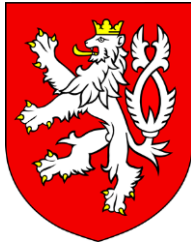




UOHSX008WML7

## PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0007/2016/VZ-47966/2016/322/LKa

Brno 5. prosince 2016

V řízení o rozkladu ze dne 4. 1. 2016 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem –

- **Obec Lutín**, IČO 00299189, se sídlem Školní 203, 783 49 Lutín, ve správním řízení zastoupeným na základě plné moci ze dne 22. 1. 2015 společností JUSTITIA TENDER PARTNERS, s.r.o., IČO 01551825, se sídlem Půtova 1219/3, 110 00 Praha 1,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0660/2015/VZ-43719/2015/511/SVá ze dne 10. 12. 2015 vydanému ve správním řízení ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. g) zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, v rámci koncesního řízení na výběr koncesionáře koncesní smlouvy s názvem „**Zajištění provozování vodohospodářské infrastruktury obce Lutín, místní části Třebčín**“, jehož oznámení o zahájení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 1. 8. 2014 pod ev. č. 493785,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0660/2015/VZ-43719/2015/511/SVá ze dne 10. 12. 2015

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

a podaný rozklad

**z a m í t á m.**

## **ODŮVODNĚNÍ**

### **I. Koncesní řízení a správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže**

1. Dne 1. 8. 2014 uveřejnil zadavatel – obec Lutín, IČO 00299189, se sídlem Školní 203, 783 49 Lutín, ve správním řízení zastoupený na základě plné moci ze dne 22. 1. 2015 společností JUSTITIA TENDER PARTNERS, s.r.o., IČO 01551825, se sídlem Půtova 1219/3, 110 00 Praha 1 (dále jen „**zadavatel**“) – ve Věstníku veřejných zakázek oznámení o zahájení koncesního řízení, a tím zahájil koncesní řízení na výběr koncesionáře koncesní smlouvy s názvem „Zajištění provozování vodohospodářské infrastruktury obce Lutín, místní části Třebčín“ (dále jen „**koncesní řízení**“).
2. Dne 15. 12. 2014 obdržel Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) příslušný podle § 24 zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)<sup>1</sup> podnět k přezkoumání postupu zadavatele při vyřízení námitek stěžovatele – MORAVSKÁ VODÁRENSKÁ, a.s., IČO 61859575, se sídlem Tovární 41, 779 00 Olomouc, ze dne 31. 10. 2014 proti rozhodnutí o jeho vyloučení v koncesním řízení (dále jen „**námítky stěžovatele**“).
3. Dne 1. 10. 2015 Úřad s ohledem na učiněná zjištění posoudil postup zadavatele a vzhledem ke zjištěnému stavu věci vydal příkaz č. j. ÚOHS-S0660/2015/VZ-31238/2015/511/KBí (dále jen „**příkaz**“), podle jehož výroku zadavatel v rozporu s § 12 odst. 3 zákona nepostupoval při přezkoumávání námitek stěžovatele v souladu s § 111 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon o veřejných zakázkách**“), když v písemném rozhodnutí o námitkách, kterým námitkám stěžovatele nevyhověl, neuvědomil stěžovatele o možnosti podat ve lhůtě podle § 24b odst. 4 zákona návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu a doručit v téže lhůtě stejnopis návrhu zadavateli, čímž se dopustil správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. b) zákona.

---

<sup>1</sup> Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na koncesní zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného koncesního řízení ve smyslu ust. § 6 koncesního zákona v návaznosti na čl. II zákona č. 30/2008 Sb., kterým se mění zákon č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon) a čl. IV. zákona č. 417/2009 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákona, podle tohoto znění se posuzují úkony zadavatele a uchazečů ve věci koncesní smlouvy, jejíž koncesionář má být vybrán v koncesním řízení. Zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek se nepoužije s ohledem na ustanovení § 273 odst. 2 tohoto zákona, není-li dále uvedeno jinak.

4. Výrokem II. příkazu uložil Úřad zadavateli pokutu ve výši 10 000 Kč podle § 27 odst. 2 písm. b) zákona s odůvodněním, že zadavatel svým postupem naplnil skutkovou podstatu správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. g) zákona. Proti příkazu podal zadavatel dne 20. 10. 2015 odpor.
5. Dne 29. 10. 2015 vydal Úřad usnesení č. j. ÚOHS-S0660/2015/VZ-36500/2015/511/SVá z téhož dne (dále jen „**usnesení ze dne 29. 10. 2015**“), kterým zadavateli stanovil lhůtu 7 dnů ode dne doručení napadeného usnesení, ve které byl zadavatel podle § 36 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) oprávněn navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy a podle § 36 odst. 2 správního řádu oprávněn vyjádřit v řízení své stanovisko. Dne 23. 11. 2015 obdržel Úřad rozklad zadavatele z téhož dne proti usnesení ze dne 29. 10. 2015.
6. Dne 18. 11. 2015 vydal Úřad usnesení č. j. ÚOHS-S0660/2015/VZ-39781/2015/511/SVá z téhož dne (dále jen „**usnesení ze dne 18. 11. 2015**“), kterým zadavateli stanovil lhůtu 5 dnů ode dne doručení napadeného usnesení, ve které se zadavatel podle § 36 odst. 3 správního řádu mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Dne 14. 12. 2015 obdržel Úřad rozklad zadavatele z téhož dne proti usnesení ze dne 18. 11. 2015.

## II. Napadené rozhodnutí

7. Dne 10. 12. 2015 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0660/2015/VZ-43719/2015/511/SVá z téhož dne (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), jehož výrokem I. rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. g) zákona tím, že v rozporu s § 12 odst. 3 zákona nepostupoval při přezkoumávání námitek stěžovatele podaných v souladu s § 111 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách, když v písemném rozhodnutí o námitkách ze dne 10. 11. 2014, kterým námitkám stěžovatele nevyhověl, neuvědomil stěžovatele o možnosti podat ve lhůtě podle § 24b odst. 4 zákona návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu a doručit v téže lhůtě stejnopis návrhu zadavateli.
8. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že se za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. napadeného rozhodnutí zadavateli podle § 27 odst. 2 písm. b) zákona ukládá pokuta ve výši 10 000 Kč.

## III. Námitky rozkladu

9. Dne 4. 1. 2016 obdržel Úřad proti napadenému rozhodnutí rozklad zadavatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 17. 12. 2015. Zadavatel podal rozklad v zákonné lhůtě.
10. Dne 22. 1. 2016 bylo Úřadu zadavatelem doručeno doplnění rozkladu proti napadenému rozhodnutí z téhož dne.
11. Zadavatel namítá, že Úřad nevymezil předmět správního řízení zákonným způsobem, přičemž až na základě vymezení předmětu správního řízení lze konstatovat plnou možnost účastníka správního řízení využívat procesní práva, která mu správní řád přiznává. Zadavatel dále namítá, že v tomto správním řízení nebylo zadavateli umožněno využívat procesní práva v plném rozsahu, nebyl seznámen s předmětem řízení, a nemohl tak relevantně brojit proti názoru Úřadu.

12. Zadavatel dále odkazuje i na své předchozí písemnosti zasílané Úřadu po celou dobu správních řízení vedených pod sp. zn. ÚOHS-S0660/2015/VZ a ÚOHS-S1096/2014/VZ a podává rozklad i v jejich podrobnostech a ohledech.
13. Zadavatel dále namítá překážku litispendence ve vztahu ke správnímu řízení vedenému pod sp. zn. ÚOHS-S1096/2014/VZ. Dle zadavatele Úřad pouze závěrem odůvodnění napadeného rozhodnutí konstatuje, že předmět obou správních řízení je „odlišný, a námitka litispendence je tak nedůvodná“. Zadavatel má za to, že tomu tak není. Jednak se Úřad nevypořádal s námitkou litispendence v dostatečném rozsahu, jednak není pravda, že by byl předmět řízení odlišný. Přesněji řečeno, skutek, jehož se zadavatel podle Úřadu dopustil a za nějž je mu Úřadem v rozhodnutí udělena sankce, je plně obsažen v návrhu stěžovatele a je o něm vedeno správní řízení pod sp. zn. ÚOHS-S1096/2014/VZ. Úřad však tvrdí, že rozhodnul na základě podnětu, který byl součástí právě uváděného návrhu stěžovatele.
14. Úřad v napadeném rozhodnutí uvedl, že zadavatel námitkám stěžovatele nevyhověl, neboť jde o námitky proti rozhodnutí o vyloučení dodavatele z účasti v koncesním řízení, tedy o námitky směřující jen a pouze proti samotnému rozhodnutí zadavatele (tj. v užším smyslu), a že nejde o nástroj směřující či zaměřující se jakkoliv na úkon posouzení kvalifikace zadavatelem, příp. komisí (tj. v širším smyslu). S tímto názorem Úřadu se zadavatel neztotožňuje. Dle názoru zadavatele nelze brojit proti samotnému rozhodnutí v užším smyslu. Zadavatel je toho názoru, že se námitka podle § 110 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách vztahuje na rozhodnutí o vyloučení z účasti v zadávacím řízení, v tomto případě kvůli nesplnění kvalifikace, na rozhodnutí o vyloučení v tom smyslu, že je na jejím základě přezkoumáván postup zadavatele při posouzení kvalifikace vč. jeho výstupu – samotného rozhodnutí, tj. jde o rozhodnutí o vyloučení z účasti v zadávacím řízení v širším smyslu.
15. Zadavatel nesouhlasí s názorem Úřadu, že ze samotného charakteru institutu námitek proti rozhodnutí o vyloučení dodavatele z účasti v zadávacím řízení pro nesplnění kvalifikace je zřejmé, že aby jim bylo možné vyhovět, a to nikoliv pouze částečně, musí být vždy a ve všech případech zrušeno samotné rozhodnutí o vyloučení z účasti v zadávacím řízení v užším smyslu. Dle zadavatele se toto tvrzení neopírá o žádné relevantní skutečnosti ani o ustálenou rozhodovací praxi, podle níž je předmětem přezkumu u námitek proti rozhodnutí o vyloučení z účasti vždy rozhodnutí v širším smyslu, tedy samotný postup zadavatele (v šetřeném případě posouzení kvalifikace). Zadavatel je toho názoru, že může vyhovět námitce i přesto, že nezruší samotné rozhodnutí o vyloučení z účasti v zadávacím řízení v užším smyslu, když by pak takové rozhodnutí opětovně při svém postupu přijímal, byť pro nesplnění kvalifikace z jiného důvodu. V předmětném případě jde právě o takový případ. Zadavatel se tedy nemůže ztotožnit s výkladem podávaným Úřadem v tom, že pokud jednoduše nezruší rozhodnutí v užším smyslu, nevyhověl námitce stěžovatele.
16. Zadavatel namítá, že Úřad v rozhodnutí evidentně nepřistupuje k zadavateli či jeho zástupci nezaujatě a naopak až moc (pozitivně) „zaujatě“ přistupuje ke stěžovateli a dále, že vedení správního řízení ze strany Úřadu a vůbec šetření postupu zadavatele budí pochybnosti o jeho zákonnosti a správnosti.
17. Zadavatel uvádí, že Úřad obdržel návrh na zahájení řízení, které okamžitě zahájil a jeho předmět vymezil kompletním a celým návrhem v plném znění, dále vydal rozhodnutí v prvním stupni a v návaznosti na argumenty zadavatele v rozkladu zahájil 9 měsíců

po obdržení návrhu další správní řízení, které zahájil na základě podnětu, který záhadně „abstrahuje“ z návrhu.

18. Zadavatel dále uvádí, že Úřad odkazuje na podnět ze dne 15. 12. 2015, o němž však zadavatel nemá žádné vědomí. Ani nemůže z důvodu toho, že dané datum ke dni doručení příkazu nenastalo, přičemž uvedené Úřad dle názoru zadavatele přechází tím, že je vše jasné, v datu je překlep, ale že zadavatel byl s podnětem plně seznámen již v roce 2014. Dle zadavatele je také s podivem, že obě správní řízení jsou vedena totožnou úřední osobou, přičemž zadavatel spatřuje zaujatost Úřadu, resp. zřejmě úřední osoby či úředních osob a odkazuje na pasáž z napadeného rozhodnutí: „(...) si zadavatele (zástupce) jistě zvolil pro jeho náležitou odbornou erudici“ nebo několikeré uvedení, že argumentace zadavatele je „absurdní a ryze účelová“ nebo „zcela lichá a opět ryze účelová“.
19. Zadavatel namítá, že dle Úřadu je zásada dle § 2 odst. 4 správního řádu zásadou, podle níž postupuje Úřad pouze ve vztahu k rozhodování ve správním řízení, a nikoliv k šetření podnětu. S tím se však zadavatel neztotožňuje a uvádí, že jak rozhodování ve správním řízení, tak šetření podnětu je činností správního orgánu, a při té je vždy a za všech okolností vázán mj. i § 2 odst. 4 správního řádu.
20. Zadavatel rovněž uvádí, že Úřad stanovil sankci v rozporu se zákonem, konkrétní výše není Úřadem odůvodněna v dostatečném rozsahu a odůvodnění tak není přesvědčivé. Odůvodnění je spíše vnitřně rozporné – maximální výše udělení peněžité sankce v daném případě činí až 10 000 000 Kč a Úřad zadavateli uložil pouze 10 000 Kč, tedy 0,001 % z maximální částky. Rozhodnutí dle zadavatele jednoznačně neuvádí, proč právě tolik a ne méně či více. Úřad zároveň na straně jedné uvádí vysokou společenskou nebezpečnost jednání zadavatele, na straně druhé, že lze postup zadavatele při troše dobré vůle pochopit. Zadavatel považuje výši uložené sankce za přehnanou a uvádí, že ji lze též posoudit jako účelovou, a to směřující k jinému cíli - působit nátlakově kupř. ve druhém správním řízení.

#### **Závěr rozkladu**

21. Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil.

#### **IV. Řízení o rozkladu**

22. 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**

23. 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 následujícímu závěru.
24. Úřad postupoval správně a v souladu se zákonem, když rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu uvedeného ve výroku I. napadeného rozhodnutí a uložil zadavateli výrokem II. napadeného rozhodnutí pokutu ve výši 10 000 Kč.

25. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k zamítnutí rozkladu a potvrzení napadeného rozhodnutí.

#### **V. K námitkám rozkladu**

26. K námitce zadavatele, jež se vztahuje k nedostatečnému vymezení předmětu správního řízení, uvádím následující.
27. Úřad příslušný podle § 24 zákona obdržel dne 15. 12. 2014 podnět k přezkoumání postupu zadavatele při vyřízení námitek stěžovatele. V rámci šetření podnětu si Úřad vyžádal od zadavatele dokumentaci koncesního řízení. Po přezkoumání relevantních podkladů Úřad dospěl k závěru, že byly dostatečně zjištěny skutkové okolnosti pro vydání příkazu, kdy podle § 150 odst. 1 správního řádu lze povinnost v řízení z moci úřední a ve sporném řízení uložit formou písemného příkazu, přičemž příkaz může správní orgán vydat, považuje-li skutkové zjištění za dostatečné.
28. Vydání příkazu může být prvním úkonem ve správním řízení. Zákon tedy ponechává na úvaze správního orgánu (Úřadu), zda vydá příkaz bez předchozího správního řízení. Jestliže je příkaz prvním úkonem ve správním řízení, pak se při vedení příkazního řízení nepoužije § 46 odst. 1 správního řádu (ustanovení o zahájení správního řízení z moci úřední), nepoužije se ani § 52 o právu účastníků navrhnout důkazy, ani § 36 odst. 3 o právu účastníků vyjádřit se k podkladům rozhodnutí. Řízení je zahájeno a zároveň ukončeno vydáním příkazu, včasným podáním odporu se však příkaz ruší a provede se standardní správní řízení. Pokud se příkaz v řízení z moci úřední, který byl prvním úkonem v řízení, podáním odporu zruší, neoznamuje se poté zahájení správního řízení podle § 46 správního řádu, protože funkci tohoto oznámení plní zrušený příkaz, ze kterého se účastník řízení už dozvěděl, o čem a proč se s ním vede správní řízení. Tyto právní závěry jsou zcela souladné i s odbornou literaturou, např. VEDRAL, Josef: *Správní řád. Komentář*. Praha: BOVA POLYGON, 2012. s. 1171. ISBN 978-80-7273-166-4.
29. S ohledem na výše uvedené Úřad postupoval správně, když po podání odporu ze strany zadavatele nepostupoval dle § 46 odst. 1 správního řádu a opětovně neoznámil zadavateli zahájení správního řízení. Úřad vymezil předmět správního řízení již samotným příkazem, jehož oznámením (doručením) zadavateli bylo zahájeno toto správní řízení z moci úřední a následné podání odporu ze strany zadavatele nemůže mít vliv na zákonnost tohoto procesního postupu Úřadu.
30. K námitce zadavatele ohledně nesprávnosti data doručení podnětu uvedeného v příkazu se již Úřad vyjádřil v bodě 43. napadeného rozhodnutí, kde Úřad uvedl, že datum uvedené v příkazu, tj. 15. 12. 2015, bylo skutečně uvedeno chybně. V daném případě se však evidentně jednalo o zřejmou nesprávnost textu způsobenou chybou v psaní, která v kontextu dalšího obsahu příkazu nenavozuje pochybnosti o předmětu správního řízení.
31. Dále uvádím, že zadavateli byla ze strany Úřadu dána možnost k provedení procesních úkonů, jež správní řád v § 36 účastníkům řízení přiznává, když Úřad vydal usnesení ze dne 29. 10. 2015, kterým zadavateli stanovil lhůtu, ve které zadavatel podle § 36 odst. 1 správního řádu mohl navrhnout důkazy a činit jiné návrhy a podle § 36 odst. 2 správního řádu mohl vyjádřit v řízení své stanovisko a dále usnesení ze dne 18. 11. 2015, kterým zadavateli

stanovil lhůtu, ve které se zadavatel podle § 36 odst. 3 správního řádu mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

32. Ve vztahu k překážce litispendence ve smyslu § 48 správního řádu konstatuji, že ve vztahu k tomuto správnímu řízení nenastala překážka litispendence, tedy překážka zahájeného či probíhajícího řízení v téže věci. Úřad zahájil správní řízení ve věci vedené pod sp. zn. ÚOHS-S1096/2014/VZ, vymezené návrhem stěžovatele na uložení nápravného opatření dne 15. 12. 2014 a rozhodl v něm rozhodnutím č. j. ÚOHS-S1096/2014/VZ-27997/2015/511/KBí ze dne 15. 9. 2015, podle jehož výroku I. zadavatel nedodržel zásady postupu stanovené v § 3a zákona, když v koncesním řízení v rozporu se zásadou transparentnosti stanovenou v § 3a zákona stanovil v článku 7 kvalifikační dokumentace požadavek, aby uchazeči k prokázání profesních kvalifikačních předpokladů předložili „*doklad o oprávnění k podnikání podle zvláštních právních předpisů v rozsahu odpovídajícím celému předmětu koncese, zejména doklad prokazující příslušné živnostenské oprávnění či licenci*“, aniž by v kvalifikační dokumentaci jednoznačně a transparentně vymezil předmět koncese, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatným způsobem ovlivnit výběr nejuvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření koncesní smlouvy. Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele Úřad výrokem II. uvedeného rozhodnutí uložil zadavateli nápravné opatření spočívající ve zrušení koncesního řízení.
33. Toto správní řízení však oproti tomu bylo zahájeno z moci úřední dne 12. 10. 2015, a to ve věci vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0660/2015/VZ, pro podezření ze spáchání správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. g) zákona zadavatelem v rámci koncesního řízení tím, že v rozporu s § 12 odst. 3 zákona nepostupoval při přezkoumávání námitek stěžovatele v souladu s § 111 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách, když v rozhodnutí o námitkách neuvědomil stěžovatele o možnosti podat ve lhůtě podle § 24b odst. 4 zákona návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu a doručit v téže lhůtě stejnopis návrhu zadavateli.
34. S ohledem na výše uvedené mám za to, že toto správní řízení není zatíženo překážkou litispendence, neboť Úřad vedl dvě různá správní řízení, s odlišnými předměty i okruhy účastníků obou výše uvedených správních řízení.
35. K námitce zadavatele, jež se týká postupu zadavatele při vyřizování námitek stěžovatele, uvádím, že se stěžovatel ve svých námitkách domáhal, aby zadavatel buď zrušil rozhodnutí o jeho vyloučení z účasti v koncesním řízení a provedl nové posouzení prokázání splnění kvalifikace uchazečů, nebo aby zadavatel celé koncesní řízení zrušil. Z rozhodnutí zadavatele o námitkách stěžovatele je patrné, že zadavatel své rozhodnutí o vyloučení stěžovatele z účasti v koncesním řízení ze dne 18. 10. 2014 nezrušil a současně provedl nové posouzení prokázání splnění kvalifikace uchazečů. Zadavatel tedy přijal první ze stěžovatelem navrhovaných nápravných opatření avšak pouze částečně, neboť současně nezrušil své rozhodnutí o vyloučení stěžovatele z účasti v koncesním řízení.
36. Zákon o veřejných zakázkách v § 111 odst. 1 však zadavateli ukládá jednoznačnou povinnost přezkoumat podané námitky v plném rozsahu. Pokud tedy v tomto šetřeném případě stěžovatel v námitkách kromě zákonem stanovených náležitostí uvedl i to, čeho se domáhá, byl zadavatel povinen takové námitky přezkoumat a rozhodnout o nich v celém jejich rozsahu, a to buď tak, že jim vyhoví, či nikoliv. Vyhovění námitkám je přitom jednáním

odlišným od „částečného vyhovění“ námitkám. Vyhovění námitkám přitom nelze interpretovat jiným způsobem, než jaký je uplatňován v analogické zákonné úpravě k ustanovení § 111 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách, tj. v zákonné úpravě nápravných opatření ukládaných Úřadem podle § 25 odst. 1 zákona, spočívajících zásadně ve zrušení koncesního řízení nebo jednotlivého úkonu zadavatele. Jde totiž o dvě právní úpravy současně transponující čl. 2 Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2007/66/ES ze dne 11. prosince 2007, kterou se mění směrnice Rady 89/665/EHS a 92/13/EHS, pokud jde o zvýšení účinnosti přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek (dále jen „**přezkumná směrnice**“). Jde tedy o dvě transpozice úplně stejného cíle přezkumné směrnice, tj. *zrušit protiprávní rozhodnutí nebo zajistit jeho zrušení, včetně odstranění diskriminačních technických, hospodářských nebo finančních specifikací ve výzvě k podání nabídek, v zadávací dokumentaci nebo v jakýchkoliv dalších dokumentech souvisejících se zadávacím řízením*. Z hlediska tohoto cíle je tedy nutné interpretovat obsah možného opatření k nápravě ze strany zadavatele podle § 111 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách stejně jako obsah nápravných opatření podle § 25 zákona, což pro zadavatele znamená, že jediným možným obsahem jeho postupu při vyhovění námitkám stěžovatele nemohlo být nic jiného, než zrušení námitkami napadeného úkonu zadavatele, eventuálně koncesního řízení. Pokud tak zadavatel neučinil, pak námitkám nevyhověl. Při nevyhovění však byl povinen uvědomit stěžovatele o možnosti podat dle § 111 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách ve lhůtě podle § 114 odst. 4 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu a doručit v téže lhůtě stejnopis návrhu zadavateli.

37. Závěr Úřadu, že zadavatel při vyřizování námitek stěžovatele postupoval v rozporu s § 111 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách, když v rozhodnutí o námitkách neuvědomil stěžovatele o možnosti podat ve lhůtě podle § 24b odst. 4 zákona návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu a doručit v téže lhůtě stejnopis návrhu zadavateli, proto považuji za správný a zákonný stejně jako závěr, že tímto postupem zadavatel naplnil skutkovou podstatu správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. g) zákona.
38. Úřad v souladu se zákonem vyhodnotil správně jednání zadavatele ve vztahu k vyřízení námitek jako deliktní a nelze přisvědčit námitce, že by Úřad postupoval zaujatě či neobjektivně k zadavateli (příp. jeho zástupci), Úřad v řízení zahájeném z moci úřední postupoval v souladu se zákonem a správním řádem. Úřad totiž obdržel dne 15. 12. 2014 návrh na přezkoumání úkonů zadavatele, jehož součástí byl i podnět, když v části IV. návrhu stěžovatel uvádí, že se zadavatel dle jeho názoru dopustil správního deliktu tím, že porušil § 111 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách, když v rozhodnutí o námitkách neuvedl poučení o možnosti podat návrh k Úřadu. Jak uvádí i Úřad v bodě 42. napadeného rozhodnutí, byl stejnopis návrhu, a tedy i podnětu, zadavateli prokazatelně doručen, s jeho plným zněním byl zadavatel seznámen, a taktéž se k němu vyjádřil ve svém vyjádření k návrhu ze dne 16. 2. 2015. Na základě obdrženého návrhu (a tedy současně i podnětu) si Úřad vyžádal dokumentaci koncesního řízení, po jejímž prošetření dospěl k závěru, že zadavatel při vyřizování námitek stěžovatele nepostupoval v souladu se zákonem, a vydal příkaz. Úřad v daném případě postupoval zcela standardně a zadavatel nebyl tímto postupem krácen na svých právech.



*K řízení, jež vydání napadeného rozhodnutí předcházelo*

39. Usnesením ze dne 29. 10. 2015 stanovil Úřad zadavateli lhůtu, v níž byl oprávněn činit úkony dle § 36 odst. 1 správního řádu, přičemž tato možnost vyplývá Úřadu přímo z citovaného ustanovení správního řádu. Ustanovení § 36 odst. 1 správního řádu umožňuje účastníkům řízení navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy, zejména návrhy související s opatřováním podkladů rozhodnutí, po celou dobu řízení, až do vydání rozhodnutí, nestanoví-li zákon jinak. Současně platí, že správní orgán může stanovit pořádkovou lhůtu, v níž mohou účastníci činit své návrhy. Úřad dále usnesením ze dne 29. 10. 2015 umožnil zadavateli vyjádřit ve správním řízení své stanovisko v souladu s § 36 odst. 2 správního řádu a stanovil k tomu pěti denní lhůtu. Stanovením pěti denní lhůty zadavatel nebyl nikterak dotčen v možnosti vyjádřit v řízení své stanovisko i kdykoliv poté v průběhu správního řízení.
40. Usnesením ze dne 18. 11. 2015 byl zadavatel Úřadem řádně poučen o svém právu seznámit se s podklady pro vydání rozhodnutí dle § 36 odst. 3 správního řádu. Zadavatel byl řádně poučen o svém právu seznámit se s podklady pro vydání rozhodnutí dle § 36 odst. 3 správního řádu, a to v době, kdy již byly všechny podklady shromážděny. Současně bylo zadavateli dáno na srozuměnou, že své právo dle § 36 odst. 3 správního řádu může nepochybně využít alespoň do pěti dnů od doručení napadeného usnesení. V opačném případě by Úřad vycházel z toho, že zadavatel svého práva dle § 36 odst. 3 správního řádu využít nechce a přikročil by k vydání napadeného rozhodnutí.
41. Závěrem shrnuji, že zadavateli byla dána možnost k provedení procesních úkonů, jenž správní řád v § 36 účastníkům řízení přiznává, když Úřad zadavateli doručil usnesení ze dne 29. 10. 2015 a dále usnesení ze dne 18. 11. 2015, jímž byl zadavatel vyzván k možnosti vyjádřit se k podkladům rozhodnutí.
42. Úřad tedy nezatížil správní řízení procesní vadou, neboť zadavatel měl možnost seznámit se s podklady rozhodnutí a vyjádřit se k nim. Ze správního spisu vedeného pod sp. zn. ÚOHS-S0660/2015/VZ vyplývá, že podáním ze dne 3. 12. 2015 se zadavatel vyjádřil k podkladům rozhodnutí. Nad rámec uvádím, že zadavatel měl i další možnost, jak se seznámit s podklady pro vydání rozhodnutí, když mohl kdykoliv během řízení nahlédnout do správního spisu, v němž byly založeny všechny podklady pro vydání rozhodnutí. Dle rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 8 Afs 21/2009-243 ze dne 26. 2. 2010 „*vždy je třeba zkoumat, zda poté, kdy účastník v souladu s poučením postupoval, byl správní spis následně doplňován či nikoli, a zda tak účastník měl faktickou možnost se s úplným správním spisem seznámit.*“ S ohledem na výše uvedené mám za prokázané, že Úřad umožnil zadavateli před vydáním napadeného rozhodnutí vyjádřit se k podkladům pro vydání rozhodnutí v souladu s § 36 odst. 3 správního řádu, jejichž shromažďování bylo ukončeno (tedy s úplným správním spisem) a stanovil mu k tomu přiměřenou lhůtu.

*K posouzení pozdější právní úpravy*

43. Dne 1. 10. 2016 nabyl účinnosti zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „**ZZVZ**“).
44. 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.

45. V souvislosti s citovaným článkem Listiny uvádím, že konstantní soudní judikatura (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu 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 Nejvyšší správní soud též v rozsudku č. j. 8 Afs 17/2007-135 ze dne 31. 5. 2007 a dalších.
46. K posouzení příznivější právní úpravy ve vztahu ke konkrétním okolnostem případu uvádím následující. Předně je třeba uvést, že předmětem ZZVZ jsou v souladu s § 1 pravidla pro zadávání veřejných zakázek, přičemž dle § 2 odst. 2 je veřejnou zakázkou veřejná zakázka na dodávky podle § 14 odst. 1, veřejná zakázka na služby podle § 14 odst. 2, veřejná zakázka na stavební práce podle § 14 odst. 3, koncese na služby podle § 174 odst. 3 nebo koncese na stavební práce podle § 174 odst. 2.
47. Právní úpravou obsaženou v ZZVZ, která dopadá i na zadávání koncesí, došlo mj. ke změně délky lhůt, ve kterých zaniká odpovědnost za správní delikt, a to tak, že podle § 270 odst. 3 ZZVZ odpovědnost zadavatele za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán.
48. Podle § 27b odst. 3 zákona odpovědnost právnické osoby 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.
49. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda byla naplněna podmínka uvedená v ustanovení § 27b odst. 3 zákona. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl z podání doručeného Úřadu dne 15. 12. 2014. Ke spáchání správního deliktu došlo dnem vydání předmětného rozhodnutí o námitkách, tj. dne 10. 11. 2014. Odpovědnost zadavatele za správní delikt tedy nezanikla, a to ani s ohledem na to, že subjektivní lhůta pro zánik deliktní odpovědnosti byla tedy pro případ jednání zadavatele ZZVZ zkrácena z 5 let na 3 roky a objektivní lhůta z 10 let na 5 let. Za správní delikt, jehož spáchání je předmětem tohoto správního řízení, je tak i nadále možné uložit sankci (protože správní řízení bylo zahájeno před uplynutím maximální objektivní pětileté lhůty).

50. Deliktní odpovědnost zadavatele konstatovaná napadeným rozhodnutím se opírá o závěr Úřadu, že zadavatel nepostupoval při přezkoumávání námitek v souladu s § 12 odst. 3 zákona a § 111 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách, neboť neuvědomil stěžovatele o možnosti podat ve lhůtě podle § 24b odst. 4 zákona návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu a doručit v téže lhůtě stejnopis návrhu zadavateli. Dle pozdější právní úpravy ustanovení § 268 ZZVZ se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že postupuje při vyřizování námitek v rozporu s § 245 odst. 1, 2, 3 nebo 4. Podle § 245 odst. 2 ZZVZ pokud zadavatel neshledá důvody pro vyhovění, námitky rozhodnutím odmítne. Za odmítnutí se považuje i částečné vyhovění námitkám nebo provedení jiného opatření k nápravě, než kterého se stěžovatel v námitkách domáhal. Provede-li zadavatel jiné opatření k nápravě, než kterého se stěžovatel domáhá, je stěžovatel oprávněn podat nové námitky i proti takovému opatření k nápravě. Podle § 245 odst. 4 ZZVZ pokud zadavatel námitky odmítne, poučí stěžovatele v rozhodnutí o námitkách o možnosti podat ve lhůtě podle § 251 odst. 2 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu a o povinnosti doručit v téže lhůtě stejnopis návrhu zadavateli.
51. K výši uložené pokuty uvádím, že dle § 27 zákona lze za šetřený správní delikt uložit zadavateli pokutu do výše 10 000 000 Kč, dle § 268 ZZVZ by bylo lze za šetřený správní delikt uložit zadavateli pokutu do 20 000 000 Kč.
52. Ve světle výše uvedeného konstatuji, že v šetřeném případě nelze aplikovat výjimku ze zákazu retroaktivity, neboť pozdější 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 znaky skutkových podstat jak podle zákona, tak podle pozdější právní úpravy ZZVZ, přičemž i příslušné výše sazeb pokut a kritéria závažností nejsou dle ZZVZ pro pachatele příznivější, než dle zákona.
53. S ohledem na všechny výše uvedené skutečnosti uvádím, že závěry Úřadu, že se zadavatel svým jednáním dopustil správního deliktu uvedeného ve výroku I. napadeného rozhodnutí, považuji za správné.

*K uložení sankce*

54. K závěrům Úřadu ohledně pokuty, jež byla zadavateli uložena výrokiem II. napadeného rozhodnutí, uvádím následující. Pro určení konkrétní výše pokuty je předně klíčové stanovení její maximální možné hranice. Zákon při posuzování sankce za správní delikt výslovně v § 27b odst. 2 vyžaduje, aby Úřad přihlédl ke způsobu spáchání správního deliktu, jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán, čímž je v zákoně vymezena kategorie závažnosti spáchaného správního deliktu, a jsou tím dány i základy pro individualizování trestního postihu. Úřad tak ve věci tohoto správního řízení dospěl k závěru, že zadavatel svým jednáním, kdy stěžovatele neinformoval o možnosti využití prostředku obrany proti negativnímu rozhodnutí zadavatele o námitkách stěžovatele, citelně zasáhl do práv stěžovatele v rámci koncesního řízení, neboť v důsledku absence poučení mohl stěžovatel nabýt nejistoty, zda je oprávněn podat u Úřadu návrh na přezkoumání úkonů zadavatele či nikoliv. Současně však Úřad konstatoval, že možnost bránit se proti postupu zadavatele u Úřadu nebyla v důsledku popsaného jednání zadavatele stěžovateli zcela znemožněna, neboť oprávnění stěžovatele podat návrh k Úřadu je stanoveno přímo zákonem, a není tedy

vázáno výhradně na uvedení poučení o této možnosti v rozhodnutí námitkách. Škodlivé následky správního deliktu tedy lze v daném případě považovat spíše za méně závažné.

55. Úřad v daném případě zohlednil jako polehčující okolnost tu skutečnost, že zadavatel v rozhodnutí o námitkách námitce stěžovatele fakticky „částečně“ vyhověl, když provedl nové posouzení kvalifikace dodavatelů, v důsledku čehož mohl zadavatel nabýt dojem, že poučení o možnosti stěžovatele podat návrh na přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu není v rozhodnutí o námitkách nutno uvádět. Přitěžující okolnosti Úřad neshledal.
56. Vzhledem k výše uvedenému proto konstatuji, že se Úřad zabýval všemi zákonem stanovenými hledisky pro určení výše uložené sankce. Zhodnocením všech specifík konkrétního případu pak Úřad dospěl k závěru, že spáchanému správnímu deliktu odpovídá pokuta ve výši 10 000 Kč. Tato částka pak dosahuje 0,001% maximální možné výše finančního postihu (dle § 27 odst. 2 písm. b) zákona lze uložit pokutu do výše 10 000 000 Kč). Postup Úřadu při stanovení výše pokuty shledávám na jedné straně konformní se zněním § 27 odst. 2 písm. b) zákona, na straně druhé nepochybně zohledňující specifika stavu věci tohoto správního řízení.
57. Rovněž likvidační potenciál pokuty byl Úřadem posouzen. Konstatování, že pokuta ve výši 10 000 Kč nepředstavuje pro zadavatele pokutu likvidační, považuji, vzhledem k podkladům tohoto konstatování (viz bod 56. odůvodnění napadeného rozhodnutí), za závěr správný. K posouzení likvidačnosti doplňuji ke zjištěním Úřadu aktuální údaje o ekonomické situaci zadavatele. Ze závěrečného účtu za rok 2015, uveřejněném na [http://www.lutin.cz/aktuality/soubory/20160318\\_zaverecny\\_ucet\\_obce\\_2015.pdf](http://www.lutin.cz/aktuality/soubory/20160318_zaverecny_ucet_obce_2015.pdf) vyplývá, že hospodaření zadavatele za rok 2015 skončilo kladným hospodářským výsledkem ve výši 11 975 746,31 Kč. Z jeho výše, se kterým, zadavatel v roce 2016 hospodaří, je zřejmé, že ani ke dni vydání tohoto rozhodnutí nelze uloženou pokutu považovat za likvidační.
58. Zároveň se s Úřadem ztotožňuji i v závěru, že pokuta v této výši naplňuje obě funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a především funkci preventivní, která má za cíl směřovat k předcházení porušování zákona, resp. k dalšímu budoucímu jednání v souladu se zákonem.

## **VI. Závěr**

59. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci tohoto správního řízení v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
60. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí o rozkladu.

## **POUČENÍ**

Proti tomuto rozhodnutí se podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona, nelze dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

**Obdrží:**

JUSTITIA TENDER PARTNERS, s.r.o., Půtova 1219/3, 110 00 Praha 1

**Vypraveno dne:**

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