovat zjevnou excesivnost soukromoprávní podmínky. Obě hodnoty se sebou nesouvisí ve smyslu, jak tuto souvislost chápe Úřad, ani se jedna od druhé neodvíjí, tudíž jejich srovnání nemůže být podkladem pro dílčí závěr Úřadu.

26. Případnou excesivnost nebo naopak přiměřenost výše smluvní pokuty je nutno zkoumat zejména ve vztahu k celkovým okolnostem právního úkonu smluvních stran, pohnutkám zadavatele, účelu, který zadavatel ukotvením smluvní pokuty do návrhu smlouvy sledoval, případně k charakteru smluvní pokuty a k hodnotě a významu zajišťované povinnosti. Výše předpokládané hodnoty je přitom v tomto případě druhotná, jelikož přesně nevypovídá o tom, jakou výši újmy může u zadavatele případné nesplnění zajišťované povinnosti způsobit. Předpokládaná hodnota toliko vyjadřuje částku, kterou zadavatel považuje za odpovídající poskytnutí plnění veřejné zakázky, přičemž jejím primárním smyslem je rozlišení toho, zda jde o veřejnou zakázku nadlimitní, podlimitní nebo malého rozsahu. *„Na konkrétní výši předpokládané hodnoty závisí postup zadavatele v celém průběhu zadávacího řízení; zejména je předpoklad hodnoty rozhodující pro zadavatelův úsudek o tom, zda je vůbec třeba podle ZVZ uskutečňovat jednotlivé konkrétní procedurální kroky, a pokud ano, pak jakým konkrétním způsobem (...), případně zda se při uskutečňování jednotlivých kroků podle ZVZ nepostupuje (...).“*, jak konstatoval Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 11. 8. 2009, č. j. 62 Ca 30/2008-190. Z tohoto smyslu či významu předpokládané hodnoty lze usuzovat, že tato nic nevypovídá o skutečné hodnotě pořizovaného plnění a už vůbec nemá vliv na možné škody vzniknuvší na straně zadavatele opožděnou dodávkou plnění, proto se nejvíce vhodné v jejím světle výši smluvní pokuty komparovat. Přiměřenost či nepřiměřenost (dosahující intenzity excesu) smluvní pokuty je nutné porovnávat vůči souhrnu eventuálně v úvahu přicházejících škod, které mohou zadavateli v důsledku prodlení s dodáním a instalací zboží a jeho uvedením do provozu vzniknout.
27. Za možnou škodu lze v daném případě považovat především částku, o kterou by zadavatel v důsledku prodlení dodavatele přišel v rámci odvodů z dotace poskytnuté na pořízení předmětu veřejné zakázky. Úřad se přitom v bodě 38. a násl. odůvodnění přezkoumávaného rozhodnutí zabýval otázkou možnosti ztráty dotace či částečných odvodů z dotace, avšak už neučinil nezbytný závěr ohledně skutečně hrozících finančních ztrát zadavatele způsobených krácením dotace pro nedodržení podmínek poskytovatele dotace souvisejících s opožděným plněním předmětu veřejné zakázky, ba naopak ve výroku přezkoumávaného rozhodnutí opírá konstatování spáchání správního deliktu pouze o závěr, že *„...mohlo dojít k omezení okruhu potenciálních dodavatelů, neboť stanovená výše smluvní pokuty je vůči předpokládané hodnotě veřejné zakázky zjevně nepřiměřená“*, což zakládá nepřezkoumatelnost a nezákonnost přezkoumávaného rozhodnutí v tomto rozsahu. Přitom právě skutečně hrozící finanční ztráty zadavatele způsobené krácením dotace (apod.) jsou onou rozhodnou hodnotou, vůči níž lze porovnávat proporcionalitu smluvní pokuty a učinit případný závěr o zjevném excesu při jejím stanovení. Podotýkám, že nyní neposuzuji smluvní pokutu z hlediska její přiměřenosti a nečiním tudíž závěr o tom, zda tato vykazovala znaky excesu, neboť to budiž předmětem posouzení Úřadu v novém rozhodnutí vydaném v mezích závazného právního názoru podávaného tímto rozhodnutím.

28. Znovu na tomto místě opakuji, že Úřad, měl-li konkrétní pochybnosti o postupu zadavatele, byl povinen případnou excesivnost smluvní pokuty hodnotit ve vztahu ke skutečně hrozící škodě způsobené prodlením na straně dodavatele s plněním předmětu veřejné zakázky, neboť právě toto je hodnota způsobilá k poměřování proporcionality výše smluvní pokuty. Tím, že tak Úřad neučinil, když jako komparační přijal nevhodnou a nic nevypovídající hodnotu, postupoval nesprávně a v rozporu s příslušnými právními předpisy. Úřad má především povinnost v souladu s § 2 odst. 4 správního řádu dbát mimo jiné na to, aby jím přijaté řešení odpovídalo okolnostem daného případu, což se v nyní šetřené věci zcela evidentně nestalo. Úřad totiž konstatoval spáchání správního deliktu zadavatelem na základě nesprávných úvah, nekorespondujících skutečností (resp. okolnostem) posuzované otázky, vzhledem k čemuž je nutné tento stav narovnat tím, že Úřad provede nové posouzení dané věci, a to v rámci níže uvedených intencí. Domnívám se však, že vedle rozporu přezkoumávaného rozhodnutí s ustanovením § 2 odst. 4 správního řádu je možné shledat zřejmý nesoulad rovněž s § 6 odst. 1 zákona. Úřad totiž v přezkoumávaném rozhodnutí dovedl, že zadavatelem nastavená podmínka v podobě údajně excesivní smluvní pokuty je diskriminační vůči dodavatelům, pro něž představuje nepřiměřené podnikatelské riziko a ve svém důsledku tak omezuje soutěžní prostředí. Porušení § 6 odst. 1 zákona však bylo dovozeno na základě nesprávných úvah či spíše porovnáním „neporovnatelných“ hodnot. Proto tedy není možné za daných podmínek shledat porušení zásady zákazu diskriminace způsobem, jak jej dovedl Úřad, nýbrž je třeba znovu nejdříve posoudit případnou excesivnost předmětné smluvní pokuty (ve vztahu k případné škodě, kterou má dle vůle smluvních stran pokrývat) a teprve následně dovést či vyvrátit možnou diskriminaci podle § 6 odst. 1 zákona. Za současného stavu však nelze zpochybnit fakt, že přezkoumávané rozhodnutí je ve zřejmém rozporu i s § 6 odst. 1 zákona. V tomto kontextu tedy mohu uzavřít, že přezkoumávané rozhodnutí je evidentně rozporné s právními předpisy, konkrétně s ustanovením § 2 odst. 4 správního řádu a § 6 odst. 1 zákona, přičemž od právní moci přezkoumávaného rozhodnutí neuplynula prekluzivní lhůta, v níž je možné zahájit přezkum, pročež jsem tedy k takovému řešení (zhojení nezákonnosti rozhodnutí Úřadu) přistoupil, když jsem přezkoumávané rozhodnutí zrušil s účinky ode dne nabytí právní moci přezkoumávaného rozhodnutí a věc vrátil Úřadu k dalšímu řízení společně s vyslovením závazného právního názoru.
29. Úřad se v novém projednání předmětné věci bude zabývat tím, zda zadavateli skutečně mohla vzniknout v souvislosti s opožděným plněním předmětu veřejné zakázky škoda způsobená krácením, popřípadě ztrátou dotace. Takovou zjištěnou možnost či hrozbu škody nechť Úřad posoudí z hlediska její v úvahu přicházející výše, neboť ta představuje hodnotu, vůči níž lze objektivně porovnávat přiměřenost či nepřiměřenost (excesivnost) smluvní pokuty, jak tato byla zakotvena v závazném návrhu kupní smlouvy. Pokud Úřad opětovně dojde k závěru, že zadavatel pochybil při určení částky a způsobu aktivace smluvní pokuty a shledá ji excesivní a diskriminační vůči drobným dodavatelům, což ve svém výsledku může vést až k omezení soutěžního prostředí, pak je povinen znovu přezkoumatelným způsobem odůvodnit, proč má za to, že je smluvní pokuta excesivně vysoká, a to ve vztahu k možnému riziku vzniku škody na straně zadavatele, kterou má reparovat. Svůj závěr může Úřad podpořit dalšími skutečnostmi, které potvrdí či vyvrátí hypotetickou možnost vzniku finančních ztrát způsobených krácením (ztrátou) dotace, což dá prostor pro možnost porovnání takto dovozené hodnoty s vyšší smluvní pokuty. Naopak je třeba, aby se Úřad

napříště vyvaroval jakékoliv komparace výše smluvní pokuty s částkou představující předpokládanou hodnotu, neboť tyto dvě veličiny jsou vzájemně neporovnatelné, jak je v podrobnostech rozebráno výše.

30. Jelikož jsem přezkoumávané rozhodnutí shledal nesprávným, nezákonným a nepřezkoumatelným, a to z toho důvodu, že jím Úřad konstatoval spáchání správního deliktu zadavatelem na základě svých mylných úvah, nemajících oporu v objektivním srovnání hodnot, které by mohly vypovídat o hypotetické excesivnosti posuzované smluvní pokuty, přistoupil jsem v rámci zkráceného přezkumného řízení k jeho zrušení v celém rozsahu a vrácení věci Úřadu k dalšímu řízení podle § 97 odst. 3 správního řádu. Nutno dodat, že výrok II. přezkoumávaného rozhodnutí je závislý na výroku I. přezkoumávaného rozhodnutí, neboť výrokem II. přezkoumávaného rozhodnutí byla zadavateli za spáchání správního deliktu konstatovaného ve výroku I. přezkoumávaného rozhodnutí uložena sankce. S ohledem na skutečnost, že výrok II. přezkoumávaného rozhodnutí je výrokem o trestu, který nemůže stát samostatně a je závislý na výroku o vině, byly splněny podmínky pro zrušení přezkoumávaného rozhodnutí i v tomto výroku. Proto jsem přistoupil ke zrušení přezkoumávaného rozhodnutí i ve výroku II. a k vrácení věci Úřadu k dalšímu řízení. Dodávám, že jsem přistoupil ke zrušení a vrácení věci Úřadu k dalšímu řízení podle § 97 odst. 3 zákona z toho důvodu, že mnou eventuálně provedenou změnou by došlo ke změně ve vymezení sankcionovaného jednání zadavatele, nikoli pouze k jeho upřesnění.
31. Při novém projednání věci Úřad v odůvodnění nově vydaného meritorního rozhodnutí uvede způsobem podle § 68 odst. 3 správního řádu důvody výroku nebo výroků rozhodnutí, podklady pro jeho vydání, úvahy, kterými se (v mezích závazného právního názoru předestřené v textu tohoto rozhodnutí) řídil při jejich hodnocení a při výkladu právních předpisů.

Závěr

32. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že přezkoumávané rozhodnutí není v souladu s právními předpisy, jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro zrušení přezkoumávaného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k dalšímu řízení.
33. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem shledal důvody, pro které je nutno přezkoumávané rozhodnutí zrušit a věc vrátit Úřadu k dalšímu posouzení, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí vydaného v přezkumném řízení uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Odboru druhostupňového rozhodování VZ, tř. Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek podle § 85 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů. Podle § 117c odst. 1 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů se rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu činí v elektronické podobě podepsané uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

Obec Jílovice, 373 32 Jílovice 170

Vypraveno dne:

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