



UOHSX003ND7I

## PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R167/2010/VZ-10302/2011/310/EKu

V Brně dne: 28. června 2011

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 4. 11. 2010 podaném zadavatelem –

- společností **Lesy České republiky, s. p.**, IČ 42196451, se sídlem Přemyslova 1106, 501 68 Hradec Králové, ve správním řízení zast. Mgr. Bohuslavem Hubálkem, advokátem se sídlem AK Jansta Kostka spol. s r. o., Těšnov 1/1059, 110 00 Praha,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S111/2010/VZ-11795/2010/540/DCh ze dne 21. 10. 2010 ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – společnosti Lesy České republiky, s. p., IČ 42196451, se sídlem Přemyslova 1106, 501 68 Hradec Králové, při zadávání nadlimitní veřejné zakázky s názvem „**Dodávky kancelářského materiálu (rámcová smlouva)**“, zadávané v otevřeném řízení podle § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 28. 8. 2009 pod evidenčním číslem 60035589 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 27. 8. 2009 pod evidenčním číslem 2009/S166-240187, jehož dalším účastníkem je vybraný uchazeč –

- společnost **OFFICE DEPOT, s. r. o.**, IČ 64942503, se sídlem Floriánova 2461, 253 01 Hostivice, za níž jedná Dirk Jan Willem Collin, jednatel,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) 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-S111/2010/VZ-11795/2010/540/DCh ze dne 21. 10. 2010

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

a podaný rozklad

**z a m í t á m.**

## **ODŮVODNĚNÍ**

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

1. Zadavatel – společnost Lesy České republiky, s. p., IČ 42196451, se sídlem Přemyslova 1106, 501 68 Hradec Králové (dále jen „zadavatel“), uveřejnil v souladu s § 26 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), v informačním systému o veřejných zakázkách dne 28. 8. 2009 pod evidenčním číslem 60035589 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 27. 8. 2009 pod evidenčním číslem 2009/S166-240187 oznámení otevřeného zadávacího řízení na nadlimitní veřejnou zakázku s názvem „Dodávky kancelářského materiálu (rámcová smlouva)“. Pozn.: pokud je v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění platné v době provedení úkonu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“ nebo „orgán dohledu“) nebo v době provedení jednotlivých úkonů účastníků řízení.
2. Na základě obdržení podnětu zahájil Úřad správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele z moci úřední, neboť po předběžném přezkoumání dokumentace k veřejné zakázce získal pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem při vymezení minimální úrovně ekonomického kvalifikačního kritéria – obratu dosaženého dodavatelem s ohledem na předmět veřejné zakázky za poslední 3 účetní období, jehož minimální úroveň stanovil zadavatel tak, že obrat dosažený dodavatelem s ohledem na předmět veřejné zakázky nesmí v žádném z posuzovaných účetních období klesnout pod 100 milionů Kč. Správní řízení bylo zahájeno dne 16. 4. 2010 a za jeho účastníky Úřad označil zadavatele a uchazeče, jehož nabídka byla vybrána jako nejvhodnější – společnost OFFICE DEPOT, s. r. o., IČ 64942503, se sídlem Floriánova 2461, 253 01 Hostivice (dále jen „vybraný uchazeč“).
3. Zadavatel se k zahájenému správnímu řízení vyjádřil v tom smyslu, že požadovaný minimální objem ročního obratu není možné považovat za diskriminační či jinak odporující zákonu, a to především z důvodu specifického charakteru šetřené veřejné zakázky a specifických požadavků zadavatele. V šetřené veřejné zakázce lze spatřovat dvě specifika. Prvním specifikem šetřené veřejné zakázky je místo jejího plnění, tj. všechny organizační jednotky zadavatele (cca 100), kdy vybraný uchazeč bude dodávat předmět veřejné zakázky do všech těchto organizačních jednotek podle konkrétních požadavků zadavatele v objednávkách.

Druhým specifikem je doba plnění šetřené veřejné zakázky. Vzhledem k tomu, že jde o rámcovou smlouvu s dobou platnosti na 4 roky, nelze předpokládat, že budou poptávány stabilně stejné objemy zboží v pravidelných časových intervalech, neboť spotřeba kancelářského materiálu se může v každé organizační jednotce v průběhu roku lišit. S ohledem na výše uvedená specifika zadavatel formuloval požadavky na uchazeče tak, aby případné výkyvy v objemech objednávek v průběhu trvání rámcové smlouvy zásadním způsobem neovlivnily ekonomickou stabilitu vybraného uchazeče. V této souvislosti zadavatel poukázal na předchozí rozhodovací praxi Úřadu, a to konkrétně na rozhodnutí č. j. ÚOHS-S244/2004-153/715/2005-Kr ze dne 11. 2. 2005. Zadavatel dodal, že při stanovování minimální výše obratu jakožto kvalifikačního předpokladu nemůže být předpokládaná hodnota veřejné zakázky jediným určujícím faktorem. Veřejná zakázka spočívající v jednorázové dodávce zboží na jedno konkrétní místo zcela jistě vyžaduje jiný typ dodavatele, než veřejná zakázka stejné hodnoty spočívající v nepravidelných objemech dodávek na cílová místa v rámci celé ČR po určitou dobu, kdy by měl být dodavatel ekonomicky silnější s dlouhodobou finanční stabilitou a schopen obsloužit i své ostatní zákazníky bez omezení dodávek zadavateli. Navíc v termínu pro podání nabídek bylo zadavateli doručeno celkem 5 nabídek, přičemž všichni uchazeči tento kvalifikační předpoklad splnili.

## **II. Napadené rozhodnutí**

4. Dne 21. 10. 2010 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S111/2010/VZ-11795/2010/540/DCh (dále jen „napadené rozhodnutí“), kterým rozhodl, že se zadavatel při zadávání výše specifikované veřejné zakázky dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, neboť nedodržel postup stanovený v § 55 odst. 3 písm. c) zákona, když v rámci ekonomického a finančního kvalifikačního kritéria dle § 55 odst. 1 písm. c) zákona vymezil minimální úroveň požadovaného obratu, která neodpovídá druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky, a smlouva již byla uzavřena, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Za spáchání uvedeného správního deliktu Úřad uložil zadavateli pokutu ve výši 300 000 Kč.
5. V odůvodnění napadeného rozhodnutí orgán dohledu poté, co odkázal na ustanovení § 6, § 55 odst. 1 a 3 zákona a na čl. 3.2.2. a 3.3.2. zadávací dokumentace, v nejobecnější rovině uvedl, že konkrétními kvalifikačními kritérii, která zadavatel stanovuje s ohledem na předmět veřejné zakázky, vymezuje úroveň způsobilosti dodavatele splnit předmět veřejné zakázky. Z citovaných ustanovení zákona jednoznačně vyplývá, že požadavky zadavatele na kvalifikaci dodavatelů musí mít přímou souvislost s předmětem veřejné zakázky a musí vyjadřovat objektivně odůvodnitelné požadavky na způsobilost uchazečů k jejímu plnění. Stanovení nepřiměřených požadavků na způsobilost uchazečů zadavatele nepřipustně omezuje okruh potencionálních dodavatelů a znemožňuje jim zúčastnit se zadávacího řízení. Zadavatel může vymezit minimální úroveň ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů pouze takovým způsobem, aby byla přiměřená a odpovídala druhu, rozsahu a složitosti konkrétního předmětu veřejné zakázky. Zadavatel má pomocí požadavků na kvalifikaci ověřit způsobilost dodavatele provést veřejnou zakázku, nikoliv vytvářet neodůvodněné překážky pro účast dodavatele v zadávacím řízení.

6. K dřívější rozhodovací praxi, na niž zadavatel ve svém vyjádření odkázal, Úřad potvrdil, že z hlediska posouzení oprávněnosti stanovení minimálního obratu ve vztahu k realizaci veřejné zakázky je rozhodná souvislost požadovaného obratu s předmětem veřejné zakázky, zejména s jejím charakterem, výší plnění a délkou závazku. Zadavatelem zvolený minimální obrat má snížit pravděpodobnost, že by k realizaci díla byl vybrán subjekt, jehož finanční situace je do značné míry závislá na realizaci předmětné veřejné zakázky. Citované rozhodnutí však není v rozporu se závěrem učiněným v šetřeném případě, neboť i nyní Úřad přihlédl při úvahách o přiměřenosti stanovení výše obratu k charakteru šetřené veřejné zakázky, výši plnění a délce závazku. V šetřeném případě činila předpokládaná hodnota veřejné zakázky 40 mil. Kč – tj. 10 mil Kč za každý rok trvání rámcové smlouvy. Zadavatel požadoval minimální roční obrat za předcházející 3 účetní období ve výši 100 mil. Kč za každé účetní období, tj. desetkrát vyšší než je předpokládaná hodnota veřejné zakázky za rok. Dle tvrzení zadavatele důvodem pro takto stanovenou minimální úroveň tohoto ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu bylo najít takového partnera, který je ekonomicky silnější, vykazuje dlouhodobou finanční stabilitu a je schopen obsloužit i své ostatní zákazníky bez omezení dodávek zadavateli. Požadavek zadavatele na získání silného a stabilního dodavatele služeb je sice zcela namístě, nicméně nelze připustit takové nastavení výše minimálního obratu, které by mělo za následek diskriminaci dodavatelů s nižším obratem, kteří by však byli schopni rovnocenně splnit předmět plnění. Vždy zde platí zásada přiměřenosti k charakteru předmětu veřejné zakázky. Úřad dále mj. poukázal na skutečnost, že záměrem zadavatele bylo uzavřít více kupních smluv v rozsahu dílčích objemů plnění, které v součtu neměly překročit částku 40 mil. Kč za celé období platnosti rámcové smlouvy, nikoliv uzavřít kupní smlouvu jedinou, avšak zadavatel v rámci požadavků na kvalifikaci požadoval od uchazečů doložení výše obratu, která měla zaručovat, že uchazeči budou schopni zajistit dodávku v celkové výši předpokládané hodnoty šetřené veřejné zakázky jednorázově. Obecně lze připustit argumentaci, že pokud by dodavatel dosahoval obratu stejného či menšího než je předpokládaná hodnota veřejné zakázky, mohla by nastat situace, kdy by takový dodavatel musel použít veškeré své prostředky k plnění jedné veřejné zakázky, čímž by se dostal do ekonomické závislosti na jednom zdroji příjmů a plnění veřejné zakázky by mohlo být ohroženo. Na druhé straně požadavek zadavatele na roční obrat uchazeče, který předpokládanou hodnotu veřejné zakázky přesahuje desetkrát, nelze v tomto případě označit za přiměřený, jelikož míra rizika spojeného s neplněním veřejné zakázky s ohledem na její předmět a rozsah je ve zjevném nepoměru s požadavkem zadavatele na úroveň ekonomické stability dodavatele.
7. Pokud jde o argument počtem podaných nabídek, konstatoval Úřad, že není přesvědčivý, neboť, jak vyplývá z dokumentace o veřejné zakázce, zadávací dokumentaci si vyzvedlo 42 zájemců. S odkazem na ustálenou rozhodovací praxi Úřadu a správních soudů tedy Úřad dospěl k závěru, že zadavatel nestanovil ekonomické a finanční kvalifikační kritérium „údaj o obratu“ v souladu s § 55 odst. 3 písm. c) zákona, neboť minimální úroveň požadovaného obratu vymezil způsobem, který neodpovídá druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky, a smlouva již byla uzavřena, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Nelze totiž vyloučit, že v případě, kdy by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, mohl obdržet výhodnější nabídky i od jiných dodavatelů.

8. Co se týče uložené sankce, s odkazem na § 120 odst. 1 písm. a), § 120 odst. 2 písm. a), § 120 odst. 3 a § 121 odst. 2 a 3 zákona, Úřad upozornil, že zadavatel se dopustil správního deliktu opakovaně, jak vyplývá z pravomocného rozhodnutí č. j. ÚOHS-S212/2008/VZ-16868/2008/510/MO ze dne 22. 8. 2008, potvrzeného druhostupňovým rozhodnutím č. j. ÚOHS-R170,171/2008/VZ-2927/2009/310/ASc ze dne 13. 3. 2009. V šetřeném případě se tak sazba pokuty zvyšuje na dvojnásobek, tj. do 10 % ceny zakázky. Horní hranice možné pokuty tedy činí částku ve výši 2 111 824 Kč. Zároveň Úřad přihlédl ke skutečnosti, že zadavatel svým postupem znemožnil účast dalších případných dodavatelů a výrazně tak narušil soutěžní prostředí. Nezákonné omezení principu soutěže, na němž je zadávání veřejných zakázek založeno, je jedním z vůbec nejzávažnějších porušení zákona. V důsledku uvedeného postupu zadavatele nelze vyloučit, že v případě, kdy by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, mohl obdržet i nabídky jiných dodavatelů, kteří by mohli předložit ekonomicky výhodnější nabídky než vybraní uchazeči. Uvedený postup zadavatele tedy mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Ve světle nálezu Ústavního soudu č. 405 uveřejněného ve Sbírce zákonů, částka 142/2002 Sb., nedospěl ani k závěru, že by uložená pokuta mohla pro zadavatele mít likvidační charakter, či jinak ohrozit jeho finanční zdraví a stabilitu.

### III. Námitky rozkladu

9. Proti napadenému rozhodnutí obdržel Úřad rozklad zadavatele, který poté, co shrnul dosavadní průběh správního řízení a v něm přednesenou argumentaci, napadenému rozhodnutí vytkl, že se v něm Úřad nezabýval veškerou argumentací, kterou zadavatel vznesl, a že při vydání napadeného rozhodnutí nedodržel postup předepsaný zákonem č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“). Namítá především porušení povinností stanovených v § 2 odst. 4, § 3, § 50 odst. 3 a § 68 správního řádu. Zadavatel spatřuje porušení správního řádu především ve skutečnosti, že Úřad nedostatečně zjistil skutečný stav věci a závěry Úřadu uvedené v rozhodnutí, včetně závěru o tom, zda byl spáchán správní delikt, neodpovídají skutečnosti a nemají oporu v provedeném dokazování. Až na výjimky není z napadeného rozhodnutí patrné, proč Úřad neakceptoval argumentaci zadavatele, resp. k některým jejím částem se vůbec nevyjádřil, což činí napadené rozhodnutí nepřezkoumatelným a nezákonným. Dle zadavatele z rozhodnutí vyplývá, že Úřad v řízení vycházel pouze ze dvou podkladů, kterými byla dokumentace k veřejné zakázce vyžádaná od zadavatele, a vyjádření zadavatele. Podle § 3 správního řádu však byl povinen i bez návrhu zjistit všechny skutečnosti objasňující skutečný stav věci. Z jiného podkladu však Úřad při vydávání rozhodnutí nevyšel, nebyl proveden ani jiný důkaz, ačkoliv Úřad v rozhodnutí argumentuje skutečnostmi, které z dokumentace k veřejné zakázce ani z vyjádření zadavatele nevyplývají. Napadené rozhodnutí je postaveno na tvrzení, že ekonomický a finanční kvalifikační předpoklad, resp. jeho úroveň, byl nastaven diskriminačně, neboť předmětnou veřejnou zakázku by byl schopen řádně a včas plnit i dodavatel, jehož obrat by stanovené hodnoty nedosahoval. Toto tvrzení není v rozhodnutí podloženo žádným důkazem, ze kterého by tento závěr vyplynul, a není patrné, na jakých objektivních skutečnostech Úřad toto tvrzení zakládá, tj. z jakých skutečností Úřad zjistil, že dodavatelé s nižším obratem jsou schopni pro zadavatele požadované dodávky řádně a včas zajistit. Zadavatel je opačného názoru, a to, že dodavatelé s nižším obratem jsou dodavatelé

maximálně regionálního významu, kteří nedisponují dostatečnou logistikou, aby byli schopni v krátké lhůtě dodat kancelářský materiál do každé organizační jednotky zadavatele. Podle zadavatele je klíčové určení alespoň přibližné výše obratu, jejíž dosažení zaručuje, že dodavatelé budou schopni příslušnou veřejnou zakázku plnit, a jejíž výše tak odpovídá druhu, rozsahu a složitosti veřejné zakázky; Úřad se však o takovou analýzu nepokusil. Zadavatel se tedy domnívá, že citovaný závěr Úřadu, podle něhož neexistuje významný rozdíl v dostatečnosti ekonomické síly dodavatele majícího desetinásobný obrat k velikosti veřejné zakázky a dodavatele majícího obrat např. pětinasobný, je pouhým odhadem. Zadavatel dále namítá, že na podporu svých závěrů v otázce přiměřenosti výše obratu Úřad citoval některá svá předcházející rozhodnutí, z nichž však většina není na daný případ aplikovatelná (veřejné zakázky jsou svým druhem, rozsahem a složitostí zcela odlišné, přesto je argumentace Úřadu prakticky totožná), navíc v nich Úřad posuzoval pouze předpokládanou hodnotu veřejných zakázek, aniž by se věnoval jejich specifikům, a napověděl tak, která z těchto specifik odůvodňují vyšší či nižší požadavky na výši obratu. Dle zadavatele se přezkoumávané veřejné zakázce nejlépe blíží rozhodnutí ve věci sp. zn. S110/2008, kdy měla být rovněž uzavřena smlouva na dobu čtyř let. Předpokládaná hodnota této veřejné zakázky byla 45 mil. Kč (tj. 11,25 mil. Kč za jeden rok), přičemž zadavatel požadoval obrat ve výši min. 300 mil. Kč ročně. Úřad v tomto rozhodnutí konstatoval, že: „s ohledem na předmět šetřené veřejné zakázky neexistuje žádný rozdíl v „dostatečnosti“ ekonomické síly dodavatele majícího 27 násobný obrat k velikosti veřejné zakázky a dodavatele majícího obrat například 10 násobný.“ Z uvedeného rozhodnutí dle názoru zadavatele tedy vyplývá, že Úřad by nepovažoval za nepřiměřené, kdyby byl požadován obrat např. desetinásobně převyšující hodnotu veřejné zakázky, což jednoznačně svědčí o správnosti postupu zadavatele při vymezení obratu v posuzované veřejné zakázce.

10. Zadavatel se dále ohrazuje proti tvrzení Úřadu, že v rámci požadavků na kvalifikaci požadoval od uchazečů doložení výše obratu, která měla zaručovat, že uchazeči budou schopni zajistit dodávku v celkové výši předpokládané hodnoty šetřené veřejné zakázky jednorázově. Toto tvrzení není pravdivé a opět nemá oporu v podkladech pro rozhodnutí. Zadávací dokumentace k veřejné zakázce zcela jednoznačně stanoví, že veřejná zakázka spočívá v opakujících se nepravidelných dodávkách kancelářského materiálu do organizačních jednotek zadavatele, přičemž z této dokumentace, stejně jako z vyjádření zadavatele jednoznačně vyplývá, že požadovanou výší obratu chtěl získat dodavatele schopného zajistit právě tyto nepravidelné dodávky nesoustředěné do jednoho místa plnění po celou dobu trvání rámcové smlouvy. Takový způsob plnění klade podstatně větší nároky na dodavatele než plnění jednorázové na jedno místo. Stejně tak zadavatel nesouhlasí s tím, že Úřad dává do souvislosti skutečnost, že si zadávací dokumentaci vyzvedlo 42 zájemců, avšak nabídku podalo pouhých 5. Úřad nepředložil žádný důkaz o tom, že důvodem pro nepodání nabídky ze strany dodavatelů byla právě nastavená výše obratu.
11. V další části podaného rozkladu se zadavatel zaměřuje na rozpor napadeného rozhodnutí s povinností zadavatele stanovené v § 55 odst. 3 písm. c) zákona. Znovu zdůrazňuje, že posuzovaná veřejná zakázka není náročná ani tak vzhledem k objemům plnění (tj. k předpokládané hodnotě), ale zejména vzhledem k povinnosti dodavatele obsluhovat současně všechny organizační jednotky zadavatele. Z rozhodnutí ovšem vyplývá, že Úřad při

posuzování přiměřenosti obratu bral v úvahu zejména rozsah posuzované veřejné zakázky, tj. její předpokládanou hodnotu. Dle § 55 odst. 3 písm. c) zákona rozsah veřejné zakázky, tedy její předpokládaná hodnota, ale není jediným kritériem, podle kterého je třeba posoudit zákonnost požadovaných ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů. Úroveň těchto předpokladů se stanoví s ohledem na druh, rozsah a také složitost veřejné zakázky. Složitost spočívající ve specifickém místě a čase plnění Úřad zcela pominul.

12. Konečně k uložené pokutě zadavatel uvádí, že je nepřiměřeně vysoká vzhledem k závažnosti správního deliktu, způsobu jeho spáchání, jeho následkům a okolnostem, za nichž byl spáchán. Dle zadavatele se zadávacího řízení zúčastnil dostatečný počet uchazečů a vybrána byla nejlevnější nabídka, a tedy účel zadávacího řízení byl splněn a tvrzený správní delikt nemohl vyvolat závažné následky. Zadavatel byl při nastavování kvalifikačních předpokladů veden zejména snahou o získání vhodného smluvního partnera, a nikoli úmyslem omezit přístup dodavatelů k veřejné zakázce. Rovněž inspirace v jiných zadávacích řízeních a v rozhodovací praxi Úřadu by ospravedlňovaly snížení pokuty pod výši uloženou v rozhodnutí.
13. Z výše uvedených důvodů zadavatel požaduje, aby předseda Úřadu rozhodl tak, že skutková podstata správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona nebyla naplněna, a tedy aby napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil, eventuelně rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k dalšímu řízení. Pro případ, že by se Úřad s argumentací zadavatele neztotožnil, žádá, aby byla ve smyslu § 121 odst. 2 zákona podstatně snížena uložená pokuta.

#### **IV. Řízení o rozkladu**

14. Správní orgán prvního stupně určil usnesením č. j. ÚOHS-S111/2010/VZ-16759/2010/540/DCh ze dne 10. 11. 2010 vybranému uchazeči lhůtu pěti dnů k vyjádření k podanému rozkladu. Vybraný uchazeč se k rozkladu vyjádřil s tím, že se ztotožňuje se závěry vyjádřenými zadavatelem v tom smyslu, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky nepochybil a že jeho požadavek na doložení minimální výše obratu v částce 100 mil. Kč byl oprávněný a stanovený v souladu se zákonem, neboť odpovídal složitosti veřejné zakázky.
15. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 správního řádu a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.
16. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
17. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S111/2010/VZ-11795/2010/540/DCh ze dne 21. 10. 2010 rozhodl, že se zadavatel při zadávání výše specifikované veřejné zakázky dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, neboť nedodržel postup stanovený v § 55 odst. 3 písm. c) zákona, když v rámci ekonomického a finančního

kvalifikačního kritéria dle § 55 odst. 1 písm. c) zákona vymezil minimální úroveň požadovaného obratu, která neodpovídá druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky, a smlouva již byla uzavřena, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, za což mu uložil pokutu ve výši 300 000 Kč, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Taktéž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se plně ztotožnil. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

## V. K námitkám rozkladu

18. Úvodem uvádím, že rozklad obsahuje řadu argumentů, které již byly vzneseny v prvním stupni správního řízení a se kterými se také již Úřad dostatečným způsobem vypořádal v napadeném rozhodnutí. Skutečnost, že se Úřad s některými dílčími stanovisky zadavatele neztotožnil (jedná se zejména o vztah předmětu veřejné zakázky a požadované ekonomické síly potenciálního dodavatele, vyjádřené výší obratu), nemůže být samo o sobě důvodem pro konstatování nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí či nedodržení základních zásad činnosti a rozhodování správního orgánu vyjádřených ve správním řádu, je-li navíc namítáno z větší části pouze v obecné rovině. Ani sám zadavatel v podaném rozkladu blíže nespecifikuje důkazy, které měly být Úřadem provedeny, či podklady, které měly být opatřeny, a v průběhu správního řízení ani v tomto směru žádné návrhy nevznesl. Je vůbec otázkou, zda s ohledem na povahu a složitost závěrů, které podle mínění zadavatele nejsou o přesvědčivé podklady opřeny, je vůbec opatření zvláštních podkladů a důkazů potřebné (jedná se zejména o závěry o schopnosti regionálních dodavatelů realizovat poptávané plnění).
19. Přestože je částí odůvodnění napadeného rozhodnutí vytýkána nepřezkoumatelnost, nedospěl jsem k závěru, že by z něj nebylo seznatelné, jakými úvahami byl Úřad při rozhodování veden, z jakých podkladů a důkazů vycházel a jak je vyhodnotil. Pokud jde o údajně nevypořádanou dílčí námitku, že se Úřad blíže nevyjádřil ke druhu, rozsahu a zejména složitosti přezkoumávané veřejné zakázky, tj. že nevzal především v úvahu, že vybraný uchazeč bude povinen současně dodávat kancelářský materiál do všech organizačních jednotek zadavatele, a dílčí námitku, že není zřejmé, z čeho Úřad vycházel ve svém závěru, že i dodavatelé s nižším obratem jsou schopni řádně a včas zajistit požadavky zadavatele, odkazují zejména na bod 25. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Zde Úřad dospěl ke správnému a byť ne výslovně, ale přesto srozumitelně prezentovanému závěru, že z položkového rozpočtu vzorového koše pro zpracování nabídek, který tvoří přílohu zadávací dokumentace, vyplývá, že zadavatel po uchazečích požadoval dodávky kancelářského materiálu obvyklého charakteru (kancelářský papír, etikety, obálky, psací potřeby, atp.), tedy nepožadoval žádné obtížně získatelné či nadstandardní dodávky či dodávky, které by byly nezbytné pro zajištění činnosti zadavatele a které by nebylo v případě výpadku v plnění na straně dodavatele operativně získat z jiných zdrojů bez toho, aniž by došlo k ohrožení či narušení fungování zadavatele. Zároveň Úřad v tomto bodě napadeného rozhodnutí dodal, že cílem veřejné zakázky bylo uzavření rámcové smlouvy a během jejího trvání měla být poptávána jednotlivá dílčí plnění opakovaně. Záměrem zadavatele tak bylo uzavřít více kupních smluv v rozsahu dílčích objemů plnění, které ve svém součtu neměly překročit 40



mil. Kč za celé období platnosti rámcové smlouvy, a nikoli uzavřít kupní smlouvu jedinou. S uvedenými závěry mi nezbývá než se plně ztotožnit.

20. K dílčí rozkladové námitce, podle níž se Úřad ani nepokusil stanovit výši obratu, která by v přezkoumávaném případě požadavku přiměřenosti dostála, odkazuji nejprve v nejobecnější rovině na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 20/2008-152 ze dne 5. 6. 2008, podle něhož je za formu nepřipustné diskriminace v zadávacích řízeních třeba považovat i takový postup, pokud zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových kvalifikačních předpokladů, kdy požadovaná úroveň technické způsobilosti je zjevně nepřiměřená ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, přitom je zřejmé, že ji mohou splnit pouze někteří z dodavatelů (potenciálních uchazečů), jež by jinak byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými (tzv. diskriminace skrytá). Za kumulativního splnění právě uvedených dvou podmínek lze kvalifikovat zadavatelův postup jako diskriminační, odporující zásadám podávaným v § 6 zákona, neboť někteří z dodavatelů mají v takovém případě a priori znemožněnu účast v zadávacím řízení, byť by předmět veřejné zakázky mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní. Nejvyšší správní soud však v tomtéž rozsudku připustil limity konceptu skryté diskriminace, a vyjádřil se v tom smyslu, že samotná podstata zákazu skryté diskriminace znemožňuje jakoukoliv mechanickou aplikaci. Není totiž dost dobře možné požadovat po zadavatelích, aby jimi vyžadované kvalifikační předpoklady měly na všechny potencionální uchazeče stejné dopady. Takový požadavek by ostatně nebyl ani reálně možný a byl by v rozporu se smyslem kvalifikačních předpokladů, kterým je zajistit právě to, aby nabídku podali pouze uchazeči způsobilí ke splnění veřejné zakázky. Odvrácenou stranou stanovení kvalifikačních předpokladů je tedy selekce těch uchazečů, kteří ke splnění veřejné zakázky způsobilí nejsou, přičemž o takové (legitimními ekonomickými zájmy podložené) selekci nelze v žádném případě hovořit jako o skryté diskriminaci; v absolutním měřítku i samotný požadavek na kvalifikaci je v rozporu se zásadou rovnosti. Klíčovým problémem takto pojaté skryté diskriminace je tedy „zjevná nepřiměřenost“ kvalifikačních předpokladů ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce. Tato zjevná nepřiměřenost není vymezitelná žádnou obecnou floskulí, nýbrž je nutno jí vykládat vždy se zřetelem na individuální kauzu. Nejvyšší správní soud tudíž připustil, že nelze předem a obecně stanovit s matematickou přesností, kdy je naplněna podmínka „zjevné nepřiměřenosti“ kvalifikačních předpokladů ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce. Samotný pojem „zjevné nepřiměřenosti“ se vyznačuje jistou obsahovou pružností, aby mohl reagovat na nekonečné množství životních situací, na něž nemůže ve své obecnosti konkrétněji formulovaná právní norma pamatovat. V každém případě musí být při rozhodování ponechán prostor pro legitimní ekonomickou úvahu zadavatele, a tedy shledání skryté diskriminace je přípustné tam, kde kvalifikační předpoklady jsou vskutku excesivní a jasně vybočují z oprávněných potřeb dané zakázky.
21. Ve světle výše citovaného rozsudku, který vyzdvihuje obsahovou pružnost pojmu „zjevná nepřiměřenost“, je tedy patrné, že i přes existenci univerzálně aplikovatelné teorie o skryté diskriminaci je přiměřenost požadavků zadavatele nutně vždy posuzovat *ad hoc* a rozhodně nelze striktně matematicky stanovit přesnou výši minimálního obratu, kterou je zadavatel oprávněn k prokázání ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů požadovat,

jinými slovy není možné např. ve vztahu ke konkrétní hodnotě poptávaného plnění procentuelně vyjádřit rozpětí, ve kterém by ještě nebylo možné výši obratu označit za potenciálně skrytě diskriminační. Požadavek zadavatele na roční obrat uchazeče, který předpokládanou hodnotu veřejné zakázky přesahuje desetkrát, nelze v tomto případě označit za přiměřený, jelikož míra rizika spojeného s neplněním veřejné zakázky s ohledem na její předmět a rozsah je ve zjevném nepoměru s požadavkem zadavatele na úroveň ekonomické stability dodavatele kancelářského materiálu, přičemž tato skutečnost diskriminuje ostatní dodavatele na daném trhu, kteří jsou vzhledem ke svému předmětu činnosti a ekonomické síle (výši obratu) způsobilí předmět veřejné zakázky splnit, tj. nelze usuzovat, že pouze takový dodavatel, který dosahuje takto stanovené minimální hranice, je schopen veřejnou zakázku řádně a včas realizovat. Zadavatel má pomocí požadavků na kvalifikaci ověřit způsobilost dodavatele provést veřejnou zakázku, nikoliv vytvářet neodůvodněné překážky pro účast dodavatele v zadávacím řízení, jakkoli je požadavek zadavatele na získání silného a stabilního dodavatele zcela namístě.

22. Co se týče údajně nesprávného závěru Úřadu o tom, že záměrem zadavatele bylo stanovit kvalifikační požadavky tak, aby bylo fakticky zaručeno, že uchazeči budou schopni zajistit dodávku v celkové výši jednorázově, pak nezbývá než dodat, že při vědomí, že zakázka nebude realizována jednorázově, je tím spíše požadavek zadavatele na roční obrat uchazeče, který předpokládanou hodnotu veřejné zakázky přesahuje desetkrát, nepřiměřený.
23. K námitce zadavatele, že Úřad nepředložil důkaz o tom, že důvodem pro nepodání nabídky ze strany 42 dodavatelů, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci, byla právě nastavená výše obratu, uvádím, že i přesto, že si Úřad nevyžádal vyjádření všech zájemců o veřejnou zakázku, vzhledem ke značnému nepoměru zájemců o veřejnou zakázku a uchazečů o veřejnou zakázku, kteří podali nabídku, dospívám stejně jako Úřad k závěru, že stanovená minimální výše obratu mohla být pro některé zájemce důvodem pro nepodání nabídek. Mělo být především v zájmu zadavatele, aby byla umožněna soutěž co nejširšímu počtu dodavatelů, neboť jen tak může zadavatel získat nejvhodnější nabídku na plnění veřejné zakázky. Taktéž argumentace, že z podaných nabídek byla vybrána ta s nejnižší nabídkovou cenou, je irelevantní, vezmu-li v úvahu, že výrazná část dodavatelů, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci, nakonec nabídku vůbec nepodala. Právě s ohledem na markantní rozdíl mezi počtem vyzvednutých zadávacích dokumentací a podaných nabídek je pravděpodobné, že v případě nastavení méně přísné (přiměřené) minimální úrovně ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů mohla být podána výhodnější nabídka než nabídka vybraného uchazeče. Není tedy pochyb o tom, že požadavkem zadavatele na minimální úroveň ročního obratu dodavatele, který nesmí klesnout v žádném posuzovaném účetním období pod 100 milionů Kč, mohlo dojít k podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky.
24. Konečně, co se týče výše uložené pokuty a možnosti jejího snížení, uvádím, že otázka viny zadavatele za spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona nebyla zpochybněna, a tudíž není ani důvod pro revizi závěrů o výši uložené pokuty. Za podstatný v této souvislosti pokládám fakt, že se jedná o opakované porušení zákona zadavatelem, a to navíc v rámci problematiky, která byla již nescetněkrát jak Úřadem, tak správními soudy rozhodována.

**VI. Závěr**

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

**POUČENÍ**

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
předseda  
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

**Obdrží:**

1. Mgr. Bohuslav Hubálek, advokát, Těšnov 1/1059, 110 00 Praha
2. OFFICE DEPOT, s. r. o., Floriánova 2461, 253 01 Hostivice

**Vypraveno dne:**

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