



UOHSX0053DX6

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R167/2010/VZ-21554/2013/310/PMa

Brno 14. října 2014

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

- společností **Lesy České republiky, s.p.**, IČO 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.**, IČO 64942503, se sídlem Floriánova 2461, 253 01 Hostivice, za niž 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., IČO 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**“)¹, 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)“ (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Na základě obdrženého podnětu zahájil Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“ nebo „**orgán dohledu**“) 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., IČO 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

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ust. § 26 zákona v návaznosti na ust. § 158 odst. 1 a 2 zákona, není-li uvedeno jinak.

především z důvodu speciálního charakteru šetřené veřejné zakázky a požadavků zadavatele. 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 nejhodnější 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 nejhodnější 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 vnesl, 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.
10. 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 nejvíce 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.

11. 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 výši 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.

12. 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 obrátu 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.
13. 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.
14. 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, eventuálně 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. Původní řízení o rozkladu

15. 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 se 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 obrátu v částce 100 mil. Kč byl oprávněný a stanovený v souladu se zákonem, neboť odpovídal složitosti veřejné zakázky.
16. 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.
17. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech předseda Úřadu 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.

18. Předseda Úřadu rozhodnutím č. j. ÚOHS-R167/2010/VZ-10302/2011/310/EKu ze dne 28. 6. 2011 napadené rozhodnutí potvrdil a rozklad zadavatele zamítl.

V. Původní vypořádání námitek rozkladu

19. Úvodem předseda Úřadu uvedl, 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. Ani sám zadavatel v podaném rozkladu blíže nespécifikoval 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 opatření zvláštních podkladů a důkazů potřebné (jedná se zejména o závěry o schopnosti regionálních dodavatelů realizovat poptávané plnění).
20. Přestože je části odůvodnění napadeného rozhodnutí vytýkána nepřezkoumatelnost, předseda Úřadu nedospěl 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, předseda Úřadu odkázal 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.
21. K dílčí rozkladové námitce, podle níž se Úřad ani nepokusil stanovit výši obratu, která by v přezkoumávaném případě požadavku přiměřenosti dostála, předseda Úřadu odkázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 20/2008-152 ze dne 5. 6. 2008, podle něhož je za formu nepřípustné 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).

22. 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 nutné 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 procentuálně 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.
23. 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, předseda Úřadu dodal, 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.
24. 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, předseda Úřadu dospěl k závěru, 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, mohla být stanovená minimální výše obratu 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, s přihlédnutím k tomu, 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 nejhodnější nabídky.

25. Konečně, co se týče výše uložené pokuty a možnosti jejího snížení, předseda Úřadu uvedl, 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 pokládal fakt, že se jedná o opakované porušení zákona zadavatelem, a to navíc v rámci problematiky, která byla již nesčetněkrát jak Úřadem, tak správními soudy rozhodována.

VI. Řízení o žalobě před Krajským soudem v Brně

26. Zadavatel (v soudním řízení též „žalobce“) podal proti Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (v soudním řízení též „žalovaný“) žalobu, kterou se domáhal zrušení pravomocného rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 28. 6. 2011 č. j. ÚOHS-R167/2010/VZ-10302/2011/310-EKu (dále též „žalobou napadené rozhodnutí“). Soudní řízení bylo u Krajského soudu v Brně vedeno pod sp. zn. 62Af 51/2011.
27. Krajský soud ve svém rozsudku č. j. 62 Af 51/2011-58 ze dne 2. 8. 2012 (dále jen „rozsudek Krajského soudu v Brně“) nejprve stručně shrnul procesní stanoviska účastníků soudního řízení, poté přezkoumal žalobou napadené rozhodnutí v mezích žalobních bodů a shledal, že žaloba je v části napadající závěr žalovaného v tom směru, že žalobce v rámci ekonomického a finančního kritéria podle § 55 odst. 1 písm. c) zákona vymezil minimální úroveň požadovaného obratu, která neodpovídá druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky, není důvodná. V otázce stanovené výše pokuty Krajský soud v Brně shledal žalobu důvodnou.
28. Krajský soud uvedl, že ve znění zákona účinného v době, kdy žalobce zadávací řízení zahajoval, platilo dle § 120 odst. 2 písm. a) zákona, že za správní delikt se uloží pokuta do 5 % ceny zakázky nebo do 10 000 000 Kč, pokud cena zakázky nebyla nabídnuta, jde-li o správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Podle § 120 odst. 3 zákona se sazba pokuty podle § 120 odst. 2 zákona zvyšuje na dvojnásobek, jestliže se zadavatel dopustí správního deliktu podle § 120 odst. 1 zákona opakovaně. Správní delikt je spáchán opakovaně, pokud ode dne, kdy došlo ke spáchání jakéhokoliv posledního správního deliktu podle § 120 odst. 1 zákona, neuplynulo 5 let.
29. V době, kdy žalovaný rozhodl, již nabyt účinnosti zákon č. 417/2009 Sb., který novelizoval ust. § 120 odst. 3 zákona a podle kterého se sazba pokuty podle § 120 odst. 2 zákona zvyšuje na dvojnásobek, jestliže se zadavatel dopustí opakovaně některého ze správních deliktů podle § 120 odst. 1 ZVZ. Správní delikt je spáchán opakovaně, pokud před uplynutím 5 let ode dne, kdy rozhodnutí o uložení pokuty za správní delikt nabylo právní moci, byl znovu spáchán týž správní delikt.
30. Řízení před žalovaným bylo zahájeno dne 16. 4. 2010. Zákon č. 417/2009 Sb., nabyt v části měnící § 120 ZVZ účinnosti dne 1. 1. 2010. Podle čl. II. odst. 2, přechodných ustanovení, zákona č. 417/2009 Sb. se v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, která byla zahájena po

dni nabytí účinnosti tohoto zákona a která na zadávání veřejných zakázek nebo soutěž o návrh zahájené přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona navazují, postupuje podle dosavadních právních předpisů. Podle přechodných ustanovení k zákonu č. 417/2009 Sb. tedy navýšení horní hranice pro uložení pokuty na 10% bylo vázáno na podmínku, že v uplynulém pětiletém období došlo ke spáchání jakéhokoli správního deliktu podle § 120 odst. 1 ZVZ – a z tohoto ustanovení také žalovaný podle bodu 35. napadeného rozhodnutí vycházel. V té době však už byla účinná jiná právní úprava, podle které navýšení horní hranice pro uložení pokuty na 10% bylo vázáno na podmínku, že v uplynulém pětiletém období byl spáchán týž správní delikt.

31. V této otázce dospěl Krajský soud v Brně k závěru, že žalovaný v době, kdy rozhodoval, musel zkoumat, zda právní úprava, která v mezidobí (od porušení zákona do rozhodování o správním deliktu) nabyla účinnosti, není pro žalobce příznivější. Z Listiny základních práv a svobod vyplývá obecný zákaz retroaktivity s výjimkou, kterou je případ, kdy pozdější právní úprava je pro pachatele příznivější. Rozhodnutí žalovaného, které za účinnosti nového práva ukládá trest podle práva starého, se tedy musí ve svých důvodech vypořádat s otázkou, zda nové právo převzalo původní pravidla, a pokud ano, zda tato pravidla dopadají na pachatele ve stejné míře, a pokud i to je splněno, zda tresty za takové delikty ukládané jsou podle nového práva mírnější nebo přísnější než podle práva starého.
32. Z napadeného ani z jemu přecházejícího rozhodnutí však neplyne, že by se touto otázkou žalovaný zabýval. Krajský soud v Brně zdůraznil, že pozdější právní úprava, se jeví být pro pachatele příznivější na první pohled, neboť bez toho, že by byl spáchán týž správní delikt, nemohla být horní hranice 5% vážící se k ceně zakázky podle pozdější právní úpravy zdvojnásobena, zatímco žalovaný ji zdvojnásoboval na základě pravidla, že postačí, byl-li spáchán „jakýkoli správní delikt“ podle § 120 odst. 1 zákona.
33. V další části rozsudku se Krajský soud v Brně zabýval otázkou odůvodnění výše uložené pokuty a konstatoval, že žalovaný stanovenou výši pokuty odůvodnil toliko závažností žalobcova jednání, když uvedl, že narušení soutěžního prostředí znemožněním účasti dalších dodavatelů považuje za závažné porušení zákona. Krajský soud v Brně tedy dovedl, že žalovaný v posuzovaném případě řádně nezdůvodnil výši uložené pokuty způsobem, který nepřipouští rozumné pochyby o tom, že právě taková výše pokuty odpovídá konkrétním okolnostem individuálního případu.
34. Krajský soud tedy žalobou napadené rozhodnutí jako nepřezkoumatelné pro vady řízení podle § 76 odst. 1 písm. a) zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**soudní řád správní**“), zrušil a podle § 78 odst. 4 soudního řádu správního vyslovil, že věc se vrací žalovanému k dalšímu řízení, ve kterém je vázán právním názorem Krajského soudu v Brně.

VII. Kasační stížnost

35. Proti rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 51/2011-58 ze dne 2. 8. 2012, kterým bylo zrušeno žalobou napadené rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R167/2010/VZ-10302/2011/310/EKu ze dne 28. 6. 2011 podal předseda žalovaného (dále též „**stěžovatel**“)

dne 16. 8. 2012 kasační stížnost. Stěžovatel opíral důvodnost své kasační stížnosti o ustanovení § 103 odst. 1 písm. a) soudního řádu správního, neboť má za to, že napadený rozsudek je stížen nezákonností spočívající v nesprávném posouzení právní otázky soudem v předcházejícím řízení. Stěžovatel v kasační stížnosti uvedl, že nesouhlasí se závěrem Krajského soudu o tom, že stěžovatel při rozhodování o výši uložené pokuty nezohlednil zásadu, dle které se trestnost činu posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán, přičemž pokud je to pro pachatele výhodnější, použije se pozdějšího zákona. Stěžovatel zmínil, že je obeznámen s rozsáhlou judikaturou týkající se této problematiky a na jejích základech staví svá rozhodnutí. Dle názoru stěžovatele neuvedení způsobu a odůvodnění vypořádání se s danou problematikou v napadeném rozhodnutí nemůže být stěžovateli na újmu, pokud stanovená výše pokuty není a nemohla být existencí těchto dvou odlišných právních úprav ovlivněna. Rozhodnutí stěžovatele o výši uložené pokuty bylo vydáno po pečlivém vyhodnocení vztahu dotčených znění právní úpravy možnosti zdvojnásobení výše sazby smluvní pokuty, jejich vzájemných rozdílů a povahy.

36. Stěžovatel vyjádřil svůj nesouhlas se závěrem Krajského soudu, že výše uložené pokuty trpí samostatnou nepřezkoumatelností a oponoval, že již z výčtu zjištěných pochybení zadavatele vyplynulo, že rozsah a charakter těchto pochybení je významný, když je zjevné, že zadavatel svým chováním mohl omezit účinnou hospodářskou soutěž. Dle názoru stěžovatele byla obě jím vydaná rozhodnutí řádně odůvodněna. Stěžovatel zdůraznil, že v napadeném rozhodnutí je výslovně uvedeno, jaká hlediska stěžovatel v rámci rozhodování o výši pokuty zohlednil. Zároveň stěžovatel uvedl, že způsob spáchání správního deliktu je popsán v obou jeho rozhodnutích na několika místech, kde je uvedeno, že tento způsob, tedy omezení soutěže relevantních dodavatelů prostřednictvím skryté diskriminace považuje stěžovatel za zvlášť závažný. Ohledně následků spáchaného deliktu stěžovatel konstatoval, že s touto otázkou se vypořádal tím, že uvedl, že následkem protiprávního jednání zadavatele je skutečnost, že zadavatel svým chováním mohl potenciální dodavatele vyloučit z možnosti účastnit se řízení o veřejnou zakázku. Pokud jde o okolnosti, za nichž byl správní delikt spáchán, tuto skutečnost stěžovatel zohlednil tím, že uvedl, že zadavatel je recidivistou v oblasti správních deliktů proti zákonu.
37. Stěžovatel uzavřel, že ukládání pokut za správní delikty i rozhodování o jejich výši se děje ve sféře volného správního uvážení, které lze podrobit soudnímu přezkumu pouze, pokud správní orgán překročí zákonem stanovené meze tohoto uvážení.

VIII. Řízení před Nejvyšším správním soudem

38. Rozsudkem č. j. 2 Afs 64/2012-48 ze dne 12. 4. 2013 Nejvyšší správní soud rozhodl, že kasační stížnost stěžovatele se zamítá. Nejvyšší správní soud přezkoumal kasační stížností napadený rozsudek krajského soudu a vázán rozsahem a důvody, které stěžovatel uplatnil v podané kasační stížnosti, dospěl k závěru, že kasační stížnost není důvodná. Nejvyšší správní soud konstatoval, že krajský soud správně vyložil, že stěžovatel měl při ukládání pokuty za spáchaný správní delikt postupovat podle úpravy obsažené v ustanovení § 120 odst. 3 zákona ve znění účinném do 31. 12. 2009, neboť je zřejmé, že pozdější právní úprava je pro pachatele příznivější, když umožňuje sazbu pokuty zvýšit jen tehdy, jedná-li se

o týž správní delikt, za který již byl pachatel v minulosti pravomocně uznán odpovědným, nikoli o jakýkoli jiný správní delikt.

39. Nejvyšší správní soud nepřisvědčil argumentaci stěžovatele, že otázku shora popsané dvojí zákonné úpravy argumentačně nevypořádal, ale rozhodnutí vydal po pečlivém vyhodnocení obou právních úprav. Odkazem na judikaturu Nejvyšší správní soud dovedl, že řádné odůvodnění ukládané sankce je základním předpokladem pro přezkoumatelnost úvahy, kterou byl správní orgán při svém rozhodování veden. Nejvyšší správní soud dále uvedl, že stanovená výše pokuty nebyla řádně odůvodněna, když se obě správní rozhodnutí omezila na citaci zákonných ustanovení a na vymezení pojmového znaku správního deliktu.

IX. Stanovisko předsedy Úřadu

40. 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 napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise stejně jako s přihlédnutím k právním závěrům krajského soudu a Nejvyššího správního soudu jsem dospěl k následujícímu závěru.

41. 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. Z uvedených důvodů jsem po přihlédnutí k právnímu názoru vysloveného v rozhodnutí Krajského soudu v Brně a Nejvyššího správního soudu napadené rozhodnutí potvrdil a podaný rozklad zamítl. Zároveň jsem však přistoupil k doplnění odůvodnění napadeného rozhodnutí v rozsahu úvah, týkajících se uložení pokuty tak, jak byl Úřad zavázán právním názorem Krajského soudu v Brně a Nejvyššího správního soudu. K doplnění odůvodnění napadeného rozhodnutí jsem přistoupil v souladu s právním názorem Krajského soudu v Brně vysloveným v jeho rozsudku č. j. 62 Af 50/2011-72 ze dne 15. 2. 2012.

Ke konstatování spáchání správního deliktu

42. Z odůvodnění rozsudku Krajského soudu v Brně vyplývá, že žaloba v části napadající závěr Úřadu, že žalobce v rámci ekonomického a finančního kritéria podle § 55 odst. 1 písm. c) zákona vymezil minimální úroveň požadovaného obratu, která neodpovídá druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky, není důvodná. Krajský soud v Brně se ztotožnil s názorem Úřadu, že postup zadavatele lze považovat za diskriminační, neboť některým dodavatelům bylo znemožněno ucházet se o veřejnou zakázku nastavením kvalifikačních předpokladů, které byly zjevně nepřiměřené ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti veřejné zakázky. Vzhledem ke skutečnosti, že předpokládaná hodnota veřejné

zakázky byla zadavatelem stanovena ve výši 40 milionů Kč za 4 roky účinnosti smlouvy, je nutno považovat požadavek na prokázání obratu za poslední tři účetní období v takové výši, aby obrat v žádném z těchto tří posledních účetních období neklesl pod 100 milionů Kč za nepřiměřený. Za podpůrné argumenty vedoucí k závěru o nepřiměřenosti kvalifikačního předpokladu Krajský soud v Brně označil všeobecnou dostupnost předmětu plnění a skutečnost, že zadávací dokumentaci si vyzvedlo 42 dodavatelů, zatímco následně bylo podáno pouze 5 nabídek.

43. Krajský soud v Brně se vyjádřil k námitce zadavatele, dle které mělo být specifikem veřejné zakázky, že dodávky měly být realizovány na území celé České republiky do všech organizačních jednotek zadavatele, podle jeho aktuálních potřeb, v nepravidelných intervalech a různých objemech. Krajský soud v Brně žádnou z těchto skutečností nepovažoval za dostatečný důvod k tomu, aby zadavatel požadoval minimální roční obrat ve výši 100 milionů Kč. Zadavatelovu námitku, že dodavatelé s větším obratem nebudou dodavateli regionálními, což je výhodou s ohledem na pokrytí celého území České republiky, Krajský soud v Brně odmítl s tím, že tato úvaha by se dala uplatnit u všech zadávacích řízení a nemá konkrétní vztah k dané veřejné zakázce. Navíc Krajský soud v Brně zmínil, že výše obratu nemá vztah k logistickému zajištění dodávek do většího počtu odběrných míst ani k potřebě realizovat dodávky ve lhůtě jednoho pracovního dne od objednávky.
44. Dle názoru Krajského soudu v Brně se Úřad s tvrzeními zadavatele dostatečně vypořádal a postupoval správně, když nad rámec návrhu nedokazoval, neboť své závěry opřel o jiné skutečnosti. Zadavatel navíc žádné důkazy na podporu svých tvrzení neoznačil. Z rozsudku Krajského soudu v Brně vyplývá, že k závěru o nepřiměřenosti požadavku na prokázání kvalifikace mohl Úřad dospět i přesto, že konstatoval, že nelze obecně procentuálně vyjádřit rozpětí přiměřeného požadavku na obrat. Na správném závěru Úřadu nic nemění ani okolnost, že v jiných případech mohlo dojít k tomu, že Úřad nepostihl zadavatele, kteří požadovali nepřiměřeně vysoký obrat.
45. Na základě výše uvedených skutečností a původního vypořádání rozkladových námitek uvedeného v bodech 19. – 25. tohoto rozhodnutí, je tedy potřeba zadavatelovy námítky uvedené v rozkladu odmítnout. Úřad postupoval správně, když posoudil výši požadovaného obratu za nepřiměřenou s ohledem na předpokládanou hodnotu veřejné zakázky. V návaznosti na tento závěr, se kterým se ztotožnil Krajský soud v Brně, Úřad správně konstatoval, že se zadavatel dopustil správného deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v ust. § 55 odst. 3 písm. c) zákona, když v oznámení o zahájení zadávacího řízení 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. Nelze totiž vyloučit, že v případě, kdy by zadavatel dodržel postup stanovený zákonem a ekonomické a finanční kvalifikační kritérium by vymezil dle zákona, mohl obdržet i nabídky jiných dodavatelů, kteří by mohli nabídnout výhodnější plnění než vybraný uchazeč.

K výši uložené pokuty

46. Podle ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5% ceny zakázky nebo do 10 000 000,- Kč, pokud cena zakázky nebyla nabídnuta, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a) zákona.
47. Dle § 120 odst. 3 zákona ve znění účinném v době, kdy zadavatel zadávací řízení zahajoval, tj. do 31. 12. 2009 platilo, že se sazba pokuty podle odstavce 2 zvyšuje na dvojnásobek, jestliže se zadavatel dopustí správního deliktu podle odstavce 1 opakovaně. Správní delikt je spáchán opakovaně, pokud ode dne, kdy došlo ke spáchání jakéhokoliv posledního správního deliktu podle odstavce 1, neuplynulo 5 let. Úřad rozhodnutím č. j. ÚOHS-S212/2008/VZ-16868/2008/510/MO ze dne 22. 8. 2008, které bylo potvrzeno rozhodnutím č. j. ÚOHS-R170,171/2008/VZ-2927/2009/310/ASc ze dne 13. 3. 2009, konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu dle § 102 odst. 1 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**původní zákon**“), když ve dnech 18. 3. 2005 až 17. 8. 2005 uzavřel smlouvy na realizaci veřejné zakázky, aniž by tak učinil v zadávacím řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit hodnocení nabídek. Správní delikt dle § 102 odst. 1 písm. b) původního zákona byl vymezen takto: *Právníká osoba nebo fyzická osoba, která je zadavatelem, se dopustí správního deliktu tím, že*
- a) nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro přidělení veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit hodnocení nabídek,*
 - b) uzavře smlouvu (§ 65 a 66 původního zákona) s uchazečem vybraným postupem podle písmene a).*
48. Ke dni 1. 1. 2010, tedy před zahájením správního řízení, které bylo zahájeno dne 16. 4. 2010, nabytí účinnosti zákon č. 417/2009 Sb., kterým došlo ke změně ust. § 120 odst. 3 zákona, který nově stanovil, že „*sazba pokuty podle odstavce 2 se zvyšuje na dvojnásobek, jestliže se zadavatel opakovaně dopustí některého ze správních deliktů podle odstavce 1. Správní delikt je spáchán opakovaně, pokud před uplynutím 5 let ode dne, kdy rozhodnutí o uložení pokuty za správní delikt nabylo právní moci, byl znovu spáchán též správní delikt.*“ Zákon č. 417/2009 Sb., ve svém čl. II, bodě 1 a 2 stanoví, že (1) zadávání veřejných zakázek zahájené přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona se dokončí podle dosavadních právních předpisů (tedy podle zákona účinného v okamžiku zahájení zadávacího řízení pro veřejnou zakázku) a (2) v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, která byla zahájena po dni nabytí účinnosti tohoto zákona a která na zadávání veřejných zakázek podle bodu 1 navazují, se postupuje podle dosavadních právních předpisů.
49. Posoudil jsem tedy v souladu s čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod, zda právní úprava, která se na daný případ vztahuje a která nabytí účinnosti později, není pro zadavatele, jakožto pachatele správního deliktu, výhodnější a dospěl jsem k následujícím závěrům. Z uvedených skutečností vyplývá, že novelizací ust. § 120 odst. 3 zákona bylo převzato původní pravidlo zdvojnásobení sazby pokuty v případě recidivy zadavatele s tím rozdílem, že dle nové právní úpravy se sazba pokuty zvýší na dvojnásobek pouze v případě, že se zadavatel dopustí téhož deliktu. Tato pozdější právní úprava se tedy může jevit pro zadavatele příznivější, neboť dojde k navýšení sazby pokuty jen v situaci, kdy zadavatel spáchá též delikt.

50. Na základě porovnání jednotlivých skutkových podstat správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona účinného v době rozhodování Úřadu a § 102 odst. 1 písm. b) původního zákona je zřejmé, že ačkoli se formálně jedná o různá vymezení téhož protiprávního skutku, tyto správní delikty jsou totožné. Zákon v § 120 odst. 1 písm. a) stanoví tyto znaky správního deliktu: zadavatel „nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku“. Původní zákon k deliktu, který je uveden pod ust. § 102 odst. 1 písm. b) stanoví tyto znaky: zadavatel „uzavře smlouvu s uchazečem vybraným postupem podle § 102 odst. 1 písm. a)“, přičemž v § 102 odst. 1 písm. a) původního zákona je uvedeno: zadavatel „nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro přidělení veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit hodnocení nabídek“. Spáchání správního deliktu dle § 102 odst. 1 písm. b) tedy v souhrnu znamená, že zadavatel nedodrží postup stanovený tímto zákonem (tedy původním zákonem) pro přidělení veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit hodnocení nabídek, a následně s takto vybraným uchazečem uzavře smlouvu.
51. V obou případech je nutné, aby smlouva na plnění předmětu veřejné zakázky byla uzavřena, což zadavatel v rámci veřejné zakázky i původní veřejné zakázky učinil. Dle původního zákona i zákona účinného v době rozhodování Úřadu, jakož i v době vydání tohoto rozhodnutí, musí k naplnění skutkové podstaty dojít k tomu, že zadavatel nedodrží postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky. Původní zákon používá místo spojení „zadání veřejné zakázky“ slovní spojení „přidělení veřejné zakázky“, nicméně obsah tohoto pojmu v souvislosti se zadáváním veřejných zakázek je totožný. Lze tak konstatovat, že i tento znak správního deliktu byl v obou případech naplněn, přičemž v případě dřívější veřejné zakázky zadavatel vůbec neprovedl zadávací řízení, ačkoli k tomu byl povinen.
52. Lze dovodit, že v obou případech došlo k tomu, že postup zadavatel byl schopen podstatně ovlivnit či ovlivnil výsledek zadávacího řízení. Zákon účinný v době rozhodování Úřadu používá pojem „podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky“, zatímco původní zákon používá sousloví „podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit hodnocení nabídek“. Přestože obě zákonné úpravy pracují s odlišnými pojmy, které označují odlišné procesy v rámci zadávacích řízení, i v této souvislosti je možno konstatovat, že správní delikty jsou totožné, neboť platí, že pokud je určitý postup zadavatele schopen podstatně ovlivnit či ovlivňuje hodnocení nabídek, vždy podstatně ovlivní či může ovlivnit i následný výběr nejvhodnější nabídky.
53. Na základě výše vedeného porovnání právních úprav znaků skutkové podstaty správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona a správního deliktu dle § 102 odst. 1 písm. b) původního zákona, je možné uzavřít, že Úřad postupoval správně, když sazbu pokuty zdvojnásobil s přihlédnutím k ust. § 120 odst. 3 zákona před novelizací, neboť zadavateli, jakožto pachateli správního deliktu, nesvědčí podmínky uplatnění zásady stanovené v čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod, a to z toho důvodu, že pozdější právní úprava není pro pachatele příznivější, když lze dovodit, že se zadavatel dopustil téhož správního deliktu.

54. Zákon ve svém ust. § 120 odst. 1 zákona stanovuje relativně nízký počet deliktů, kterých se zadavatel při zadávání veřejné zakázky může svým jednáním dopustit, přičemž v ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona je skutková podstata správního deliktu vymezena tak široce, že pod ni lze zahrnout celou řadu protiprávních jednání zadavatele. Domnívám se, že výklad, podle kterého by byla potřeba pro uplatnění pravidla pro zdvojnásobení sazby pokuty, aby zadavatel naplnil skutkovou podstatu správního deliktu totožným protiprávním jednáním, není v souladu s účelem zavedení přísnějších pravidel správního trestání v případě recidivy zadavatele.
55. Výše pokuty tedy byla správně stanovena v rámci rozmezí stanoveného ust. § 120 odst. 2 písm. a) zákona do 5% ceny zakázky s přihlédnutím k ust. § 120 odst. 3 zákona, tj. do 10% ceny zakázky, neboť se zadavatel dopustil správního deliktu opakovaně, jak vyplývá z rozhodnutí č. j. ÚOHS-S212/2008/VZ-16868/2008/510/MO ze dne 22. 8. 2008 potvrzeného rozhodnutím č. j. ÚOHS-R170,171/2008/VZ-2927/2009/310/ASc ze dne 13. 3. 2009, která nabyla právní moci dne 9. 4. 2009. Vzhledem k tomu, že cena šetřené veřejné zakázky činí 21 118 240,- Kč včetně DPH, představuje horní hranice možné pokuty (10% z ceny veřejné zakázky) částku ve výši 2 111 824,- Kč.
56. Podle § 121 odst. 2 zákona Úřad při určení výměry pokuty zadavateli přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
57. Při přezkumu výše pokuty jsem vzal v úvahu skutečnost, že zadavatel se dopustil správního deliktu tím, že nedodržel postup stanovený v ust. § 55 odst. 3 písm. c) zákona, když v rámci ekonomického a finančního kvalifikačního kritéria dle ust. § 55 odst. 1 písm. c) zákona vyznačil minimální úroveň požadovaného obratu, která neodpovídá druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Uvedené jednání zadavatele mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že pokud by zadavatel dodržel postup stanovený zákonem a vyznačil minimální výši požadovaného obratu odpovídající předmětu veřejné zakázky, mohl obdržet i nabídky jiných uchazečů, kteří mohli nabídnout výhodnější plnění. Následkem neoprávněného postupu zadavatele byla znemožněna účast dalších případných dodavatelů, čímž došlo k výraznému narušení soutěžního prostředí.
58. V rámci uložení pokuty jsem dále přihlédl k okolnosti, že zadavatel byl v minulosti shledán odpovědným za spáchání správního deliktu (viz rozhodnutí č. j. ÚOHS-S212/2008/VZ-16868/2008/510/MO ze dne 22. 8. 2008 potvrzené rozhodnutím č. j. ÚOHS-R170,171/2008/VZ-2927/2009/310/ASc ze dne 13. 3. 2009, která nabyla právní moci dne 9. 4. 2009). S ohledem na tuto skutečnost jsem dospěl k závěru, že sankce ukládané zadavateli přestávají plnit své základní funkce. Mám za to, že vědomé a opakované porušování zákona je jednáním pro společnost velmi nebezpečným, a to zvláště s přihlédnutím k tomu, že jde o významného zadavatele, u něhož je reakce Úřadu jako orgánu dohledu na takové jednání pod drobnohledem veřejnosti a stává se příkladem pro ostatní. Zároveň k této otázce doplňuji, že předmětem veřejné zakázky byl běžný nákup

kancelářských potřeb, který není natolik výjimečný, aby odůvodňoval specifické nastavení minimální úrovně kvalifikačních předpokladů.

59. Na základě výše uvedených skutečností nelze než uzavřít, že se zadavatel dopustil jednoho z nejzávažnějších porušení zákona, když nezákonně omezil princip soutěže. Zadavatel nastavením nepřiměřeného kvalifikačního předpokladu porušil zásadu zákazu diskriminace stanovenou v § 6 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. Následkem jednání zadavatele je porušení principu, kterým je zákon veden, tedy hospodárného vynakládání veřejných prostředků.
60. Při stanovení výše pokuty Úřad správně přihlédl i k nálezu Ústavního soudu č. 405 uveřejněnému ve Sbírce zákonů, částka 142/2002 Sb., dle kterého je v případě ukládání pokut vyloučen takový zásah do majetku, v důsledku kterého by byla zničena majetková základna pro další podnikatelskou činnost. Nepřípustné jsou tedy takové pokuty, jež mají likvidační charakter. S ohledem na objem finančních prostředků, s nimiž zadavatel hospodaří, a který se pohybuje řádově ve stovkách milionů korun, nelze hovořit o likvidačním charakteru uložené pokuty.
61. Pokuta uložená zadavateli za nedodržení potupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona zadavatelem, resp. k takovému jednání zadavatele, které je se zákonem v souladu a funkci represivní – kdy je zadavatel postihován v důsledku porušení povinností stanovených zákonem. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů jsem posoudil stanovenou výši pokuty vzhledem k souvislostem případu jako dostačující. Připomínám, že pokuta byla uložena při spodní hranici zákonné sazby, podle které mohla být zadavateli uložena povinnost zaplatit pokutu až do výše 2 111 824,- Kč, Úřadem uložená pokuta ve výši 300 000,- Kč je tedy sedminou této maximální možné výše.
62. Vzhledem ke skutečnosti, že dle rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 132/2009-281 ze dne 26. 1. 2011 tvoří prvostupňové rozhodnutí s rozhodnutí o rozkladu jeden celek, je potřeba přihlížet nejen ke skutečnostem odůvodňujícím výši uložené pokuty uvedeným v napadeném rozhodnutí, nýbrž i k okolnostem obsaženým v odůvodnění tohoto rozhodnutí.

X. Závěr

63. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro změnu nebo zrušení napadeného rozhodnutí Úřadu.
64. 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 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona dále odvolat.

Otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

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