



UOHSX003L723

## PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R36/2011/VZ-8103/2011/310/EKu

V Brně dne: 24. května 2011

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 11. 2. 2011 podaném zadavatelem –

- městem **Domažlice**, IČ 00253316, se sídlem Náměstí Míru 1, 344 20 Domažlice, zastoupeným Ing. Miroslavem Machem, starostou, ve správním řízení zast. JUDr. Tomášem Nevečeřalem, advokátem se sídlem AK Janstová, Smetana & Nevečeřal, se sídlem Římská 104/14, 120 00 Praha,

proti výroku VI. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S326/2010/VZ-16828/2010/520/EMa ze dne 25. 1. 2011 ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – města Domažlice, IČ 00253316, se sídlem Náměstí Míru 1, 344 20 Domažlice, při zadávání nadlimitní veřejné zakázky s názvem „**Cisternová automobilová stříkačka**“, zadávané v otevřeném řízení podle § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jehož oznámení bylo v informačním systému uveřejněno dne 30. 3. 2010 pod evidenčním číslem 60043348 a opraveno dne 24. 5. 2010, jehož dalšími účastníky jsou navrhovatel –

- společnost **SPS – VKP, s. r. o.**, IČ 15053920, se sídlem Tovární 123, 538 21 Slatiňany, za niž jedná Ing. Jaroslav Košťál, jednatel, a vybraný uchazeč –
- společnost **RS Truck, s. r. o.**, IČ 26271427, se sídlem Moravní 1636, 765 02 Otrokovice, za niž jedná MUDr. Václav Kotačka, jednatel,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, s přihlédnutím k ustanovení § 90 odst. 1 písm. c) a § 152 odst. 4 téhož zákona rozhodl takto:

Výrok VI. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S326/2010/VZ-16828/2010/520/EMa ze dne 25. 1. 2011

### m ě n í m

takto:

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku V. tohoto rozhodnutí se zadavateli – městu Domažlice, IČ 00253316, se sídlem Náměstí Míru 1, 344 20 Domažlice, ukládá podle § 120 odst. 2 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **pokuta ve výši 150 000 Kč (slovy: sto padesát tisíc korun českých)**. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

## ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – město Domažlice, IČ 00253316, se sídlem Náměstí Míru 1, 344 20 Domažlice (dále jen „zadavatel“), uveřejnil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), v informačním systému dne 30. 3. 2010 pod evidenčním číslem 60043348 (opraveno dne 24. 5. 2010) oznámení otevřeného řízení podle § 27 zákona za účelem zadání nadlimitní veřejné zakázky s názvem „Cisternová automobilová stříkačka“. Pozn.: pokud je dále v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění platné v době provedení úkonu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“ nebo „orgán dohledu“) nebo v době provedení úkonů jednotlivých účastníků řízení.
2. Úřad obdržel dne 26. 8. 2010 návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele od společnosti SPS – VKP, s. r. o., IČ 1505 3920, se sídlem Tovární 123, 538 21 Slatiňany (dále jen „navrhovatel“), neboť zadavatel nevyhověl jeho námitkám podaným proti vyloučení ze zadávacího řízení. Důvodem vyloučení měla být nejasnost nabídky navrhovatele, která obsahovala certifikát s jinými parametry vozu, než zadavatel požadoval, a která nebyla zhojena ani na základě žádosti o písemné vysvětlení nabídky. K uvedenému dni tedy Úřad oznámil zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, za jehož účastníky označil zadavatele, navrhovatele a uchazeče, jehož nabídka byla vybrána jako nejvhodnější – společnost RS Truck, s. r. o., IČ 26271427, se sídlem Moravní 1636, 765 02 Otrokovice (dále jen „vybraný uchazeč“).
3. Navrhovatel v podaném návrhu uvedl, že změna objemu nádrže cisternové automobilové stříkačky (dále též jen „CAS“) nemá vliv na konstrukci nástavby a objem cisterny nemůže být spojován s typem. Zadavatel požadoval dodávku CAS 20 s objemem nádrže na vodu 3 000 až 4 000 litrů, přičemž v nabídce navrhovatele byla obsažena CAS 20 s objemem 3 500 litrů a předložený certifikát byl na typ CAS s objemem nádrže na 5 000 litrů. Navrhovatel trval na tom, že nabízená CAS je ve všech dalších certifikovaných parametrech s předloženým certifikátem zcela v souladu, přičemž shoda byla zajištěna vydáním certifikátu pro CAS

s objemem 5 000 l. Nabízená CAS je podle zákona č. 22/1997 Sb., o technických požadavcích na výrobky a o změně a doplnění některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o technických požadavcích na výrobky“) shodná se vzorkem zkoušeného výrobku uvedeného v předloženém certifikátu a konkrétní provedení základní požadavky na výrobek nemění.

4. Zadavatel k zahájenému správnímu řízení uvedl, že na pořízení CAS je v souladu se zásadami pro poskytování účelových dotací vybraným obcím v rámci reprodukce požární techniky pro jednotky požární ochrany č. j. MV-42547-1/PO-2008 poskytována dotace Ministerstvem vnitra – generálním ředitelstvím Hasičského záchranného sboru České republiky (dále jen „MV – GŘ HZS ČR“). Z tohoto důvodu byly ze strany MV – GŘ HZS ČR pro rok 2010 vydány vzorové technické podmínky na pořízení CAS. Aby nedocházelo při nákupu k prodražování CAS jejich certifikací, byl zadavatel zavázán vybírat z již existujících, tedy certifikovaných CAS. Tento závazek byl zakomponován do technických podmínek formou požadavku na předložení ověřené kopie certifikátu na požadovaný typ CAS. Změna velikosti nádrže na vodu podle zadavatele vyvolává nutnost vytvoření nového certifikátu typu. Vzhledem k tomu, že certifikát typu výrobku neobsahuje rozměrové tolerance pro velikost nádrží na vodu, byl velikostní požadavek na nádrže na vodu CAS v technických podmínkách volen rozsahem od 3 000 do 4 000 litrů. Nabízená CAS se od certifikovaného typu liší i v jiných parametrech, např. ve velikosti nádrže na pěnidlo, v celkové hmotnosti a měrném výkonu. V důsledku odlišného typu podvozku lze navíc předpokládat další rozdíly, např. velikost nájezdových úhlů a světlych výšek podvozku. Zadavatel má za to, že navrhovatel měl předložit ve svojí nabídce nový certifikát na nabízenou CAS nebo měl předložit prohlášení o shodě se stávajícím certifikátem. Navrhovatel však nový certifikát ani prohlášení o shodě nepředložil a zadavatel se nespokojil s předložením shora uvedeného certifikátu pro CAS s objemem 5 000 l.
5. V oznámení o zahájení správního řízení Úřad uvedl, že z předložené dokumentace o veřejné zakázce a z informačního systému o veřejných zakázkách zjistil mj. nad rámec návrhu následující skutečnosti. V řádném ani opravném oznámení o zakázce nejsou v příloze B, která je mj. určena pro uvedení údajů o uveřejnění veřejné zakázky v Úředním věstníku EU uvedeny žádné údaje. Vzhledem k tomu, že v § 120 odst. 1 písm. b) zákona je uvedeno, že se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nesplní povinnost uveřejnění stanovenou tímto zákonem, nebo ji splní v rozporu s § 146 nebo § 147 zákona, Úřad zadavatele poučil, že správní řízení je vedeno rovněž ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona. Úřad dále zadavatele informoval, že ve správním řízení s obdobným předmětem plnění veřejné zakázky byl vyzván Technický ústav požární ochrany (dále jen „TÚPO“), k vyjádření a jeho závěry budou rovněž podkladem rozhodnutí.
6. Dne 6. 12. 2010 obdržel Úřad podání navrhovatele, jehož obsahem bylo zpětvzetí podaného návrhu na zahájení správního řízení.

## II. Napadené rozhodnutí

7. Dne 25. 1. 2011 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S326/2010/VZ-16828/2010/520/EMa (dále jen „napadené rozhodnutí“), jehož prvním výrokem rozhodl, že se správní řízení ve věci

návrhu navrhovatele podle § 66 odst. 1 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), zastavuje, neboť navrhovatel vzal svoji žádost zpět, druhým výrokem rozhodl, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 40 odst. 6 zákona, když provedl úpravu v uveřejněném oznámení o zakázce týkající se ekonomických a finančních předpokladů a technických kvalifikačních předpokladů, aniž přiměřeně prodloužil lhůtu pro podání nabídek, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, za což jako opatření k nápravě výrokem III. zrušil zadávací řízení a výrokem IV. zadavateli uložil povinnost uhradit náklady správního řízení podle § 119 odst. 2 zákona ve výši 30 000 Kč, a dále jehož výrokem V. rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 146 odst. 1 písm. b) zákona, když neuveřejnil oznámení o zahájení zadávacího řízení v Úředním věstníku EU, za což mu Úřad výrokem VI. uložil pokutu ve výši 200 000 Kč, splatnou do dvou měsíců od nabytí právní moci rozhodnutí.

8. Orgán dohledu v odůvodnění napadeného rozhodnutí nejprve zmínil, že navrhovatel vzal svůj návrh (resp. žádost) zpět. Podle § 66 odst. 1 písm. a) správního řádu tedy Úřad správní řízení ve věci návrhu zastavil. S odkazem na zásadu procesní ekonomie upravenou v § 6 správního řádu, podle níž správní orgán postupuje tak, aby nikomu nevznikaly zbytečné náklady a aby dotčené osoby zatěžoval co nejméně, posoudil Úřad z moci úřední rovněž skutečnosti, které v podaném návrhu nebyly uplatněny, a se kterými účastníky řízení seznámil v oznámení o zahájení správního řízení.
9. Co se týče opravy učiněné v informačním systému o veřejných zakázkách, uvedl Úřad s odkazem na § 39 odst. 3 a 5, § 40 odst. 2 a 6 a § 147 odst. 8 zákona, že zadavatel v oznámení o zakázce v oddíle III.2.2) „Ekonomická a finanční způsobilost“, uvedl, že uchazeči splní kvalifikační předpoklad, pokud předloží mj. formou prohlášení údaje o dosaženém celkovém ročním obratu a ročním obchodním obratu dosaženém za dodávky obdobného charakteru za předchozí 3 účetní období, přičemž uchazeč splňuje toto kritérium, pokud dosáhl minimálního obchodního obratu 100 mil. Kč za každý tento rok z prodeje požární techniky; uchazeči splní kvalifikační předpoklad, pokud předloží seznam významných dodávek realizovaných dodavatelem v posledních třech letech, a to min. 10 ks CAS ročně. V opravném oznámení o zakázce v oddíle III.2.2) „Ekonomická a finanční způsobilost“ zadavatel uvedl, že uchazeči splní kvalifikační předpoklad, pokud předloží mj. formou prohlášení údaje o dosaženém celkovém ročním obratu a ročním obchodním obratu dosaženém za dodávky obdobného charakteru za předchozí 3 účetní období, přičemž uchazeč splňuje toto kritérium, pokud dosáhl minimálního obchodního obratu 70 mil. Kč za každý tento rok z prodeje požární techniky; uchazeči splní kvalifikační předpoklad, pokud předloží seznam významných dodávek realizovaných dodavatelem v posledních třech letech, a to min. 8 ks CAS ročně. Na podkladě námitek vznesené jedním z dodavatelů oznámil zadavatel těm dodavatelům, kteří požádali o zaslání zadávací dokumentace, že lhůta pro doručení nabídek se prodlužuje do 31. 5. 2010 do 10.00 hod. Úřad se neztotožnil s názorem zadavatele, že vzhledem k omezenému okruhu potenciálních dodavatelů nemohlo mít neprodloužení lhůty vliv na výběr nejvhodnější nabídky, neboť zadavatelem provedenou změnou v oznámení o zakázce došlo k ulehčení způsobu prokázání kvalifikace, což mohlo

vést ke změně okruhu dodavatelů (i z Evropy), kteří by byli schopni prokázat splnění uvedeného ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu a technického kvalifikačního předpokladu. Tím, že zadavatel přiměřeně neprodloužil lhůtu pro podání nabídek a rovněž lhůta pro zaslání žádostí o dokumentaci byla oproti původním podmínkám zkrácena, resp. uvedené lhůty nebyly prodlouženy vůbec, mohl omezit okruh potenciálních dodavatelů, kteří by byli schopni podat nabídku. To, že postup zadavatele mohl mít vliv na potenciální okruh dodavatelů, resp. vliv na výběr nejvhodnější nabídky je nutné posuzovat i ve vztahu k neuveřejnění informací o zahájení zadávacího řízení v Úředním věstníku EU. Výše popsané jednání zadavatele nemůže zhojit ani zaslání oznámení o prodloužení lhůty dodavatelům, kteří původně požádali o zaslání zadávací dokumentace, neboť zadavatel nemůže automaticky předpokládat, že okruh dodavatelů schopných plnit předmět veřejné zakázky se rekrutuje pouze z dodavatelů, kteří si již požádali o zadávací dokumentaci, neboť právě původně přísnější nastavení kvalifikačních podmínek mohlo některé potenciální zájemce při prvotním úmyslu ucházet se o veřejnou zakázku odradit. K postupu zadavatelů, kteří mění, resp. upravují podmínky zadávacího řízení v průběhu zadávacího procesu se vyslovil Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 12. 5. 2008, č. j. 5 Afs 131/2007-131, který lze analogicky vztáhnout na šetřený případ. Tím, že zadavatel provedl úpravy v uveřejněném oznámení o zakázce, aniž by přiměřeně prodloužil lhůtu pro podání nabídek, nedodržel postup pro zadání veřejné zakázky stanovený v § 40 odst. 6 zákona, přičemž tímto postupem mohl omezit kruh dodavatelů, kteří mohli podat nabídku. Vzhledem k tomu, že zadavatel závažně pochybil již při stanovení podmínek zadání, musel Úřad zadávací řízení zrušit podle § 118 odst. 1 zákona.

10. V další části odůvodnění napadeného rozhodnutí se Úřad zaměřil na zadavatelem nesplněnou povinnost uveřejnit oznámení o zahájení zadávacího řízení v Úředním věstníku EU. Zadavatel ve svém vyjádření k zahájenému správnímu řízení uvedl, že ve formuláři oznámení o zakázce byla příslušná kolonka „Úřední věstník EU“ zaškrtnuta, a tedy že zadavatel požadoval zveřejnění i v tomto věstníku. S tvrzením zadavatele se však nelze s ohledem na údaje vyplývající z objednávky k uveřejnění informací obsažené v dokumentaci o veřejné zakázce ztotožnit, neboť zadavatel nepožadoval odeslat formulář do Úředního věstníku EU, i když zároveň uvedl, že se jedná o povinné uveřejnění v Úředním věstníku EU. Zadavatel tak neuveřejnil oznámení o zahájení zadávacího řízení v Úředním věstníku EU, ačkoliv mu tuto povinnost explicitně ukládá ustanovení § 146 odst. 1 písm. b) zákona, a mohl tak omezit okruh potenciálních dodavatelů, kteří se mohli ucházet o veřejnou zakázku a případně nabídnout výhodnější plnění pro zadavatele. Neuveřejněním informací o zahájení zadávacího řízení v Úředním věstníku EU zadavatel porušil postup stanovený v § 146 odst. 1 písm. b) zákona, a proto Úřad nemohl postupovat jinak, než konstatovat, že se dopustil spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona. Postup zadavatele mohl vést k zúžení okruhu potenciálních dodavatelů, a mohl tedy ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a nebyl dostatečně transparentní. Mohl omezit konkurenční prostředí, jehož zachování je základním atributem hospodářské soutěže a zároveň předpokladem dosažení efektivního vynakládání veřejných prostředků. Nelze vyloučit, že by zadavatel v případě uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení v Úředním věstníku EU obdržel vyšší počet nabídek. Za správní delikt se podle § 120 odst. 2 písm. b) zákona uloží pokuta do 10 000 000 Kč, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. b), e), f) nebo g). Kromě ekonomické situace

zadavatele přihlédl Úřad při uložení pokuty ke způsobu spáchání správního deliktu a okolnostem, za nichž byl spáchán, tj. zejména ke skutečnosti, že zadavatel ve formuláři k odeslání oznámení o zahájení zadávacího řízení nezaškrtl příslušnou kolonku k odeslání formuláře i do Úředního věstníku EU, přičemž v totožném formuláři uvedl, že se jedná o povinné uveřejnění v Úředním věstníku EU. Z výše uvedeného vyplývá, že k samotnému spáchání správního deliktu mohlo dojít administrativní nepozorností, a tuto okolnost vzal Úřad v úvahu jako polehčující. Úřad zároveň zohlednil skutečnost, že zadavatel nebyl veden úmyslem se zadání veřejné zakázky podle zákona zcela vyhnout, zároveň však vzhledem k nutnosti naplnění sankčních účinků, zejména předcházení budoucího porušování zákona, nelze zcela minimalizovat výši sankčního postihu. Pokuta ve výši 200 000 Kč byla uložena na samé dolní hranici zákonné sazby tak, aby plnila především funkci preventivní.

### III. Námitky rozkladu

11. Zadavatel v rozkladu podaném proti výroku VI. napadeného rozhodnutí předně uvádí, že z jeho strany skutečně došlo k naplnění skutkové podstaty správního deliktu tím, že ve formuláři k oznámení o zahájení zadávacího řízení k zakázce nezaškrtl kolonku k odeslání oznámení i do Úředního věstníku EU. Jednalo se však o pochybení z administrativní nepozornosti, a nikoli o úmysl omezit okruh potenciálních uchazečů či zastírat, že se jedná o nadlimitní veřejnou zakázku. Zadavatel v této souvislosti poukazuje i na nedostatek informačního systému, který dovoluje, aby na jednu stranu byla zvolena možnost povinného zveřejnění v Úředním věstníku EU, a zároveň bylo možné zvolit variantu neodeslání formuláře do něj. Zadavatel se proto domnívá, že uložená pokuta je nepřiměřeně vysoká, a to i při zohlednění potenciálních následků, tj. možnosti obdržet i další nabídky uchazečů. Dle jeho tvrzení se jednalo o zavinění ve formě nedbalosti nevědomé, tedy o jeho nejméně závažnou formu. Úřad sice v odůvodnění svého rozhodnutí akcentuje preventivní funkci uložené sankce, nicméně výše, v níž tuto sankci vyměřil, naplňuje spíše funkci represivní a nezohledňuje zásadu proporcionality, podle níž má veřejná správa volit ty prostředky, které adresáty právních norem zatěžují co nejméně a ještě vedou k věcně správnému výsledku. Za těchto okolností se zadavatel domnívá, že finanční ztráta, kterou utrpěl zrušením zadávacího řízení, je dostatečně způsobitelná naplnit preventivní účinek sankce, a není proto třeba, aby Úřad současně ukládal i sankci ve formě pokuty. K výši sankce, resp. k její potenciálnímu likvidačnímu účinku na hospodaření zadavatele, zadavatel kromě toho uvádí, že při posuzování skutečné výše příjmů je nutné posuzovat příjmy subjektu po konsolidaci, jíž se rozumí převody mezi jednotlivými účty subjektu. Ve výkazu FIN-2-12M ke dni 31. 12. 2010 činí příjmy zadavatele po konsolidaci částku 459 011 772 Kč, což je částka o 35 % nižší, než z jaké ve své úvaze o výši sankce vycházel Úřad. Zadavatel se proto domnívá, že Úřad vycházel z prokazatelně nesprávných skutkových okolností, přičemž tato skutečnost mohla mít vliv na jeho rozhodnutí ve věci samé. Úřad navíc v obdobných případech, tj. v případě porušení povinnosti uveřejnit oznámení o zahájení zadávacího řízení v Úředním věstníku EU, ukládal sankce několikanásobně nižší (např. v rozhodnutí ze dne 21. 10. 2008, č. j. S174/2008/VZ15035/2008/530/JW, rozhodnutí ze dne 14. 5. 2010, č. j. ÚOHS-S322/2009/VZ-1659/2010/540/VKu, nebo v rozhodnutí ze dne 9. 6. 2008, č. j. S109/2008/VZ-09849/2008/510/če). Zadavatel dále odkazuje na zásady činnosti správních orgánů, jež se vztahují na řízení před Úřadem, a to na zásadu legitimního očekávání (§ 2 odst. 4 správního

řádu), jež požaduje, aby při rozhodování skutkově shodných nebo podobných případů nevznikaly nedůvodné rozdíly. Vzhledem ke způsobu spáchání správního deliktu (nezaškrtnutí příslušného políčka ve formuláři, jeho následkem bylo neuveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení v Úředním věstníku Evropské unie) se jednotlivé případy mohou vzájemně odlišovat především rozsahem způsobených následků nebo okolnostmi případu a pokuta by neměla být v nápadném nepoměru k závažnosti následků a významu předmětu řízení. Zadavatel je přesvědčen, že Úřad neuvedl skutečnosti, které by zakládaly rozdíl mezi případy, v nichž za delikt obdobný, anebo dokonce závažnější, byly uloženy sankce násobně nižší. Jakkoliv si je zadavatel vědom skutečnosti, že předpokládaná hodnota veřejná zakázka není jediným parametrem srovnání, je přesvědčen, že mezi její výší a závažností deliktu je dán vztah přímé úměry. V posuzovaném případě činila předpokládaná hodnota veřejné zakázky 6 mil. Kč. Výše uložené sankce činí 3,3 procentního bodu k poměru k předpokládané hodnotě, což je vzhledem k dosavadní rozhodovací činnosti Úřadu poměr nepřiměřeně vysoký. Zadavatel proto navrhuje, aby předseda Úřadu zrušil výrok VI. napadeného rozhodnutí.

#### **IV. Řízení o rozkladu**

12. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 správního řádu a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.
13. 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 podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
14. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S326/2010/VZ-16828/2010/520/EMa ze dne 25. 1. 2011 ve výroku VI. rozhodl podle ust. § 120 odst. 2 písm. b) zákona o uložení pokuty za spáchání správního deliktu, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Pokud však jde o konkrétní výši pokuty, která byla napadeným výrokem rozhodnutí za správní delikt uložena, dospěl jsem k pochybnostem, zda lze tuto považovat za přiměřenou závažnosti správního deliktu, zejména způsobu jeho spáchání a jeho následkům a okolnostem, za nichž byl spáchán. Z uvedeného důvodu jsem přistoupil ke změně výroku VI. napadeného rozhodnutí, neboť současná právní úprava obsažená ve správním řádu dovoluje napadené rozhodnutí změnit, pokud se tím plně vyhoví všem rozkladům a jestliže tím nemůže být způsobena újma žádnému z účastníků řízení, ledaže s tím všichni, jichž se to týká, vyslovili souhlas. Obě tyto podmínky považuji za splněné, neboť navrhovatel, na podkladě jehož návrhu bylo správní řízení zahájeno, vzal v průběhu správního řízení svou žádost zpět, čímž dal najevo, že na výsledku správního řízení již není zainteresován.

#### **V. K námitkám rozkladu**

15. K otázce odpovědnosti zadavatele uvádím, že zadavatel v podaném rozkladu sice napadá pouze výši uložené pokuty uložené mu za spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1

písm. b) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 146 odst. 1 písm. b) zákona (tj. výrok VI. napadeného rozhodnutí), nicméně s ohledem na provázanost závěrů výroků napadeného rozhodnutí o sankci je nutné se alespoň ve stručnosti vyjádřit i k otázce odpovědnosti za spáchání výše uvedeného správního deliktu.

16. Jakkoli není pochyb o tom, že zadavatel nebyl veden přímým či nepřímým úmyslem vyhnout se zveřejnění oznámení o zakázce v Úředním věstníku EU, a tím omezit okruh potenciálních uchazečů i z dalších států EU, povinnost zveřejnit oznámení o nadlimitní veřejné zakázce také v Úředním věstníku EU je ustanovením § 146 odst. 1 písm. b) zákona výslovně dána a nelze ji prominout právě proto, že její nesplnění může zúžit okruh potenciálních dodavatelů, kteří by se jinak mohli ucházet o veřejnou zakázku a případně nabídnout výhodnější plnění pro zadavatele, a tedy toto opomenutí je potenciálně schopno narušit soutěž o veřejnou zakázku a zvýhodnit některé dodavatele před jinými. Úřad proto skutečně nemohl postupovat jinak, než konstatovat, že se zadavatel dopustil spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona, jak je uvedeno ve výroku V. tohoto rozhodnutí, a uložit za toto porušení zákona sankci podle § 120 odst. 2 písm. b) zákona.
17. K výši sankce potom konstatuji, že jakkoli není pochyb o odpovědnosti zadavatele za spáchání výše uvedeného správního deliktu, přistoupil jsem ke změně výroku VI. napadeného rozhodnutí a uloženou pokutu jsem přiměřeně snížil. Byť správní orgán prvního stupně pokutu uložil v rámci zákonného rozpětí, při správní úvaze dostatečně přihlédl k závažnosti správního deliktu a k jeho následkům a okolnostem, za nichž byl spáchán (§ 121 odst. 2 zákona), k relevantním polehčujícím okolnostem a k míře přiměřenosti výše uložené pokuty k ekonomické situaci zadavatele, nedostatečně zohlednil, že zrušení zadávacího řízení výrokem III. napadeného rozhodnutí z důvodu porušení jiného ustanovení zákona zadavatelem (konkrétně § 40 odst. 6 zákona) je schopno účinně zhojit negativní důsledky neuveřejnění veřejné zakázky v Úředním věstníku EU a do budoucna znovu vyloučeným potenciálním dodavatelům otevřít možnost se o veřejnou zakázku nebo její část ucházet.
18. Stejně jako orgán dohledu jsem vzal v úvahu, že zadavatel nebyl veden úmyslem obejít kogentní ustanovení zákona a vyloučit soutěž o veřejnou zakázku v rámci Evropské unie, ale že k jeho pochybení došlo pravděpodobně v důsledku prostého administrativního opomenutí při vyplňování elektronického formuláře. Ve shodě s napadeným rozhodnutím jsem přihlédl i k nálezu Ústavního soudu č. 405 uveřejněnému ve Sbírce zákonů, částka 142/2002 Sb., podle něhož je v případě ukládání pokut vyloučen takový zásah do majetku, v důsledku kterého by byla „zničena“ majetková základna pro další podnikatelskou činnost. Nemám, stejně jako orgán dohledu, zato, že by uložení pokuty mohlo samo o sobě vést k likvidaci zadavatele, neboť orgán dohledu vzal při posouzení ekonomické situace zadavatele v úvahu nejen částku na straně příjmů ve výši 711 mil. Kč, ale rovněž skutečné plnění rozpočtu zadavatele k 31. 10. 2010 ve výši cca 360 mil. Kč. Pokud se výše uložené pokuty pohybuje v řádech desítek až stovek tisíců korun, nelze považovat uloženou pokutu v uvedené výši za likvidační a nic na tom nemění ani skutečnost, že skutečné příjmy zadavatele činily po konsolidaci účtů podle údajů v rozkladu 459 011 772 Kč. Současně dodávám, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky s ohledem na konstrukci ustanovení § 120 odst. 2 písm. b) zákona není a ani nemůže být rozhodujícím prvkem v procesu posuzování okolností



spáchání správního deliktu, na rozdíl od pokut ukládaných podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona. Skutečnosti, ke kterým lze při ukládání sankce přihlídnout, jsou vyjmenovány v § 121 odst. 2 zákona, a je pro ně typická úzká vazba na konkrétní případ a jeho okolnosti; právě z tohoto důvodu je sporná rozkladová argumentace dřívější rozhodovací praxí Úřadu a zejména vztahem uložených pokut a předpokládaných hodnot veřejných zakázek.

19. Jak již bylo nicméně výše nastíněno, přihlédl jsem ke skutečnosti, že zadávací řízení bylo jako celek zrušeno, neboť smlouva na realizaci veřejné zakázky dosud nebyla uzavřena, a tudíž je otevřena cesta k vyhlášení nového zadávacího řízení, ve kterém bude dána zadavateli příležitost vyvarovat se chyb při jeho uveřejnění a potenciálním dodavatelům (včetně těch, kteří působí v rámci Evropské unie) nová možnost se o veřejnou zakázku ucházet. Veden touto stěžejní myšlenkou jsem přesvědčen, že preventivní funkci může v tomto konkrétním případě plnit i pokuta nižší. V rámci volné úvahy a s přihlédnutím k námitkám zadavatele vzneseným v rozkladu jsem proto výši uložené pokuty poměrně snížil na 150 000 Kč.

#### **VI. Závěr**

20. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že pokuta uložená napadeným rozhodnutím byla nepřiměřeně vysoká, jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro změnu výroku VI. napadeného rozhodnutí a pro snížení uložené pokuty.
21. Vzhledem k výše uvedenému jsem rozhodl tak, jak je ve výroku uvedeno.

### **POUČENÍ**

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 správního řádu dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
předseda  
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

#### **Obdrží:**

1. JUDr. Tomáš Nevečeřal, advokát, Římská 104/14, 120 00 Praha
2. SPS – VKP, s. r. o., Tovární 123, 538 21 Slatiňany
3. RS Truck, s. r. o., Moravní 1636, 765 02 Otrokovice

#### **Vypraveno dne:**

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