



UOHSX006DUSH

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S762/2014/VZ-26224/2014/521/OPi

Brno 10. prosince 2014

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném z moci úřední dne 17. 9. 2014, jehož účastníkem je

- zadavatel – Centrum dopravního výzkumu, v. v. i., IČO 44994575, se sídlem Líšeňská 2657/33a, 636 00 Brno – Líšeň,

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 – Centrum dopravního výzkumu, v. v. i., IČO 44994575, se sídlem Líšeňská 2657/33a, 636 00 Brno – Líšeň – při zadávání veřejné zakázky „VR 84: Energiově disperzní analyzátor pro Dopravní VaV centrum“ ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy k podání nabídky ze dne 13. 2. 2013 uveřejněné na profilu zadavatele téhož dne, na jejíž plnění uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem – TESCOAN, a.s., IČO 41600240, se sídlem Libušina tř. 21, 623 00 Brno – dne 2. 4. 2013 kupní smlouvu,

**rozhodl** takto:

I.

Zadavatel – Centrum dopravního výzkumu, v. v. i., IČO 44994575, se sídlem Líšeňská 2657/33a, 636 00 Brno – Líšeň – se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že při zadávání veřejné zakázky „VR 84: Energiově disperzní analyzátor pro Dopravní VaV centrum“ ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy k podání nabídky ze dne 13. 2. 2013 uveřejněné na profilu zadavatele téhož dne nepostupoval v souladu s § 6 odst. 1 citovaného zákona o veřejných

zakázkách, když v rozporu se zásadou zákazu diskriminace požadoval v části VI. „Odpovědnost za vady“, odstavci 5. vzoru kupní smlouvy, který tvoří přílohu č. 4 zadávací dokumentace předmětné veřejné zakázky, aby se dodavatel zavázal „zajistit servisní středisko pro opravy zboží na území ČR v záruční i pozáruční době“, čímž diskriminoval potenciální uchazeče o veřejnou zakázku mající servisní středisko pro opravy zboží mimo území České republiky, přičemž tímto postupem mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dne 2. 4. 2013 uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku.

## II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se zadavatel – Centrum dopravního výzkumu, v. v. i., IČO 44994575, se sídlem Líšeňská 2657/33a, 636 00 Brno – Líšeň – **ukládá** podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

**pokuta ve výši 40 000 Kč (čtyřicet tisíc korun českých).**

Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

## ODŮVODNĚNÍ

### I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Centrum dopravního výzkumu, v. v. i., IČO 44994575, se sídlem Líšeňská 2657/33a, 636 00 Brno – Líšeň (dále jen „zadavatel“) – uveřejnil dne 13. 2. 2013 na svém profilu<sup>1</sup> výzvu k podání nabídky ve zjednodušeném podlimitním řízení na veřejnou zakázku „VR 84: Energiově disperzní analyzátor pro Dopravní VaV centrum“ (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Předmětem plnění veřejné zakázky je dle čl. 2 zadávací dokumentace „*dotávka EDX analyzátor kompatibilní se stávajícím rastrovacím elektronovým mikroskopem Tescan VEGA II TS 5136 LS pro Dopravní VaV centrum dle blíže specifikovaných parametrů uvedených v Příloze č. 1, dále bude cena zahrnovat dotávku software a databáze pro zpracování a vyhodnocení dat, instalaci EDX analyzátoru do REM a zaškolení obsluhy v rozsahu min. 8 hodin*“.
3. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky činí 2 000 000,- Kč bez DPH.
4. Dne 2. 4. 2013 uzavřel zadavatel na plnění předmětu veřejné zakázky kupní smlouvu č. SML/3455/2013 s vybraným uchazečem – TESCANA, a.s., IČO 41600240, se sídlem Libušina tř. 21, 623 00 Brno<sup>2</sup> (dále jen „vybraný uchazeč“).

### II. POSTUP ÚŘADU PŘED ZAHÁJENÍM SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

5. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), který je podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), příslušný k dohledu nad dodržováním zákona, obdržel dne 13. 6. 2014 podnět k přezkoumání postupu zadavatele při zadávání předmětné veřejné zakázky.

<sup>1</sup> <http://sluzby.e-zakazky.cz/Profil-Zadavatele/5e88782d-168d-48e0-b908-d1b43e446f20>

<sup>2</sup> Od 2. 10. 2013 vystupující pod obchodní firmou TESCANA ORSAY HOLDING, a.s.

6. Na základě obdrženého podnětu si Úřad od zadavatele vyžádal vyjádření ke skutečnostem uvedeným v podnětu a dokumentaci pořízenou v souvislosti s předmětnou veřejnou zakázkou.
7. Po přezkoumání obsahu dokumentace o veřejné zakázce získal Úřad pochybnosti, zda zadavatel nepostupoval v rozporu s ust. § 6 odst. 1 zákona, konkrétně zda dodržel zásadu zákazu diskriminace, když ve vzoru kupní smlouvy, který jako součást zadávací dokumentace vymezuje obchodní podmínky, požadoval zajištění servisního střediska dodavatelem pro opravy zboží v záruční i pozáruční době pouze na území České republiky.

### III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

8. S ohledem na shora uvedené pochybnosti oznámil Úřad zadavateli, který je dle § 116 zákona jediným účastníkem správního řízení, přípisem č. j. ÚOHS-S762/2014/VZ-19513/2014/521/OPi ze dne 16. 9. 2014 zahájení správního řízení z moci úřední.
9. Dnem 17. 9. 2014, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno zadavateli, bylo podle § 113 zákona ve spojení s § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, předmětné správní řízení zahájeno.
10. Úřad dále zadavateli usnesením č. j. ÚOHS-S762/2014/VZ-19520/2014/521/OPi ze dne 16. 9. 2014 stanovil lhůtu, v níž mohl navrhopvat důkazy či činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko.
11. Dne 23. 9. 2014 doručil Úřadu zadavatel své vyjádření z téhož dne.

#### Vyjádření zadavatele

12. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 23. 9. 2014 odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 20/2008-152, v němž citovaný soud judikoval, že není „*možné požadovat po zadavatelích, aby jimi vyžadované kvalifikační předpoklady měly na všechny potenciální uchazeče stejné dopady. Takovýto požadavek by ostatně nebyl ani reálně možný a byl by v rozporu se smyslem kvalifikačních předpokladů, kterým je zajistit právě to, aby nabídku podali pouze uchazeči způsobilí ke splnění veřejné zakázky. Odvrácenou stranou stanovení kvalifikačních předpokladů je tedy selekce těch uchazečů, kteří ke splnění veřejné zakázky způsobilí nejsou, přičemž o takovéto (legitimními ekonomickými zájmy podložené) selekci nelze v žádném případě hovořit jako o skryté diskriminaci.*“
13. Zadavatel rovněž uvádí, že „*[z] ustálené judikatury správních soudů České republiky i Evropského soudního dvora vyplývá, že při hodnocení pojmu diskriminace je rozlišováno mezi diskriminací skrytou a zjevnou. Za zjevnou diskriminaci je přitom považována taková podmínka zadávacího řízení, která vede k odlišnému zacházení s jednotlivcem ve srovnání s celkem. Za skrytou je pak považována taková diskriminace, která vede k právem zakázaným důsledkům (v daném případě omezování hospodářské soutěže). Dle odborné literatury je zadavatel povinen stanovit zadávací podmínky tak, aby tyto nevyjadřovaly libovůli zadavatele a nebyly stanoveny ve zjevném a nepřiměřeném rozporu s požadovaným rozsahem plnění. Je zřejmé a plyne to i ze samotného znění zákona, že zadavatel je oprávněn znevýhodnit určitou skupinu dodavatelů na základě svých ekonomických úvah a potřeb. Je přitom zjevné a jednoznačné, že takové znevýhodnění nesmí přesahovat přiměřenou míru vzhledem k požadovanému rozsahu a obsahu plnění a zároveň nesmí být excesivní. Jak je*

*uvedeno výše v textu, právě přiměřenost je důležitým a opakovaně v judikaturách akcentovaným atributem při posuzování možných diskriminačních dopadů zadávacích případně kvalifikačních podmínek. Je zřejmé, že nelze vykládat pojem diskriminace absolutně extenzivně a jistě toto ani nebylo úmyslem zákonodárce při tvorbě ustanovení § 6 odstavce 1 zákona o veřejných zakázkách. Pokud bychom totiž zákaz diskriminace chápali absolutně, potom i jakékoliv nastavení kvalifikace předpokládané zákonem o veřejných zakázkách je porušením zásady rovnosti uchazečů.“*

14. *Dále zadavatel dodává, že „využívá kompaktní přístroj na měření škodlivin v ovzduší i další zakoupené přístroje k vědeckým a výzkumným účelům. Dotčený přístroj je součástí řešení projektu Dopravního VaV centra, který je hrazen z Operačního programu Výzkum a vývoj pro inovace. Zadavatel je povinen v rámci řešení projektu Dopravní VaV centrum až do roku 2019 mj. předkládat Řídícímu orgánu OP VaVpl (pozn. MŠMT) výsledky plnění výzkumných a vědeckých projektů, k nimž se v roce 2009 zavázal. K realizaci uvedených vědeckých a výzkumných projektů je zadavatel ve stanoveném rozsahu povinen využívat přístroje zakoupené z finančních prostředků operačního programu OP VaVpl. Řádné a plánované využívání přístrojů musíme dokládat zápisy v přístrojových denících. V případě poškození přístroje a prodlení s odstraněním vady by hrozilo riziko nenaplnění závazných monitorovacích indikátorů projektu Dopravní VaV centrum se závažnými důsledky. I závazný harmonogram řešení projektu Dopravní VaV centrum byl jedním z důvodů, které vedly zadavatele k požadavku na zajištění rychlého efektivního servisu s bezodkladným plněním. Dalším významným argumentem jsou dále možnosti provádění servisního plnění potenciálních dodavatelů požadovaného přístroje na území ČR. S ohledem na hodnotu a předmět plnění zadávacího řízení jsme považovali nastavení podmínky zajištění servisního střediska na území ČR za podmínku vhodnou a zcela přiměřenou.“*
15. Zadavatel dále ve svém vyjádření odkazuje na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S61/2013/VZ-15972/2013/521/VČe ze dne 22. 8. 2013, přičemž k tomu doplňuje, že dané rozhodnutí Úřadu nebylo v době realizace přezkoumávaného zadávacího řízení známo.
16. Zadavatel je názoru, že stanovením podmínky zajištění servisního střediska na území České republiky umožnil širšímu okruhu subjektů zúčastnit se zadávacího řízení, než jak navrhuje Úřad ve výše uvedeném rozhodnutí Úřadu (např. pokud by zadavatel požadoval servisní zásah do 1 hodiny, toto by splňoval dodavatel sídlící v Jihomoravském kraji, či těsně za jeho hranicemi, u servisních středisek mimo území ČR je požadavek komunikace v českém jazyce nereálný).
17. Zadavatel taktéž podotýká, že *„navrhované řešení, tedy stanovení konkrétní dojezdové doby při poskytování záručního a pozáručního servisu by konečně fakticky vedlo k úplně identické diskriminaci. Ve svém logickém důsledku je totiž vymezení dojezdové doby de facto také územním vymezením, neboť toliko dodavatelé se sídlem na území v dojezdové vzdálenosti stanovené zadavatelem, budou splňovat podmínku dojezdové vzdálenosti požadovanou v zadávacích podmínkách“.*
18. Z uvedeného tak dle zadavatele vyplývá, že zadavatelem stanovená podmínka není ani hypotetickým porušením zákona a rovněž nemohla ovlivnit a ani neovlivnila výběr nejvhodnější nabídky.

19. V dalších argumentech odkazuje zadavatel na své vyjádření ze dne 30. 6. 2014 k podnětu, v němž uvedl, že *„fakticky veškeré dodávané zboží vyráběné v různých destinacích – Čína, Singapur, USA a další mají servis v České republice a v praxi jde o zcela obvyklou podmínku. Jinak řečeno, byť se tato podmínka jeví jako formálně diskriminační, zadavatel jejím požadováním jen reagoval na to, jak jsou v praxi nastaveny dodavatelsko-odběratelské vztahy. Servis v ČR je zajištěn pro různé výrobky pro renomované dodávky zahraničních výrobců HP, IBM, Microsoft, Panasonic, Bosch a další“*.
20. V daném vyjádření zadavatel dále podotkl, že potenciální účast zahraničních dodavatelů je pouze fikcí, jelikož jejich účast neumožňuje diskriminační právní úprava základních kvalifikačních předpokladů dle § 53 odst. 1 zákona, když pro dodavatele je obtížné splnit zejména požadavky na beztestnost vůči území České republiky.
21. Zadavatel rovněž uvedl, že v daném případě *„nepodmínil samotnou existenci servisního střediska tím, že by toto servisní středisko mělo/mohlo být součástí organizační struktury uchazeče, případně autorizovaným servisním střediskem výrobce zařízení, nýbrž jakýmkoliv smluveným servisním střediskem, které bude dodané zboží servisovat na území ČR“*.
22. Ve svém vyjádření k podnětu zadavatel taktéž odkázal na „rozhodnutí“ Úřadu týkající se přezkumu veřejné zakázky „Letní a zimní údržba pozemních komunikací na území hlavního města Prahy“ zadávané Technickou správou komunikací hlavního města Prahy, v němž Úřad dle zadavatele neshledal porušení zákona<sup>3</sup>.
23. Zadavatel navrhuje, aby Úřad rozhodl, že se nedopustil správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

#### **Další průběh správního řízení**

24. Usnesením č. j. ÚOHS-S762/2014/VZ-20258/2014/521/OPI ze dne 29. 9. 2014 určil Úřad zadavateli lhůtu, v níž se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
25. Dne 1. 10. 2014 nahlédl zadavatel (Mgr. František Doleček na základě plné moci ze dne 1. 10. 2014) do spisu předmětného správního řízení. Protokol o nahlížení je součástí správního spisu.

#### **IV. ZÁVĚRY ÚŘADU**

26. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, vyjádření zadavatele a na základě vlastního zjištění konstatuje, že se zadavatel při zadávání šetřené veřejné zakázky dopustil správního deliktu. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

#### **K otázce postavení zadavatele**

27. S ohledem na povahu zadavatele (veřejná výzkumná instituce) se Úřad nejprve zabýval otázkou, zda zadavatel naplňuje definici veřejného zadavatele podle zákona, přičemž k zodpovězení této otázky je nutno vycházet z ust. § 2 odst. 2 zákona.

---

<sup>3</sup> Jedná se o šetření dané veřejné zakázky v rámci podnětu, nikoliv o rozhodnutí vydané v rámci správního řízení – pozn. Úřadu

28. Podle § 2 odst. 2 zákona je veřejným zadavatelem
- a) Česká republika,
  - b) státní příspěvková organizace,
  - c) územní samosprávný celek nebo příspěvková organizace, u níž funkci zřizovatele vykonává územní samosprávný celek,
  - d) jiná právnická osoba, pokud
    1. byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a
    2. je financována převážně státem či jiným veřejným zadavatelem nebo je státem či jiným veřejným zadavatelem ovládána nebo stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu.
29. K naplnění definice veřejného zadavatele dle § 2 odst. 2 písm. d) zákona Úřad uvádí, že pojem veřejného zadavatele podle tohoto ustanovení zákona je potřeba vykládat ve funkčním smyslu, tzn., že při zjišťování, zda je určitý subjekt veřejným zadavatelem, je nezbytné vycházet z účelu zřízení a povahy činností subjektu.
30. Podle § 3 odst. 1 zákona č. 341/2005 Sb., o veřejných výzkumných institucích, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon č. 341/2005 Sb.“), je veřejná výzkumná instituce zřízena dnem vydání zřizovací listiny zřizovatelem. Zřizovací listina se vydává i při vzniku veřejné výzkumné instituce splnutím (§ 11 odst. 3 a 4 zákona č. 341/2005 Sb.) a rozdělením (§ 11 odst. 5 a 6 zákona č. 341/2005 Sb.).
31. Podle § 4 odst. 1 zákona č. 341/2005 Sb. veřejná výzkumná instituce vzniká dnem, ke kterému je zapsána do rejstříku veřejných výzkumných institucí.
32. Centrum dopravního výzkumu, v. v. i. byla zřízena dne 5. 6. 2006, kdy byla vydána zřizovací listina<sup>4</sup>, a vznikla dne 1. 1. 2007, kdy byla zapsána do rejstříku veřejných výzkumných institucí<sup>5</sup>. Zřizovatelem zadavatele je Česká republika – Ministerstvo dopravy.
33. Podle § 2 odst. 1 zákona č. 341/2005 Sb. je veřejná výzkumná instituce právnickou osobou, jejímž hlavním předmětem činnosti je výzkum, včetně zajišťování infrastruktury výzkumu, vymezený zákonem o podpoře výzkumu, vývoje a inovací. Veřejná výzkumná instituce svou hlavní činností zajišťuje výzkum podporovaný zejména z veřejných prostředků v souladu s podmínkami pro poskytování veřejné podpory stanovenými právem Evropských společenství.
34. V čl. I „Právní postavení veřejné výzkumné instituce“ zřizovací listiny zadavatele je uvedeno:  
*„1) CDV<sup>6</sup>, v. v. i. je právnickou osobou s plnou právní subjektivitou. Vystupuje v právních vztazích svým jménem a nese odpovědnost z těchto vztahů vyplývajících.*  
*2) CDV, v. v. i. zajišťuje výzkum včetně zajišťování infrastruktury výzkumu (hlavní činnost), na výzkum navazující činnosti podporované zejména z veřejných prostředků v souladu s podmínkami pro poskytování veřejné podpory stanovenými právem Evropských*

<sup>4</sup> Dostupné na <http://www.cdv.cz/file/zrizovaci-listina-cdv/>

<sup>5</sup> Dostupné na <http://rvvi.msmt.cz/detail.php?ic=44994575>

<sup>6</sup> Myšleno Centrum dopravního výzkumu – pozn. Úřadu

*společenství, zákonem č. 130/2002 Sb., o podpoře výzkumu a vývoje (další činnost), a jinou činnost za účelem dosažení zisku.“*

35. Účel zřízení zadavatele je vymezen v čl. II zřizovací listiny následovně: „*CDV, v. v. i. je zřízena za účelem provádění výzkumu, zabezpečování expertní a servisní činnosti v oblasti výzkumu pro MD<sup>7</sup> a další organizační složky státu nebo územní samosprávné celky. Provádí základní, aplikovaný a průmyslový výzkum.“*
36. Podle čl. III, odstavce 1., zřizovací listiny je hlavním předmětem činnosti zadavatele „*výzkum v oblasti dopravy včetně zajišťování infrastruktury výzkumu ve veřejném zájmu (infrastrukturou je podpůrná činnost zahrnující: služby pro výzkum, činnost speciálních výzkumných zařízení a ověřování či rozšiřování výsledků výzkumu)“.*
37. S ohledem na výše uvedené je zřejmé, že zadavatel je jinou právnickou osobou, která byla zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, jelikož provádění výzkumu v oblasti dopravy pro Ministerstvo dopravy, organizační složky státu či územní samosprávné celky lze jistě označit za potřebu veřejného zájmu. Pro úplnost Úřad uvádí, že v případě, kdy určitý subjekt vykonává částečně činnost sloužící k uspokojování potřeb veřejného zájmu a současně i jinou běžnou obchodní činnost, je považován za zadavatele v plném rozsahu své činnosti, jak vyplývá mj. z rozsudku Soudního dvora Evropské unie ze dne 15. 1. 1998, C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria AG a další vs. Strohal Rotationsdruck GesmbH, ECR 1998, s. I-00073.
38. Úřad konstatuje, že zadavatel naplňuje zákonnou podmínku uvedenou v § 2 odst. 2 písm. d) bod 1. zákona.
39. K tomu, aby bylo možno konstatovat, zda zadavatel je či není veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) zákona, je nutno ověřit, zda zadavatel rovněž naplňuje alespoň jednu ze tří podmínek uvedených v § 2 odst. 2 písm. d) bod 2. zákona.
40. Podle § 16 odst. 1 zákona č. 341/2005 Sb. jsou orgány veřejné výzkumné instituce
  - a) ředitel,
  - b) rada instituce,
  - c) dozorčí rada.
41. Podle § 17 odst. 1 písm. a) zákona č. 341/2005 Sb. je statutárním orgánem veřejné výzkumné instituce ředitel, kterého dle § 17 odst. 2 zákona č. 341/2005 Sb. jmenuje zřizovatel na návrh rady instituce předložený na základě výběrového řízení.
42. Podle § 19 odst. 4 zákona č. 341/2005 Sb. členy dozorčí rady včetně jejího předsedy a místopředsedy, který zastupuje předsedu v době jeho nepřítomnosti, jmenuje a odvolává zřizovatel tak, aby v ní byli přiměřeně zastoupeni zejména zástupci zřizovatelů, popřípadě zaměstnanci veřejné výzkumné instituce.
43. Z uvedeného vyplývá, že veřejný zadavatel [v daném případě Ministerstvo dopravy, jakožto zřizovatel zadavatele, které je prokazatelně veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 2 písm. a) zákona] jmenuje více než polovinu členů v jejím statutárním orgánu (jmenuje ředitele) a dozorčím orgánu (jmenuje členy dozorčí rady).

---

<sup>7</sup> Ministerstvo dopravy – pozn. Úřadu

44. Jelikož pro určení toho, zda je zadavatel veřejným zadavatelem, postačuje kromě splnění podmínky uvedené v § 2 odst. 2 písm. d) bod 1. zákona splnění alespoň jedné ze tří podmínek uvedených v bodu 2. citovaného ustanovení zákona, je již nadbytečné zabývat se zbývajícími podmínkami uvedenými v tomto ustanovení zákona.
45. S ohledem na vše výše uvedené Úřad konstatuje, že zadavatel je veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) zákona.

#### **K otázce porušení zákazu diskriminace**

46. Podle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
47. Výše uvedené zásady je zadavatel povinen dodržovat v průběhu celého zadávacího řízení, tj. při všech činnostech souvisejících se zadáváním veřejné zakázky, přičemž k zásadě zákazu diskriminace Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku sp. zn. 1 Afs 20/2008-152 ze dne 5. 6. 2008 uvedl, že její zakotvení v zákoně především „*směřuje k cíli samotného zákona o veřejných zakázkách, kterým je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Zákon tohoto cíle dosahuje především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli*“.
48. Dosažení tohoto cíle je způsobilé znemožnit jak porušení zákazu diskriminace ve své zjevné (přímé) podobě, tedy situace, kdy zadavatel zaujme rozdílný přístup ke konkrétnímu dodavateli než k dodavatelům ostatním, tak porušení zákazu diskriminace v podobě skryté (nepřímé), tedy situace, kdy se zadavatel sice na první pohled chová ke všem dodavatelům stejně, ale výsledkem jeho jednání jsou obdobné právně zakázané důsledky (v oblasti práva veřejných zakázek tedy omezení hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli) jako v případě diskriminace přímé.
49. Předmětné zákonné ustanovení tedy s ohledem na jeho účel a smysl nelze interpretovat jinak, než že se vztahuje jak na zákaz diskriminace zjevné (přímé), tak diskriminace skryté (nepřímé).
50. Byť soud dospěl k výše uvedenému závěru v souvislosti se stanovováním kvalifikačních předpokladů, je obecně aplikovatelný na všechny postupy zadavatelů v zadávacím řízení.
51. V šetřeném případě zadavatel v části VI. „Odpovědnost za vady“, odstavci 5. vzoru kupní smlouvy, který tvoří přílohu č. 4 zadávací dokumentace předmětné veřejné zakázky, požadoval, aby se prodávající, resp. dodavatel, zavázal „*zajistit servisní středisko pro opravy zboží na území ČR v záruční i pozáruční době*“.
52. Místem plnění předmětu veřejné zakázky byla dle čl. 5.2 zadávací dokumentace pobočka zadavatele v městě Tišnov<sup>8</sup>, které se nachází v Jihomoravském kraji, okrese Brno – venkov.
53. Vzhledem k výše uvedenému je Úřad názoru, že dané smluvní ujednání, resp. požadavek zadavatele (tj. teritoriální vymezení týkající se umístění servisního střediska pro opravy zboží) byl způsobilý omezit počet potenciálních dodavatelů, kteří se mohli ucházet o šetřenou veřejnou zakázku.

---

<sup>8</sup> Pracoviště Tišnov, Olbrachtova 1740, 666 03 Tišnov – pozn. Úřadu



54. S ohledem na geografickou polohu města Tišnov, jakožto místa plnění předmětu veřejné zakázky, je totiž zřejmé, že od místa plnění může být vzdálenost některých potenciálních servisních středisek (ať už servisních středisek zahraničních či českých společností – potenciálních dodavatelů) umístěných v zahraničí (především pak na území Slovenské či Rakouské republiky) menší než vzdálenost některých servisních středisek umístěných na území České republiky.
55. Pokud tedy zadavatel stanovil ve vzoru kupní smlouvy požadavek na zajištění servisního střediska pouze na území České republiky, eliminoval tak možnost účastnit se daného zadávacího řízení pro dodavatele (tuzemské či zahraniční), kteří disponují vlastním servisním střediskem či ho mají smluvně nebo jiným způsobem zajištěno na území jiného státu než je Česká republika, přestože by např. dojezdová doba z takových servisních středisek byla objektivně kratší než např. ze servisního střediska umístěného v západních Čechách a tito dodavatelé by tak byli objektivně schopni plnit předmět veřejné zakázky.
56. Pokud by zadavatel svůj požadavek na zajištění servisního střediska pro opravy zboží v záruční i pozáruční době formuloval např. ve vztahu k výše zmíněné dojezdové době a nikoli teritoriálně (v daném případě vztaženo na území České republiky), nebyla by tímto ohrožena ani schopnost potenciálních dodavatelů splnit další požadavek zadavatele uvedený v části VI. „Odpovědnost za vady“, odstavci 6. vzoru kupní smlouvy, kde zadavatel stanovil, že *„[p]rodávající se zavazuje nejpozději do 24 hodin od uplatnění reklamace kupujícím reklamované vady prověřit a zahájit práce s odstraněním reklamovaných vad. Jestliže nebude prodávající schopen vzniklé závady odstranit do 2 pracovních dnů od zjištění rozsahu reklamovaných závad, dodá kupující náhradní adekvátní zařízení, které funkčně nahradí vadnou část systému, a to do doby zprovoznění vadné části zboží, případně celého zboží.“*
57. Je tedy zjevné, že i potenciální dodavatelé (tuzemští či zahraniční), kteří mají zajištěno servisní středisko mimo území České republiky, by byli schopni do 24 hodin od uplatnění reklamace prověřit reklamované vady a zahájit práce související s odstraněním reklamovaných vad. Požadavek zadavatele na zajištění servisního střediska na území České republiky je tak i vzhledem k uvedenému neopodstatněný, přičemž v této souvislosti tak rovněž neobstojí argument zadavatele, že daný požadavek byl stanoven s ohledem na povinnost zadavatele zajistit rychlý efektivní servis s bezodkladným plněním vycházející dle zadavatele z podmínek Operačního programu Výzkum a vývoj pro inovace (resp. závazného harmonogramu řešení projektu Dopravní VaV centrum).
58. Úřad se neztotožňuje s názorem zadavatele, že pokud by omezil požadavek na umístění servisního střediska ve vztahu k dojezdové době, že by takový požadavek vedl k úplně identické diskriminaci jako v případě územního vymezení. K tomu uvádí, že je přirozené, že nastavením svých požadavků zadavatel tříbí okruh potenciálních dodavatelů pouze na ty, kteří jsou podle jeho názoru schopni objektivně splnit předmět veřejné zakázky. Je tedy zřejmé, že vymezením svých požadavků zadavatel vždy znemožní nějakým dodavatelům účastnit se zadávacího řízení. Pokud jsou jeho požadavky objektivní a vztažené k předmětu veřejné zakázky, pak takové omezení spadá do zákonem vytýčeného rámce. V daném případě ovšem požadavek zadavatele vztažený pouze na území České republiky je požadavkem jednoznačně diskriminujícím dodavatele, kteří jsou schopni plnit předmět této konkrétní veřejné zakázky. Má totiž za následek situaci, kdy uchazeč, který má zajištěno servisní středisko na území České republiky vzdálené např. 200 km od místa plnění veřejné

zakázky, zakázku plnit může, kdežto uchazeč, který má zajištěno servisní středisko cca 100 km od místa plnění veřejné zakázky (tedy v poloviční vzdálenosti), ale mimo území České republiky, nikoli. Takové omezení považuje Úřad s ohledem na uvedené za bezdůvodné a neobhajitelné, a v tomto smyslu také excesivní.

59. K tvrzení zadavatele, že potenciální účast zahraničních dodavatelů je pouze fikcí, jelikož jejich účast neumožňuje diskriminační právní úprava základních kvalifikačních předpokladů dle § 53 odst. 1 zákona, kdy pro dodavatele je obtížné splnit zejména požadavky na beztrestnost vůči území České republiky, Úřad předně uvádí, že v případě zahraničních dodavatelů neexistuje žádná právní překážka, která by jim znemožňovala zajistit si doklady prokazující splnění základních kvalifikačních předpokladů dle § 53 zákona. Nadto je nezbytné podotknout, že dané omezení se nemuselo týkat pouze zahraničních dodavatelů, ale rovněž i tuzemských (viz výše).
60. Požadavek zadavatele na zajištění servisního střediska pro opravy zboží na území České republiky v záruční i pozáruční době stanovený v části VI. „Odpovědnost za vady“, odstavci 5. vzoru kupní smlouvy tak Úřad shledává jako diskriminační, tj. odporující zásadě zakotvené v § 6 odst. 1 zákona, neboť daným postupem zadavatele měli potenciální dodavatelé mající servisní středisko mimo území České republiky předem znemožněnou účast v zadávacím řízení, byť by byli schopni plnit předmět veřejné zakázky jako dodavatelé, jež mají zajištěno servisní středisko na území České republiky. V této souvislosti je též nutno doplnit, že požadavek zadavatele mohl ovlivnit účast těchto potenciálních dodavatelů i z důvodu, že zřízení či zajištění servisního střediska na území České republiky by pro takové dodavatele nemuselo být kvůli jedné veřejné zakázce rentabilní.
61. Úřad pro úplnost taktéž doplňuje, že v šetřeném případě je irelevantní, že splnění daného požadavku zadavatele nemuseli dodavatelé prokazovat a dokládat v rámci svých nabídek a jeho nesplnění by tak nevedlo k vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení. Závazný vzor kupní smlouvy byl součástí zadávací dokumentace k předmětné veřejné zakázce, přičemž zadávací dokumentace je obecně nejvýznamnějším dokumentem v rámci zadávacího řízení. Zásady uvedené v § 6 odst. 1 zákona, tedy mj. i zásadu zákazu diskriminace, je zadavatel povinen dodržovat v průběhu celého zadávacího řízení, a tedy i při zpracování zadávací dokumentace a požadavků z ní vyplývajících. Je tak zcela irelevantní, ve které fázi zadávacího řízení zadavatel požaduje splnění daného požadavku, neboť potenciální dodavatelé jsou již od počátku seznámeni prostřednictvím zadávací dokumentace s tím, že daný požadavek budou povinni při plnění předmětu veřejné zakázky splňovat, a proto nelze vyloučit, že je mohl takový požadavek zadavatele odradit od podání nabídky.
62. V šetřeném případě tak nelze vyloučit, že pokud by zadavatel neomezil umístění servisního střediska pouze na území České republiky, mohl by obdržet pro něj výhodnější plnění od jiného potenciálního dodavatele než těch, kteří se zúčastnili šetřeného zadávacího řízení.
63. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 23. 9. 2014 uvádí, že je mu známo rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S61/2013/VZ-15972/2013/521/VČe ze dne 22. 8. 2013, ve kterém je mj. řešena otázka vymezení podmínek na zajištění servisního střediska, přičemž dané rozhodnutí Úřadu bylo vydáno až po zahájení šetřeného zadávacího řízení a zadavateli tak daný výklad Úřadu nebyl znám v době realizace předmětného zadávacího řízení. K tomu Úřad uvádí, že povinnost dodržovat v průběhu celého zadávacího řízení mj. zásadu zákazu diskriminace

vyplývá přímo ze zákona (§ 6 odst. 1 zákona), nikoliv tedy až z výše uvedeného rozhodnutí Úřadu. Skutečnost, že výše uvedené rozhodnutí Úřadu bylo vydáno až po zahájení předmětného zadávacího řízení, je tak vzhledem k právě řečenému irelevantní. Pakliže zadavatel ve vztahu k výše citovanému rozhodnutí Úřadu rovněž zastává názor, že požadavek komunikace v českém jazyce u servisních středisek mimo území České republiky je nereálný, Úřad k tomu uvádí, že není zřejmé, z čeho zadavatel tento závěr dovozuje. Přesto Úřad k dané domněnce zadavatele v obecné rovině uvádí, že zadavatel je oprávněn s ohledem na své potřeby – kdy lze předpokládat, že existuje oprávněný zájem zadavatele na komunikaci v jazyce, který jeho zaměstnanci ovládají, resp. který je pro jeho zaměstnance jazykem mateřským – takovou zadávací podmínku stanovit, přičemž je nutno dodat, že v takovém případě může dodavatel využít např. služeb tlumočnicka apod.

64. K odkazu zadavatele na veřejnou zakázku „Letní a zimní údržba pozemních komunikací na území hlavního města Prahy“ Úřad uvádí, že tato byla šetřena v rámci podnětu,<sup>9</sup> přičemž pouze rozhodnutí vydaná v rámci správních řízení jsou jediným pramenem, který obsahuje relevantní právní názory Úřadu k aplikaci jednotlivých ustanovení zákona o veřejných zakázkách. Úřad pro úplnost dodává, že předmětem daného šetření u této veřejné zakázky byla otázka, zda společnost Pražské služby, a.s., IČO 60194120, se sídlem Pod Šancemi 444/1, 180 77 Praha, naplňuje definici veřejného zadavatele ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) zákona, nikoliv požadavky zadavatele na technickou kvalifikaci (jak uvádí zadavatel).
65. S ohledem na vše výše uvedené Úřad rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání předmětné veřejné zakázky nepostupoval v souladu s § 6 odst. 1 zákona, když v rozporu se zásadou zákazu diskriminace požadoval v části VI. „Odpovědnost za vady“, odstavci 5. vzoru kupní smlouvy, který tvoří přílohu č. 4 zadávací dokumentace předmětné veřejné zakázky, aby se dodavatel zavázal „zajistit servisní středisko pro opravy zboží na území ČR v záruční i pozáruční době“, čímž diskriminoval potenciální uchazeče o veřejnou zakázku mající servisní středisko pro opravy zboží mimo území České republiky, přičemž tímto postupem mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dne 2. 4. 2013 uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

### **Uložení pokuty**

66. Podle § 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.
67. V šetřeném případě se zadavatel dopustil správního deliktu tím, že při zadávání předmětné veřejné zakázky nepostupoval v souladu s § 6 odst. 1 zákona, když v rozporu se zásadou zákazu diskriminace požadoval v části VI. „Odpovědnost za vady“, odstavci 5. vzoru kupní smlouvy, který tvoří přílohu č. 4 zadávací dokumentace předmětné veřejné zakázky, aby se dodavatel zavázal „zajistit servisní středisko pro opravy zboží na území ČR v záruční i pozáruční době“, čímž diskriminoval potenciální uchazeče o veřejnou zakázku mající servisní středisko pro opravy zboží mimo území České republiky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Jelikož zadavatel uzavřel dne 2. 4. 2013

<sup>9</sup> Podnět vedený pod sp. zn. P78/2011/VZ – pozn. Úřadu

smlouvu s vybraným uchazečem, aniž by dodržel postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky, naplnil tak skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

68. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost právnické osoby za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezačal řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.
69. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl dne 13. 6. 2014, kdy obdržel podnět k přezkoumání úkonů zadavatele. Ke spáchání správního deliktu došlo dne 2. 4. 2013, kdy zadavatel uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem. Správní řízení ve věci spáchání správního deliktu bylo zahájeno dne 17. 9. 2014. Z uvedených údajů tedy vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.
70. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle § 120 odstavce 1 písm. a), c) nebo d) zákona.
71. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí 2 262 700,- Kč včetně daně z přidané hodnoty. Horní hranice možné pokuty (10 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí částku ve výši 226 270,-Kč.
72. Podle § 121 odst.2 zákona se při určení výměry pokuty právnické osobě přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
73. Hlavním kritériem, které je dle citovaného ustanovení rozhodné pro určení výměry pokuty, je závažnost správního deliktu. Jde o obecnou kategorii poměřující rozsah dopadu konkrétního deliktního jednání na specifický právem chráněný zájem s přihlédnutím k významu tohoto chráněného zájmu. Zákon pak demonstrativním výčtem vymezuje, co lze pod pojem závažnost správního deliktu podřadit (způsob jeho spáchání, jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchán).
74. Pokud jde o způsob spáchání správního deliktu, Úřad především uvádí, že za nejzávažnější stupeň intenzity porušení zákona považuje postup zadavatele spočívající v úplné ignoraci ustanovení zákona, neboť takový postup výrazně omezuje či vylučuje soutěžní prostředí, které je základním předpokladem dosažení efektivního vynakládání veřejných prostředků (coby hlavního účelu zákona). V daném případě došlo postupem zadavatele k porušení zásady zákazu diskriminace v rámci předmětného zadávacího řízení, tedy základního principu provázejícího postup zadavatele. Ovšem nelze konstatovat, že by zadavatel ignoroval existenci zákona. Jednalo se tedy v tomto případě o správní delikt nedosahující nejvyšší intenzity závažnosti.
75. Úřad při zvažování výše pokuty přihlédl i k následkům spáchání správního deliktu. Tím, že zadavatel ve vzoru kupní smlouvy, jakožto součásti zadávací dokumentace k předmětné veřejné zakázce, stanovil povinnost dodavatele zavázat se k *zajištění servisního střediska pro opravy zboží na území ČR v záruční i pozáruční době*, způsobil situaci, kdy někteří potenciální

dodavatelé mohli být předem vyloučeni z možnosti účastnit se předmětného zadávacího řízení, přestože by jinak byli schopni plnit předmět veřejné zakázky v požadovaném rozsahu. Zadavatel v rámci předmětného zadávacího řízení i přes daný požadavek obdržel celkem 2 nabídky, což Úřad při zvažování výše pokuty zohlednil jako polehčující okolnost, jelikož lze konstatovat, že i přes daný požadavek zadavatele a vzhledem k poměrně specifickému předmětu plnění veřejné zakázky byla zachována určitá míra soutěže a nedošlo tak k fatálnímu narušení soutěžního prostředí.

76. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci odpovědného subjektu, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. V této souvislosti Úřad přihlédl i k finančním možnostem zadavatele a stanovenou pokutu posoudil vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel disponuje. Z výroční zprávy zadavatele za rok 2013<sup>10</sup> vyplývá, že za rok 2013 činil výsledek hospodaření 3 026 472,57 Kč (hlavní + další + jiná činnost). Vzhledem k této skutečnosti Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty, která činí ani ne 20 % její zákonné výše, nelze považovat za likvidační.
77. Pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Je tedy třeba mít na paměti, že uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocíťována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání. Obdobně se vyjádřil i Krajský soud v rozsudku sp. zn. 62 Af 46/2011 ze dne 6. 12. 2012, ve kterém uvedl, že konkrétní forma postihu musí působit natolik silně, aby od podobného jednání odradila i jiné nositele obdobných povinností (preventivní funkce) a zároveň musí být postih dostatečně znatelný v zadavatelově materiální sféře, aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl ovšem pro zadavatele likvidačním. S přihlédnutím k následkům spáchání správního deliktu a k nutnosti naplnění sankčních účinků, zejména předcházení budoucího porušování zákona, nelze zcela minimalizovat výši sankčního postihu. Úřad uvádí, že peněžité sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do sféry porušitele, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinam. Kromě toho může zadavatel, nemůže-li uhradit pokutu z rozpočtových zdrojů, využít jiné právní nástroje, např. ty, které vyplývají z pracovního práva a odpovědnosti konkrétní osoby za protiprávní stav. Pokuta uložená zadavateli tak naplňuje dostatečně obě funkce.
78. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť smlouva na realizaci veřejné zakázky byla uzavřena a nápravy již nelze dosáhnout. Po zvážení všech okolností případu Úřad uložil pokutu ve výši 40 000,- Kč, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
79. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO zadavatele.

---

<sup>10</sup> Dostupné na <http://www.cdv.cz/file/vyrocní-zprava-za-rok-2013/>

## **POUČENÍ**

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová  
místopředsedkyně

### **Obdrží**

Centrum dopravního výzkumu, v. v. i., Líšeňská 2657/33a, 636 00 Brno – Líšeň

### **Vypraveno dne**

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