



UOHSX00E3ZM6

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0178/2020/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-36075/2020/323/RBu

Brno 12. 11. 2020

V řízení o rozkladu ze dne 3. 9. 2020 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 4. 9. 2020 obviněným –

- **Správa železnic, státní organizace**, IČO 70994234, se sídlem Dlážděná 1003/7, 110 00 Praha 1,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0265/2020/VZ, č. j. ÚOHS-25989/2020/542/VHu ze dne 21. 8. 2020, vydanému v řízení o přestupku zahájeném dne 7. 7. 2020 z moci úřední,

ve věci možného spáchání přestupku obviněným podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů v souvislosti se zadáním veřejné zakázky „**Zvýšení traťové rychlosti v úseku Říkonín – Vlkov u Tišnova**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení o zahájení bylo odesláno k uveřejnění dne 10. 3. 2017 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 13. 3. 2017 pod ev. č. Z2017-006477, ve znění oprav uveřejněných dne 24. 3. 2017, dne 3. 4. 2017, dne 6. 4. 2017, dne 10. 4. 2017, dne 13. 4. 2017, dne 18. 4. 2017, dne 21. 4. 2017, dne 26. 4. 2017, dne 28. 4. 2017, dne 2. 5. 2017, dne 9. 5. 2017 a dne 12. 5. 2017, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 15. 3. 2017 pod ev. č. 2017/S 052-096605, ve znění oprav uveřejněných dne 24. 3. 2017, dne 4. 4. 2017, dne 6. 4. 2017, dne 8. 4. 2017, dne 13. 4. 2017, dne 14. 4. 2017, dne 21. 4. 2017, dne 26. 4. 2017, dne 28. 4. 2017, dne 3. 5. 2017, dne 6. 5. 2017 a dne 12. 5. 2017,

jsem podle § 152 odst. 6 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:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0265/2020/VZ, č. j. ÚOHS-25989/2020/542/VHu ze dne 21. 8. 2020

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení realizované obviněným

1. Správa železnic, státní organizace, IČO 70994234, se sídlem Dlážďená 1003/7, 110 00 Praha 1, (dále jen „**obviněný**“) zahájila podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**ZZVZ**“)¹ dne 10. 3. 2017 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění otevřené řízení za účelem zadání sektorové veřejné zakázky na stavební práce „Zvýšení traťové rychlosti v úseku Říkonín – Vlkov u Tišnova“ (dále jen „**veřejná zakázka**“), přičemž toto oznámení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 13. 3. 2017 pod ev. č. Z2017-006477, ve znění oprav uveřejněných dne 24. 3. 2017, dne 3. 4. 2017, dne 6. 4. 2017, dne 10. 4. 2017, dne 13. 4. 2017, dne 18. 4. 2017, dne 21. 4. 2017, dne 26. 4. 2017, dne 28. 4. 2017, dne 2. 5. 2017, dne 9. 5. 2017 a dne 12. 5. 2017, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 15. 3. 2017 pod ev. č. 2017/S 052-096605, ve znění oprav uveřejněných dne 24. 3. 2017, dne 4. 4. 2017, dne 6. 4. 2017, dne 8. 4. 2017, dne 13. 4. 2017, dne 14. 4. 2017, dne 21. 4. 2017, dne 26. 4. 2017, dne 28. 4. 2017, dne 3. 5. 2017, dne 6. 5. 2017 a dne 12. 5. 2017, (dále jen „**zadávací řízení**“).
2. Předmětem plnění veřejné zakázky byly stavební úpravy pro zvýšení traťové rychlosti a tím i kapacity (propustnosti) dvoukolejné železniční trati Brno – Havlíčkův Brod v mezistaničním úseku Říkonín – Vlkov u Tišnova v délce 10,7 km.
3. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky činila 1 415 344 000 Kč bez DPH.
4. Obviněný uzavřel na plnění veřejné zakázky dne 3. 7. 2017 smlouvu o dílo č. E617-S-3785/2017 (dále jen „**smlouva o dílo**“) s vybraným dodavatelem společností „Chládek Tintěra LTM + HB Říkonín“, jejímiž společníky byli správce společnosti Chládek & Tintěra, a.s., IČO 62743881, se sídlem Nerudova 1022/16, 412 01 Litoměřice, a společník Chládek

¹ Pozn.: Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na ZZVZ, ve vztahu k posouzení zadávacího řízení na veřejnou zakázku se jedná o znění účinné ke dni zahájení zadávacího řízení. Ve vztahu k posouzení odpovědnosti za přestupek a určení výměry pokuty se jedná o znění ZZVZ účinné ke dni spáchání přestupku.

a Tintěra Havlíčkův Brod, a.s., IČO 60932171, se sídlem Průmyslová 941, 580 01 Havlíčkův Brod, (dále jen „**vybraný dodavatel**“).

II. Řízení o přestupku vedené Úřadem

5. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jako orgán příslušný podle § 248 odst. 3 ZZVZ k projednávání přestupků podle ZZVZ a ukládání pokut za jejich spáchání obdržel dne 9. 6. 2020 podnět k přezkoumání postupu obviněného v zadávacím řízení na veřejnou zakázku.
6. V rámci šetření podnětu si Úřad od obviněného vyžádal jeho vyjádření k podnětu a dokumentaci o zadávacím řízení. Po přezkoumání obdržených podkladů získal Úřad pochybnosti o tom, zda obviněný nespáchal v souvislosti se zadávacím řízením na veřejnou zakázku přestupek podle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ, a proto v této věci dne 7. 7. 2020 zahájil podle § 249 ZZVZ ve spojení s § 78 odst. 2 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**ZOP**“) řízení o přestupku vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0265/2020/VZ, jehož účastníkem je podle § 256 ZZVZ pouze obviněný, (dále jen „**řízení o přestupku**“).

III. Napadené rozhodnutí Úřadu ze dne 21. 8. 2020

7. Dne 21. 8. 2020 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0265/2020/VZ, č. j. ÚOHS-25989/2020/542/VHu (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
8. Výrokem I napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ tím, že při zadávání veřejné zakázky nedodržel pravidlo stanovené v § 99 odst. 2 ZZVZ, když prostřednictvím dokumentu „Vysvětlení/změna/doplnění zadávací dokumentace č. 2“ ze dne 30. 3. 2017 (dále jen „**vysvětlení ZD č. 2**“) provedl změnu zadávací dokumentace, aniž by současně prodloužil lhůtu pro podání nabídek tak, aby od odeslání změny zadávací dokumentace činila nejméně celou svou původní délku, ačkoli se jednalo o změnu zadávací dokumentace, která mohla rozšířit okruh možných účastníků zadávacího řízení, přičemž uvedený postup obviněného mohl ovlivnit výběr dodavatele, a obviněný zadal veřejnou zakázku, když na předmět jejího plnění uzavřel smlouvu o dílo.
9. Výrokem II napadeného rozhodnutí Úřad uložil obviněnému podle § 268 odst. 2 písm. a) ZZVZ za spáchání přestupku uvedeného ve výroku I napadeného rozhodnutí pokutu ve výši 100 000 Kč.
10. Výrokem III napadeného rozhodnutí Úřad uložil obviněnému podle § 95 odst. 1 ZOP, v návaznosti na § 79 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a § 6 odst. 1 vyhlášky č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení, povinnost uhradit náklady řízení ve výši 1 000 Kč.
11. V odůvodnění výroku I napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že obviněný změnil prostřednictvím vysvětlení ZD č. 2 zadávací podmínky veřejné zakázky tak, že snížil smluvní pokutu za každý zjištěný případ pochybení při vedení stavebního deníku či jednoduchého záznamu o stavbě z původní výše 3 % z nabídkové ceny, což představovalo smluvní pokutu v řádech desítek milionů korun, na smluvní pokutu v maximální výši 20 000 Kč. Dle Úřadu

nelze vyloučit, že toto výrazné zmírnění smluvní pokuty mohlo mít vliv na rozhodování dodavatelů, zda do zadávacího řízení na veřejnou zakázku podají svoji nabídku. Obviněný tak dle Úřadu učinil takovou změnu zadávací dokumentace, jež mohla rozšířit okruh možných účastníků zadávacího řízení, a proto byl v souladu s § 99 odst. 2 ZZVZ povinen prodloužit lhůtu pro podání nabídek tak, aby od odeslání předmětné změny činila nejméně celou svou původní délkou. Obviněný toto pravidlo nedodržel, když lhůtu pro podání nabídek prodloužil o dobu kratší, přičemž dle Úřadu nelze vyloučit, že tím mohlo dojít alespoň k potenciálnímu vlivu na výběr dodavatele. Vzhledem k tomu, že obviněný zadal veřejnou zakázku uzavřením smlouvy o dílo, naplnil skutkovou podstatu přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ.

12. V odůvodnění výroku II napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že uložená pokuta odpovídá závažnosti spáchaného přestupku a dalším zákonným a judikaturou dovozeným kritériím a vzhledem k okolnostem případu dostatečně naplňuje represivní a preventivní funkci právní odpovědnosti.

IV. Rozklad obviněného ze dne 3. 9. 2020

13. Dne 4. 9. 2020 Úřad obdržel rozklad obviněného ze dne 3. 9. 2020 proti výrokům I a II napadeného rozhodnutí (dále jen „rozklad“). Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo obviněnému doručeno dne 21. 8. 2020. Konec 15denní odvolací lhůty dle § 83 správního řádu připadl na sobotu 5. 9. 2020. Ve smyslu § 40 odst. 1 písm. c) správního řádu je posledním dnem lhůty nejbližší příští pracovní den, v tomto případě pondělí 7. 9. 2020. Obviněný tedy podal rozklad v zákonné lhůtě.
14. Obviněný v rozkladu namítá, že snížení jedné ze smluvních pokut nemělo v daném případě potenciál rozšířit okruh možných účastníků zadávacího řízení. S ohledem na obsah a šíři zadávací dokumentace, na všechny ostatní zadávací podmínky daného zadávacího řízení a na význam konkrétní zadávací podmínky pro podání nabídky se dle jeho přesvědčení jedná o marginální zadávací podmínku. Pro poctivě jednajícího dodavatele není a ani nemůže být výše jedné z mnoha smluvních pokut jedinou a rozhodující okolností, na jejímž základě se rozhoduje, zda se zadávacího řízení zúčastní či nikoliv. Každý z potenciálních účastníků zadávacího řízení se do něj hlásí s cílem řádně vykonat a provést předmět plnění veřejné zakázky. Smluvní pokuta slouží k utvrzení dluhu a nemá vliv na rozšíření okruhu možných účastníků zadávacího řízení. Dle obviněného je zcela zjevné, že smluvní pokuta ve výši 3 % z nabídkové ceny za každý případ porušení povinnosti byla bez jakýchkoli pochybností nepřiměřeně vysoká (v rozporu s § 2051 občanského zákoníku) a kterýkoli z potenciálních dodavatelů by se tak snadno u soudu domohl její moderace.
15. Obviněný je přesvědčen, že Úřad by neměl při posuzování délky lhůty pro podání nabídek vycházet pouze z doslovného znění § 99 odst. 2 ZZVZ, ale měl by vzít v úvahu i jeho smysl a účel, kterým je dle názoru obviněného zajistit, aby potenciální noví dodavatelé měli k sestavení svých nabídek totožnou časovou dotaci jako dodavatelé původní. Oznámení o zahájení zadávacího řízení, které obviněný odeslal dne 10. 3. 2017 k uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek, zde bylo uveřejněno dne 13. 3. 2017 v 2.01 hodin. Teprve v tento den se mohli potenciální dodavatelé dozvědět o tom, že bylo zahájeno zadávací řízení a seznámit se s jeho zadávacími podmínkami. Dodavatelé tedy měli ve skutečnosti k dispozici lhůtu 37 dnů a 8 hodin. Obviněný prodloužil lhůtu pro podání nabídek prostřednictvím vysvětlení ZD č. 2 o 35 dnů a 21 hodin. Rozdíl mezi původní lhůtou a prodlouženou lhůtou tedy činil pouze

1 den a přibližně 11 hodin. Tvrze zkrácení lhůty pro podání nabídek tedy bylo ve skutečnosti výrazně kratší, než Úřad uvedl v napadeném rozhodnutí, a proto obviněný apeluje na předsedu Úřadu, aby tuto skutečnost zohlednil jako polehčující okolnost.

16. Obviněný taktéž v rozkladu namítá, že Úřad při ukládání pokuty zohlednil sbíhající přestupky a přistoupil k uložení souhrnného trestu. Dle obviněného se nemůže jednat o přitěžující okolnost podle § 40 písm. b) ZOP, protože tato je aplikovatelná pouze při ukládání souhrnného [správně „úhrnného“] trestu ve společném řízení vedeném podle § 88 ZOP. Nemůže se jednat ani o přitěžující okolnost podle § 40 písm. c) ZOP, protože ani jedno z rozhodnutí týkajících se sbíhajících přestupků nebylo v době spáchání posuzovaného přestupku v právní moci. Aplikace souhrnného trestu se neopírá o žádné ustanovení ZZVZ ani ZOP a nejsou ani splněny podmínky souhrnného trestu tak, jak jsou známy z trestního práva – Úřad by totiž musel v takovém případě spolu s uložení souhrnného trestu zrušit výrok o trestu uloženém dřívějším rozhodnutím.
17. Obviněný dále v rozkladu namítá, že Úřad nesprávně zohlednil jeho ekonomickou situaci, když nepřihlédl k tomu, že je státní organizací, výsledek jeho hospodaření za účetní období roku 2019 byl záporný ve výši 1 079 mil. Kč a z čistého obrátu tvoří tržby z hospodaření s majetkem obviněného hodnotu 10 498 mil. Kč. Dle obviněného by měla být s ohledem na tyto skutečnosti pokuta podstatným způsobem snížena. Kromě toho je dle obviněného třeba reflektovat, že jako státní organizace má zvýšenou povinnost postupovat s péčí řádného hospodáře, a že uhrazení pokuty by na něho mělo větší dopad i kvůli pandemii COVID-19 a jejím ekonomickým důsledkům.
18. Obviněný rovněž namítá, že Úřad při určení výměry pokuty nedostatečně přihlédl k závažnosti přestupku. Uložená pokuta je dle jeho mínění zcela nepřiměřená a měla by být podstatně snížena. Dle obviněného intenzita porušení zákonem chráněných zájmů je zcela neodpovídající výši uložené pokuty a je tak v rozporu se zásadou úměrnosti, kterou je represivní funkce trestu ovlivňována. Přehnaná represe vůči obviněnému neplní svůj účel. Dle obviněného je preventivní funkce trestu uloženou pokutou jistě naplněna, této funkci je však dle jeho názoru vzhledem ke všem okolnostem daného případu přikládán neadekvátní význam, jenž je až „na hraně absurdity“.

Závěr rozkladu

19. Obviněný navrhuje, aby předseda Úřadu zrušil výrok II napadaného rozhodnutí a správní řízení zastavil.

V. Řízení o rozkladu

20. Úřad po doručení rozkladu neshledal důvody pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí podle § 87 správního řádu, a proto podle § 88 odst. 1 téhož zákona předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

21. 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 § 98 odst. 1 ZOP přezkoumal napadené rozhodnutí v plném

rozsahu a s přihlédnutím k námitkám obviněného a návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.

22. Úřad napadeným rozhodnutím rozhodl správně a v souladu se zákonem.
23. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k potvrzení napadeného rozhodnutí a zamítnutí rozkladu.

VI. K důvodům potvrzení výroku I napadeného rozhodnutí

Shrnutí stěžejních skutečností a závěrů Úřadu

24. Předmětem tohoto řízení o přestupku je posouzení otázky, zda se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ, podle něhož se zadavatel dopustí přestupku tím, že nedodrží pravidla stanovená ZZVZ pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postupy podle části šesté ZZVZ, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu v soutěži o návrh, a zadá veřejnou zakázku, uzavře rámcovou dohodu nebo se soutěž o návrh považuje po výběru návrhu za ukončenou.
25. Součástí zadávacích podmínek veřejné zakázky byly mj. smluvní podmínky pro výstavbu – zvláštní podmínky pro stavby Správy železniční dopravní cesty, státní organizace (dále jen „**zvláštní smluvní podmínky**“), jejichž součástí bylo též ustanovení upravující povinnost vybraného dodavatele jako zhotovitele zaplatit obviněnému jako objednateli smluvní pokutu. Pod-článkem 4.27 (k) zvláštních smluvních podmínek obviněný stanovil, že má vůči zhotoviteli (vybranému dodavateli) právo na zaplacení smluvní pokuty ve výši stanovené v příloze k nabídce, jestliže zhotovitel poruší svou povinnost vést řádným způsobem stavební deník či jednoduchý záznam o stavbě.
26. V příloze k nabídce – ve znění uveřejněném po zahájení zadávacího řízení na veřejnou zakázku – byla výše smluvní pokuty ve vztahu k pod-článku 4.27 (k) zvláštních smluvních podmínek stanovena tak, že „*[z]hotovitel je povinen uhradit smluvní pokutu za každý případ porušení povinnosti ve výši 3 % z nabídkové ceny uvedené v Dopisu nabídky*“, tj. nabídkové ceny bez DPH za situace, kdy předpokládaná hodnota veřejné zakázky činila cca 1,4 mld. Kč bez DPH. Smluvní pokuta tedy měla činit desítky milionů korun za každý případ porušení povinnosti s tím, že přesná výše se měla odvíjet od nabídkové ceny vybraného dodavatele.
27. Obviněný výši právě uvedené smluvní pokuty změnil prostřednictvím vysvětlení ZD č. 2 tak, že nově byl zhotovitel povinen „*uhradit smluvní pokutu ve výši 1 % z nabídkové ceny uvedené v Dopisu nabídky, maximálně však 20 000 Kč za každý zjištěný případ. Pokud Zhotovitel nezjedná nápravu do 14 dnů ode dne zápisu Objednatele do Stavebního deníku o zjištění nedostatku, je povinen uhradit další smluvní pokutu ve výši 10 000 Kč za každý další den, až do dne, kdy odstraní veškeré nedostatky ve vedení Stavebního deníku nebo jednoduchého záznamu o stavbě*“.
28. Podle § 99 odst. 2 ZZVZ, pokud to povaha doplnění nebo změny zadávací dokumentace vyžaduje, zadavatel současně přiměřeně prodlouží lhůtu pro podání žádostí o účast, předběžných nabídek nebo nabídek. V případě takové změny nebo doplnění zadávací dokumentace, která může rozšířit okruh možných účastníků zadávacího řízení, prodlouží zadavatel lhůtu tak, aby od odeslání změny nebo doplnění zadávací dokumentace činila nejméně celou svou původní délku.

29. Úřad v rámci výroku I napadeného rozhodnutí a jeho odůvodnění dospěl v první řadě k závěru, že změna výše smluvní pokuty za porušení povinnosti vést řádným způsobem stavební deník či jednoduchý záznam o stavbě mohla rozšířit okruh možných účastníků zadávacího řízení, a proto byl obviněný povinen prodloužit lhůtu pro podání nabídek tak, aby od odeslání změny zadávací dokumentace činila nejméně celou svou původní délku.

K porušení § 99 odst. 2 věty druhé ZZVZ

30. Obviněný v rozkladu namítá, že snížení jedné ze smluvních pokut v daném případě nemělo potenciál rozšířit okruh možných účastníků zadávacího řízení. S ohledem na obsah a šíři zadávací dokumentace, na všechny ostatní zadávací podmínky daného zadávacího řízení a na význam konkrétní zadávací podmínky pro podání nabídky se dle jeho názoru jedná o marginální zadávací podmínku.
31. K této námitce uvádím, že se s ní neztotožňuji, a naopak souhlasím se závěry Úřadu prezentovanými v odůvodnění výroku I napadeného rozhodnutí, kde v bodech 62-65 správně uvedl, že předmětné snížení smluvní pokuty nelze s ohledem na její původně předvídanou výši považovat za marginální a mohlo mít vliv na samotné rozhodování dodavatelů, zda do zadávacího řízení na veřejnou zakázku podají svoji nabídku, a proto posuzované zmírnění zadávacích podmínek mělo potenciál rozšířit okruh možných účastníků zadávacího řízení.
32. Kromě rozsudku Krajského soudu v Brně (dále jen „**KS v Brně**“) č. j. 31 Af 97/2018-65 ze dne 16. 6. 2020, na který Úřad odkázal v bodě 63 odůvodnění napadeného rozhodnutí, podle něhož *„potenciál rozšíření okruhu dodavatelů je dán tehdy, pokud dojde ke zmírnění požadavků zadavatele“*, lze dále odkázat na rozsudek stejného soudu č. j. 62 Af 17/2017-739 ze dne 12. 12. 2019, podle něhož *„ze strany dodavatelů (potenciálních uchazečů) dochází při rozhodování o tom, zda podat či nepodat nabídku do zadávacího řízení, ke zvažování širokého spektra otázek, jež jsou pochopitelně součástí hlediska ekonomického; ekonomické zhodnocení zahrnuje i úvahu o rizicích prodloužení s dodáním. [...] Úvahy jednotlivých uchazečů promítající se v nabídkách tedy nepochybně mohly být ovlivněny smluvními podmínkami týkajícími se smluvní pokuty za prodloužení s dodávkou motorových jednotek. Tvrdí-li žalobce [...], že ujednání o smluvní pokutě má charakter (v pojetí žalobce ‚pouhé‘) obchodní podmínky, kterou si dodavatelé vyhodnocují z hlediska míry rizik s ní spojených, tato rizika jsou vyčíslitelná a racionálně uvažující dodavatel si je ‚umí‘ promítnout do nabídkové ceny, s tím zdejší soud souhlasí, ani žalovaný však své závěry nevystavěl v napadeném rozhodnutí na názoru opačném. Právě vyhodnocení obchodních podmínek však probíhá před podáním nabídek a rizika jsou vyhodnocována a promítána do nabídek ve vztahu k takové konstrukci obchodních podmínek, jež je patrna ze zadávacích podmínek, jichž jsou obchodní podmínky součástí. Vůbec tedy není namístě striktně odlišovat vyhodnocení ve vztahu k těm zadávacím podmínkám, jež se promítly do požadavků zadavatele na kvalifikaci (nebo do jiných podmínek účasti v zadávacím řízení), a ve vztahu k těm zadávacím podmínkám, jež se sice nepromítají do míry splnění požadavků zadavatele na samotnou účast dodavatele v zadávacím řízení, nýbrž se mají promítat až pro případ úspěchu dodavatele v zadávacím řízení, tj. po uzavření smlouvy; obojí totiž může z pohledu racionálně uvažujícího dodavatele hrát významnou roli při úvahách o tom, zda nabídka bude podána (což je v nyní posuzované věci podstatné), popř. jaká nabídka bude podána“*. Posledně citovaný rozsudek se týkal smluvní pokuty za prodloužení s dodáním, jeho závěry jsou však dle mého názoru aplikovatelné i na právě posuzovaný

případ, tj. na smluvní pokutu za porušení povinnosti vést řádným způsobem stavební deník či jednoduchý záznam o stavbě.

33. Na tak rozsáhlé stavbě, která byla předmětem plnění veřejné zakázky, jejíž předpokládaná hodnota činila cca 1,4 mld. Kč bez DPH, bude stavební deník velice obsáhlý, v důsledku čehož existuje reálné riziko, že se v něm občas mohou objevit nedostatky, a to i přes vynaložení náležité péče ze strany pracovníků (stavbyvedoucích) vybraného dodavatele. Podle původního znění zadávacích podmínek měl přitom obviněný nárok na smluvní pokutu v řádech desítek milionů korun za každý zjištěný nedostatek při vedení stavebního deníku či jednoduchého záznamu o stavbě. Byť jen jediná chyba při jejich vedení mohla mít pro vybraného dodavatele velmi nepříznivé ekonomické důsledky a více takových chyb by mohlo být pro některé dodavatele dokonce likvidační. Existence takového rizika mohla hrát z pohledu racionálně uvažujícího dodavatele významnou roli při rozhodování se o tom, zda nabídka bude podána, popř. jaká nabídka bude podána.
34. K námitce obviněného, že pro poctivě jednajícího dodavatele výše jedné z mnoha smluvních pokut není a ani nemůže být jedinou a rozhodující okolností, na jejímž základě se rozhoduje, zda se zadávacího řízení zúčastní či nikoliv, uvádím, že i poctivě jednající dodavatelé, jejichž cílem je řádně vykonat a provést dílo, mohou dělat chyby, a i přesto, že by zjištěný nedostatek ve vedení stavebního deníku neměl žádný dopad na řádnou realizaci stavby a byl by vybraným dodavatelem bez větších potíží napraven, obviněnému by vznikl podle původního znění zadávacích podmínek nárok na úhradu smluvní pokuty v řádech desítek milionů Kč.
35. K námitce obviněného, že původní smluvní pokuta ve výši 3 % z nabídkové ceny za každý případ porušení povinnosti byla bez jakýchkoli pochybností nepřiměřeně vysoká (v rozporu s § 2051 občanského zákoníku) a kterýkoli z potenciálních dodavatelů by se tak snadno u soudu domohl její moderace, uvádím, že podle § 36 odst. 3 ZZVZ nesmí zadavatel přenášet odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek na dodavatele, a proto obviněný nemohl v posuzované věci očekávat, že dodavatelé nebudou k zadávací podmínce, která byla součástí zadávací dokumentace, přihlížet, protože byla nepřiměřená. Z pohledu dodavatelů se jednalo o zadávací podmínku, která byla součástí zadávacích podmínek veřejné zakázky, a proto ji museli při svých úvahách o tom, zda nabídku podají, popř. jakou nabídku podají, zohlednit, a to do doby, než byla obviněným prostřednictvím vysvětlení ZD č. 2 změněna. Moderační právo soudu je navíc složitá právní otázka s nejistým výsledkem, což by bylo ještě významně umocněno tím, že smluvní pokuta byla součástí obchodních podmínek veřejné zakázky, které nemohou být po jejím zadání libovolně měněny – srov. § 222 odst. 1 ZZVZ, podle něhož není-li dále stanoveno jinak, nesmí zadavatel umožnit podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku po dobu jeho trvání bez provedení nového zadávacího řízení, a navazující § 222 odst. 3 písm. a) a b) ZZVZ, podle něhož podstatnou změnou závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku je taková změna smluvních podmínek, která by umožnila účast jiných dodavatelů nebo by mohla ovlivnit výběr dodavatele v původním zadávacím řízení, pokud by zadávací podmínky původního zadávacího řízení odpovídaly této změně, nebo měnila ekonomickou rovnováhu závazku ze smlouvy ve prospěch vybraného dodavatele. V této souvislosti lze odkázat na usnesení Nejvyššího soudu sp. zn. 23 Cdo 436/2011 ze dne 25. 9. 2012, podle kterého „[d]odatečná moderace výše smluvní pokuty, která byla jako jedno z kritérií zahrnuta do návrhu uchazeče

o veřejnou zakázku žalobce, jako zadavatele, by nepochybně protiprávně zpětně zasáhla do již ukončeného výběrového řízení“.

36. V návaznosti na uvedené lze tedy shrnout, že pro některé potenciální dodavatele mohly zadávací podmínky v původním znění představovat takové riziko, které nebyli ochotni podstoupit, a proto se rozhodli nabídku nepodat. Poté, co obviněný předmětnou smluvní pokutu prostřednictvím vysvětlení ZD č. 2 výrazně zmírnil, se však již mohli chtít zadávacího řízení zúčastnit. Skutečnost, že obviněný výrazně snížil smluvní pokutu za porušení povinnosti vést řádným způsobem stavební deník či jednoduchý záznam o stavbě, tedy mohla o takové dodavatele rozšířit okruh možných účastníků zadávacího řízení. V tomto ohledu tedy souhlasím se závěry Úřadu a související námitky obviněného shledávám nedůvodnými.
37. Vzhledem k tomu, že obviněný prostřednictvím vysvětlení ZD č. 2 provedl změnu zadávací dokumentace, která mohla rozšířit okruh možných účastníků zadávacího řízení, byl povinen v souladu s § 99 odst. 2 větou druhou ZZVZ prodloužit lhůtu pro podání nabídek tak, aby od odeslání změny zadávací dokumentace činila nejméně celou svou původní délku.
38. Obviněný zahájil zadávací řízení na veřejnou zakázku dne 10. 3. 2017 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek a v Úředním věstníku Evropské unie. V obou formulářích stanovil lhůtu pro doručení nabídek do 19. 4. 2017 do 10.00 hodin. Původní délka lhůty pro podání nabídek tedy činila 39 dní a 10 hodin.
39. Na základě vysvětlení ZD č. 2, které bylo uveřejněno na profilu zadavatele dne 30. 3. 2017, a opravného formuláře ev. č. F2017-008249, který byl odeslán k uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek a v Úředním věstníku Evropské unie dne 30. 3. 2017, obviněný prodloužil lhůtu pro podání nabídek do 5. 5. 2017 do 10.00 hodin. Nová lhůta pro podání nabídek tedy od odeslání změny zadávací dokumentace činila 35 dní a 10 hodin.
40. Obviněný tedy neprodloužil lhůtu pro podání nabídek nejméně o celou svou původní délku, přestože prostřednictvím vysvětlení ZD č. 2 provedl změnu zadávací dokumentace, která mohla rozšířit okruh možných účastníků zadávacího řízení (viz odůvodnění výše), čímž porušil § 99 odst. 2 větu druhou ZZVZ. Obviněný tak naplnil první znak skutkové podstaty přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ, kterým je nedodržení pravidla stanoveného ZZVZ pro zadání veřejné zakázky.

K vlivu na výběr nejvhodnější nabídky

41. Druhým znakem skutkové podstaty přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ, tj. tím, zda Úřadem zjištěné nedodržení § 99 odst. 2 věty druhé ZZVZ ze strany obviněného ovlivnilo nebo mohlo ovlivnit výběr dodavatele, se Úřad zabýval zejména v bodech 75-77 odůvodnění napadeného rozhodnutí. Úřad zde správně uvedl, že postačí potencialita vlivu na výběr nejvhodnější nabídky, což se vykládá tak, že „*Úřad pro ochranu hospodářské soutěže není u ohrožovací formy předmětného správního deliktu povinen prokazovat, že zde existoval konkrétní dodavatel, který by se, nebýt pochybení zadavatele, zadávacího řízení zúčastnil a mohl podat výhodnější nabídku. Postačí, aby v rozhodnutí učinil kvalifikovanou úvahu, z níž bude logickým a srozumitelným způsobem vyplývat, proč v důsledku pochybení zadavatele mohlo dojít k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky [...]*“ [viz rozsudek Nejvyššího správního

soudu (dále jen „**NSS**“) č. j. 6 As 47/2019 – 37 ze dne 31. 5. 2019]. Úřad dospěl ke správnému závěru, že nelze vyloučit, že pokud by někteří potenciální dodavatelé měli v době odeslání vysvětlení ZD č. 2 k dispozici lhůtu pro podání nabídek v celé své původní délce, tedy v délce, kterou obviněný na základě jím kvalifikovaného posouzení určil jako potřebnou s ohledem na poptávaný předmět plnění, mohli se zadávacího řízení zúčastnit a podat výhodnější nabídku než vybraný dodavatel.

42. K tomu doplňuji, že lhůta pro podání nabídek by měla potenciálním dodavatelům zaručovat dostatečný časový prostor pro to, aby se o veřejné zakázce dozvěděli, mohli kvalifikovaně zvážit svoji účast v zadávacím řízení a zpracovat svoji nabídku tak, aby co nejlépe odpovídala všem požadavkům zadavatele a byla konkurenceschopná. Za zcela nepřípustný je nutno označit takový postup, kdy zadavatel změní zadávací podmínky způsobem, který má vliv na rozhodování dodavatelů o podání nabídky, aniž by jim poskytl dostatek času na její přípravu.
43. V posuzovaném případě byl obviněný povinen poskytnout těm dodavatelům, pro které byla nepřiměřená smluvní pokuta za chybné vedení stavebního deníku a jednoduchého záznamu o stavbě důvodem pro nepodání nabídky, ale po jejím výrazném snížení by se již chtěli zadávacího řízení zúčastnit, stejný časový prostor pro přípravu nabídky, jaký poskytl dodavatelům, kteří se rozhodli podat nabídku již za původního znění zadávacích podmínek.
44. Obviněný však těmto „novým“ potenciálním dodavatelům poskytl kratší lhůtu pro zpracování nabídky, než dodavatelům „původním“, čímž porušil § 99 odst. 2 větu druhou ZZVZ. V důsledku tohoto nezákonného postupu obviněného nemuseli tito „noví“ potenciální dodavatelé svou nabídku stihnout připravit vůbec, anebo v odpovídající kvalitě. Není přitom vyloučeno, že pokud by jim poskytl celou lhůtu pro podání nabídek, mohl od nich obdržet výhodnější nabídku, než obdržel od vybraného dodavatele. Nezákonný postup obviněného tedy mohl mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky. V důsledku postupu obviněného, kdy neprodloužil lhůtu pro podání nabídek tak, aby od odeslání změny zadávací dokumentace (vysvětlení ZD č. 2) činila nejméně celou svou původní délku, tedy mohlo dojít k omezení okruhu potenciálních dodavatelů, kteří se mohli o veřejnou zakázku ucházet a případně nabídnout i výhodnější plnění než vybraný dodavatel. Nelze totiž zcela s jistotou říci, že všichni v úvahu přicházející dodavatelé stihli ve zkrácené lhůtě zpracovat úplnou a konkurenceschopnou nabídku.
45. V této souvislosti podotýkám, že nelze říci, že nedostatečné prodloužení lhůty pro podání nabídek (tj. její prodloužení v rozporu s § 99 odst. 2 ZZVZ) je přestupkem až od určitého počtu dnů, o které byla nově poskytnutá lhůta pro podání nabídek kratší, resp. do určitého počtu dnů nezákonného zkrácení přestupkem není. V zásadě každé nedostatečné prodloužení lhůty pro podání nabídek bude vůči „novým“ dodavatelům, kteří původní zadávací podmínky nespĺňovali, působit diskriminačně, a potenciálně může ovlivnit to, zda a v jaké kvalitě podají nabídku, tedy mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Délku nezákonného zkrácení prodloužené lhůty je však třeba promítnout do výměry pokuty. V posuzovaném případě obviněný poskytl potenciálním novým účastníkům zadávacího řízení lhůtu pro podání nabídky v délce 35 dní a 10 hodin místo původní lhůty 39 dní a 10 hodin. V kontextu daného případu se jednalo spíše o méně závažné porušení § 99 odst. 2 věty druhé ZZVZ, což Úřad správně zohlednil jako polehčující okolnost, která měla vliv na uložení pokuty v nižší výměře.

46. K námitce obviněného, že obdržel 9 nabídek od 20 dodavatelů spojených do různých seskupení, uvádím, že Úřad tuto skutečnost rovněž zohlednil jako polehčující okolnost. Vyšší počet účastníků zadávacího řízení však sám o sobě nedokládá, že pochybení obviněného nemohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Posuzovaná veřejná zakázka byla nadlimitní veřejnou zakázkou, která musela být a byla uveřejněna v Úředním věstníku Evropské unie, okruh možných účastníků zadávacího řízení je tedy třeba vztáhnout k celému trhu Evropské unie, což mohlo být více než 20 dodavatelů. Argument obviněného o vysokém počtu podaných nabídek tedy nemůže obstát.
47. K námitce obviněného, že proti nedostatečnému prodloužení lhůty pro podání nabídek neobdržel od dodavatelů žádné námitky, uvádím, že ani tato skutečnost nedokazuje, že jeho postup, který byl v rozporu s § 99 odst. 2 větou druhou ZZVZ, nemohl mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky. K tomu lze odkázat na přílehlavý rozsudek NSS č. j. 6 As 47/2019 – 37 ze dne 31. 5. 2019, podle něhož: „[a]ni to, že si žádný subjekt na průběh otevřeného zadávacího řízení nestěžoval, nevylučuje samo o sobě potenciální existenci takového dodavatele, který se řízení nezúčastnil z důvodu nedostatku času k přípravě nabídky. Existuje řada důvodů, proč určitá osoba nepodá podnět Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, ačkoliv se průběhem zadávacího řízení cítí dotčena. Na prvním místě lze jmenovat (jakkoli iracionální) obavu ze znepráčetelní si zadavatele a snížení své šance na úspěch v dalších výběrových řízeních. Z neexistence stížností na prošetřovaný postup zadavatele tedy nelze žádné dalekosáhlé závěry vyvozovat“.

Shrnutí k přestupku spáchanému obviněným

48. Lze tedy shrnout, že obviněný porušil § 99 odst. 2 větu druhou ZZVZ tím, že v návaznosti na vysvětlení ZD č. 2, jehož prostřednictvím výrazně snížil smluvní pokutu za porušení povinnosti vést řádným způsobem stavební deník či jednoduchý záznam o stavbě, neprodloužil lhůtu pro podání nabídek tak, aby od odeslání změny zadávací dokumentace činila nejméně celou svou původní délku, neboť se jednalo o změnu zadávací dokumentace, která mohla rozšířit okruh možných účastníků zadávacího řízení. Toto nedodržení pravidla stanoveného v § 99 odst. 2 větě druhé ZZVZ mohlo ovlivnit výběr dodavatele a obviněný zadal veřejnou zakázku uzavřením smlouvy o dílo, a proto spáchal přestupek podle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ. Úřad tedy ve výroku I napadeného rozhodnutí dospěl ke správnému závěru. Z toho důvodu jsem tento výrok napadeného rozhodnutí potvrdil a rozklad obviněného v tomto rozsahu zamítl s tím, že jsem jeho námitky z výše uvedených důvodů shledal nedůvodnými.

VII. K důvodům potvrzení výroku II napadeného rozhodnutí

K námitce, že rozdíl mezi původní a prodlouženou lhůtou pro podání nabídek byl fakticky menší

49. Obviněný ve vztahu k pokutě ve výši 100 000 Kč, kterou mu Úřad uložil výrokiem II napadeného rozhodnutí za spáchání přestupku shledaného ve výroku I napadeného rozhodnutí, předně namítá, že oznámení o zahájení zadávacího řízení, které odeslal dne 10. 3. 2017 k uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek a v Úředním věstníku Evropské unie, bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno až dne 13. 3. 2017. Teprve v tento den se tedy potenciální dodavatelé mohli dozvědět o tom, že zadávací řízení bylo zahájeno,

a seznámit se s jeho zadávacími podmínkami. Dodavatelé měli tedy fakticky k dispozici kratší lhůtu než 39 dnů a 10 hodin, a proto rozdíl mezi původní a prodlouženou lhůtou pro podání nabídek činil méně než 4 dny, které Úřad zohlednil při určení výměry pokuty. Z tohoto důvodu obviněný žádá předsedu Úřadu, aby uloženou pokutu snížil.

50. K této námitce uvádím, že Úřad posuzoval původní délku lhůty pro podání nabídek správně od okamžiku *odeslání* oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek a v Úředním věstníku Evropské unie dne 10. 3. 2017 a novou lhůtu pro podání nabídek prodlouženou v návaznosti na změnu zadávací dokumentace provedenou prostřednictvím vysvětlení ZD č. 2 od *odeslání* této změny na profil zadavatele a opravného formuláře k uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek a v Úředním věstníku Evropské unie dne 30. 3. 2017 (blíže viz body 38 a 39 odůvodnění tohoto rozhodnutí).
51. Skutečnost, že (původní) délka lhůty pro podání nabídek se stanoví od odeslání oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění, vyplývá z § 56 odst. 1 ZZVZ, podle něhož zadavatel zahajuje otevřené řízení odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění způsobem podle § 212 ZZVZ, ve spojení s § 57 odst. 1 ZZVZ, podle něhož se lhůta pro podání nabídek v otevřeném řízení stanoví od zahájení zadávacího řízení. Skutečnost, že i délku nové lhůty pro podání nabídek je třeba počítat od odeslání změny nebo doplnění zadávací dokumentace, vyplývá z § 99 odst. 2 věty druhé ZZVZ (viz bod 28 odůvodnění tohoto rozhodnutí).
52. Obviněný v rozkladu v rozporu s právě uvedeným nesprávně počítá délku původní lhůty pro podání nabídek až od okamžiku uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení ve Věstníku veřejných zakázek dne 13. 3. 2017 a tuto srovnává s novou lhůtou pro podání nabídek počítanou již od odeslání změny zadávací dokumentace na profil zadavatele a opravného formuláře k uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek a v Úředním věstníku Evropské unie dne 30. 3. 2017. Obviněný tedy srovnává lhůtu počítanou až od „uveřejnění“ příslušného formuláře se lhůtou počítanou již od „odeslání“ příslušného formuláře, tedy dvě odlišné, nesrovnatelné lhůty.
53. Obviněný má pravdu v tom, že se dodavatelé formálně dozvěděli o zahájení zadávacího řízení nikoliv odesláním formuláře do Věstníku veřejných zakázek a Úředního věstníku Evropské unie, ale až jeho uveřejněním v těchto věstnících. Stejně však platí i o odeslání změny lhůty pro podání nabídek do obou věstníků – o jejím prodloužení se potenciálně dodavatelé nedozvěděli již odesláním změny k uveřejnění dne 30. 3. 2017, ale až jejím uveřejněním, ke kterému ve Věstníku veřejných zakázek došlo až dne 3. 4. 2017. Pokud spočítáme délku původní i nové lhůty pro podání nabídek tímto způsobem (tj. až od okamžiku uveřejnění příslušných formulářů), který je na rozdíl od způsobu výpočtu provedeného obviněným srovnatelný (viz předchozí bod odůvodnění tohoto rozhodnutí), dospějeme k závěru, že nezákonné zkrácení nové lhůty pro podání nabídek nebylo kratší než 4 dny, jak namítá obvinění v rozkladu, ale naopak delší (5 dní).
54. Námitka obviněného tedy není důvodná, protože Úřad délku původní i nové lhůty pro podání nabídek posoudil správně v souladu se ZZVZ a ve výměře pokuty zohlednil správný rozdíl mezi těmito lhůtami – nová lhůta pro podání nabídek byla v rozporu s § 99 odst. 2 větou druhou ZZVZ kratší o 4 dny oproti původní délce lhůty pro podání nabídek.

K námitce, že Úřad při určení výměry pokuty nesprávně zohlednil souběh přestupků

55. Obviněný nesouhlasí s tím, že Úřad při ukládání pokuty zohlednil sbíhající se přestupky a přistoupil k uložení souhrnného trestu. Dle obviněného se aplikace souhrnného trestu neopírá o žádné ustanovení ZZVZ ani ZOP a ani nejsou splněny podmínky pro uložení souhrnného trestu tak, jak jsou známy z trestního práva. Úřad by totiž v takovém případě musel spolu s uložení souhrnného trestu zrušit výrok o trestu uloženém dřívějším rozhodnutím.
56. K této námitce uvádím, že se Úřad souběhem šetřeného přestupku s dalšími přestupky spáchanými obviněným zabýval v bodech 95-99 odůvodnění napadeného rozhodnutí. Úřad zde mimo jiné správně uvedl, že nemá zákonné zmocnění zrušit předcházející výroky o trestu, a proto „přikročil k uplatnění institutu souhrnného trestu“ tak, že na určení výměry pokuty aplikoval tzv. absorpční zásadu, která se používá právě při ukládání souhrnného trestu, a to tím způsobem, že v rámci uložení sankce za projednávaný přestupek zohlednil předchozí uložené pokuty za přestupky, jež jsou s projednávaným přestupkem v souběhu. Z bodu 96 odůvodnění napadeného rozhodnutí vyplývá, že tak učinil „ve prospěch obviněného“.
57. Obviněnému lze dát za pravdu v tom, že v tomto řízení o přestupku se aplikace absorpční zásady neopírá o žádné ustanovení ZZVZ ani ZOP. ZOP je sice obecným kodexem správního trestání v českém právním řádu, ukládání trestu za více přestupků včetně aplikace absorpční zásady je však upraveno pouze v § 41 ZOP ve vztahu k přestupkům projednaným ve společném řízení. Úřad o právě projednávaném přestupku a s ním se sbíhajících přestupcích nevedl společné řízení, a proto nelze § 41 ZOP aplikovat (alespoň ne bez použití analogie).
58. I přesto je však na ukládání pokuty při souběhu přestupků projednaných mimo společné řízení nutné aplikovat absorpční zásadu, a to v souladu s konstantní rozhodovací praxí správních soudů, podle níž se při trestání správních deliktů tímž správním orgánem přiměřeně uplatní i principy ovládající souběh trestných činů – viz bod 96 odůvodnění napadeného rozhodnutí a v něm uvedené rozsudky NSS. Tyto rozsudky se sice vztahují k přestupkům spáchaným před účinností ZOP, jejich závěry je však dle mého názoru nutné respektovat i za účinnosti ZOP vzhledem k tomu, že ZOP upravuje problematiku ukládání pokut jen při souběhu přestupků projednaných ve společném řízení.
59. Trestněprávní doktrína potvrzuje, že souběhem se nazývá případ, kdy pachatel spáchal dva nebo více trestných činů dříve, než byl pro některý z nich odsouzen, tj. než byl za takový čin vyhlášen odsuzující rozsudek soudem prvního stupně, nebo dříve, než byl obviněnému doručen trestní příkaz (viz JELÍNEK, J. *Trestní právo hmotné: obecná část, zvláštní část*. Vyd. 2. Praha: Leges, 2010, s. 324). Na rozdíl od trestního řízení, kde soud při ukládání souhrnného trestu za sbíhající se trestné činy zruší předchozí výrok o trestu a ukládá nový souhrnný trest, správní právo takový postup nezná. Správní orgán tedy v takovém případě musí uložit zcela novou pokutu a případně předchozí uložené sankce za sbíhající se přestupky v souladu se zásadou absorpce zohlednit.
60. V rozsudku NSS č. j. 1 As 28/2009-62 ze dne 18. 6. 2009 se uvádí, že „pro trestání souběhu není bezpodmínečně nutné vedení společného řízení, ale naopak je zcela nezbytné použití absorpční zásady, tedy vzájemné posouzení veškerých souvisejících trestních sazeb“. NSS dále dodává, že „je zřejmé, že pro důsledné použití ustanovení trestního zákona o souhrnném

trestu (tedy současné zrušení výroku o trestu uloženém pachateli dřívějším rozhodnutím) chybí dostatečný právní základ, nicméně není důvodu, proč by se uvedené principy nemohly s řádným odůvodněním všech souvislostí a sousledností aplikovat, tedy proč by správní orgán neměl při ukládání následného trestu přihlížet k trestům uloženým dříve za sbíhající se přestupky“. KS v Brně v rozsudku č. j. 34 Af 47/2013-102 ze dne 8. 10. 2015 k zásadě absorpce uvedl, že „*trestní sazba mírnější je absorbována tou trestní sazbou, která je u sbíhajících se trestných činů nejpřísnější. Jedná se o zvýhodněný postih souběhu, a tudíž o úpravu příznivější pro pachatele“.*

61. Úřad tedy postupoval v tomto řízení o přestupku správně, když při ukládání pokuty zohlednil sbíhající se přestupky, a proto je v tomto ohledu námitka obviněného nedůvodná.
62. Nedůvodná je i námitka obviněného, že ani jedno z rozhodnutí týkajících se sbíhajících přestupků nebylo v době spáchání posuzovaného přestupku v právní moci, a proto se nemohlo jednat o přitěžující okolnost podle § 40 písm. c) ZOP. Je to z toho důvodu, že **Úřad při určení výměry pokuty zohlednil souběh přestupků, který měl vliv na snížení pokuty, a nikoliv recidivu jakožto přitěžující okolnost ve smyslu § 40 písm. c) ZOP.** Pro určení sbíhajících se přestupků ani není právní moc relevantní, neboť souběh je dán tehdy, jestliže se pachatel dopustil dvou nebo více přestupků dříve, než bylo pro některý z nich vydáno prvostupňové rozhodnutí (viz komentář v bodě 59 odůvodnění tohoto rozhodnutí týkající se trestných činů).
63. Úřad v tomto řízení o přestupku uložil pokutu za přestupek spáchaný obviněným dne 3. 7. 2017. Při určení výše této pokuty správně zohlednil souběh s přestupky spáchanými obviněným dne 28. 7. 2017 a dne 8. 8. 2017, neboť o přestupku spáchaném dne 8. 8. 2017 bylo Úřadem rozhodnuto dne 5. 12. 2017 rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0407/2017/VZ-35635/2017/533/PŠo a o přestupku spáchaném dne 28. 7. 2017 bylo Úřadem rozhodnuto dne 9. 6. 2020 rozhodnutím č. j. ÚOHS-17269/2020/523/JMa.
64. K poukazu obviněného na to, že v rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0407/2017/VZ-35635/2017/533/PŠo ze dne 5. 12. 2017 bylo konstatováno spáchání přestupku tím, že obviněný nezaslal Úřadu část zadávací dokumentace v originále, přitom dle rozsudku KS v Brně č. j. 31 Af 82/2018 – 55 ze dne 29. 4. 2020 taková povinnost ve správním řízení vedeném před Úřadem neexistuje, uvádím, že KS v Brně v tomto rozsudku neposuzoval rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0407/2017/VZ-35635/2017/533/PŠo ze dne 5. 12. 2017, ale jiné rozhodnutí Úřadu o přestupku, který spáchala osoba odlišná od obviněného (město Brandýs nad Labem-Stará Boleslav). Uvedený rozsudek KS v Brně tedy nemá žádný dopad na platnost rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0407/2017/VZ-35635/2017/533/PŠo ze dne 5. 12. 2017, a proto námitku obviněného považuji za nedůvodnou. Nad rámec toho podotýkám, že o předmětném rozsudku KS v Brně bude ještě rozhodovat NSS v rámci projednání kasační stížnosti.
65. K námitce obviněného, že se nemohlo jednat ani o přitěžující okolnost podle § 40 písm. b) ZOP uvádím, že Úřad souběh nezohlednil jako přitěžující okolnost, ale jako okolnost, která měla vliv na zmírnění pokuty. Úřad napadeným rozhodnutím neuložil souhrnný trest, protože mu to zákon neumožňuje, ale místo toho pokutu stanovenou ve výroku II napadeného rozhodnutí uložil v nižší výměře vzhledem k tomu, že se jednalo o pokutu za přestupek, který byl v souběhu s dalšími dvěma přestupky, za jejichž spáchání Úřad již dříve

uložit samostatné pokuty. Součet těchto tří pokut odpovídá díky použití institutu absorpce výši jedné pokuty – úhrnného trestu, který by Úřad uložil v souladu s § 41 odst. 1 ZOP, kdyby o všech třech přestupcích vedl jedno společné řízení. Naopak, kdyby Úřad v tomto řízení souběh nezohlednil, výrokem II napadeného rozhodnutí by obviněnému uložil pokutu vyšší, což by mělo za následek jeho nezákonnost.

K námitce, že Úřad nesprávně zohlednil ekonomickou situaci obviněného

66. Obviněný rovněž namítá, že Úřad nesprávně zohlednil jeho ekonomickou situaci, protože nepřihlédl k tomu, že obviněný je státní organizací, výsledek jeho hospodaření za účetní období roku 2019 byl záporný ve výši 1 079 mil. Kč a z čistého obrátu tvoří tržby z hospodaření s majetkem obviněného hodnotu 10 498 mil. Kč. S ohledem na tyto skutečnosti by měla být dle obviněného pokuta podstatným způsobem snížena.
67. K této námitce uvádím, že Úřad zohlednil ekonomickou situaci obviněného v bodech 100 a 101 odůvodnění napadeného rozhodnutí. Z bodu 101 odůvodnění napadeného rozhodnutí vyplývá, že Úřad si byl vědom toho, že obviněný v roce 2019 dosáhl záporného výsledku hospodaření. Úřad tuto skutečnost, spolu s ostatními informacemi o hospodářských výsledcích obviněného, dle mého názoru vyhodnotil správně, když uvedl, že vyměřenou výši pokuty nelze v tomto případě považovat za likvidační ani za nepřiměřeně zasahující do ekonomické podstaty obviněného a v tomto smyslu za nespravedlivou.
68. Z výroční zprávy obviněného za rok 2019 vyplývá, že měl příjmy v řádu miliard korun – za použití železniční dopravní cesty jeho příjmy dosahovaly 3 679 mil. Kč, tržby za přidělenou kapacitu 114 mil. Kč, tržby za elektrickou energii 3 457 mil. Kč, tržby za pronájmy 591 mil. Kč, tržby od cizích dopravců za poskytnuté služby (mimořádné zásilky apod.) 3 mil. Kč a tržby za ostatní externí služby 473 mil. Kč. S ohledem na výši finančních prostředků, jimiž obviněný běžně disponuje, jsem přesvědčen, že uložená pokuta v žádném případě nepředstavuje zásah do majetku obviněného, jenž by měl likvidační charakter.
69. Dále uvádím, že „[s]amotný záporný výsledek hospodaření však není překážkou pro uložení pokuty a neznamená ani, že uložená pokuta je likvidační“, jak opakovaně dovodil NSS například v rozsudku č. j. 4 As 53/2015 – 26 ze dne 18. 6. 2015. Pouhé zjištění, že se obviněný nachází ve ztrátě, nestačí k rozhodnutí o snížení pokuty za situace, kdy pokuta uložená výrokem II napadeného rozhodnutí evidentně a zcela jistě nepovede k ohrožení ekonomické situace obviněného.
70. Z výkazu zisku a ztrát jsem zjistil, že výsledek hospodaření obviněného byl v roce 2019 záporný ve výši -1 079 mil. Kč, v roce 2018 záporný ve výši -529 mil. Kč, v roce 2017 záporný ve výši -1 093 mil. Kč a v roce 2016 záporný ve výši -2 100 mil. Kč. Přestože v předchozích letech efektivně umořovaná ztráta za poslední rok znovu vzrostla, neshledávám, že by pokuta ve výši 100 000 Kč měla při takových výších ztrát a v celkovém kontextu částek obsažených ve výročních zprávách obviněného jakýkoliv vliv na jeho hospodaření.
71. Vzhledem k vysokým částkám, s nimiž obviněný hospodaří, na jedné straně a pokutě ve výši 100 000 Kč na straně druhé nemůže obstát ani nijak blíže odůvodněná námitka obviněného, že uhrazení pokuty by na něho mělo větší dopad i kvůli pandemii COVID-19 a jejím ekonomickým důsledkům.

72. Nedomnívám se tedy, že by ekonomická situace obviněného odůvodňovala snížení uložené pokuty, a proto námitku, že Úřad nesprávně zohlednil jeho ekonomickou situaci, považuji za nedůvodnou.

K námitce, že uložená pokuta je nepřiměřeně vysoká s ohledem na závažnost přestupku

73. Obviněný namítá, že Úřad při určení výměry pokuty nedostatečně přihlédl k závažnosti přestupku. Uložená pokuta je zcela nepřiměřená a měla by být podstatně snížena. Dle obviněného je intenzita porušení zákonem chráněných zájmů zcela neodpovídající výši uložené pokuty a je tak v rozporu se zásadou úměrnosti, kterou je represivní funkce trestu ovlivňována. Přehnaná represe vůči obviněnému neplní svůj účel. Preventivní funkce trestu je uloženou pokutou jistě naplněna, této funkci je však vzhledem ke všem okolnostem daného případu přikládán neadekvátní význam, jenž je až na hraně absurdity.
74. K této námitce obviněného uvádím, že Úřad k závažnosti jím spáchaného přestupku, z níž při stanovení výše pokuty vycházel, správně uvedl, že nezákonným postupem obviněného došlo k ohrožení právem chráněného zájmu na řádném průběhu hospodářské soutěže, přičemž tento zájem, a úměrně s ním i závažnost porušování takového zájmu, stoupá s hodnotou dané veřejné zakázky. V šetřeném případě nebyl zcela naplněn jeden ze základních cílů ZZVZ, jímž je zajištění rovného soutěžního prostředí při výběru dodavatele z co nejširšího okruhu potenciálních dodavatelů. Nelze vyloučit, že postupem obviněného mohlo dojít k omezení okruhu potenciálních dodavatelů veřejné zakázky, a že obviněný mohl obdržet výhodnější nabídku.
75. Obviněný potenciálnímu okruhu nových dodavatelů neposkytl pro zpracování nabídek celou původní lhůtu, ale tuto zkrátil o 4 dny, čímž porušil § 99 odst. 2 větu druhou ZZVZ. V důsledku kratší lhůty pro podání nabídek nemuseli tito noví potenciální dodavatelé stihnout nabídku zpracovat a podat vůbec, anebo v odpovídající kvalitě. Není přitom vyloučeno, že pokud by jim obviněný poskytl lhůtu pro podání nabídek v celé původní délce, mohl od nich obdržet výhodnější nabídky, než obdržel od vybraného dodavatele. Posuzovaná veřejná zakázka přitom měla značnou hodnotu (nabídková cena vybraného dodavatele činila 1 242 684 668,34 Kč vč. DPH), čemuž odpovídá i vysoká horní hranice pro uložení pokuty 124 268 466,83 Kč.
76. Přestože Úřad správně shledal několik polehčujících okolností (viz bod 94 odůvodnění napadeného rozhodnutí), s ohledem na pochybení obviněného – *v kombinaci s vysokou hodnotou veřejné zakázky* – nelze hovořit o tom, že by jím spáchaný přestupek byl z pohledu závažnosti zcela marginální. Nesouhlasím proto s obviněným, že pokuta ve výši 100 000 Kč je vzhledem k závažnosti spáchaného přestupku nepřiměřeně vysoká.
77. Úřad dle mého názoru postupoval v souladu s § 37 a následujícími ZOP, když pokutu dostatečně individualizoval s ohledem na způsob spáchaní přestupku, jeho následek, stupeň závažnosti, polehčující okolnosti i ekonomickou situaci obviněného. Úřad v napadeném rozhodnutí zcela srozumitelně uvedl, z čeho při stanovení výše pokuty vycházel, přičemž nepřekročil meze správného uvážení. Vzhledem k tomu jsem neshledal důvod pro snížení pokuty, a to ani s přihlédnutím k námitkám obviněného, které považuji za nedůvodné.

VIII. K důvodům potvrzení výroku III napadeného rozhodnutí

78. Obviněný nepodal rozklad proti výroku III napadeného rozhodnutí, tento výrok je však závislý na výroku I napadeného rozhodnutí, který napaden rozkladem byl, a proto výrok III napadeného rozhodnutí nemohl nabýt samostatně právní moci. Vzhledem k tomu jsem tento výrok přezkoumal v souladu s § 98 odst. 1 ZOP, podle něhož odvolací správní orgán v řízení o přestupku přezkoumává napadené rozhodnutí v plném rozsahu.
79. Dospěl jsem přitom k závěru, že Úřad dostal své povinnosti vyplývající z § 95 odst. 1 ZOP, § 79 odst. 5 správního řádu a § 6 odst. 1 vyhlášky č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení, když výrokiem III napadeného rozhodnutí uložil obviněnému povinnost uhradit náklady řízení ve výši 1 000 Kč, a proto jsem výrok III napadeného rozhodnutí potvrdil.

IX. Závěr

80. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu s právními předpisy, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu obviněného, ani z jiných důvodů. Vzhledem k tomu jsem napadené rozhodnutí potvrdil a rozklad zamítl.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

Správa železnic, státní organizace, Dlážděná 1003/7, 11000 Praha, datová schránka uccchjm

Vypraveno dne

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