



UOHSX008L8K1

## PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R423/2015/VZ-47973/2016/323/PMo

Brno 5. prosince 2016

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 14. 12. 2015, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, zadavatelem –

- **Ředitelství silnic a dálnic ČR**, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4,

proti výrokům V. a VI. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0633,0634,0635,0636,0637/2015/VZ-41492/2015/532/MOn ze dne 27. 11. 2015,

vydanému ve věci možného spáchání správních deliktů dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, výše uvedeným zadavatelem při zadávání

- veřejné zakázky s názvem „**D5 Obnova protismykových vlastností na vozovce s CBK- km 88 až 151**“ na základě výzvy ze dne 13. 11. 2014 k podání nabídky na veřejnou zakázku malého rozsahu, na jejíž plnění byla dne 22. 12. 2014 uzavřena smlouva se společností Silverton s.r.o., IČO 24283410, se sídlem Za zastávkou 373, 109 00 Praha 10,
- veřejné zakázky s názvem „**Čištění povrchů vozovek a obnova PVV u vybraných silničních a dálničních tunelů**“ na základě výzvy ze dne 9. 4. 2015 k podání nabídky na veřejnou zakázku malého rozsahu, na jejíž plnění byla dne 18. 6. 2015 uzavřena smlouva se společností COLAS CZ, a.s., IČO 26177005, se sídlem Ke Klíčovu 9, 190 00 Praha 9,

- veřejné zakázky s názvem „**D1 Obnova protismykových vlastností – CBK 2015 na D1 v km 341,500 – 370,500**“ na základě výzvy ze dne 6. 3. 2015 k podání nabídky na veřejnou zakázku malého rozsahu, na jejíž plnění byla dne 9. 4. 2015 uzavřena smlouva se společností Značky Morava, a.s., IČO 25865871, se sídlem Čsl. Armády 1112/27a, 794 01 Krnov,
- veřejné zakázky s názvem „**R35 Obnova protismykových vlastností vozovky s CB krytem**“ na základě výzvy ze dne 2. 10. 2014 k podání nabídky na veřejnou zakázku malého rozsahu, na jejíž plnění byla dne 4. 11. 2014 uzavřena smlouva se společností Značky Morava, a.s., IČO 25865871, se sídlem Čsl. armády 1112/27a, 794 01 Krnov, a dále
- veřejných zakázek s názvem „**R1 Obnova protismykových vlastností vozovek a čištění povrchů vozovek silničních tunelů Lochkov a Cholupice na SOKP**“ zadávaná na základě výzvy ze dne 25. 11. 2014 k podání nabídky na veřejnou zakázku malého rozsahu, na jejíž plnění byla dne 15. 12. 2014 uzavřena smlouva se společností Silverton s.r.o., IČO 24283410, se sídlem Za zastávkou 373, 109 00 Praha 10, ve znění dodatku č. 1 ze dne 4. 5. 2015, a
- „**R1 Zajištění čištění povrchů vozovek a obnovy protismykových vlastností vozovek v tunelu Lochkov**“ zadávaná jako veřejná zakázka malého rozsahu, na jejíž plnění byla dne 29. 12. 2014 uzavřena smlouva se společností ELTODO, a.s., IČO 45274517, se sídlem Novodvorská 1010/14, 142 01 Praha 4,

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

Výroky V. a VI. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0633,0634,0635,0636,0637/2015/VZ-41492/2015/532/MOn ze dne 27. 11. 2015

**p o t v r z u j i**

a podaný rozklad

**z a m í t á m.**

## **ODŮVODNĚNÍ**

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) obdržel dne 27. 3. 2015 podnět k přezkoumání úkonů zadavatele – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4 (dále jen „**zadavatel**“), učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „D5 Obnova protismykových vlastností na vozovce s CBK- km 88 až 151“

na základě výzvy ze dne 13. 11. 2014 k podání nabídky na veřejnou zakázku malého rozsahu, na jejíž plnění byla dne 22. 12. 2014 uzavřena smlouva se společností Silverton s.r.o., IČO 24283410, se sídlem Za zastávkou 373, 109 00 Praha 10, veřejné zakázky s názvem „Čištění povrchů vozovek a obnova PVV u vybraných silničních a dálničních tunelů“ na základě výzvy ze dne 9. 4. 2015 k podání nabídky na veřejnou zakázku malého rozsahu, na jejíž plnění byla dne 18. 6. 2015 uzavřena smlouva se společností COLAS CZ, a.s., IČO 26177005, se sídlem Ke Klíčovu 9, 190 00 Praha 9, veřejné zakázky s názvem „D1 Obnova protismykových vlastností – CBK 2015 na D1 v km 341,500 – 370,500“ na základě výzvy ze dne 6. 3. 2015 k podání nabídky na veřejnou zakázku malého rozsahu, na jejíž plnění byla dne 9. 4. 2015 uzavřena smlouva se společností Značky Morava, a.s., IČO 25865871, se sídlem Čsl. armády 1112/27a, 794 01 Krnov, veřejné zakázky s názvem „R35 Obnova protismykových vlastností vozovky s CB krytem“ na základě výzvy ze dne 2. 10. 2014 k podání nabídky na veřejnou zakázku malého rozsahu, na jejíž plnění byla dne 4. 11. 2014 uzavřena smlouva se společností Značky Morava, a.s., IČO 25865871, se sídlem Čsl. armády 1112/27a, 794 01 Krnov, a dále veřejných zakázek s názvem „R1 Obnova protismykových vlastností vozovek a čištění povrchů vozovek silničních tunelů Lochkov a Cholupice na SOKP“ zadávané na základě výzvy ze dne 25. 11. 2014 k podání nabídky na veřejnou zakázku malého rozsahu, na jejíž plnění byla dne 15. 12. 2014 uzavřena smlouva se společností Silverton s.r.o., IČO 24283410, se sídlem Za zastávkou 373, 109 00 Praha 10, ve znění dodatku č. 1 ze dne 4. 5. 2015 (dále jen „**veřejná zakázka 1**“), a „R1 Zajištění čištění povrchů vozovek a obnovy protismykových vlastností vozovek v tunelu Lochkov“ zadávané jako veřejná zakázka malého rozsahu, na jejíž plnění byla dne 29. 12. 2014 uzavřena smlouva se společností ELTODO, a.s., IČO 45274517, se sídlem Novodvorská 1010/14, 142 01 Praha 4 (dále jen „**společnost ELTODO**“ a „**veřejná zakázka 2**“).

2. Úřad si na základě podnětu vyžádal stanovisko a dokumentace o veřejných zakázkách a z tohoto materiálu získal pochybnosti o tom, zda se v případě veřejných zakázek definovaných ve výrocích I. až IV. napadeného rozhodnutí skutečně jedná o veřejné zakázky na stavební práce, a zda se tedy jedná o veřejné zakázky malého rozsahu. Ve vztahu k veřejné zakázce 1 a veřejné zakázce 2 Úřad získal pochybnosti o tom, zda plnění poptávaná v rámci těchto veřejných zakázek nejsou dílčí součástí jediné veřejné zakázky na služby, jejímž předmětem je obnova protismykových vlastností vozovek a čištění povrchů vozovek silničních tunelů Lochkov a Cholupice, a zda tedy zadavatel při zadávání těchto veřejných zakázek neporušil zákaz rozdělit předmět veřejné zakázky stanovený v § 13 odst. 3 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)<sup>1</sup>, čímž došlo ke snížení předpokládaných hodnot jednotlivých veřejných zakázek pod finanční limit stanovený v § 12 odst. 1 zákona. Dne 23. 9. 2015 pak Úřad zahájil z moci úřední jednotlivá správní řízení týkající se výše uvedených veřejných zakázek, a sice správní řízení vedená pod sp. zn. ÚOHS-S0633/2015/VZ, sp. zn. ÚOHS-S0634/2015/VZ, sp. zn. ÚOHS-S0635/2015/VZ, sp. zn. ÚOHS-S0636/2015/VZ a sp. zn. ÚOHS-S0637/2015/VZ.

<sup>1</sup> Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřených zadávacích 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.

Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0633,0634,0635,0636,0637/2015/VZ-30026/2015/532/MOn ze dne 24. 9. 2015 tato správní řízení spojil.

## II. Napadené rozhodnutí

3. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad rozhodnutí č.j. ÚOHS-S0633,0634,0635,0636,0637/2015/VZ-41492/2015/532/MOn ze dne 27. 11. 2015 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), v jehož výroku I. podle § 117a písm. d) zákona zastavil správní řízení ve vztahu k zakázce s názvem „D5 Obnova protismykových vlastností na vozovce s CBK-km 88 až 151“, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení sankce. Ve výroku II. napadeného rozhodnutí Úřad podle § 117a písm. f) zákona zastavil správní řízení ve vztahu k zakázce s názvem „Čištění povrchů vozovek a obnova PVV u vybraných silničních a dálničních tunelů“, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení sankce. Ve výroku III. napadeného rozhodnutí Úřad dle § 117a písm. f) zákona zastavil správní řízení ve vztahu k zakázce s názvem „D1 Obnova protismykových vlastností – CBK 2015 na D1 v km 341,500 – 370,500“, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení sankce. Ve výroku IV. napadeného rozhodnutí Úřad podle § 117a písm. d) zákona zastavil správní řízení ve vztahu k zakázce s názvem „R35 Obnova protismykových vlastností vozovky s CB krytem“, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení sankce. Ve výroku V. napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 13 odst. 3 zákona, když rozdělil předmět veřejné zakázky na 2 zakázky malého rozsahu, tedy na veřejnou zakázku 1 a na veřejnou zakázku 2, čímž došlo ke snížení předpokládané hodnoty pod finanční limity dle § 12 odst. 2 zákona a v důsledku toho zadavatel zakázku nezadal v některém druhu zadávacího řízení dle § 21 zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky a zadavatel již uzavřel smlouvy na realizaci těchto zakázek. Ve výroku VI. Úřad za spáchání tohoto správního deliktu uložil zadavateli pokutu ve výši 75 000 Kč.
4. V rámci odůvodnění napadeného rozhodnutí ve vztahu k rozkladem nenapadeným výrokům I. až IV. Úřad poukázal na to, že jelikož nebylo možné nade vší pochybnost prokázat, zda se jednalo o veřejné zakázky na stavební práce nebo o veřejné zakázky na služby, což je zcela stěžejní pro určení, zda byl zadavatel v souladu s předpokládanou hodnotou veřejných zakázek povinen postupovat v zadávacím řízení podle zákona či nikoliv, a rozhodl v souladu se zásadou *in dubio pro reo* o zastavení těchto částí společného správního řízení tak, jak je uvedeno ve výrocích I. až IV. napadeného rozhodnutí. Ve vztahu k výroku V. napadeného rozhodnutí Úřad v jeho odůvodnění dovodil, že záměrem zadavatele, a tedy i předmětem veřejné zakázky 1 a veřejné zakázky 2, byla od počátku, a to ve smyslu věcném, technologickém, místním i časovém, obnova protismykových vlastností vozovek a čištění povrchů vozovek silničních tunelů Lochkov a Cholupice na rychlostní komunikaci R1 s tím, že předmětné práce byly realizovány na základě záměru zadavatele v jednom místě, v časovém souběhu a jednotným technologickým postupem, který vedl k dokončení všech zadaných plnění a jejich zprovoznění k danému účelu, pročež se dle Úřadu jedná o jedinou veřejnou zakázku.
5. V souvislosti s otázkou uložení pokuty vzal Úřad při posouzení závažnosti správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona v úvahu to, že horní hranice pokuty činí částku ve výši 790 614,85 Kč. Úřad v souvislosti s určováním výše pokuty vzal v potaz to, že zadavatel zcela

zásadním způsobem omezil soutěž mezi uchazeči, neboť při zadávání veřejné zakázky postupoval postupem mimo režim zákona, ačkoliv v daném případě byl povinen zakázku zadat v zadávacím řízení. V postupu zadavatele Úřad neshledal žádné přitěžující ani polehčující okolnosti, které by zohlednil při stanovení výše pokuty.

### III. Námitky rozkladu

6. Dne 14. 12. 2015 obdržel Úřad rozklad zadavatele proti výrokům V. a VI. napadeného rozhodnutí. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 27. 11. 2015. Rozklad tedy byl podán v zákonné lhůtě.
7. Zadavatel v rozkladu v první řadě poukazuje na charakter obou veřejných zakázek a zdůvodňuje, proč šetřené veřejné zakázky je nutno považovat za veřejné zakázky na stavební práce. Zadavatel uvádí, že pro určení předmětu veřejné zakázky je stěžejní, že se jedná o stavební práce spočívající v obnově protismykových vlastností vozovky, která je prováděná metodou tryskání vysokotlakým vodním paprskem. Jedná se o vysokotlaké čištění vozovkového krytu, přičemž při použití těchto technologií dochází k částečnému narušování povrchu CB desky [pozn. předsedy Úřadu: cementobetonové desky] za účelem obnovy potřebné drsnosti povrchu vozovky. U brokování, které bylo vybráno jako technologicky nejšetrnější, došlo k částečnému obnovení makrotextury vozovky a k odbrokování jemné cementové malty, ale tím i částečně ke ztenčení CB krytu vozovky, čímž byly zajištěny požadované vyhovující protismykové vlastnosti vozovky, a tím i bezpečný provoz. Uvedený způsob čištění tak dle zadavatele zasahuje do konstrukce CB desky, čímž dochází k úpravě stavebního díla - vozovky. Zadavatel podotýká, že uvedený zásah do konstrukce vozovky nelze opakovat do nekonečna, neboť by došlo k destrukci vozovky. Uvedenou činnost tak podle zadavatele nelze postavit naroveň klasického nízkotlakého mytí či zametání vozovky mechanickými kartáči. Z výše uvedeného dle zadavatele vyplývá, že předmětné činnosti jsou specifickým způsobem obnovy povrchu vozovky a nikoli jednoduchou údržbou.
8. Následně zadavatel uvádí, že CPV kód 45233223-8 - Obnova povrchu vozovky spadá do kategorie „Výstavba dálnic a silnic, letišť a sportovních zařízení“ dle Přílohy č. 3 zákona. Zadavatel s odkazem na znění § 9 odst. 1 písm. a) zákona uvádí, že výše popsané činnosti je nutné považovat za stavební práce a stejně tak je nutné posuzovat obě veřejné zakázky.
9. Zadavatel v rozkladu namítá, že postupem Úřadu došlo k procesní újmě zadavatele, neboť v průběhu správního řízení došlo ke změně předmětu správního řízení oproti oznámení o zahájení správního řízení (dále jen „**Oznámení**“), přičemž zadavatel s touto změnou nebyl seznámen. Z Oznámení dle zadavatele vyplývá, že Úřad kvalifikoval předmět správního řízení jako zakázané rozdělení předmětu veřejné zakázky na služby, a to pod finanční limit náležití nadlimitním veřejným zakázkám na služby. Zadavateli tak není zřejmé, z čeho Úřad dovozuje, že se v daných případech jedná o veřejné zakázky na služby a nikoli o veřejné zakázky na stavební práce. Obecný odkaz na § 2 odst. 3 zákona č. 183/2006 Sb., o územním plánování a stavebním řádu (stavební zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**stavební zákon**“) a citace ze zadávacích dokumentací předmětných veřejných zakázek dle zadavatele nic nevyovídá o charakteru poptávaného plnění. Zadavatel doplňuje, že se Úřad v Oznámení nevyjádřil k samotnému charakteru předmětných plnění a omezil se pouze na opis ustanovení zákona a § 2 odst. 3 stavebního zákona. Takto koncipované Oznámení dle

zadavatele vede k nesprávnému posouzení charakteru dotčených veřejných zakázek. V tomto kontextu zadavatel odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu (dále jen „**NSS**“) sp. zn. 5 A 73/2002 ze dne 20. 11. 2003 s tím, že z Oznámení dle zadavatele není možné určit, z čeho plynou závěry Úřadu vedoucí ke konstatování, že se jednalo o veřejné zakázky na služby. Nedostatečná identifikace předmětu správního řízení tak dle zadavatele vedla k tomu, že Úřad zahájil správní řízení ve věci nezákonného rozdělení předmětu veřejné zakázky na služby (která měla být dle Úřadu nadlimitní veřejnou zakázkou), aby v napadeném rozhodnutí konstatoval, že zadavatel nezákonně rozdělil předmět veřejné zakázky na stavební práce (která měla být podlimitní veřejnou zakázkou).

10. Oznámení tak dle zadavatele neobsahuje věcně podložené zdůvodnění, proč by neměly být činnosti spočívající v obnově protismykových vlastností CB vozovky pomocí tryskání vodním paprskem nebo brakování považovány za stavební práce dle § 9 zákona, což je pro definici skutku a s tím související vymezení předmětu správního řízení zásadní. Zmíněné vymezení předmětu správního řízení jako nezákonné dělení předmětu plnění veřejné zakázky na služby pod zákonné limity (nadlimitní veřejnou zakázkou) pak Úřad v průběhu správního řízení přeformuloval na předmět správního řízení vedený ve věci nezákonného dělení předmětu plnění veřejné zakázky na stavební práce pod zákonné limity (podlimitní veřejná zakázka), aniž by se k novému vymezení předmětu správního řízení mohl zadavatel vyjádřit. Napadené rozhodnutí je tedy nezákonné, neboť ve věci konstatace spáchání správního deliktu zadavatelem neodpovídá Oznámení a zadavatel v průběhu správního řízení nebyl se změnou předmětu správního řízení seznámen.
11. Zadavatel dále zpochybňuje závěr Úřadu, že *„[n]adto byl zadavatel kdykoliv v průběhu správního řízení oprávněn nahlédnout do spisu a zjistit, jaké písemnosti a dokumenty jsou podkladem pro rozhodnutí ve správním řízení ...“*. Podle zadavatele na něj Úřad přenáší odpovědnost za obsahově nedostatečné vymezení předmětu správního řízení. Úřad byl dle zadavatele po vyjasnění otázky druhu veřejných zakázek (po obdržení vyjádření Ministerstva pro místní rozvoj) povinen původně vymezený předmět správního řízení, který po vyjasnění již neodpovídal skutečnosti, upravit, tuto úpravu oznámit zadavateli a umožnit mu se k novým skutečnostem vyjádřit. Vzhledem k tomu, že tak Úřad neučinil, je dle zadavatele napadené rozhodnutí nezákonné, neboť nebylo vydáno v řádně vymezeném správním řízení ve smyslu § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“).
12. Zadavatel dále v rozkladu poukazuje na problematiku souvislosti veřejné zakázky 1 a veřejné zakázky 2. Zadavatel v první řadě přisvědčuje Úřadu, že je dána časová a místní souvislost. Ve vztahu k věcné (funkční) souvislosti však zadavatel závěry Úřadu zpochybňuje, když uvádí, že Úřad konstatoval věcnou souvislost dotčeného plnění, aniž by zdůvodnil, zda jsou předmětem dotčených veřejných zakázek stavební práce či služby. Úřad se dle zadavatele sice přiklonil v pochybnostech ohledně charakteru plnění v jeho prospěch, na druhé straně však dovodil správní delikt zadavatele, který je založen na nedostatečně zjištěném skutkovém stavu. Podle zadavatele tak nelze učinit závěry bez jakýchkoliv pochybností, že je plnění předmětu veřejné zakázky věcně související (když věcná souvislost vychází z předmětu a charakteru plnění). Zadavatel doplňuje, že Úřad může konstatovat spáchání správního deliktu a uložit sankci za jeho spáchání pouze v případě, že byly naplněny všechny znaky skutkové podstaty správního deliktu a nelze se tak spokojit s tím, že se subjekt správního

deliktu „pravděpodobně“ dopustil. V tomto kontextu zadavatel odkazuje na rozsudek NSS sp. zn. 7 As 15/2013 ze dne 11. 7. 2013. Z napadeného rozhodnutí tedy dle zadavatele nevyplývá, že by Úřad vzal tuto trestněprávní zásadu v potaz, a proto nedostál zásadě materiální pravdy zakotvené v ustanovení § 3 správního řádu. Na základě výše uvedeného měl Úřad aplikovat zásadu *in dubio pro reo* a rozhodnout tak ve prospěch zadavatele. Zadavatel dále ve vztahu k věcné souvislosti veřejné zakázky 1 a veřejné zakázky 2 uvádí, že zde neexistuje věcná souvislost, neboť veřejná zakázka 2 nemohla být zadána jinému subjektu, než společnosti ELTODO, a to pro existenci závazku obsaženého v servisní smlouvě, podle něhož je společnost ELTODO povinna bezodkladně odstranit vážnou poruchu nebo vadu.

13. V závěrečné části rozkladu zadavatel poukazuje na to, že Úřad v souvislosti s odůvodněním výše uložené pokuty nedostál povinnosti zakotvené v § 121 odst. 2 zákona s tím, že zhodnocení závažnosti spáchání správního deliktu uvedené v napadeném rozhodnutí nehovoří o konkrétních dopadech domnělého deliktního jednání zadavatele. Zadavatel uvádí, že Úřad v napadeném rozhodnutí bez dalšího konstatoval, že neshledal polehčující okolnosti. V tomto kontextu zadavatel odkazuje na rozsudek NSS ze dne 27. 3. 2008 č. j. 4 As 51/2007-68, dle něhož *„řádné odůvodnění ukládané sankce v případě správního trestání je základním předpokladem pro přezkoumatelnost úvahy, kterou byl správní orgán při svém rozhodování veden...“*. Zadavatel odkazuje rovněž na související rozsudek NSS ze dne 30. 4. 2009 č. j. 6 As 34/2008-54 s tím, že se Úřad v napadeném rozhodnutí nevypořádal se všemi okolnostmi zakotvenými v § 121 odst. 2 zákona (zcela pominul okolnosti a způsob spáchání tvrzeného deliktu).
14. K samotné výši uložené pokuty zadavatel uvádí, že považuje výši sankce za nepřiměřenou a neodpovídající domnělému porušení zákona. Zadavatel poukazuje na povinnost zakotvenou v ustanovení § 2 odst. 4 správního řádu, a sice dbát, aby při rozhodování skutkově shodných nebo podobných případů nevznikaly nedůvodné rozdíly. Úřad dle zadavatele používá takřka identická odůvodnění výši uložených sankcí u veřejných zakázek s odlišnými předměty plnění, s odlišnými předpokládanými hodnotami i s odlišnou závažností správních deliktů, což ústí v naprosto nekonzistentní rozhodovací praxi Úřadu v oblasti ukládání pokut. Z rozhodovací praxe Úřadu tak dle zadavatele nelze vysledovat, jakými hledisky se při ukládání sankcí řídí. Samotná výše ukládaných pokut se pohybuje v nepředpokládatelné procentuální výši k maximální horní hranici pokuty, a to i u deliktů, jejichž skutková podstata, resp. povaha skutku, je obdobná. V této souvislosti se zadavatel pozastavuje nad tím, že zatímco Úřad v daném případě zadavateli uložil pokutu ve výši cca 1/10 horní hranice možné pokuty, v případě stejného deliktního jednání Úřad např. v rozhodnutí č. j. ÚOHS-S55/2015/VZ-5482/2015/531/JDo ze dne 25. 5. 2015 uložil pokutu ve výši 30 000 Kč (v tomto případě se jednalo o 6,6 % z horní hranice pokuty), přičemž odkazuje i na další rozhodnutí Úřadu. Úřad se tak podle zadavatele nevypořádal s konkrétními okolnostmi případu a v rámci polehčujících okolností nezohlednil povahu veřejné zakázky ani okolnosti zadání obou zakázek. Zadavatel doplňuje, že za situace, kdy Úřad považoval pochybení zadavatele za natolik závažné, aby mu uložil tak vysokou pokutu, měl dostatečně odůvodnit její uložení v této výši.

#### **Závěr rozkladu**

15. Na základě shora uvedených skutečností zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu výrok V. napadeného rozhodnutí zrušil a správní řízení podle § 117a písm. d) zákona zastavil, nebo aby výrok VI. napadeného rozhodnutí zrušil z důvodu nepřezkoumatelnosti, pokud shledá naplnění skutkové podstaty správního deliktu uvedeného ve výroku V. napadeného rozhodnutí, nebo aby snížil výši uložené pokuty, pokud shledá výroky V. a VI. napadeného rozhodnutí souladnými s právními předpisy.

#### **IV. Řízení o rozkladu**

16. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

#### **Stanovisko předsedy Úřadu**

17. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k závěru uvedenému ve výroku tohoto rozhodnutí, který v podrobnostech odůvodňuji níže.

#### **V. K rozsahu přezkumu v řízení o rozkladu**

18. Podle § 82 odst. 2 správního řádu musí odvolání obsahovat mimo jiné údaje o tom, proti kterému rozhodnutí směřuje a v jakém rozsahu ho napadá, přičemž v opačném případě platí, že se domáhá zrušení celého rozhodnutí.
19. Z obsahu zadavatelova rozkladu, na jehož posouzení se výše uvedené ustanovení použije podle § 152 odst. 4 správního řádu, je patrné, že rozklad zadavatele směřoval pouze proti výrokům V. a VI. napadeného rozhodnutí.
20. Toto vyplývá (i) jednak z nadpisu zadavatelova rozkladu, který zní: „*Rozklad zadavatele proti výroku V. a VI. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0633,0634,0635,0636,0637/2015/VZ-41492/2015/532/MOn ze dne 27. 11. 2015*, (ii) jednak z námitek rozkladu, které sestávají z výše uvedených tvrzení, kdy se jedná o námitky týkající se odůvodnění výroků V. a VI. napadeného rozhodnutí, a (iii) zadavatel i v petitu rozkladu požaduje, aby předseda Úřadu „*výrok V. napadeného rozhodnutí zrušil a správní řízení s odkazem na § 117a písm. d) zákona zastavil*“ a aby „*snížil výši stanovené pokuty...*“, tedy opět žádá změnu té části rozhodnutí, která je označena jako výrok VI. napadeného rozhodnutí. Na základě výše uvedeného tedy nelze mít za to, že by zadavatelův rozklad bylo objektivně možné interpretovat jinak, než že v rámci napadeného rozhodnutí brojí pouze proti jeho výrokům V. a VI.
21. Podle § 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.

22. Vzhledem k výše uvedenému je pak zřejmé, že výroky I. až IV. napadeného rozhodnutí, kterými Úřad zastavil správní řízení vedená ve vztahu k tam specifikovaným veřejným zakázkám (podle § 117a písm. d) zákona, resp. podle § 117a písm. f) zákona), nebyly rozkladem zadavatele napadeny. Za delikt specifikovaný výrokem V. jakožto výrokem o vině, Úřad uložil zadavateli pokutu výrokem VI., jakožto výrokem o trestu. Výroky I. až IV. napadeného rozhodnutí se týkají odlišných, samostatných, veřejných zakázek, které věcně nesouvisí s veřejnou zakázkou 1 a veřejnou zakázkou 2, a nejsou tak závislé na jeho výrocích V. a VI. a z tohoto pohledu tak s nimi netvoří nedílný celek. Naplněna je i další podmínka § 82 odst. 3 správního řádu neboť tím, že nenapadené výroky rozhodnutí nabudou samostatně právní moci, nemůže vzniknout újma některému z účastníků správního řízení, když účastníkem řízení je pouze zadavatel a ten svým rozkladem výslovně napadl výroky V. a VI. napadeného rozhodnutí.
23. Na základě uvedeného konstatuji, že napadené rozhodnutí, které bylo zadavateli doručeno dne 27. 11. 2015, nebylo v zákonné lhůtě napadeno rozkladem ve výrocích I. až IV. a za splnění podmínek stanovených v § 82 odst. 3 správního řádu tedy v těchto výrocích nabylo dne 13. 12. 2015 samostatně právní moci a přezkum napadeného rozhodnutí v rámci řízení o rozkladu je tedy v této části vyloučen.

#### **VI. K námitkám rozkladu**

24. V první řadě poukazuji na skutečnost, že rozklad zadavatele směřuje pouze proti výročkům V. a VI. napadeného rozhodnutí.
25. Pokud se jedná o úvodní rozkladovou argumentaci zadavatele týkající se charakteru předmětných veřejných zakázek definovaných ve výroku V. napadeného rozhodnutí, a v rámci které zdůvodňuje, proč je nutné považovat předmětné veřejné zakázky za veřejné zakázky na stavební práce, uvádím následující. V této části rozkladové argumentace pouze opakovaně konstatuje, že *„výše popsané činnosti je nutné považovat za stavební práce a stejně tak je nutné posuzovat VZ Lochkov a Cholupice a VZ Lochkov“*. Zdůrazňuji, že předmětné konstatování zadavatele je třeba označit za irelevantní. Zadavatel totiž v rámci této argumentace v ničem nerozporuje závěry Úřadu obsažené v napadeném rozhodnutí, když pouze cituje závěry Úřadu, a nejedná se tedy o námitku (ve smyslu správního řádu) směřující proti meritum věci. Zdůrazňuji, že předseda Úřadu ve smyslu ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumává soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy. Správnost napadeného rozhodnutí přezkoumává jen v rozsahu námitek uvedených v rozkladu (jinak jen tehdy, vyžaduje-li to veřejný zájem). Jak jsem již konstatoval, v případě výše uvedené argumentace zadavatele se však nejedná o námitku jako takovou, nýbrž o pouhé tvrzení zadavatele nesměřující proti závěrům obsaženým v napadeném rozhodnutí.
26. Ve vztahu ke stěžejní argumentaci zadavatele obsažené v této části rozkladu, v rámci které poukazuje na charakter obou veřejných zakázek a zdůvodňuje, proč šetřené veřejné zakázky je nutno považovat za veřejné zakázky na stavební práce s tím, že i se zřetelem na příslušné CPV kódy je třeba předmětné veřejné zakázky označit za veřejné zakázky na stavební práce,

uvádím následující. Úřad v bodě 102. odůvodnění napadeného rozhodnutí označil předmětné veřejné zakázky za zakázky na stavební práce s ohledem na to, že se mu na základě nashromážděných podkladů nepodařilo průkazným způsobem zjistit, zda se jednalo o veřejné zakázky na služby nebo o veřejné zakázky na stavební práce, jelikož právě taková interpretace je pro zadavatele příznivější. Jak Úřad správně doplnil, „[v]eřejné zakázky na stavební práce s předpokládanou hodnotou do 6 mil. Kč bez DPH jsou podle zákona zakázky malého rozsahu, které zadavatel nemusel zadávat v zadávacím řízení postupem podle zákona“. Ve vztahu k zadavatelem akcentované problematice CPV kódů dále odkazují na bod 98. odůvodnění napadeného rozhodnutí, podle něhož „CPV kód je, jak ostatně uvádí i judikatura soudů, pouze pomocným a podpůrným nástrojem pro vymezení předmětu veřejné zakázky“, viz rozsudek NSS č. j. 7 Afs 98/2012-171 ze dne 26. 9. 2013. Nadto, jak Úřad rovněž uvedl v tomto bodě odůvodnění napadeného rozhodnutí, příslušný CPV kód byl zadavatelem určen až v průběhu správního řízení. Z dokumentací vztahujících se k daným veřejným zakázkám, které měl Úřad v daném správním řízení k dispozici, totiž nebylo zřejmé, že by zadavatel příslušný CPV kód určil.

27. Pokud se jedná o argumentaci zadavatele týkající se souvislosti veřejné zakázky 1 a veřejné zakázky 2, je třeba akcentovat následující. V první řadě uvádím, že samotný zadavatel v rozkladu připouští, že je v tomto případě dána časová a místní souvislost. Zadavatel však zpochybňuje existenci věcné (funkční) souvislosti, když uvádí, že Úřad konstatoval věcnou souvislost dotčeného plnění, aniž by zdůvodnil, zda jsou předmětem dotčených veřejných zakázek stavební práce či služby. Ve vztahu k tomuto dílčímu tvrzení obsaženému v rozkladu zadavatele odkazují na výše uvedenou argumentaci, dle které je předmětný výklad uskutečněný Úřadem pro zadavatele příznivější. K tomuto výkladu Úřad správně přistoupil z toho důvodu, že se mu v průběhu správního řízení nepodařilo prokázat, že se v daném případě jedná o veřejné zakázky na služby, viz body 89. až 100. odůvodnění napadeného rozhodnutí (zakázky na stavební práce s předpokládanou hodnotou do 6 mil. Kč bez DPH jsou ve smyslu zákona zakázkami malého rozsahu). Tato skutečnost nemůže nic změnit na tom, že pro určení, zda se jedná o jedinou veřejnou zakázku či několik samostatných veřejných zakázek, je nezbytné posouzení konkrétního předmětu veřejné zakázky, resp. věcného charakteru takového plnění. Jinými slovy, rozhodující je, aby se jednalo o plnění svým charakterem totožné či obdobné, tedy plnění stejného nebo srovnatelného druhu, uskutečňované pro téhož zadavatele, jak dovedl i NSS v rozsudku č. j. 2 Afs 55/2010-173 ze dne 15. 12. 2010.
28. Jak jsem si ověřil ve spisové dokumentaci, předmětem obou veřejných zakázek byla obnova protismykových vlastností vozovek a čištění povrchů vozovek silničních tunelů. Ve smlouvě o dílo na zhotovení stavebních prací „Obnova protismykových vlastností vozovek a čištění povrchů vozovek silničních tunelů Lochkov a Cholupice na SOKP – R1“ (v rámci veřejné zakázky 1) je v článku 1.1.1 uvedeno, že předmětem zadání je realizace mj. „[č]ištění tlakovou vodou pravé (klesající) tunelové trouby, pravý (pomalý) jízdní pruh, včetně nájezdu, o celkové ploše 7252 m<sup>2</sup> tunelu Cholupice včetně obnovy protismykových vlastností vozovky tryskáním vodním paprskem“. Vedle toho ve smlouvě na zajištění čištění povrchů vozovek a obnovy protismykových vlastností vozovek v tunelu Lochkov“ (v rámci veřejné zakázky 2) je v článku 1. „Předmět technologického postupu“ (Přílohy č. 2) uvedeno, že mj. „[t]ento technologický postup je určený pro provádění drsnění povrchů komunikací pomocí technologie využívající vysokého tlaku vody (až 2 500 bar) v tryskách tryskáčích hlav umístěné

*na nadstavbě nákladního vozidla“.* Z uzavřených smluv na realizaci obou těchto veřejných zakázek, tedy veřejné zakázky 1 i veřejné zakázky 2, vyplývá, že obnova protismykových vlastností byla v obou případech identická a bude prováděna metodou tryskání vysokotlakým vodním paprskem, přičemž je zřejmé, že na plnění předmětu obou veřejných zakázek bude použit vzájemně podobný technologický postup. S ohledem na výše uvedené je proto třeba označit za nezpochybnitelný závěr Úřadu obsažený v bodě 112. odůvodnění napadeného rozhodnutí, podle něhož byly předmětné práce realizovány na základě záměru zadavatele v jednom místě, v časovém souběhu a jednotným technologickým postupem, vedoucím k dokončení všech zadaných plnění a jejich zprovoznění k danému účelu. Je tedy evidentní, že záměrem zadavatele, a tedy i předmětem veřejných zakázek definovaných ve výroku V. napadeného rozhodnutí, byla od samotného počátku obnova protismykových vlastností vozovek a čištění povrchů vozovek silničních tunelů Lochkov a Cholupice na rychlostní komunikaci R1, a to ve smyslu věcném, technologickém, místním i časovém, a proto se v daném případě jedná o jedinou veřejnou zakázku. Výše uvedená argumentace zadavatele, v rámci které zpochybňuje věcnou (technologickou) souvislost obou veřejných zakázek, tedy jako zcela nedůvodná neobstojí.

29. V tomto kontextu je třeba odmítnout i navazující rozkladovou argumentaci zadavatele, v rámci které namítá, že se v případě veřejné zakázky 2 nejednalo o běžnou údržbu, nýbrž o odstraňování následků havárie. S ohledem na relevantní okolnosti případu totiž Úřad správně zohlednil skutečnost, že se v daném případě nejednalo o krajně naléhavý případ, kdy zadavatel z časových důvodů nemohl veřejnou zakázku zadat v jiném druhu zadávacího řízení. Z podkladů, které Úřad v průběhu správního řízení nashromáždil, totiž jednoznačně vyplývá, že k mimořádné události došlo dne 13. 1. 2014, avšak smlouva na plnění veřejné zakázky byla uzavřena až dne 29. 12. 2014, tedy více než 11 měsíců od této mimořádné události, a zadavatel tudíž měl dostatečný časový prostor zadat veřejnou zakázku na odstranění následků mimořádné události v řádném zadávacím řízení, jak mu stanoví zákon, viz body 122. až 125. odůvodnění napadeného rozhodnutí.
30. Pokud se jedná o (související) rozkladovou argumentaci, v rámci které zadavatel uvádí, že Úřad dovodil správní delikt na základě nedostatečně zjištěného skutkového stavu a nedostál tak zásadě materiální pravdy podle § 3 správního řádu s tím, že konstatovat spáchání správního deliktu a uložit sankci za jeho spáchání může Úřad pouze v případě, že byly naplněny všechny znaky skutkové podstaty správního deliktu a nelze se tak spokojit s tím, že se subjekt správního deliktu „pravděpodobně“ dopustil, uvádím následující. Úřad v daném případě vycházel ze zadávacích dokumentací a příslušných smluv o dílo, uzavřených v předmětných veřejných zakázkách a rovněž ze stanoviska zadavatele učiněného v tomto správním řízení. Nadto, Úřad v napadeném rozhodnutí správně odkázal na ustálenou soudní judikaturu, z níž vyplývá, že o zadání jedné veřejné zakázky spočívající v plnění stejného nebo srovnatelného druhu se jedná, pokud spolu plnění úzce souvisejí zejména z hledisek místních, funkčních, časových nebo technologických, resp. věcných. Co do posouzení výše uvedených hledisek se zcela ztotožňují se závěry napadeného rozhodnutí. Dospěl jsem k tomu, že Úřad zejména v bodě 106. odůvodnění napadeného rozhodnutí a v bodech následujících správně a přezkoumatelně posoudil v případě plnění veřejné zakázky 1 a veřejné zakázky 2 jak hledisko místní a funkční, tak i hledisko časové a věcné a plně se vypořádal s tvrzeními zadavatele obsaženými v jeho vyjádření ze dne 9. 10. 2015. Skutečností, že mezi oběma veřejnými zakázkami existuje místní, časová i věcná souvislost,

a jedná se tudíž o jedinou veřejnou zakázku, se Úřad podrobně zabýval v bodech 102. až 114. odůvodnění napadeného rozhodnutí.

31. Jak bylo výše uvedeno, z podkladů, které Úřad v průběhu správního řízení nashromáždil, je zřejmé, že dostatečně právně posoudil technologickou, resp. stavebně-technickou souvislost mezi oběma posuzovanými veřejnými zakázkami. Je proto evidentní, že Úřad učinil předmětné relevantní závěry bez jakýchkoli pochybností, že je plnění předmětu veřejné zakázky věcně související, což zadavatel v rámci své rozkladové argumentace nedůvodně zpochybňuje. V daném případě byly beze zbytku naplněny požadavky na zákonnost rozhodnutí správního orgánu na něj kladené rozsudkem NSS č. j. 7 As 15/2013-56 ze dne 11. 7. 2013, na jehož znění zadavatel v rozkladu odkazuje.
32. Úřad postupoval v souladu s ustanovením § 50 správního řádu a v souladu s ustanoveními § 51 odst. 1 a násl. správního řádu, dle kterého lze k provedení důkazů užít všech důkazních prostředků, které jsou vhodné ke zjištění stavu věci a které nejsou získány nebo provedeny v rozporu s právními předpisy. Rozsah zjištěného stavu věci je zcela v souladu se zásadou materiální pravdy, která je zakotvena v ustanovení § 3 správního řádu pro to, aby zadavatel nesl odpovědnost za porušení zákona tím, že nedodržel zákonný postup, když rozdělil předmět dané veřejné zakázky, čímž došlo ke snížení předpokládané hodnoty pod finanční limity podle § 12 odst. 2 zákona, v důsledku čehož veřejnou zakázku nezadal v některém druhu zadávacího řízení podle § 21 zákona. S ohledem na výše uvedené je tedy zřejmé, že rozsah a obsah skutkových zjištění Úřadu nevyvolává žádné rozumné pochybnosti o tom, že zadavatel skutečně porušil právní povinnost stanovenou mu zákonem. Výroky napadeného rozhodnutí jsou důsledkem pečlivého zjišťování stavu věci tak, aby o něm nevznikaly jakékoli důvodné pochybnosti. Z napadeného rozhodnutí vyplývá, že Úřad postupoval při hodnocení důkazů a argumentů zadavatele důsledně dle ustanovení § 50 odst. 4 správního řádu.
33. Pokud se jedná o argumentaci zadavatele, v rámci které namítá, že v průběhu správního řízení došlo ke změně jeho předmětu oproti Oznámení s tím, že zadavatel s touto změnou nebyl seznámen, pročez mělo dojít k procesní újmě zadavatele v důsledku tohoto postupu Úřadu, uvádím následující. V prvé řadě v obecné rovině zdůrazňuji, že každé správní řízení o správním deliktu musí být zahájeno postupem dle ustanovení § 46 odst. 1 správního řádu, a v takto zákonně a řádně zahájeném správním řízení musí být respektována všechna procesní práva účastníka ve smyslu ustanovení § 2 odst. 3 správního řádu (např. právo na obhajobu, právo nebýt donucován k sebeobvinění, právo navrhopat důkazy), proti kterému se správní řízení o správním deliktu vede. V této obecné rovině lze tedy přisvědčit příslušné argumentaci zadavatele uvedené v rozkladu. Správní orgán je povinen ve smyslu ustanovení § 46 odst. 1 správního řádu a konstantní soudní judikatury v řízení zahájeném z moci úřední dostatečně určitě a srozumitelně identifikovat předmět řízení v oznámení o zahájení správního řízení tak, aby účastníku řízení bylo zřejmé, které jeho jednání bude následně ve správním řízení posuzováno, např. rozsudek NSS sp. zn. 1 Afs 58/2009 ze dne 31. 10. 2010. K vymezení skutku v Oznámení odkazují na konstantní soudní judikaturu (rozsudek NSS ze dne 20. 11. 2003, sp. zn. 5 A 73/2002 nebo rozsudek Vrchního soudu v Praze soudu ze dne 28. 1. 1996, sp. zn. 6 A 100/1994), která dospěla k závěru, že *„vyrozumění účastníka řízení o zahájení správního řízení (...) musí obsahovat přinejmenším stejné náležitosti jako podání účastníka směřující k zahájení řízení na návrh. Musí tedy*

*i z oznámení správního úřadu být patrné, kdo je činí, které věci se týká a – mutatis mutandis – co se navrhuje...*“ a dále, že „*vymezení skutku, pro který je řízení podle správního řádu zahájeno musí být konkrétní, stejně tak jako musí být z oznámení řízení (...) zřejmé, co bude jeho předmětem a o čem bude v řízení rozhodováno; v sankčním řízení je potom vhodné uvést, jaký postih za dané jednání hrozí...*“. K vymezení skutku ve správním řízení o správním deliktu přímo v režimu zákona rovněž odkazují na rozsudek NSS č. j. 9 Afs 65/2012-34 ze dne 7. 11. 2013.

34. Jak jsem si ověřil ve spisové dokumentaci, v Oznámení bylo přesně definováno, že Úřad získal pochybnost o tom, zda postupem zadavatele nedošlo k rozdělení předmětu veřejné zakázky, kterým byla obnova protismykových vlastností vozovek a čištění povrchů vozovek silničních tunelů Lochkov a Cholupice na dvě veřejné zakázky malého rozsahu, a sice na veřejnou zakázku 1 a na veřejnou zakázku 2, v rozporu s § 13 odst. 3 zákona a tím k nezákonnému snížení předpokládané hodnoty veřejné zakázky pod zákonem stanovený limit. Je nepopíratelné, že porušení ustanovení § 13 odst. 3 zákona a v té souvislosti nedodržení § 21 zákona, kdy zadavatel nezadal předmětné veřejné zakázky v některém z druhů zadávacích řízení, je skutkovou podstatou správního deliktu, z jehož spáchání byl zadavatel podezřelý. Zadavatel tudíž věděl, o jakém skutku je správní řízení vedeno. Skutečnost, zda se v šetřeném případě jednalo o veřejné zakázky na služby nebo o veřejné zakázky na stavební práce, byla předmětem vlastního posouzení případu ve správním řízení. Zdůrazňuji, že Úřad není schopen na počátku správního řízení uvést veškeré okolnosti týkající se spáchaného správního deliktu, neboť jejich zjišťování je právě předmětem dokazování v rámci daného správního řízení. Skutečnost, zda se jedná o veřejné zakázky na stavební práce nebo o veřejné zakázky na služby, byla v případě správního deliktu definovaného ve výroku V. napadeného rozhodnutí zcela nerozhodná, neboť došlo k překročení limitu pro veřejnou zakázku malého rozsahu jak u veřejné zakázky na služby, tak u veřejné zakázky na stavební práce.
35. Z ničeho tedy nevyplývá, že by byl Úřad povinen původně vymezený předmět správního řízení upravit a tuto úpravu oznámit zadavateli, jak tvrdí zadavatel v rozkladu. Úřad v daném správním řízení o správním deliktu respektoval, že takové správní řízení je plně ovládáno zásadou vyšetřovací (viz rozsudek NSS č. j. 4 Ads 44/2010-132 ze dne 30. 12. 2010), a dále, že při správním trestání se aplikují zásady trestního práva (viz rozsudek NSS č. j. 2 As 9/2008-7 ze dne 13. 6. 2008, rozsudek NSS č. j. 6 A 126/2002-27 ze dne 27. 10. 2004). V důsledku předmětného postupu Úřadu, kdy zadavateli oznámil zahájení správního řízení ve věci správního deliktu specifikovaného ve výroku V. napadeného rozhodnutí, neporušil ustanovení § 2 odst. 3 správního řádu či ustanovení § 46 odst. 1 správního řádu. Zadavatel tak mohl uplatnit své právo obhajovat se proti podezření ze spáchání určitého správního deliktu, protože věděl, že se proti němu ve věci správního deliktu vede takové správní řízení, viz rozsudek NSS č. j. 1 Afs 58/2009-541 ze dne 31. 3. 2010, dle kterého „*předmět řízení musí být v oznámení o zahájení řízení identifikován dostatečně určitě tak (...) a aby bylo zaručeno jeho právo účinně se v daném řízení hájit*“. Nedošlo a nemohlo tedy dojít k tvrzené procesní újmě zadavatele jako účastníka řízení, neboť v průběhu správního řízení nedošlo ke změně skutkové podstaty vedeného správního řízení oproti Oznámení, jak zadavatel v rozkladu nedůvodně tvrdí.

36. Z výše uvedeného je tedy zřejmé, že Úřad v daném případě dostal své povinnosti zakotvené v ustanovení § 46 správního řádu, a sice povinnosti řádně a zákonně zahájit správní řízení o správním deliktu z moci úřední. Na této skutečnosti nemůže nic změnit tvrzení zadavatele obsažené v rozkladu, v rámci něhož zpochybňuje závěr Úřadu, že „[n]adto byl zadavatel kdykoliv v průběhu správního řízení oprávněn nahlédnout do spisu a zjistit, jaké písemnosti a dokumenty jsou podkladem pro rozhodnutí ve správním řízení ...“ s tím, že dle zadavatele na něj Úřad přenáší odpovědnost za obsahově nedostatečné vymezení předmětu správního řízení. K této argumentaci akcentuji, že zadavatel v rozkladu blíže nespecifikuje, z jakého důvodu považuje jím odkazované konstatování Úřadu obsažené v bodě 125. odůvodnění napadeného rozhodnutí za nepřiléhavé. Jelikož byl předmět daného správního řízení v Oznámení vymezen dostatečným a zákonným způsobem, z logiky věci neobstojí výše uvedené konstatování zadavatele, podle něhož na něj Úřad přenesl odpovědnost za jím tvrzené nedostatečné vymezení předmětu správního řízení.
37. Ve vztahu k závěrečné argumentaci zadavatele, v rámci které označuje výši uložené pokuty za nepřiměřenou a neodpovídající domnělému porušení zákona s tím, že z nekonzistentní rozhodovací praxe Úřadu nelze vysledovat, jakými hledisky se při ukládání sankcí řídí, uvádím následující. Úřad postupoval v části odůvodnění napadeného rozhodnutí vztahující se k výši jím uložené pokuty zcela správně a v souladu se zákonem. Se zadavatelem se v obecné rovině ztotožňuji v tom, že rozhodnutí o uložení pokuty je nepřezkoumatelné, je-li její výše odůvodněna pouhým zopakováním skutkových zjištění a konstatováním zákonných kritérií pro uložení pokuty či funkcí pokuty, aniž by bylo zřejmé, zda a jakým způsobem byla tato kritéria správním orgánem hodnocena. Z judikatury NSS vyplývá, že jakkoliv má správní orgán při ukládání pokuty volnost správního uvážení, je vázán základními principy správního rozhodování (viz např. rozsudek NSS č. j. 8 As 5/2005-53 ze dne 29. 6. 2005). 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. Z napadeného rozhodnutí je zřejmé, že výše pokuty uložená v tomto případě uvedeným požadavkům vyhovuje, viz níže.
38. Zákon v ustanovení § 121 odst. 2 uvádí hlavní kritérium rozhodné pro určení výměry pokuty, tedy závažnost správního deliktu. Demonstrativním výčtem pak zákon v témže ustanovení toto hlavní kritérium blíže definuje, když uvádí, že je třeba přihlídnout zejména ke způsobu spáchání správního deliktu, jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Vzhledem k použité legislativní technice je však možno přihlídnout i k jiným okolnostem, pokud jsou svojí povahou podstatné pro posouzení závažnosti správního deliktu a pokud by s ohledem na skutkový stav konkrétního případu mohly být kvalifikovány jako polehčující či přitěžující. Tyto jiné okolnosti je zároveň možno považovat za pomyslné čtvrté dílčí kritérium závažnosti představující jakousi zbytkovou množinu všech dalších aspektů plynoucích ze zjištěného skutkového stavu v konkrétním přezkoumávaném případě, pokud jsou shledány dostatečně relevantními, přičemž tyto již nejsou vázány přímo na jednání zadavatele, kterým došlo ke spáchání správního deliktu.

39. Ke způsobu spáchání správního deliktu uvádím následující. Jakékoliv jednání zadavatele, kterým není dodržen postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky, je samo o sobě jako prostý způsob spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona jedním ze znaků skutkové podstaty, jehož posouzením v rámci úvah vedoucích k výroku o vině je vyčerpána možnost jeho dalšího zohlednění. V souvislosti s výrokem o trestu, kdy je nutno posoudit míru závažnosti, je pak možno zohlednit pouze způsob alespoň minimálně závažný.
40. V přezkoumávaném případě je pak nutné závažnost způsobu spáchání správního deliktu vyvozovat z konkrétního jednání. Tím bylo nedodržení pravidla zakotveného v § 13 odst. 3 zákona, podle něhož zadavatel nesmí rozdělit předmět veřejné zakázky tak, aby tím došlo ke snížení předpokládané hodnoty pod zákonem stanovené finanční limity. Jedná se o nedůvodné omezení hospodářské soutěže, což je v rozporu s cílem zákona. Je tedy možno uzavřít, že zásadním omezením přístupu dodavatelů k předmětným veřejným zakázkám již od počátku zadávacího procesu došlo ke spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona jedním z nejzávažnějších způsobů, jaké si lze představit.
41. K následkům spáchání správního deliktu pak uvádím následující. Vliv na výběr nejvhodnější nabídky, ať už prokázaný či potenciální, je sám o sobě jako prostý následek spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona jedním ze znaků skutkové podstaty, jehož posouzením v rámci úvah vedoucích k výroku o vině je vyčerpána možnost jeho dalšího zohlednění. V souvislosti s výrokem o trestu, kdy je nutno posoudit míru závažnosti, je tedy možno zohlednit pouze následek alespoň minimálně závažný. Pro účely posouzení následků v přezkoumávaném případě i nadále platí, že nelze vyloučit, že nabídka jiného uchazeče mohla být ekonomicky výhodnější, respektive že mohlo dojít k úspoře finančních prostředků vynaložených z veřejných zdrojů, pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem. Obdobně jako u závažnosti způsobu je nutné i závažnost následků správního deliktu v přezkoumávaném případě vyvozovat z konkrétních dopadů, které plynou ze zásadního omezení přístupu dodavatelů k veřejné zakázce. Následkem postupu zadavatele fakticky bylo, že zadavatel mohl obdržet pouze velmi omezené množství nabídek, a to pouze od dodavatelů, které k podání nabídek postupem mimo režim zákona sám písemně vyzval. V důsledku uvedených skutečností nelze vyloučit, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, mohl obdržet nabídky i od dalších dodavatelů, kteří by mu mohli nabídnout výhodnější podmínky, než za jakých uzavřel smlouvy na plnění předmětu veřejné zakázky.
42. K okolnostem spáchání správního deliktu uvádím následující. Obdobně jako u způsobu a následků nemohou být ani zde při posouzení závažnosti zohledněny okolnosti prosté, tvořící součást skutkové podstaty správního deliktu, ale musí se jednat o okolnosti alespoň minimálně závažné. Vzhledem k tomu, že za okamžik spáchání správního deliktu je považován podpis smlouvy na veřejnou zakázku, respektive její faktické zadání jako v přezkoumávaném případě, je možno považovat za prostou okolnost spáchání správního deliktu už samotnou skutečnost, že i přes nedodržení postupu stanoveného zákonem, který navíc měl či mohl mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky, došlo k podpisu smlouvy na veřejnou zakázku. Podpis smlouvy, který v kontextu zákona implikuje i nemožnost zrušení veřejné zakázky či jiné nápravy podle § 84, resp. § 118 zákona, tak je sám o sobě jako prostá okolnost spáchání správního deliktu jedním ze znaků skutkové podstaty, jehož posouzením v rámci úvah vedoucích k výroku o vině je vyčerpána možnost jeho dalšího zohlednění.

V souvislosti s výrokem o trestu, kdy je nutno posoudit míru závažnosti, je tedy možno zohlednit pouze okolnosti alespoň minimálně závažné.

43. K dalším aspektům plynoucím ze zjištěného skutkového stavu v přezkoumávaném případě, které nespočívají v samotném jednání vedoucím ke spáchání správního deliktu, avšak které mohou být ve vztahu ke správnímu deliktu kvalifikovány jako okolnosti polehčující či přitěžující, uvádím, že jsem v postupu zadavatele, stejně jako Úřad v bodě 136. odůvodnění napadeného rozhodnutí, neshledal žádné přitěžující ani polehčující okolnosti, které by mohly být zohledněny při stanovení výše pokuty.
44. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí při stanovení výše pokuty dostatečně zhodnotil způsob spáchání daného správního deliktu a rovněž i okolnosti, za nichž byl delikt spáchán. Mám za to, že výše pokuty byla Úřadem dostatečně odůvodněna, poněvadž z odůvodnění napadeného rozhodnutí je jednoznačně patrné, k čemu přihlédl a jakou váhu danému zákonnému kritériu přiznal; postupoval v souladu s ustanovením § 121 odst. 2 zákona, dle něhož Úřad při určení výměry pokuty zadavateli přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Pokud se jedná o dílčí námitku zadavatele, podle které se Úřad nevypořádal s konkrétními okolnostmi případu a v rámci polehčujících okolností nezohlednil povahu veřejné zakázky ani okolnosti zadání obou zakázek, zdůrazňuji, že s ohledem na závěry vyslovené v odůvodnění napadeného rozhodnutí mám za to, že Úřad postupoval zcela v souladu s ustanovením § 121 odst. 2 zákona, když při určení výše pokuty za spáchaný správní delikt přihlédl jak k závažnosti spáchaného správního deliktu, tak i k jeho následkům, a dále i k okolnostem jeho spáchání, přičemž tyto okolnosti řádně v odůvodnění napadeného rozhodnutí označil. Nadto uvedl závěry, na základě nichž v postupu zadavatele neshledal žádné přitěžující ani polehčující okolnosti, které by při stanovení výše pokuty zohlednil s tím, že v bodech 122 a 123. odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad poukázal na specifické okolnosti nastalé v případě veřejné zakázky 2, které však nelze označit za okolnosti polehčující, resp. za okolnosti hovořící ve prospěch zadavatele, ke kterým by Úřad mohl při ukládání sankce přihlédnout, jak nedůvodně tvrdí zadavatel v rozkladu.
45. Z hlediska přiměřenosti sankce vzal Úřad v úvahu tu skutečnost, že zadavatel svým postupem zcela zásadním způsobem omezil soutěž mezi uchazeči, neboť při zadávání veřejné zakázky postupoval postupem mimo režim zákona, ačkoliv v daném případě byl povinen zakázku zadat v zadávacím řízení.
46. Dále je nezbytné uvést, že Úřad v bodech 129. a 130. odůvodnění napadeného rozhodnutí zkoumal, zda není naplněna podmínka uvedená v ustanovení § 121 odst. 3 zákona, dle něhož odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán. Ke spáchání správního deliktu došlo dne 29. 12. 2014, kdy zadavatel uzavřel druhou ze smluv s vybraným uchazečem. Správní řízení ve věci spáchání správního deliktu bylo zahájeno dne 23. 9. 2015. V daném případě tedy odpovědnost zadavatele za správní delikt prokazatelně nezanikla.
47. S ohledem na tyto skutečnosti je třeba ztotožnit se i s dílčími konstatováními uvedenými v bodech 140. a 141. odůvodnění napadeného rozhodnutí, dle nichž „[p]okuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní



*odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu.“ s tím, že „[p]o zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů Úřad stanovil výměru pokuty při spodní hranici zákonné sazby, a to ve výši 75 000 Kč. Vzhledem k souvislostem případu považuje Úřad uloženou sankci za dostačující, poněvadž naplňuje obě funkce právní odpovědnosti“.*

48. Úřad vzhledem k uvedené závažnosti porušení zákona a k souvislostem případu posoudil uloženou výši pokuty (75 000 Kč) jako přiměřenou porušení zákona a zohledňující obě uvedené funkce. Na základě výše uvedeného je dále nezbytné učinit závěr, že Úřad výši jím uložené pokuty v napadeném rozhodnutí odůvodnil zcela dostatečně a rovněž přezkoumatelným způsobem. S ohledem na výše uvedené proto nemůže obstát argumentace zadavatele uvedená v rozkladu, podle které Úřad v napadeném rozhodnutí nesplnil zákonné požadavky kladené na vyměňování pokuty s tím, že způsob, jakým odůvodnil uložení sankce, odpovídá zákonným pravidlům a v ničem neodporuje základním zásadám správního trestání, jak zadavatel v rozkladu rovněž uvádí.
49. Dále nemůže obstát ani související rozkladová námitka vznesená zadavatelem, dle níž v odůvodnění napadeného rozhodnutí absentuje analýza konkrétních skutkových okolností daného případu. Posouzení skutkových okolností případu nelze posuzovat izolovaně, tedy s poukazem na jediný bod odůvodnění napadeného rozhodnutí, nýbrž v celém kontextu jeho odůvodnění. S ohledem na výše uvedené je tedy naprosto evidentní, že v rámci odůvodnění napadeného rozhodnutí jako celku Úřad přistoupil k řádnému posouzení skutkových okolností daného případu, viz body 26. až 28. odůvodnění tohoto rozhodnutí.
50. Pokud se jedná o námitku zadavatele, v rámci které označil uloženou výši pokuty za nekonzistentní s rozhodovací praxí Úřadu ve srovnatelných případech s tím, že se jedná o vysokou částku, je třeba uvést následující. Byť má Úřad na zřeteli nutnost konzistence své rozhodovací praxe, tak jednotlivé závěry uvedené v konkrétním rozhodnutí není možné aplikovat bez dalšího na všechny zdánlivě obdobné případy. Úřad vždy posuzuje každou skutečnost samostatně a s plným zohledněním širšího kontextu případu. Rozhodovací praxe Úřadu proto probíhá vždy případ od případu, neboť jen tímto postupem se Úřad vyvaruje nebezpečí její simplifikace a přílišné schematičnosti. Argumentaci rozhodnutími odkazovanými zadavatelem v rozkladu je tedy třeba označit za irelevantní v kontextu okolností daného případu. Nadto doplňuji, že v posledních letech došlo ve vztahu k výši ukládaných pokut v rámci rozhodovací praxe Úřadu k posunu. V daném případě byla zadavateli uložena sankce ve výši 75 000 Kč, což činí cca 9,5 % z horní hranice její možné výše. Skutečnost, že zadavatel v předmětné pasáži rozkladu odkazuje na 5 konkrétních rozhodnutí Úřadu, kde byla uložena nižší procentní výše pokuty (konkrétně v rozmezí od 5,5 % do 9,2 % její maximální možné výše), nemůže vést k závěru, že v tomto případě byla Úřadem uložena neadekvátní výše sankce. Úřad v některých případech ukládá sankce za spáchání správního deliktu i ve vyšší procentní výši oproti její maximální možné výši, než tomu bylo v šetřeném případě. V tomto kontextu odkazují např. na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S737/2012/VZ-3984/2013/532/KŠe ze dne 4. 3. 2013, potvrzené rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R81/2013/VZ-20515/2013/310/LPa ze dne 21. 10. 2013. V odkazovaném případě horní hranice možné pokuty činila částku ve výši 123 360 Kč, přičemž Úřad uložil zadavateli za nezákonné rozdělení předmětu veřejné zakázky pokutu

ve výši 70 000 Kč, což představuje cca 56 % z horní hranice její možné výše. Z výše uvedených důvodů proto nelze výši sankce za spáchání předmětného správního deliktu považovat za nepřiměřeně vysokou.

51. Uložená pokuta (75 000 Kč) byla tedy s ohledem na maximální výši možné pokuty stanovena při samé dolní hranici zákonné sazby, přičemž Úřad správně zohlednil finanční možnosti zadavatele a stanovenou pokutu posoudil vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel disponuje. V bodě 137. odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad poukázal na výroční zprávu zadavatele za rok 2014 (viz internetové stránky), z níž je zřejmé, že zadavatel v roce 2014 hospodařil s rozpočtovými příjmy přesahujícími 38,2 mld. Kč. Uloženou výši pokuty tedy v žádném případě nelze považovat za nepřiměřenou či dokonce likvidační. Uložená výše pouty zároveň není a nemůže být v rozporu se zásadou legitimního očekávání zakotvenou v ustanovení § 2 odst. 4 správního řádu, jak nedůvodně tvrdí zadavatel v rozkladu. Nadto, s ohledem na výše uvedené nelze rozhodovací praxi Úřadu v oblasti ukládání pokut považovat za nekonzistentní, jak rovněž tvrdí zadavatel v rozkladu.
52. Úřad rovněž dospěl k závěru, že vyměřená pokuta není pro zadavatele likvidační, přičemž tuto skutečnost dovodil z výroční zprávy zadavatele za rok 2014, z které vyplývá, že zadavatel v daném roce hospodařil s rozpočtovými příjmy přesahujícími 38,2 mld. Kč. K tomuto zjištění Úřadu uvedenému v bodě 137. odůvodnění napadeného rozhodnutí doplňují aktuální údaje, kdy z výroční zprávy za rok 2015 vyplývá, že zadavatel v roce 2015 hospodařil s rozpočtovými příjmy přesahujícími 34 mld. Kč. Výše uložené pokuty (75 000 Kč) s ohledem na zvažovaná kritéria a zákonný limit vyhovuje podmínce přiměřenosti a nemůže ovlivnit ekonomickou situaci zadavatele. Předmětná veřejná zakázka měla hodnotu 7 906 148,47 Kč (včetně DPH) s tím, že horní hranice možné pokuty tak činila částku ve výši 790 614,85 Kč. Uložená pokuta (na samé dolní hranici zákonné sazby) tak nemůže mít zásadní negativní dopady na hospodaření zadavatele, neboť zcela jistě zásadním způsobem nezhoršuje ekonomickou situaci zadavatele. Nadto, likvidační výši pokuty nelze dovozovat pouze z případné subjektivně chápané špatné finanční situace. *„Samotný záporný výsledek hospodaření však není překážkou pro uložení pokuty a neznamená ani, že uložená pokuta je likvidační“*, jak opakovaně dovodil NSS v rozsudku č. j. 4 As 53/2015–26 ze dne 18. 6. 2015, kde zároveň dodal, *„že je třeba hodnotit celkovou situaci stěžovatelky jakožto podnikající právnické osoby (její celkový příjem a hmotný majetek)“*. Byť se citovaný rozsudek NSS vztahuje k podnikatelskému subjektu, je přiléhavé obdobné závěry aplikovat též na zadavatele, jakožto státní příspěvkovou organizaci, jejímž zřizovatelem je stát a tedy ze svého rozpočtu (vedle vlastních výnosů zadavatele z jeho hlavní činnosti) poskytuje zadavateli příspěvek na provoz. Povinností zadavatele, který je právnickou osobou veřejného práva zřízenou k plnění úkolů ve veřejném zájmu, není a priori tvorba zisku, nýbrž poskytování služeb či činností, za jejichž účelem byl zřízen. Proto ve svém výsledku mohou být finanční dopady uložené pokuty na zadavatele de facto „mírnější“, než na podnikající právnickou, popřípadě podnikající fyzickou osobu, u níž i přesto bylo dovozeno výše citované. Peněžitá sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do sféry porušitele, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinam, přičemž pokuta uložená v předmětné výši evidentně a zcela jistě nepovede k nezvratnému ohrožení ekonomické „životaschopnosti“ zadavatele. Z výše uvedeného je tedy zřejmé, že ani ke dni vydání tohoto rozhodnutí nelze uloženou pokutu považovat za likvidační.

53. K návrhu zadavatele, aby předseda Úřadu snížil pokutu uloženou Úřadem, odkazuji na body 34. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí týkající se uložené pokuty. Doplňuji, že vzhledem k tomu, že se zadavatel dopustil správního deliktu a uzavřel smlouvy na realizaci veřejných zakázek s vybranými uchazeči, již není možné negativní důsledky správního deliktu účinně zhojit jiným způsobem, který by potenciálním dodavatelům umožnil se o veřejnou zakázku ucházet. Sankci za spáchání správního deliktu lze chápat jako právní následek porušení zákona, který pro zadavatele znamená určitou majetkovou újmu, jejímž účelem je působit na pachatele správního deliktu takovým způsobem, aby se již v budoucnosti nedopouštěl protiprávního jednání. S ohledem na shora uvedené považuji námitku zadavatele týkající se snížení pokuty za nedůvodnou, neboť v případě, že bych pokutu uloženou Úřadem snížil, by nemohly být naplněny preventivní a represivní funkce pokuty, což bych ve vztahu ke skutkové podstatě deliktního jednání zadavatele nepovažoval za vhodné.
54. Po zvážení rozkladových námitek zadavatele a po posouzení příslušných výroků napadeného rozhodnutí z hlediska zákonnosti jsem dospěl k závěru, že Úřad postupoval v rámci správního řízení, jakož i vydávání napadeného rozhodnutí, správně a v souladu se zákonem, přičemž své závěry ve správním řízení učiněné podložil relevantními důkazy a náležitě odůvodnil.
55. Za takového stavu jsem neshledal důvody pro změnu napadeného rozhodnutí Úřadu ve výroku, kterým za spáchaný správní delikt byla uložena pokuta, resp. pro její snížení, jak požaduje zadavatel ve svém rozkladu.

#### **Posouzení z hlediska pozdější právní úpravy**

56. Dne 1. 10. 2016 nabyl účinnosti zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“).
57. Podle čl. 40 odst. 6 ústavního zákona č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod (dále jen „Listina“) se trestnost činu posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán. Pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější. Shodný princip je vyjádřen i v § 2 odst. 1 zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „trestní zákoník“). Toto pravidlo zakládá výjimku z jinak obecného zákazu retroaktivity trestních norem, která se uplatní v případě, kdy je pozdější právní úprava pro pachatele příznivější. Tato výjimka se dle konstantní judikatury Nejvyššího správního soudu aplikuje rovněž v oblasti správního trestání.
58. V souvislosti s citovaným článkem Listiny uvádím, že konstantní soudní judikatura (např. rozsudek NSS č. j. 6 A 126/2002-27 ze dne 27. 10. 2004) dospěla k závěru, že „[t]restání za správní delikty musí podléhat stejnému režimu jako trestání za trestné činy a v tomto smyslu je třeba vykládat všechny záruky, které se podle vnitrostátního práva poskytují obviněnému z trestného činu. Je totiž zřejmé, že rozhraničení mezi trestnými (a tedy soudem postižitelnými) delikty a delikty, které stíhají a trestají orgány exekutivy, je výrazem vůle suverénního zákonodárce; není odůvodněno přirozenoprávními principy, ale daleko spíše je výrazem trestní politiky státu (...) Pro české právo to pak znamená, že i ústavní záruka článku 40 odst. 6 Listiny o tom, že je nutno použít pozdějšího práva, je-li to pro pachatele výhodnější, platí jak v řízení soudním, tak v řízení správním (...) Přijetí tohoto principu pak znamená, že nelze trestat podle starého práva v době účinnosti práva nového, jestliže nová právní úprava konkrétní skutkovou podstatu nepřevzala; analogicky to platí i tehdy, jestliže

*nová právní úprava stanoví mírnější sankce za stejné jednání“.* K totožnému závěru dospěl NSS též v rozsudku č. j. 8 Afs 17/2007-135 ze dne 31. 5. 2007 a dalších.

59. K posouzení příznivější právní úpravy ve vztahu ke konkrétním okolnostem případu uvádím následující. Deliktní odpovědnost zadavatele konstatovaná napadeným rozhodnutím se opírá o závěr Úřadu, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 13 odst. 3 zákona, když rozdělil předmět veřejné zakázky na 2 zakázky malého rozsahu, tedy na veřejnou zakázku 1 a na veřejnou zakázku 2, čímž došlo ke snížení předpokládané hodnoty pod finanční limity dle § 12 odst. 2 zákona a v důsledku toho zadavatel zakázku nezadal v některém druhu zadávacího řízení dle § 21 zákona. Je tedy zřejmé, že i v případě aplikace ZZVZ by se stále jednalo o porušení ZZVZ, konkrétně o nesplnění podmínky zakotvené v ustanovení § 18 odst. 2 ZZVZ, podle něhož musí být každá část veřejné zakázky zadávána postupy odpovídajícími celkové předpokládané hodnotě veřejné zakázky s tím, že součet předpokládaných hodnot částí veřejné zakázky musí zahrnovat předpokládanou hodnotu všech plnění, která tvoří jeden funkční celek a jsou zadávána v časové souvislosti.
60. Z uvedeného vyplývá, že i podle pozdější právní úpravy by se jednalo o správní delikt dle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ, kterým zadavatel porušil § 18 odst. 2 ZZVZ, když rozdělil předmět veřejné zakázky na 2 zakázky malého rozsahu, čímž došlo ke snížení předpokládané hodnoty pod finanční limity dle § 16 a násl. ZZVZ, a v důsledku toho zadavatel zakázku nezadal v některém z v úvahu připadajících režimů podle § 24 a násl. ZZVZ, přičemž tímto postupem mohl ovlivnit výběr dodavatele.
61. Co se výroku II. napadeného rozhodnutí, jakožto výroku o trestu týká, uvádím, že ZZVZ v § 268 odst. 2 stanoví vyšší pokuty za správní delikt podle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ ve stejné výši jako § 120 odst. 2 zákona. Pozdější právní úprava tak ani ve vztahu k výroku II. napadeného rozhodnutí není pro zadavatele příznivější.
62. Ve světle výše uvedeného konstatuji, že v šetřeném případě nelze aplikovat výjimku ze zákazu retroaktivity, neboť právní úprava dle ZZVZ není pro zadavatele právní úpravou příznivější, tudíž je třeba správní delikt posuzovat podle právní úpravy účinné v době jeho spáchání, tedy dle zákona. Šetřený správní delikt zadavatele naplňuje stejné znaky skutkové podstaty, přičemž i výše sazby pokuty a kritéria závažnosti jsou totožná, jak dle ZZVZ, tak i podle zákona.

## **VII. Závěr**

63. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu výroků V. a VI. napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu zadavatele.
64. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí, resp. jeho výroky V. a VI., 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. 4 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

**Obdrží:**

Ředitelství silnic a dálnic ČR, Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4

**Vypraveno dne:**

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