



UOHSX006XWWB

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R189/2014/VZ-15769/2015/321/MMI

Brno 26. června 2015

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 6. 6. 2014, doručeném téhož dne Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, podaném zadavatelem -

- **Armádní servisní, příspěvková organizace**, IČO 60460580, se sídlem Podbabská 1589/1, 160 00 Praha 6

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S165/2014/VZ-10966/2014/522/ABt ze dne 23. 5. 2014, ve věci možného spáchání správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v souvislosti s porušením ustanovení § 47 téhož zákona, výše specifikovaným zadavatelem, když v oznámení o zakázce klasifikoval službu, která byla předmětem veřejné zakázky „**Zajištění provozu vybraných energetických zařízení určených k výrobě a rozvodu tepla**“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 18. 9. 2009 pod ev. č. 60036357 a následně opraveno dne 27. 10. 2009 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 22. 9. 2009 pod ev. č. 2009/S182-261969, CPV kódem č. 9839000-3 – Jiné služby,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S165/2014/VZ-10966/2014/522/ABt ze dne 23. 5. 2014

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. 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 14. 3. 2014 správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem – Armádní servisní, příspěvková organizace, IČO 60460580, se sídlem Podbabská 1589/1, 160 00 Praha 6 (dále jen „**zadavatel**“), když v oznámení o zakázce klasifikoval službu, která byla předmětem veřejné zakázky „Zajištění provozu vybraných energetických zařízení určených k výrobě a rozvodu tepla“ (dále jen „**veřejná zakázka**“), zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 18. 9. 2009 pod ev. č. 60036357 a následně opraveno dne 27. 10. 2009 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 22. 9. 2009 pod ev. č. 2009/S182-261969, CPV kódem č. 9839000-3 – Jiné.
2. V čl. II.1.5. oznámení o zakázce zadavatel klasifikoval předmět veřejné zakázky podle referenční klasifikace platné pro veřejné zakázky CPV kódem č. 9839000-3 – Jiné služby (dále jen „**CPV kód „Jiné služby“**“) a uvedl, že předmětem plnění veřejné zakázky je poskytnutí služby při zabezpečení provozu vybraných energetických zařízení určených k výrobě a rozvodu tepla v rozsahu povinností obsluhy. Dne 29. 1. 2010 byla mezi zadavatelem a vybraným uchazečem STAEG, spol. s r.o., IČO 25520059, se sídlem Průmyslová 738/8f, 682 01 Vyškov, uzavřena Smlouva na zajištění provozu vybraných energetických zařízení určených k výrobě a rozvodu tepla. Celková cena za celý předmět smlouvy byla v čl. IV smlouvy stanovena ve výši 354 412 120,- Kč bez DPH (421 750 423,- Kč včetně DPH).

II. Napadené rozhodnutí

3. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 23. 5. 2014 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S165/2014/VZ-10966/2014/522/ABt (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), ve kterém ve výroku I. konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že v oznámení o zakázce, které bylo

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.

uveřejněno jak v informačním systému veřejných zakázek, tak v Úředním věstníku Evropské unie, klasifikoval službu, která byla předmětem výše uvedené veřejné zakázky, podle referenční klasifikace platné pro veřejné zakázky kódem č. 9839000-3 – Jiné služby, přestože tento kód neodpovídá předmětu veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky a zadavatel již uzavřel dne 29. 1. 2010 smlouvu na plnění veřejné zakázky. Ve výroku II. byla zadavateli za výše specifikovaný delikt uložena pokuta ve výši 400 000 Kč.

4. V odůvodnění napadeného rozhodnutí se Úřad v rámci přezkumu postupu zadavatele při stanovení CPV kódu v předmětném zadávacím řízení zaměřil zejména na posouzení, zda pro zadavatelem poptávaný předmět veřejné zakázky neexistuje příhodnější CPV kód či skupina CPV kódů, pod který by bylo možno předmět dané veřejné zakázky podřadit. Z vymezení předmětu veřejné zakázky uvedeného v oznámení o zakázce, jakož i z obsahu smlouvy na plnění veřejné zakázky vyplývá, že poptávaná služba se vztahuje k zařízením vyrábějícím energii a že podstatnými znaky poptávané služby jsou zejména zabezpečení provozu těchto zařízení a zabezpečení obsluhy a údržby zařízení.
5. Úřad dále v odůvodnění napadeného rozhodnutí konstatoval, že přestože ve Společném slovníku pro veřejné zakázky existují CPV kódy, které zadavatelem poptávaný předmět veřejné zakázky vystihují přílehavěji, zadavatel je nevyužil, a pro specifikaci poptávaných služeb použil CPV kód „Jiné služby“, u něhož nelze najít vazbu na žádný z podstatných znaků poptávaného plnění. V důsledku popsáného postupu zadavatele přitom mohlo dojít k omezení možných uchazečů o veřejnou zakázku, neboť ti z nich, kteří vyhledávají relevantní veřejné zakázky právě podle CPV kódů, se o dané veřejné zakázce právě z důvodu jejího označení nesprávným CPV kódem nemuseli vůbec dozvědět. V daném případě tedy mohlo dojít k narušení konkurenčního prostředí a ve výsledku i k narušení hospodářské soutěže o danou veřejnou zakázku.
6. Ohledně výše uložené pokuty Úřad uvedl, že cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu, a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí celkem 421 750 423,- Kč včetně DPH. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí 21 087 521,- Kč. Při stanovení výše pokuty Úřad jako polehčující okolnost zohlednil skutečnost, že v předmětném zadávacím řízení bylo podáno šest nabídek, a byla tedy zachována alespoň určitá míra soutěže. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci zadavatele.

III. Námitky rozkladu

7. Uvedené rozhodnutí napadl zadavatel rozkladem ze dne 6. 6. 2014 doručeným Úřadu téhož dne. Vzhledem k tomu, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 26. 5. 2014, byl rozklad podán v zákonné lhůtě.
8. Námitky zadavatele lze rozčlenit do čtyř okruhů. Jako první a stěžejní argument zadavatel uvádí překážku věci rozhodnuté, když má za to, že napadené rozhodnutí je nezákonné, protože o otázce, která je předmětem tohoto správního řízení již Úřad rozhodl ve správním řízení, jež vedl pod sp. zn. ÚOHS-S8,11/2010/VZ a toto správní řízení bylo skončeno meritorním a pravomocným rozhodnutím o zastavení řízení.

9. Druhá námitka zadavatele proti napadenému rozhodnutí spočívá v nedostatečném zjištění skutkového stavu. Zadavatel má za to, že Úřad svůj závěr týkající se uvedení CPV kódu „Jiné služby“ a následné možnosti ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, neopírá o žádné důkazy, resp. Úřad neprovedl žádné dokazování této skutečnosti. Úřad měl, podle názoru zadavatele, šetřením zjistit, zda by se v případě uvedení jiného CPV kódu do soutěže o veřejnou zakázku přihlásilo více uchazečů a zda by jejich nabídky byly pro zadavatele podle stanovených hodnotících kritérií vhodnější. Zadavatel tedy konstatuje, že z tohoto důvodu je napadené rozhodnutí stíženo vadou nedostatečného zjištění skutkového stavu v rozporu s požadavkem § 3 ve spojení s § 50 odst. 3 správního řádu.
10. Dalším důvodem pro zrušení napadeného rozhodnutí je podle zadavatele nepřezkoumatelnost spočívající v absenci důvodů ovlivnění či možnosti ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, přičemž obdobně to platí pro nedostatečné odůvodnění výroku o uložené pokutě.
11. Poslední námitkou zadavatele je nezákonnost pokuty. Zadavatel shledává jako vadu postupu Úřadu, že při ukládání pokuty nevzal v úvahu všechny relevantní skutečnosti, tedy i takové, které by jako polehčující odůvodnily snížení nebo upuštění od uložené pokuty. Jedná se především o následující skutečnosti: skutečnému obsahu předmětu plnění veřejné zakázky neodpovídal přesně žádný z tehdy známých CPV kódů, předmět plnění veřejné zakázky vyplýval již z názvu veřejné zakázky a byl dostatečně jasně určen v popisu předmětu veřejné zakázky, jaký následek mělo uvedení CPV kódu „Jiné služby“ a jak se takový následek promítl do výše sankce, Úřad měl posoudit jednání zadavatele jako jednání, které je možná v konfliktu se zákonem, ale není jednáním společensky nebezpečným či škodlivým a tomuto přizpůsobit i výši sankce jejím výrazným snížením. Zadavatel závěrem konstatuje, že napadené rozhodnutí je rovněž v rozporu se zásadou předvídatelnosti, když Úřad v rozhodnutí č. j. ÚOHS-S376/2011/VZ-1288/2012/540/PVé ze dne 6. 3. 2012 uložil za totožné jednání zadavateli pokutu ve výši 150 000 Kč.

Závěr rozkladu

12. Zadavatel navrhuje zrušení napadeného rozhodnutí.

IV. Řízení o rozkladu

13. Úřad neshledal důvody pro postup podle ustanovení § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a v souladu s ustanovením § 88 odst. 1 správního řádu věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.

Stanovisko předsedy Úřadu

14. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle ustanovení § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech, jsem podle ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.

15. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S165/2014/VZ-10966/2014/522/ABt ze dne 23. 5. 2014, rozhodl tak, jak je shora uvedeno, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se zcela ztotožnil. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

16. Nejprve ohledně problematiky CPV kódů odkazují na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 7 Afs 98/2012-171 ze dne 26. 9. 2013, kde se Nejvyšší správní soud touto tematikou zabýval. *„Vzhledem k tomu, že předmět každé veřejné zakázky je do jisté míry specifický, lze souhlasit se závěrem krajského soudu, že pro vymezení předmětu veřejné zakázky představuje jednotná klasifikace pouze pomocný a podpůrný nástroj. Jedná se však zároveň o nástroj, jehož využití je povinné a který plní zásadní roli, protože podporuje transparentnost zadávání veřejných zakázek. Jednotná klasifikace umožňuje vytvořit informační systém pro zadávání veřejných zakázek a snížit riziko chyby při překladau oznámení. V důsledku toho usnadňuje vyhledávání podnikatelských příležitostí a zjednodušuje vypracování statistik o veřejných zakázkách. Úřad ostatně v napadeném rozhodnutí uvedl, že „u zahraničních dodavatelů je jediným srozumitelným a rozlišujícím vodítkem v databázi veřejných zakázek právě tento CPV kód.“ Proto je nutné dbát na označení veřejné zakázky CPV kódem natolik výstižným způsobem, jak je to jen možné, tj. popsáním výstižných znaků zakázky. Rovněž podle Soudního dvora Evropské unie je účelem pravidel pro uveřejňování veřejných zakázek informovat všechny potenciální uchazeče ze všech členských států o podstatných prvcích zakázky (viz např. rozsudek Soudního dvora ze dne 26. září 2000 ke směrnici Rady 93/37/EHS. Komise Evropských společenství proti Francouzské republice, věc C-225/98. Sbírka soudních rozhodnutí 2000 I-07445. Bod 35). Tomu napomáhá velký rozsah i stromová struktura CPV klasifikace... V případě, že míra přesnosti kódu je nedostatečná, musí veřejní zadavatelé uvést oddíl, skupinu, třídu nebo kategorii, která lépe vystihuje předmět jejich nákupu – obecnější kód, který lze podle členění CPV klasifikace rozpoznat. K dalšímu upřesnění pak slouží pomocné uvádění dalších CPV kódů. Vadný není postup, který opomíjí některý z nepodstatných prvků zakázky. Za diskriminační pro uchazeče je však třeba považovat takový postup, který rezignuje na označení podstatného, zpravidla převažujícího, znaku veřejné zakázky.“* Z tohoto rozsudku vyplývá, že Úřad dospěl ke správnému závěru, jenž je souladný s judikaturou, když konstatoval, že zadavatel měl označit předmět veřejné zakázky příznačným CPV kódem. V tomto konkrétním případě se v jednotné klasifikaci nevyskytuje kód, který by odpovídal naprosto přesně předmětu veřejné zakázky, avšak zadavatel je povinen použít CPV kód, jež vystihuje předmět veřejné zakázky co nejpřesněji a to tak, že zadavatel může zvolit obecnější kód, jež bude co nejbližší vystihovat hlavní část předmětu veřejné zakázky, a k tomu vybere další pomocné CPV kódy, které poslouží k přesnějšímu dokreslení předmětu veřejné zakázky tak, aby byly indikátorem pro uchazeče při vyhledávání veřejné zakázky, jež by mohla být předmětem jejich zájmu.
17. K překážce věci rozhodnuté v obecné rovině odkazují na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 As 73/2010 – 76 ze dne 11. 3. 2011 *„Zásadu rei iudicatae tj. překážku věci pravomocně rozhodnuté lze tedy charakterizovat jako negativní podmínku řízení, spočívající v tom, že jakmile bylo o totožné věci pravomocně rozhodnuto, nemůže být*

tatáž věc v rozsahu závaznosti výroku rozhodnutí projednávána znovu; totožnost věci je dána stejným předmětem řízení a stejnými účastníky. V obecné rovině je nutno připustit, že s ohledem na obecnou zásadu „ne bis in idem“ v podobě vymezené čl. 4 odst. 1 Protokolu č. 7 k Evropské úmluvě o ochraně lidských práv a svobod, kterou je Česká republika vázána, může např. za určitých podmínek pravomocné rozhodnutí o přestupku založit překážku rei iudicatae a to pro následující řízení (viz čl. 4 Protokolu č. 7 Evropské úmluvy, vyhlášené pod č. 209/1992 Sb., čl. 14 odst. 7 Mezinárodního paktu o občanských a politických právech, vyhlášeného pod č. 120/1976 Sb., popř. čl. 50 Listiny základních práv Evropské unie). Základním předpokladem pro vznik takovéto překážky je ovšem okolnost, že pachatel skutku, pro který je řízení vedeno, byl již pravomocným rozhodnutím správního orgánu pro tentýž skutek postižen nebo zproštěn viny. Při posuzování existence překážky rei iudicatae je nutno pečlivě zkoumat obsah rozhodnutí o přestupku, zejména jeho výrokové části, a provést srovnání skutkových okolností a zákonných znaků přestupku, pro který již byl pachatel postižen nebo zproštěn viny, a přestupku, pro který pachatel je nebo má být postižen. Jedině tak lze zjistit, zda jsou splněny výše zmíněné podmínky k tomu, aby rozhodnutí o přestupku mohlo založit překážku rei iudicatae...takové procesní rozhodnutí, jímž se nezasahuje do hmotných práv, pak nemůže ani představovat rei iudicatae.“ Přestože tento rozsudek pojednává o přestupcích, lze jej analogicky použít i pro správní delikty. Z citovaného rozsudku vyplývá, že pro založení překážky věci rozhodnuté musí existovat pravomocné rozhodnutí o správním deliktu (buď zadavatel spáchal správní delikt, nebo nebylo shledáno porušení). V tomto případě však k vydání takovéhoho meritorního rozhodnutí nedošlo.

18. Nejprve bylo vydáno rozhodnutí č. j. ÚOHS-S8,11/2010/VZ-5502/2010/540/LZa ze dne 10. 6. 2010 (správní řízení bylo zastaveno), které bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy č. j. ÚOHS-R81,82/2010/VZ-1829/2011/310/EKu ze dne 22. 3. 2011. Krajský soud v Brně tato rozhodnutí potvrdil rozsudkem č. j. 62 Af 31/2011-167, avšak tato rozhodnutí Úřadu a předsedy Úřadu včetně rozsudku Krajského soudu v Brně byla zrušena rozsudkem Nejvyššího správního soudu č. j. 7 Afs 98/2012-171 ze dne 26. 9. 2013. V následném správním řízení bylo vydáno usnesení č. j. ÚOHS-S8,11/2010/VZ-23174/2013/522/ABt ze dne 28. 1. 2014, kde výrokem I. bylo správní řízení podle § 66 odst. 1 písm. a) správního řádu zastaveno, neboť navrhovatel (ALFA – Com) vzal dne 8. 9. 2010 svůj návrh ze dne 29. 12. 2009 zpět. Výrokem II. bylo správní řízení podle § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu zastaveno, neboť návrh navrhovatele (SIVRES) ze dne 8. 1. 2010 se stal zjevně bezpředmětným, a to z důvodu uzavření smlouvy na plnění předmětu veřejné zakázky. Výrokem III. bylo správní řízení podle § 66 odst. 1 písm. b) správního řádu zastaveno, neboť návrh navrhovatele (SIVRES) ze dne 27. 11. 2013 byl zjevně právně nepřipustný, neboť navrhovatel požadoval uložení pokuty zadavateli za spáchání správního deliktu ve správním řízení zahájeném na návrh. Z tohoto je tedy zřejmé, že správní řízení zahájené na návrhy bylo zastaveno z procesních důvodů.
19. K námitce překážky věci rozhodnuté dále konstatuji, že vzhledem ke skutečnosti, že správní řízení zahájené na návrhy bylo zastaveno z výše uvedených procesních důvodů, nebylo rozhodnuto ve věci, neboť Úřad již nemohl napadené rozhodnutí přezkoumat z pohledu správnosti postupu zadavatele, neboť již nebylo možné následně uložit nápravné opatření ve smyslu ustanovení § 118 zákona. Úřad nemůže

vést správní řízení zahájené na návrh i po uzavření smlouvy na veřejnou zakázku, tj. poté, co odpadl předmět řízení, kterým je trvajícím zadávacím řízením, které lze korigovat uložením opatření dle § 118 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, a vydat de facto deklaratorní rozhodnutí o tom, zda došlo ke kvalifikovanému porušení povinností zadavatele. V této souvislosti rovněž odkazují na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 4 As 249/2014 ze dne 31. 3. 2015, kde dospěl k závěru, že „zastavení řízení o návrhu není na překážku ani vedení řízení o správním deliktu zadavatele podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, které lze ovšem zahájit pouze z moci úřední. Pokud v průběhu řízení o přezkoumání úkonů zadavatele zahájeného na návrh a zastaveného z důvodu uzavření smlouvy na veřejnou zakázku Úřad pro ochranu hospodářské soutěže zjistí skutečnosti nasvědčující tomu, že zadavatel porušil kvalifikovaným způsobem postup předepsaný pro zadávání veřejných zakázek, má povinnost zahájit řízení o správním deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.“ Z výše uvedeného vyplývá, že Úřad nerozhodl ve věci meritorně, proto byl oprávněn zahájit správní řízení z moci úřední o správním deliktu. Námitku zadavatele tak zejména ve světle citovaného rozsudku shledávám zcela nedůvodnou.

20. K námitce nedostatečného zjištění skutkového stavu v rozporu s požadavkem § 3 ve spojení s § 50 odst. 3 správního řádu konstatuji, že jsem přezkoumal v této souvislosti zákonnost napadeného rozhodnutí, jak ukládá odvolacímu správnímu orgánu ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu, dle kterého odvolací správní orgán přezkoumává soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy, a dospěl jsem k závěru, že Úřad zjistil stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a to v zákonném rozsahu; dále Úřad postupoval v souladu s ustanovením § 50 správního řádu a v souladu s ustanoveními § 51 odst. 1 a násl. správního řádu, dle kterého lze k provedení důkazů užít všech důkazních prostředků, které jsou vhodné ke zjištění stavu věci a které nejsou získány nebo provedeny v rozporu s právními předpisy. Rozsah zjištěného stavu věci je zcela v souladu se zásadou materiální pravdy, která je zakotvena v ustanovení § 3 správního řádu pro to, aby zadavatel nesl odpovědnost za porušení zákona tím, že nepoužil CPV kód odpovídající předmětu veřejné zakázky. Rozsah a obsah skutkových zjištění Úřadu nevyvolává žádné rozumné pochybnosti o tom, že zadavatel skutečně porušil právní povinnost stanovenou mu zákonem. Výroky napadeného rozhodnutí jsou tedy důsledkem pečlivého zjišťování stavu věci tak, aby o něm nevznikaly jakékoli důvodné pochybnosti. Z napadeného rozhodnutí vyplývá, že Úřad postupoval při hodnocení důkazů a argumentů zadavatele důsledně dle ustanovení § 50 odst. 4 správního řádu. Výroková část napadeného rozhodnutí je přehledně členěna do dvou výroků, přičemž Úřad nejprve odůvodnil výrok o správním deliktu a následně výši uložené pokuty, což je zřejmé z jednotlivých nadpisů. Odůvodnění jak správního deliktu spáchaného zadavatelem tak uložení sankce mám za dostatečné a vyhovující požadavkům zákona. Po přezkoumání napadeného rozhodnutí jsem se s ním ztotožnil a dospěl jsem k závěru, že napadené rozhodnutí je přezkoumatelné a věcně správné. Zadavatel namítá nedostatečnost zjištěného skutkového stavu v souvislosti s tvrzením jak uvedení CPV kódu „Jiné služby“ mohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, o čemž bude pojednáno v následujících odstavcích tohoto rozhodnutí.
21. Zadavatel namítá absenci odůvodnění, jakým způsobem jeho postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Zadavatel v této souvislosti cituje z rozsudku

Nejvyššího správního soudu č. j. 8 As 17/2007-135 ze dne 31. 5. 2007. K tomuto uvádím následující. Podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že 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. Podstatné ovlivnění nebo možnost ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky je tedy jedním ze základních znaků tohoto správního deliktu. V případě ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky dochází k naplnění materiálního znaku skutkové podstaty správního deliktu, kterým je určitý stupeň nebezpečnosti resp. škodlivosti pro společnost. Je třeba zejména zdůraznit skutečnost, že v případě pojmů společenská nebezpečnost či společenská škodlivost se jedná o neurčité právní pojmy. Z obecného výkladu těchto pojmů však lze dospět k takovému závěru, že za jednání nebezpečné či škodlivé pro společnost, je možné považovat takové jednání, které směřuje proti veřejnému zájmu společnosti, a to proti takovému zájmu, který má být právem chráněn a současně dosahuje určité intenzity. Z hlediska znění a obsahu zákona je možné za právem chráněný zájem považovat zejména efektivní vynakládání veřejných prostředků a existenci spravedlivé a otevřené soutěže o veřejné zakázky. K naplnění materiálního znaku správního deliktu tak dojde tehdy, pokud jednání zadavatele jednak ohrožuje některý právem chráněný zájem a současně dosahuje určité intenzity, tedy následky takového jednání nejsou zcela zanedbatelné. Z toho jak je tento znak zákonem koncipován nevyplývá, že by skutečně muselo dojít k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, a zároveň skutečné ovlivnění Úřad nemusí dokazovat, když postačí pouhá možnost takového ovlivnění.

22. Z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 5. 2007 č. j. 8 As 17/2007-135, týkajícího se posuzování správních deliktů, vyplývá, že správní delikty představují ve srovnání s trestnými činy jinou formu protiprávního společensky nebezpečného jednání a pro jejich trestnost mají platit podobné principy a pravidla jako v případě trestných činů. Upravují-li zásady soudního trestání situaci, v níž formálně trestný skutek nelze považovat za trestný čin, je-li jeho společenská nebezpečnost nižší než nepatrná, musí obdobná pravidla platit i pro správní delikty. Podstatou správních deliktů je postih za jednání v rozporu se zákonem. Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 5 As 104/2008-48 odkazuje na rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 17. 4. 1996, sp. zn. 1 Tzn 2/96, publikované pod č. 43/1996 Sb. NS, kde tento uvádí: *„Při úvahách o tom, zda obviněný naplnil i materiální znak trestného činu, tedy zda v jeho případě tento čin dosahoval vyššího stupně nebezpečnosti pro společnost, než je stupeň nepatrný (§ 3 odst. 2 tr. zák.), je nutno zdůraznit, že již stanovením formálních znaků určité skutkové podstaty zákon předpokládá, že při jejich naplnění v běžně se vyskytujících případech bude stupeň nebezpečnosti činu pro společnost zpravidla vyšší než nepatrný...“*. Nejvyšší soud k tomu dále konstatuje, že *„Lze tedy obecně vycházet z toho, že jednání, jehož formální znaky jsou označeny zákonem za přestupek, naplňuje v běžně se vyskytujících případech materiální znak přestupku, neboť porušuje či ohrožuje určitý zájem společnosti.“* Jsem přesvědčen, že tento rozsudek je plně aplikovatelný i na správní delikty a tedy i na tento případ. Neshledal jsem, že by se daný případ ve svých podstatných znacích odlišoval od jiných případů, kdy došlo ke spáchání stejné skutkové podstaty správního deliktu. Formální znaky správního deliktu dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona tak, jak je shledal Úřad a jak jsou uvedeny ve výroku I. napadeného rozhodnutí, byly dle mého soudu zcela naplněny a ve správním řízení dostatečně prokázány. Rovněž jsem neshledal existenci

jakýchkoli významných okolností, jež by vylučovaly zjištění učiněná Úřadem, a to, že protizákonným jednáním zadavatele byl porušen nebo ohrožen zájem chráněný zákonem, kterým je především efektivní vynakládání veřejných prostředků. Jednáním zadavatele tak došlo k naplnění materiální stránky správního deliktu.

23. Z výše uvedeného tedy vyplývá, že mohlo dojít k podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, neboť zadavatel použil CPV kód – Jiné služby, když předmětem plnění veřejné zakázky bylo poskytnutí služby při zabezpečení provozu vybraných energetických zařízení určených k výrobě a rozvodu tepla v rozsahu povinností obsluhy, a tudíž mohl právě tímto svým postupem, spočívajícím v nepřiléhavém použití CPV kódu - Jiné služby, jež neodpovídal předmětu veřejné zakázky, zúžit spektrum předložených nabídek. Pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem a použil by vhodný CPV kód, rozšířil by se okruh potenciálních uchazečů a zadavatel by mohl obdržet více nabídek, neboť by se o tomto zadávacím řízení dozvěděli i uchazeči, kteří vyhledávají relevantní veřejné zakázky právě podle CPV kódů. Zadavatel tedy mohl obdržet výhodnější nabídku. Používání CPV kódů je nejen povinné, ale zároveň vede k dodržování zásady transparentnosti při zadávání veřejných zakázek a to tím, že použitím příslušného kódu, který obsahuje číselné označení a slovní popis, umožní vyhledávání veřejných zakázek podle oblasti zájmu, zpracovávání statistik, a zejména snadnou identifikaci veřejné zakázky všem uchazečům a to v celoevropském měřítku, když právě číselný kód odstraňuje jazykovou bariéru a umožňuje jediný způsob identifikace vyhledávané veřejné zakázky pro zahraniční uchazeče. Nelze tedy vyloučit možnost, že v případě, kdy by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, obdržel by jiné (výhodnější) nabídky a mohl by vybrat vhodnější nabídku. Námitku týkající se nedostatku materiálního znaku deliktu proto považuji za nedůvodnou.
24. Zákon nevyžaduje prokázání vlivu na výběr nejvhodnější nabídky, postačí takové jednání zadavatele, které mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Jak rovněž konstatoval Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 58/2010-159 ze dne 20. 3. 2012 *„Pro naplnění skutkové podstaty deliktu je přitom takováto možnost zcela postačující a soudu tedy nezbývá než uzavřít s tím, že žalobce nevyvrátil, že by existovala možnost, že by v případě řádného zadání veřejné zakázky byla podána nabídka další, přičemž nelze vyloučit alespoň potenciální možnost, že by se taková nabídka stala nabídkou vítěznou...K tomu je třeba poukázat na to, že se jedná toliko o možnost (hypotézu), kterou není možné jakkoli prokazovat.“* Úřad tedy nebyl povinen prokazovat, že došlo k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, jak požaduje zadavatel, neboť jak již bylo uvedeno výše, postačí pouhá potenciální možnost ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, kterou není možné prokazovat. Zadavatel svým jednáním naplnil všechny znaky skutkové podstaty správního deliktu.
25. S ohledem na výše uvedené a z hlediska závěrů citovaných rozsudků, které na předmětnou věc příslušně dopadají, mám za to, že ve správním řízení bylo prokázáno, že zadavatel se dopustil spáchání správního deliktu dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, přičemž ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky a tedy tímto svým jednáním zadavatel ohrozil spravedlivou a otevřenou soutěž, když takový postup ohrožuje i efektivní vynakládání veřejných peněz, tímto tedy došlo k naplnění materiálního znaku správního deliktu.
26. Poslední námitkou zadavatele je nezákonnost pokuty. Zadavatel shledává jako vadu postupu Úřadu, že při ukládání pokuty nevezal v úvahu všechny relevantní skutečnosti,

tedy i takové, které by jako polehčující odůvodnily snížení nebo upuštění od uložené pokuty.

27. Co se týče uložené pokuty, je v ustanovení § 121 odst. 2 zákona uveden výčet skutečností, k nimž je možno při určení výměry pokuty přihlédnout. Z uvedeného ustanovení vyplývá, že pro určení výměry pokuty je rozhodná závažnost správního deliktu, přičemž je zde uveden demonstrativní výčet skutečností, k nimž má být při posouzení závažnosti správního deliktu přihlédnuto. Zákon uvádí, že při posouzení závažnosti správního deliktu má být přihlédnuto zejména ke způsobu jeho spáchání, k následkům správního deliktu a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Úřad přihlédl jak k závažnosti správního deliktu, když tento klasifikoval jako správní delikt dosahující závažného stupně intenzity, zohlednil polehčující okolnosti, tedy skutečnost, že v předmětném zadávacím řízení bylo podáno šest nabídek, a byla tedy zachována alespoň určitá míra soutěže (bod 33 napadeného rozhodnutí), přihlédl k následkům spočívajícím v omezení soutěžního prostředí (bod 33 napadeného rozhodnutí) a rovněž k ekonomické situaci zadavatele (bod 37 napadeného rozhodnutí). Z dokumentu označeného „Přehled o rozpočtu nákladů a výnosů státních příspěvkových organizací a další doplňující údaje – hlavní činnost“ ze dne 20. 9. 2013, vyplynulo, že rozpočet zadavatele na rok 2014 činil 958 851 827,- Kč, zadavatel tedy hospodaří s finančními prostředky v řádech stovek milionů korun.
28. Zadavatel shledává jako vadu postupu Úřadu, že při ukládání pokuty nevzal v úvahu všechny relevantní skutečnosti, tedy i takové, které by jako polehčující odůvodnily snížení nebo upuštění od uložené pokuty. Jedná se především o následující skutečnosti: skutečnému obsahu předmětu plnění veřejné zakázky neodpovídal přesně žádný z tehdy známých CPV kódů, předmět plnění veřejné zakázky vyplýval již z názvu veřejné zakázky a byl dostatečně jasně určen v popisu předmětu veřejné zakázky, jaký následek mělo uvedení CPV kódu „Jiné služby“ a jak se takový následek promítl do výše sankce, Úřad měl posoudit jednání zadavatele jako jednání, které je možná v konfliktu se zákonem, ale není jednáním společensky nebezpečným či škodlivým a tomuto přizpůsobit i výši sankce jejím výrazným snížením.
29. K námitce, že skutečnému obsahu předmětu plnění veřejné zakázky neodpovídal přesně žádný z tehdy známých CPV kódů konstatuji, že i když pro označení předmětné veřejné zakázky chybí přesný a výstižný CPV kód, tak zadavatelem poptávaná služba není natolik specifická, aby ji nebylo možné nikam podřadit, přičemž nejvíce logickým označením se jeví CPV kód „71314000-2 Energetické a související služby“. Jak je již konstatováno výše, zadavatele je povinen použít co nejpřiléhavější CPV kód odrážející podstatné znaky předmětu veřejné zakázky a případně použít i další nápomocné kódy. Skutečnost, že obsahu předmětu plnění veřejné zakázky neodpovídal přesně žádný z tehdy známých CPV kódů, nelze tedy shledat polehčující okolností.
30. K námitce, že předmět plnění veřejné zakázky vyplýval již z názvu veřejné zakázky a byl dostatečně jasně určen v popisu předmětu veřejné zakázky, odkazují na výše uvedené v tomto rozhodnutí, kde je pojednáno o významu a účelu CPV kódů, když z tohoto hlediska je přesnost popisu předmětu veřejné zakázky nepodstatné.
31. K námitce, jaký následek mělo uvedení CPV kódu „Jiné služby“ a jak se takový následek promítl do výše sankce, konstatuji, že Úřad přihlédl k následkům správního deliktu spočívajícím v omezení soutěžního prostředí a zároveň Úřad není povinen přesně

specifikovat jakou konkrétní výši se následky a okolnosti spáchání správního deliktu promítly do výsledné výše sankce, neboť mu tento postup zákon neukládá. Ten pouze požaduje, aby úvahy o výši pokuty byly přezkoumatelné a vyjadřovaly rozhodné skutečnosti dle § 121 odst. 2 zákona, což bylo v napadeném rozhodnutí splněno.

32. Ke konstatování zadavatele, že Úřad měl posoudit jednání zadavatele jako jednání, které je možná v konfliktu se zákonem, ale není jednáním společensky nebezpečným či škodlivým a tomuto přizpůsobit i výši sankce jejím výrazným snížením odkazují na bod 21. až 25. tohoto rozhodnutí, kde je pojednáno o materiální stránce správního deliktu, kterážto je znakem skutkové podstaty a nemůže tedy být považována za polehčující okolnost.
33. Zadavatel závěrem konstatuje, že napadené rozhodnutí je rovněž v rozporu se zásadou předvídatelnosti, když Úřad v rozhodnutí č. j. ÚOHS-S376/2011/VZ-1288/2012/540/PVé ze dne 6. 3. 2012 uložil za totožné jednání zadavateli pokutu ve výši 150 000 Kč. Úřadu je dán prostor pro aplikaci správního uvážení ohledně výše uložené sankce, což je vymezeno rámcem spočívajícím v okolnostech konkrétního případu. Úřad použil správního uvážení pouze při zvažování výše uložené pokuty, přičemž v odůvodnění týkající se výše uložené pokuty uvedl úvahy, kterými se při této správní diskreci řídil, a které skutečnosti a jak zohlednil. V daném případě jsem přezkoumal, zda Úřad při správním uvážení aplikovaném při ukládání pokuty postupoval v mezích zákona a dospěl jsem k závěru, že Úřad postupoval zcela v souladu se zákonem. Jak vyplývá z napadeného i tohoto rozhodnutí, postup zadavatele nebyl souladný se zákonem a mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Za toto pochybení mu byla uložena pokuta na samé dolní hranici možné výše. Výši uložené pokuty jsem tedy shledal jako přiměřenou všem okolnostem případu.
34. Co se týče zadavatelem zmiňovaného rozhodnutí, byla horní hranice možné pokuty ve výši 5 073 455,5 Kč, přičemž byla uložena pokuta ve výši 150 000 Kč. Vzhledem ke skutečnosti, že v přezkoumávaném případě činí horní hranice možné pokuty výši 21 087 521 Kč a byla uložena pokuta ve výši 400 000 Kč, neshledávám výši uložené pokuty za rozpornou se zásadou předvídatelnosti, neboť svou výši je ve vztahu k výši možné sankce přiměřená právě pokutě uložené v odkazovaném rozhodnutí (ve skutečnosti je ve srovnání nižší, když je v citovaném rozhodnutí zhruba ve výši 3 % a v tomto případě jsou to zhruba 2 %).
35. Nad rámec námitek vznesených v této souvislosti zadavatelem doplňuji, že Úřad postupoval v části odůvodnění napadeného rozhodnutí vztahující se k výši jím uložené pokuty zcela správně a v souladu se zákonem. Zdůrazňuji, že rozhodnutí o uložení pokuty je nepřezkoumatelné, je-li její výše odůvodněna pouhým zopakováním skutkových zjištění a konstatováním zákonných kritérií pro uložení pokuty či funkcí pokuty, aniž by bylo zřejmé, zda, a jakým způsobem byla tato kritéria správním orgánem hodnocena. Z judikatury Nejvyššího správního soudu vyplývá, že jakkoliv má správní orgán při ukládání pokuty volnost správního uvážení, je vázán základními principy správního rozhodování (viz např. rozsudek NSS č. j. 8 As 5/2005-53 ze dne 29. 6. 2005). Mezi tyto principy pak jistě patří i úplnost, resp. dostatečná odůvodněnost rozhodnutí správního orgánu, která v konečném důsledku vyvolá i jeho přesvědčivost. Úřad tak při rozhodování o výši pokuty musí zohlednit všechny skutečnosti, které výši pokuty mohou v konkrétním případě ovlivnit, řádně se s nimi v odůvodnění svého rozhodnutí vypořádat a přesvědčivě odůvodnit, ke které okolnosti

přihlédl, a jaký vliv měla na konečnou výši pokuty. Výše uložené pokuty tak musí být v každém rozhodnutí zdůvodněna způsobem, který nepřipouští rozumné pochybnosti o tom, že právě taková výše pokuty odpovídá konkrétním okolnostem individuálního případu. Z napadeného rozhodnutí je zřejmé, že výše pokuty uložená v tomto případě uvedeným požadavkům vyhovuje.

36. Negativní důsledky porušení zákona (tedy omezení soutěže o veřejnou zakázku) již v tuto chvíli není možné účinně zhojit způsobem, který by potenciálním dodavatelům umožnil se o veřejné zakázky ucházet, protože smlouva na plnění předmětu veřejné zakázky již byla uzavřena. Sankci za spáchání správního deliktu lze chápat jako právní následek porušení zákona, který pro pachatele znamená určitou majetkovou újmu. Účelem jejího ukládání je působit na pachatele správního deliktu takovým způsobem, aby se již v budoucnosti nedopouštěl protiprávního jednání. Sankce má tak působit výchovně a preventivně, má však i reparační charakter, neboť do určité míry napravuje následek porušení právní povinnosti.

VI. Závěr

37. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
38. 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:

Armádní servisní, příspěvková organizace, Podbabská 1589/1, 160 00 Praha 6

Vypraveno dne:

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