



UOHSX008IICA

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R339/2013/VZ-27810/2016/321/BRy

Brno 7. července 2016

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 15. 10. 2013, doručeném téhož dne Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, jehož účastníkem je zadavatel -

- **Valašské muzeum v přírodě v Rožnově pod Radhoštěm, příspěvková organizace**, IČO 00098604, se sídlem Palackého 147, 756 61 Rožnov pod Radhoštěm, ve správním řízení zastoupený na základě plné moci ze dne 17. 5. 2013 JUDr. Jiřím Juříčkem, advokátem se sídlem Údolní 5, 602 00 Brno,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S270/2013/VZ-18654/2013/512/JHI ze dne 30. 9. 2013, ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavatelem tím, že při zadávání veřejné zakázky „**Realizace stálé expozice v Sušáku**“ zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy ze dne 27. 2. 2008, navazujícím na soutěž o návrh podle § 23 odst. 6 téhož zákona, nepostupoval v souladu s ustanovením § 23 odst. 6 téhož zákona, když v rámci předmětné zakázky zadal dodávku technického zázemí a vybavení, ač nebyly naplněny podmínky § 23 odst. 6 téhož zákona a nezadal tuto zakázku v samostatném zadávacím řízení podle § 21 odst. 1 téhož zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky a zadavatel uzavřel dne 30. 5. 2008 smlouvu na plnění veřejné zakázky se společností TOMOLA CZ s. r. o., IČO 25850709, se sídlem Černov 47, 394 03 Černov,

jsem podle ustanovení § 152 odst. 5 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na ustanovení § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S302/2012/VZ-19924/2012/513/EDo ze dne 23. 10. 2012

r u š í m

a věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle ustanovení § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, zahájil dne 10. 5. 2013 správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem – Valašským muzeem v přírodě v Rožnově pod Radhoštěm, příspěvkovou organizací, IČO 00098604, se sídlem Palackého 147, 756 61 Rožnov pod Radhoštěm, ve správním řízení zastoupeným na základě plné moci ze dne 17. 5. 2013 JUDr. Jiřím Juříčkem, advokátem se sídlem Údolní 5, 602 00 Brno (dále jen „**zadavatel**“), při zadávání veřejné zakázky „Realizace stálé expozice v Sušáku“ (dále jen „**veřejná zakázka**“), zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy ze dne 27. 2. 2008, navazujícím na soutěž o návrh podle ust. § 23 odst. 6 zákona, tím, že nepostupoval v souladu s ust. § 23 odst. 6 zákona, když v rámci předmětné zakázky zadal dodávku technického zázemí a vybavení, ač nebyly naplněny podmínky ust. § 23 odst. 6 zákona a nezadal tuto zakázku v samostatném zadávacím řízení podle ust. § 21 odst. 1 zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel dne 30. 5. 2008 smlouvu na plnění veřejné zakázky se společností TOMOLA CZ s. r. o., IČO 25850709, se sídlem Černov 47, 394

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.

03 Černov (dále jen „**vybraný uchazeč**“). Za účastníka správního řízení zahájeného z moci úřední Úřad označil zadavatele.

2. Úřad si na základě podnětu vyžádal od zadavatele dokumentaci k veřejné zakázce. Předmětem soutěže o návrh ve smyslu ust. § 102 a násl. zákona s názvem „Realizace stálé expozice v Sušáku“ (dále jen „**soutěž o návrh**“) bylo zpracování návrhu výtvarného ztvárnění expozice „Městečko pod Radhoštěm“ v objektu Sušák ve Valašském muzeu v přírodě v Rožnově pod Radhoštěm a realizace technického scénáře podle soutěžních podmínek. V čl. 6 soutěžních podmínek zadavatel stanovil, že na soutěž o návrh bude ve smyslu ust. § 23 odst. 6 zákona navazovat jednací řízení bez uveřejnění, když zadavatel po vyhodnocení návrhů vyzve vítězného uchazeče k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění a k následnému uzavření smlouvy na realizaci předloženého návrhu. Nejvíce bodů v hodnocení získal návrh vybraného uchazeče. Zadavatel dne 30. 5. 2008 s vybraným uchazečem uzavřel smlouvu o dílo, ve které bylo stanoveno, že se vybraný uchazeč zavazuje zhotovit dílo formou dodávky služby spočívající v kompletní realizaci stále expozice v objektu „Sušák“, podle zhotovitelem vypracované a objednatelům schválené technické a montážní dokumentace.
3. Úřad získal pochybnosti, zda se zadavatel nedopustil spáchání správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona když v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy ze dne 27. 2. 2008, navazujícím na soutěž o návrh podle ust. § 23 odst. 6 téhož zákona, v rámci předmětné zakázky zadal dodávku technického zázemí a vybavení vybranému uchazeči, ač nebyly naplněny podmínky ust. § 23 odst. 6 téhož zákona s tím, že nezadal tuto zakázku v samostatném zadávacím řízení podle ust. § 21 odst. 1 téhož zákona.

II. Napadené rozhodnutí

4. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 30. 9. 2013 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S270/2013/VZ-18654/2013/512/JHI (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), ve kterém výrokem I. konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel ust. § 21 zákona, když plnění vymezené v čl. IV.3., v etapě č. 2, č. XI a XII smlouvy o dílo, uzavřené na veřejnou zakázku, zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v ust. § 23 odst. 6 zákona, přičemž výše uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a s vybraným uchazečem uzavřel dne 30. 5. 2008 smlouvu na plnění této veřejné zakázky. Zadavateli za výše specifikovaný delikt byla výrokem II. uložena pokuta ve výši 50 000 Kč.
5. Úřad se v napadeném rozhodnutí zabýval mimo jiné podmínkami pro užití jednacího řízení bez uveřejnění, stanovenými v ust. § 23 odst. 6 zákona, když uvedl, že ani v zákoně ani v textu směrnice Evropského parlamentu č. 2004/18/ES, která se vztahuje k předmětné problematice nelze najít přesnou odpověď na interpretaci neurčitého pojmu „v návaznosti“ na soutěž, když však uvedený pojem je s ohledem na jedinečnost formy zadávacího řízení, v daném případě jednacího řízení bez uveřejnění, třeba vykládat restriktivně. Úřad uzavřel, že zadavatel je povinen zajistit, aby objektivní existence důvodů, která vedla k aplikaci jednacího řízení bez uveřejnění, byla prokazatelná a přezkoumatelná. Dále pro vysvětlení možnosti použití ust. § 23 odst. 6 zákona odkázal na jeho využití u soutěže o návrh v oblasti např. architektonické nebo urbanistické, kde lze uvažovat o zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění ke zpracování projektové dokumentace navazující na návrh,

neboť jde o činnost, kde je vhodné, aby autor uplatnil svou invenci a de facto dopracoval původní návrh. Následná realizace stavebních prací však podle projektové dokumentace musí být zadána v samostatném zadávacím řízení a podmínky pro použití jednacímho řízení bez uveřejnění zde nejsou naplněny. Úřad dále uvedl, že ust. § 23 odst. 6 zákona je speciální v tom, že zadavateli umožňuje použít jej pouze v případě, že se jedná o veřejnou zakázku na služby a nikoliv na dodávky či stavební práce. Nicméně službu dle uvedeného ustanovení je možné zadat vítězi soutěže, pokud je naplněn základní cíl tohoto ustanovení, tj. dopracování návrhu právě vítězem soutěže o návrh spojené s rozvíjením původní myšlenky uvedené v návrhu.

6. Úřad, z hlediska výše uvedeného, hodnotil splnění podmínek pro použití ust. § 23 odst 6 zákona s ohledem na položky uvedené v položkovém rozpočtu. Ze smlouvy o dílo, uzavřené mezi zadavatelem a vybraným uchazečem ve vztahu k položkovému rozpočtu vyplývá, že všechny položky etapy č. 1 a položky č. VI, XIII a XVIII etapy č. 2 mohou být splněny s pomocí produktů, které je potřeba dotvořit na základě vítězného návrhu a funkčně sestavit v jednotnou expozici. Lze tedy konstatovat, že výše uvedené plnění má takový charakter, že může být výsledkem dopracování návrhu. Realizaci takového řešení expozice by tedy neměl provádět jiný dodavatel než autor samotného návrhu řešení expozice.
7. Úřad ovšem uvedl, že ne všechny části plnění smlouvy o dílo při realizaci stálé expozice jsou v šetřeném případě takového charakteru, aby vyžadovaly realizaci právě vítězem soutěže o návrh. Konkrétně se jedná o položky č. VIII (variabilní mobilní prvky), č. IX (vybavení technické místnosti), č. XI (technické vybavení expozice) a č. XII (technologie pro bezdrátového audioprůvodce expozic – GuidePort 4 jazykové mutace). Předmětem č. VIII bylo dodání 4 položek, konkrétně pulpitu, stolku pod PC, pracovních stolů a stohovatelných židlí. S ohledem na argumentaci zadavatele, že pulpit byl dotvořen vybraným uchazečem až v rámci realizace expozice, se kromě této položky jedná o běžný nábytek, který lze koupit či nechat vyrobit podle předem jasně definovaných technických specifikací a nejedná se o žádné speciální kusy nábytku, což uvedl i sám zadavatel ve svém vyjádření. Stejně pak Úřad pohlížel i na předmět plnění č. IX, u nějž byl předmětem dodávky kovový regál, pracovní stůl, kancelářská židle a skříň. Dodávky výše uvedeného nábytku nelze řešit podle ust. § 23 odst. 6 zákona, neboť je nemusí s ohledem na jejich vlastnosti realizovat autor vítězného návrhu, ale kterýkoliv dodavatel zabývající se výrobou či dodávkou nábytku. Jde o zboží běžně dostupné na trhu od mnoha subjektů. Citované plnění má tedy spíše charakter dodávek ve smyslu ust. § 8 zákona než návrhu řešení. Zadavatel tedy měl pro dodávku nábytku specifikovaného v č. VIII a IX (mimo pulpitu) zvolit postup odpovídající předpokládané hodnotě předmětu plnění. V daném případě se jedná o plnění v celkové hodnotě 277 200 Kč bez DPH, kdy by se s největší pravděpodobností jednalo o veřejnou zakázku malého rozsahu.
8. Ke stejnému názoru s ohledem na možnost použití § 23 odst. 6 zákona Úřad dospěl i u plnění vymezeného v č. XI a XII. Předmětem č. XI jsou dodávky stolního počítače, monitoru, televizí o různých úhlopříčkách obrazovky, vše v celkové hodnotě 318 040 Kč bez DPH a u plnění č. XII jsou položky jako sluchátka, přijímače, vysílače, datové kabely, anténní moduly, software atd., tedy komponenty pro bezdrátového audioprůvodce expozic, vše v celkové hodnotě 3 338 098 Kč bez DPH. V obou případech se jednalo o dodávku elektroniky, která je běžně k dostání nejen v obchodech s elektronikou a nemuselo tedy být plněno pouze autorem vítězného návrhu, když požadované dodávky může realizovat takřka kterýkoliv

dodavatel elektroniky. Tyto dodávky tak není možné řešit podle ust. § 23 odst. 6 zákona. Zadavatel tedy měl zvolit pro výše uvedené plnění příslušný druh zadávacího řízení podle ust. § 21 zákona, podle celkové hodnoty takto učiněných dodávek (3 656 138 Kč bez DPH), když v souvislosti s ust. § 12 odst. 2 zákona by se jednalo o podlimitní veřejnou zakázku. Zadavatel by tak mohl použít otevřené řízení, užší řízení či zjednodušené podlimitní řízení. Všechny uvedené druhy zadávacího řízení umožňují přístup k soutěži na předmětné dodávky většímu počtu dodavatelů, ať už na základě transparentního zveřejnění oznámení zadávacího řízení či adresného oslovení více zájemců. Jelikož zadavatel v jednacím řízení bez uveřejnění oslovil pouze autora vítězného návrhu – vybraného uchazeče, pak omezil soutěž pouze na tuto osobu, žádný jiný dodavatel se nemohl účastnit řízení, přičemž právě nabídka těchto potenciálních dodavatelů mohla být výhodnější než nabídka vybraného uchazeče. Postup zadavatele tak mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel dne 30. 5. 2008 s vybraným uchazečem smlouvu. Zadavatel tak poptával dodávky elektroniky v jednacím řízení bez uveřejnění podle ust. § 23 odst. 6 zákona, aniž by pro takový postup byly splněny podmínky zákona.

9. Na základě výše uvedeného Úřad ve výroku I napadeného rozhodnutí konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle ust. 120 odst. 1 písm. a) zákona, za což mu byla výrokem II uložena pokuta ve výši 50 000 Kč.
10. Napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 30. 9. 2013.

III. Námitky rozkladu

11. Uvedené rozhodnutí napadl zadavatel rozkladem ze dne 15. 10. 2013, doručeným v zákonné lhůtě Úřadu téhož dne, kterýmžto dnem bylo zahájeno správní řízení o rozkladu.
12. Zadavatel v podaném rozkladu rozporoval závěr Úřadu o tom, že při zadávání veřejné zakázky nepostupoval zcela důsledně podle zákona. Konkrétně pak rozporoval závěr ohledně plnění vymezeného v č. XI. a XII. smlouvy o dílo, u kterého Úřad uvedl, že toto plnění bylo možné dodat jakýmkoliv dodavatelem elektroniky, protože se jedná o běžné dodávky a dodavatel měl být vybrán postupem podle § 21 zákona. Zadavatel s uvedeným závěrem nesouhlasí.
13. Zadavatel uvedl, že plnění č. XI a XII 2. etapy realizace veřejné zakázky je nedělitelnou součástí multimediálního zpracování obsahu expozice vybudované u zadavatele. V podstatě se jedná o řešení způsobu ozvučení expozice a řešení způsobu, jakým je návštěvník expozice provázen. Obsahem zadání veřejné zakázky byl i zcela zásadní požadavek na audio průvodce, jenž měl plně respektovat scénář muzejní expozice, který byl detailně zpracován s přesnými pokyny pro jednotlivé tematické části. Veřejná zakázka tedy představovala ucelený projekt, který měl detailně řešit požadavky autora scénáře. Základem takového plnění je samozřejmě celá řada komponentů, které jsou běžnou součástí všech elektronických systémů, vlastní dotvoření a oživení systému však je zcela jedinečným výsledkem aplikace tohoto systému na konkrétní expozici.
14. Pro účely ozvučení expozice byl použit systém GuidePort (chráněný produkt firmy SENNHEISER) – průvodcovský systém muzeí. Tento produkt se skládá ze dvou technologických částí (viz 1. etapa a 2. etapa realizace expozice, když v rámci 1. etapy již byly vybudovány např. rozvody v podlaze), které dohromady tvoří nedílný technický celek.

Jádrem systému je originální, speciální a autorsky chráněný software a hardware. Systém GuidePort se tak stal součástí autorského řešení realizace expozice, neboť jako jediný z průvodcovských systémů splňoval podmínky zadané scénářem, který byl hlavní součástí zadávacích podmínek a umožnil, po doplnění požadavků autorů expozice, dosáhnout autory požadovaného efektu. Jak dále vyplývá z vyjádření společnosti Panter, spol. s r. o., IČO 45809003, se sídlem Na Markvartce 14, 160 00 Praha 6, která je jediným autorizovaným partnerem pro výrobky SENNHEISER, je aplikace systému podmíněna použitím licenčně chráněného softwaru společnosti SENNHEISER. Systém lze sestavit zakoupením různých komponentů od různých dodavatelů, ale nemohl by fungovat bez oživení autorizovaným pracovníkem společnosti SENNHEISER a zejména bez použití licencovaného softwaru. Spojením architektonického a výtvarného řešení s technologií GuidePortu, který se stal nedílnou součástí komplexního pojetí expozice, vzniklo originální řešení muzejní prezentace. Jedná se tak o zcela originální řešení, do té doby přinejmenším na území ČR nepoužité, které zcela odůvodňuje aplikaci ust. § 23 odst. 6 zákona.

Závěr rozkladu

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

IV. Původní rozhodnutí o rozkladu a řízení před soudy

16. Úřad neshledal důvody pro postup podle § 87 správního řádu a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.
17. Dne 21. 12. 2012 vydal předseda Úřadu rozhodnutí o rozkladu č. j. ÚOHS-R339/2013/VZ-13781/2014/310/BRy (dále jen „**původní rozhodnutí o rozkladu**“), kterým o podaném rozkladu rozhodl tak, že napadené rozhodnutí potvrdil a podaný rozklad zamítl.
18. Proti původnímu rozhodnutí o rozkladu podal navrhovatel žalobu ke Krajskému soudu v Brně (dále jen „**krajský soud**“). Rozsudkem ze dne 22. 10. 2015 č. j. 62 Af 71/2014-65 (dále jen „**rozsudek**“) krajský soud rozhodl tak, že se rozhodnutí předsedy Úřadu zrušuje a věc se vrací Úřadu k dalšímu řízení, neboť dle krajského soudu rozhodnutí trpí nepřezkoumatelností pro nedostatek důvodů. Nejvyšší správní soud pak rozsudkem ze dne 22. 12. 2015 č. j. 4 As 243/2015-30 (dále jen „**rozsudek NSS**“) zamítl kasační stížnost Úřadu proti výše uvedenému rozsudku.

V. Řízení o rozkladu

19. Dne 2. 6. 2016 oznámil předseda Úřadu písemností č. j. ÚOHS-23588/2016/321/BRy zadavateli řízení pokračování správního řízení.

Stanovisko předsedy Úřadu

20. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, jež mu předcházelo, s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a vázán právním názorem krajského soudu a Nejvyššího správního soudu jsem dospěl k následujícímu závěru.
21. Úřad tím, že rozhodl tak, že výrokem I. napadeného rozhodnutí konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel ust. § 21

zákona, když plnění vymezené v čl. IV.3. v etapě č. 2, č. XI a XII smlouvy o dílo, uzavřené na veřejnou zakázku, zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v ust. § 23 odst. 6 zákona, přičemž výše uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a s vybraným uchazečem uzavřel dne 30. 5. 2008 smlouvu na plnění této veřejné zakázky a výrokem II. uložil za uvedený správní delikt pokutu ve výši 50 000 Kč, nerozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny výše uvedené důvody, na základě kterých jsem rozhodl napadené rozhodnutí zrušit a věc vrátit Úřadu k novému projednání.

VI. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí

22. Předmětem přezkoumání a posouzení Úřadem byl postup zadavatele v rámci veřejné zakázky, jež navazovala na soutěž o návrh s názvem „Realizace stále expozice Sušáku“. Úřad v napadeném rozhodnutí konstatoval spáchání správního deliktu zadavatelem, když plnění veřejné zakázky odpovídající položkám pod č. XI (dodávky stolního počítače, monitoru a televizí o různých úhlopříčkách obrazovky v celkové hodnotě 318 040 Kč bez DPH) a č. XII (dodávky sluchátek, přijímačů, vysílačů, datových kabelů, anténních modulů, software atd., tedy komponentů pro bezdrátového audioprůvodce expozicí v celkové hodnotě 3 338 098 Kč bez DPH) zadal v jednacím řízení bez uveřejnění.
23. Základním předmětem sporu je to, zda zadavatel byl či nebyl oprávněn výše specifikované plnění pod položkami č. XI. a XII. poptávat v jednacím řízení bez uveřejnění podle ust. § 23 odst. 6 zákona v návaznosti na dřívější soutěž o návrh společně se zbylým plněním odpovídajícím vítěznému návrhu.
24. Podle ust. § 23 odst. 6 zákona, ve znění účinném do 30. 6. 2008, v jednacím řízení bez uveřejnění může zadavatel zadat veřejnou zakázku na služby rovněž v případě, jestliže je zadávána v návaznosti na soutěž o návrh, podle jejichž pravidel musí být veřejná zakázka zadána vybranému účastníkovi nebo jednomu z vybraných účastníků této soutěže. V případě více vybraných účastníků soutěže o návrh je zadavatel povinen vyzvat k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění všechny vybrané účastníky.
25. Možnost zadavatele zadat ve smyslu ust. § 23 odst. 6 zákona v jednacím řízení bez uveřejnění se vztahuje výhradně na situace, kdy jde o zadávání veřejné zakázky na služby a kdy zadání takové veřejné zakázky navazuje na ukončenou soutěž o návrh. Zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění dle tohoto ustanovení však není možné, pokud se jedná o veřejnou zakázku na dodávku nebo veřejnou zakázku na stavební práce. Předmětem plnění veřejné zakázky, která navazuje na soutěž tak mohou být pouze služby, a to takové, které jsou v bezprostředním vztahu k vítěznému návrhu. Pokud tedy není předmět veřejné zakázky v přímém vztahu k vítěznému návrhu nebo se jedná o dodávky či stavební práce, pak nelze výjimku stanovenou v ust. § 23 odst. 6 zákona použít a zadavatel je povinen při zadávání veřejné zakázky postupovat dle ust. § 21 zákona.
26. Podle závěrů obsažených v rozsudku krajského soudu je nutným východiskem pro výklad výše uvedeného zákonného ustanovení čl. 31 odst. 3 směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2004/18/ES(dále jen „směrnice“), přičemž česká právní úprava je věcně shodná s úpravou komunitární. Lze tak aplikovat výklad, který zastává Soudní dvůr Evropské unie ve

vztahu k pravidlům zakotveným ve směrnici. Dle krajského soudu tedy zákonnými podmínkami pro použití jednacního řízení bez uveřejnění podle ust. § 23 odst. 6 zákona jsou:

a) jedná se o veřejnou zakázku na služby

b) k jejímu zadávání dochází v návaznosti na soutěž o návrh

c) již v soutěži o návrh bylo stanoveno pravidlo, podle něhož musí být (navazující) veřejná zakázka zadána vybranému účastníkovi nebo jednomu z vybraných účastníků této soutěže.

27. Podle názoru krajského soudu úvaha Úřadu, obsažená v napadeném rozhodnutí, a to, že jde o elektroniku běžně k dostání nejen v obchodech s elektronikou, přičemž dodávka této elektroniky mohla být ve vítězném návrhu popsána tak, že aby i mohl realizovat i jiný dodavatel než autor vítězného návrhu, nemusí být úvahou obecně lichou. Nicméně za situace, kdy zadavatel ve vyjádření ze dne 10. 6. 2013 a v podaném rozkladu argumentoval tím, že předmětné zboží bylo součástí celkové prezentační muzejní metody, kdy z důvodu potřeby interaktivního charakteru expozice nešlo o pouhé propojení nebo zapojení, pak se Úřad měl s touto argumentací zadavatele vypořádat, což neučinil. Dle krajského soudu je třeba se předně zabývat otázkou „proč bylo třeba i toto plnění zadávat jako součást veřejné zakázky navazující na soutěž o návrh jako celku“. Zodpovězení této otázky pak krajský soud považuje za určující pro posouzení splnění podmínky přímého funkčního vztahu mezi návrhem na realizaci expozice jako celku a dodávkou uvedené elektroniky v rámci následné realizace plnění. Bez posouzení toho, zda i toto plnění bylo zadáváno v návaznosti na soutěž (podmínka pod písm. b)) a zda pravidlo, podle něhož toto plnění musí být zadáno jako součást jediné veřejné zakázky, bylo již v soutěži o návrh stanoveno důvodně (podmínka pod písm. c)), nemůže závěr Úřadu obstát. Nejvyšší správní soud pak závěry krajského soudu ve vydaném rozhodnutí NSS potvrdil.
28. Napadenému rozhodnutí i původnímu rozhodnutí předsedy Úřadu je tak krajským i Nejvyšším správním soudem shodně vytýkáno to, že opomíjí argumentaci zadavatele směřující k tomu, že by komponenty dodané od různých výrobců nemohly fungovat bez použití specializovaného a licencovaného software a hardware, což bylo ve správním řízení ze strany zadavatele prokazováno vyjádřením společnosti PANTER spol. s.r.o.
29. Krajský soud nadto ve vydaném rozsudku doslova uvedl: „*Podstatou argumentace žalovaného (Úřadu - pozn. předsedy Úřadu) tedy není názor, že by plnění jako celek nebylo službou, nýbrž že plnění pod položkami č. XI a XII je plněním od ostatního plnění oddělitelným, jež je samostatnou dodávkou. Pokud by toto plnění bylo součástí celkového plnění, pak by na celé plnění bylo možno podle pravidla plynoucího z § 10 odst. 1 a § 10 odst. 2 písm. a) ZVZ nahlížet jako na službu, neboť dodávka podle položek č. XI a XII dosáhla hodnoty 3 656 138 Kč bez DPH, což je (i s připočtením částky 277 200,- Kč bez DPH za položky VIII a IX) méně než polovina částky za celé plnění (podle smlouvy o dílo 16 096 644 Kč bez DPH). Pokud však mělo jít podle žalovaného o plnění (ve formě dodávek) samostatné, je třeba zabývat se splněním druhé a třetí ze shora uvedených podmínek v tom směru, zda i toto plnění (izolovaně vzato dodávky) bylo coby součástí celkového plnění zadáváno v návaznosti na soutěž o návrh a zda již v soutěži bylo důvodně stanoveno pravidlo, podle něhož musí být (navazující) veřejná zakázka zahrnující i toto plnění (izolovaně vzato dodávky) zadána vybranému účastníkovi (vítězi) této soutěže. Za situace, kdy předmětem soutěže o návrh byla realizace celé expozice, tedy včetně dodávek elektroniky podle položek č. XI a XII, je třeba*

postavit najisto, zda se tak stalo důvodně tj. zda i tuto elektroniku, musel v rámci celkového plnění dodávat ten, kdo v soutěži o návrh se svým návrhem zvítězil.“

30. S ohledem na zde uvedené a citované závěry vyplývající rozsudku krajského soudu a s ohledem na závěry vyjádřené v rozsudku NSS se domnívám, že pro nové posouzení věci v souladu s právními názory, které byly v těchto rozsudcích vyjádřeny, může vyvstat potřeba provést nové dokazování, přičemž tak lze předpokládat, že by došlo k novému zjištění skutkového stavu, což by mohlo vést k odlišnému právnímu posouzení. Považuji tak za jediné možné řešení napadené rozhodnutí zrušit a věc vrátit k novému projednání Úřadu.
31. Úřad bude při novém posouzení věci povinen v souladu se závaznými právními názory vyslovenými ve vydaných soudních rozhodnutích nejprve povinen vypořádat se s argumentací zadavatele ohledně přímého funkčního vztahu mezi plněním pod položkami č. XI a č. XII a realizací celé expozice, přičemž bude povinen se z hlediska tohoto plnění vypořádat s otázkou, proč bylo třeba plnění pod položkami zadávat jako součást veřejné zakázky navazující na soutěž o návrh jako celku, a dále bude povinen posoudit, zda i toto plnění bylo zadáváno v návaznosti na soutěž, a zda pravidlo, podle něhož toto plnění musí být zadáno jako součást jediné veřejné zakázky, bylo již v soutěži o návrh stanoveno důvodně. Teprve poté, co Úřad provede posouzení naplnění výše uvedených podmínek, bude možné závěry Úřadu ohledně spáchání správního deliktu zadavatelem podrobit věcnému přezkoumání právě z hlediska toho, zda byly či nebyly naplněny podmínky pro zadání předmětného plnění v jednacím řízení bez uveřejnění.

VII. Závěr

32. Ze shora uvedených důvodů tedy uzavírám, v dané věci došlo k vydání rozhodnutí, které je nezákonné a nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů rozhodnutí, a proto nastaly důvody pro jeho zrušení a vrácení Úřadu k novému projednání.

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

JUDr. Jiří Juříček, advokát, Údolní 5, Brno

Vypraveno dne

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