



UOHSX008P1DX

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0394/2015/VZ-44704/2016/322/DJa

Brno 7. listopadu 2016

V řízení o rozkladu ze dne 25. 11. 2015 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 26. 11. 2015, jenž podal zadavatel –

- **Ústav přístrojové techniky AV ČR, v. v. i.**, IČO 68081731, se sídlem Královopolská 62/147, 612 64 Brno

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0450/2015/VZ-39069/2015/553/VDy ze dne 12. 11. 2015 vydanému ve správním řízení vedeném ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Laboratorní a kancelářský nábytek**“ v otevřeném řízení, jehož Oznámení o zakázce bylo uveřejněno v Informačním systému o veřejných zakázkách dne 2. 4. 2012 pod evidenčním číslem zakázky 212342, na kterou byla dne 6. 7. 2012 uzavřena Smlouva o dílo č. 107/12 se sdružením, jehož vedoucím účastníkem byla společnost MERCI, s.r.o., IČO 46966447, se sídlem Hvězdoslavova 1192/55b, 627 00 Brno, a II. účastníkem sdružení byla společnost Dřevozpracující výrobní družstvo, IČO 00030520, se sídlem Stromořadí 1098, 675 51 Jaroměřice nad Rokytnou,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0450/2015/VZ-39069/2015/553/VDy ze dne 12. 11. 2015

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jenž je podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹, příslušný k dohledu nad dodržováním zákona, obdržel podnět k prošetření postupu zadavatele – Ústavu přístrojové techniky AV ČR, v. v. i., IČO 68081731, se sídlem Královopolská 62/147, 612 64 Brno (dále jen „**zadavatel**“) při zadávání veřejné zakázky s názvem „Laboratorní a kancelářský nábytek“ v otevřeném řízení, jehož Oznámení o zakázce bylo uveřejněno v Informačním systému o veřejných zakázkách dne 2. 4. 2012 pod evidenčním číslem zakázky 212342, na kterou byla dne 6. 7. 2012 uzavřena Smlouva o dílo č. 107/12 se sdružením, jehož vedoucím účastníkem byla společnost MERCI, s.r.o., IČO 46966447, se sídlem Hviezdoslavova 1192/55b, 627 00 Brno, a II. účastníkem sdružení byla společnost Dřevozpracující výrobní družstvo, IČO 00030520, se sídlem Stromořadí 1098, 675 51 Jaroměřice nad Rokytnou, (dále jen „**veřejná zakázka**“).

II. Napadené rozhodnutí

2. Dne 12. 11. 2015 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0450/2015/VZ-39069/2015/553/VDy (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
3. Výrokem I. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel zásadu zákazu diskriminace stanovenou v § 6 zákona, v návaznosti na § 98 odst. 1 zákona, čímž omezil okruh možných dodavatelů, neboť nerozdělil veřejnou zakázku na části, a to na část spočívající v dodávce laboratorního nábytku a na část spočívající v dodávce kancelářského nábytku, ačkoliv povaha předmětu veřejné zakázky takovéto rozdělení na části připouštěla, a zároveň rozdělení veřejné zakázky na části nebránilo ustanovení § 13 odst. 3 zákona, přičemž tím mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dne 6. 7. 2012 uzavřel s vybraným uchazečem společností MERCI, s.r.o., IČO 46966447, se sídlem Hviezdoslavova 1192/55b,

¹ Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 26 zákona v návaznosti na ustanovení § 158 odst. 1 a 2 zákona, podle tohoto znění se posuzují úkony zadavatele a uchazečů v zadávacím řízení. Zákon č. 134/2016 Sb. o zadávání veřejných zakázek se nepoužije s ohledem na ustanovení § 273 odst. 1 tohoto zákona.

627 00 Brno, jakožto vedoucím účastníkem sdružení a společností Dřevozpracující výrobní družstvo, IČO 00030520, se sídlem Stromořadí 1098, 675 51 Jaroměřice nad Rokytnou, jakožto II. účastníkem sdružení (dále jen „**vybraný uchazeč**“), smlouvu na realizaci veřejné zakázky.

4. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad uložil zadavateli pokutu ve výši 30 000 Kč.

III. Rozklad zadavatele

5. Dne 12. 11. 2015 bylo napadené rozhodnutí doručeno zadavateli. Dne 26. 11. 2015 byl Úřadu doručen v zákonné lhůtě rozklad zadavatele ze dne 25. 11. 2015 proti napadenému rozhodnutí (dále jen „**rozklad**“).

Námítky rozkladu

6. Úvodem rozkladu zadavatel brojí proti závěrům uvedeným ve výroku I. napadeného rozhodnutí, neboť dle zadavatele je pro posouzení souvislosti předmětných částí veřejné zakázky podstatný účel dodávaného nábytku a proto zadavatel nesouhlasí se závěrem Úřadu, že v předmětném zadávacím řízení zadával dvě různé části plnění, které spolu navzájem nesouvisí. Zadavatel vytýká Úřadu, že kritérium účelu v napadeném rozhodnutí není nikde zmíněno a tedy dle názoru zadavatele to působí dojmem, že zadavatel nechal dodat nábytek zcela provozně nefunkční a nevyužitelný, neboť pořízená plnění spolu dohromady žádný funkční celek netvoří. Zadavatel uvádí, že vzájemná souvislost předmětných částí plnění vyplývá z projektové dokumentace, která však dle názoru zadavatele nebyla Úřadem zkoumaná, nebo přinejmenším to z napadeného rozhodnutí nevyplývá. Zadavatel v tomto smyslu uvádí, že plnění předmětu veřejné zakázky spolu úzce souvisejí zejména z hledisek místních, urbanistických, funkčních i časových, neboť bez splnění jediné z nich by předmět veřejné zakázky nemohl řádně užívat.
7. Dále zadavatel uvádí, že pro podnikatelskou oblast je uzavření smlouvy na dodávku různých druhů nábytku jednomu zhotoviteli zcela typické, přičemž důvodem pro tento postup je získat takové právní postavení, které zadavateli zajistí, aby komplexní dodávka různých druhů nábytku byla provedena včas, s co nejmenšími náklady a rovněž to, aby odpovědným za vady byl jediný zhotovitel a aby běh záruční doby byl jednotný pro celou komplexní dodávku. Otázky vzájemných souvislostí kancelářského, laboratorního a sedacího nábytku tak musí řešit jeden generální dodavatel, který za funkčnost komplexní dodávky odpovídá, přičemž dle zadavatele není důvod, aby se postupovalo jinak, a v této souvislosti obecně odkazuje na soudní rozhodovací praxi týkající se „*ohledání příčin prodlení s dokončením dodávek různými přímými zhotoviteli investora*“, sporu o odpovědnost za vady apod., která dle zadavatele ilustrují nevhodnost rozdělování souvisejících plnění různým dodavatelem.
8. Dále zadavatel uvádí relevantní části napadeného rozhodnutí týkající se vyjádření potenciálních dodavatelů, kteří obdrželi zadávací dokumentaci, ale již nepodali nabídku do zadávacího řízení veřejné zakázky. Zadavatel rozporuje relevanci jejich vyjádření a skutečnost, že by z vyjádření dodavatelů oslovených Úřadem vyplýval diskriminační postup zadavatele při vymezení předmětu plnění veřejné zakázky. Ve vztahu k vyjádření společnosti MY DVA group a.s., Středisko Praha, IČO 29030684, se sídlem Osadní 28, 170 00 Praha 7 (dále jen „**MY DVA group a.s.**“) a společnosti HANYKO Praha s.r.o., IČO 64940152, se sídlem Křížová 1018/6, 150 00 Praha 5 (dále jen „**HANYKO Praha s.r.o.**“) zadavatel uvádí, že z textu

vyjádření nevyplývá, že by nerozdělením předmětu veřejné zakázky na části byly tyto společnosti diskriminovány, přičemž odkazuje na internetové stránky těchto společností, z nichž zadavatel dovozuje, že jsou dodavateli jak laboratorního, tak kancelářského nábytku.

9. K výše uvedeným vyjádřením, jakož i k vyjádřením společnosti ENVINET a.s., (nyní zapsán v obchodním rejstříku pod firmou NUVIA a.s.), IČO 25506331, se sídlem Modřínová 1094, 674 01 Třebíč (dále jen „**ENVINET a.s.**“) zadavatel uvádí, že pokud se dodavatel rozhodne nabízet pouze určité speciální části dodávek, nelze takové obchodní rozhodnutí přičítat k tíži zadavatele. K vyjádření ENVINET a.s. dále zadavatel uvádí, že materiálové složení nabízeného nábytku této společnosti neodpovídá požadavkům zadavatele uvedeným v projektové dokumentaci. Zadavatel nepochybně je schopnost společnosti ENVINET a.s. vyrobit a dodat zadavatelem požadovaný laboratorní nábytek nikoliv ze standardně nabízeného sortimentu, ale na zakázku. Co však zadavatel zpochybňuje je vyjádření této společnosti na dotaz Úřadu, neboť v posuzovaném případě i společnost ENVINET a.s. by musela pro splnění částí na dodávku laboratorního nábytku použít subdodavatele.
10. Dále ve vztahu k vyjádření společnosti PROFIL NÁBYTEK, a. s., IČO 48202118, se sídlem Hradská 280, 396 01 Humpolec (dále jen „**PROFIL NABYTEK, a.s.**“) zadavatel uvádí, že z vyjádření, podle něhož by tato společnost byla schopna realizovat část předmětu plnění specifikovanou v příloze žádosti o poskytnutí informací k zadávacímu řízení při zadávání veřejné zakázky s tím, že laboratorní nábytek by dodávala prostřednictvím subdodavatele, který se na tuto výrobu specializuje a má za jednoznačně prokázané, že jeho postup nevykazuje žádné znaky porušení zásady zákazu diskriminace a naopak prokazuje dodržení zásad podle § 6 zákona.
11. Dále zadavatel namítá, že Úřad nesprávně vyhodnotil výsledek průzkumu, neboť z celkem 13 oslovených potenciálních dodavatelů, pouze jeden prokazatelně odpověděl, že by v případě rozdělení předmětu veřejné zakázky na části podal nabídku pouze na jednu samostatnou část.

Závěr rozkladu

12. Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu po posouzení věci napadené rozhodnutí v celém rozsahu zrušil a správní řízení v této věci zastavil.

IV. Řízení o rozkladu

13. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

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

15. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je uvedeno výše, rozhodl správně a v souladu s právními předpisy. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k potvrzení napadeného rozhodnutí a k zamítnutí rozkladu.

V. K námitkám rozkladu

16. Podle § 89 odst. 2 v návaznosti na § 152 odst. 4 správního řádu předseda Úřadu přezkoumává soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy, přičemž správnost napadeného rozhodnutí přezkoumává jen v rozsahu námitek uvedených v rozkladu, jinak jen tehdy, vyžaduje-li to veřejný zájem.
17. Podle § 98 odst. 1 zákona zadavatel může rozdělit veřejnou zakázku na části, připouští-li to povaha předmětu veřejné zakázky.
18. Podle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
19. Nejprve konstatuji, že rozklad nepřináší žádnou novou právní argumentaci, na základě níž by bylo možné dospět k odlišnému posouzení věci samé, neboť obsahuje převážně argumenty, které již byly vzneseny ve správním řízení prvního stupně, přičemž Úřad se s nimi vyčerpávajícím způsobem vypořádal v napadeném rozhodnutí. Rovněž odkaz na předchozí vyjádření zadavatele nepodává jiné námitky, než ty, jež vyplývají přímo z rozkladu. Dospěl jsem k závěru, že posouzení věci a argumentace Úřadu je ze skutkového i právního hlediska správná, jak odůvodňuji níže v tomto rozhodnutí.
20. Předně zadavatel brojí proti tomu, že by v rámci zadávacího řízení zadával souběžně různé druhy plnění, neboť dle názoru zadavatele je pro posouzení souvislosti jednotlivých plnění veřejné zakázky podstatné posouzení účelu dodávaného nábytku. Tuto námitku považuji za neopodstatněnou. Úřad se dostatečně zabýval posuzováním předmětu plnění veřejné zakázky v bodě 71. odůvodnění napadeného rozhodnutí, ve kterém uvedl, že dodávka kancelářského a laboratorního nábytku je dodávka zcela jiného druhu nábytku, přičemž ze zadávacích podmínek na veřejnou zakázku nevyplývá vzájemná provázanost předmětných částí plnění veřejné zakázky tak, aby bylo nutné je zadat v rámci jedné veřejné zakázky bez rozdělení na části. Sám zadavatel poukázal na odlišnou povahu a praktickou neprovázanost předmětných částí plnění veřejné zakázky a to tím, že vymezil v zadávací dokumentaci dvojí požadavky k prokázání technických kvalifikačních předpokladů dle § 56 odst. 1 zákona, když po uchazečích požadoval předložení zvlášť 5 osvědčení o realizaci referenčních zakázek spočívajících v dodávce kancelářského nábytku a zvlášť 5 referenčních zakázek spočívajících v dodávce laboratorního nábytku, a nikoli předložení osvědčení týkající se dodávky obou druhů nábytku, ať už kumulativním nebo alternativním vymezením dodávky laboratorního a kancelářského nábytku.
21. Nesouhlasím ani s tvrzení zadavatele, že vzájemná souvislost a podmíněnost jednotlivých plnění jsou zahrnuty a zdůvodněny v projektové dokumentaci, neboť již z projektové dokumentace vyplývá rozdílnost poptávaných plnění veřejné zakázky. V projektové dokumentaci je navíc pro dodání laboratorního nábytku uvedena i technická zpráva, ve které se uvádí: „*Nabízený laboratorní nábytek musí být konstrukčně řešen ve shodě s doporučeními a požadavky normy ČSN EN 14 056. Dodržení požadovaných kvalitativních parametrů*“

a příslušných bezpečnostních, hygienických a jakostních fyzikálně - mechanických parametrů bude doloženo certifikáty o shodě s normou nebo jiným níže uvedeným dokumentem dle ČSN EN 13 150, ČSN EN 14 470, ČSN EN 14 175, ČSN EN 527-1, 527-2, ČSN EN 14 749, ČSN EN 14727, ČSN EN 14 074, ČSN EN 14 073, ČSN EN 91 0001, ČSN 91 0100, dle vyhlášky č. 6/2003 Sb. pro stanovení hygienické nezávadnosti, dle požadavků směrnice 73/23/EHS a 89/336/EHS pro laboratorní stoly a digestoře (doložení označení výrobků značkou CE pro laboratorní stoly s rozvody a digestoře), ČSN 33 2000-7-713.“ Z této technické zprávy vyplývá, že dodávka laboratorního nábytku je dodávka zcela jiného druhu nábytku než dodávka „obyčejného“ kancelářského nábytku. Tedy nelze souhlasit s tvrzením zadavatele, že poptávané plnění je jeden funkční celek, neboť každý druh nábytku tvoří samostatný funkční celek, který je spravován samostatně a vykazuje svá vlastní specifika. Z toho důvodů se nejedná o předmět svým charakterem natolik provázaný, že by jej musel zadavatel poptávat v jednom zadávacím řízení.

22. Neexistence funkční souvislosti obou plnění dle mého názoru zcela jednoznačně vyplývá z dotazníkového šetření provedeného Úřadem. Úřad v rámci dotazníkového šetření vyžádal vyjádření dodavatelů, kteří obdrželi od zadavatele zadávací dokumentaci, ale již nepodali nabídku na veřejnou zakázku. Tyto dodavatele Úřad požádal o zaslání písemného sdělení toho, zda by podali nabídku na některou část předmětu veřejné zakázky, pokud by zadavatel rozdělil předmět veřejné zakázky na části. Z těchto vyjádření bylo zjištěno, že tři ze čtyř oslovených dodavatelů uvedli, že by v případě rozdělení předmětu veřejné zakázky usilovali o dílčí část veřejné zakázky, tedy buď kancelářsky nábytek či laboratorní nábytek. Čtvrtý oslovený dodavatel INTERIER ŘÍČANY a. s. svoje vyjádření Úřadu nezaslal. Vzhledem k tomu, že jednotlivá plnění nejsou jedinečnými a na trhu s nimi obchoduje řada dodavatelů, avšak dodávkami jejich souhrnu se zabývá zřejmě omezené množství takovýchto dodavatelů, což vyplývá ze skutečnosti, že nabídku podal pouze 1 uchazeč, nezbývá, než vyvodit, že došlo k porušení ustanovení § 6 zákona, konkrétně zásady diskriminace. Pokud by zadavatel předmět plnění poptával samostatně, pak by mohl obdržet více nabídek, jelikož se jedná o běžné plnění, přičemž některá z těchto nabídek by mohla být pro zadavatele výhodnější.
23. V této souvislosti uvádím, že rozdělení veřejné zakázky na části přichází v úvahu obecně tehdy, pokud plnění v rámci jednotlivých částí budou plněnými, jež by mohla být dodána různými dodavateli, kteří by však nebyli schopni dodat veškerý předmět veřejné zakázky. Zadavatel musí při pořizování různorodých plnění důsledně zvažovat, zda slučování poptávaného plnění do jednoho zadávacího řízení nedochází k bezdůvodnému omezování hospodářské soutěže. V tomto ohledu měl tudíž zadavatel disponovat povědomím o své povinnosti a řádně zvážit, zda předmět plnění, který se rozhodl poptávat v jednom zadávacím řízení, aniž by umožnil dodavatelům soutěžit pouze o dílčí části, nelze rozdělit na dvě samostatné části.
24. Ze spisového materiálu je zcela zřejmé, že došlo k vymezení předmětu veřejné zakázky příliš široce, a proto je nutné se zabývat otázkou, co takto vymezený předmět veřejné zakázky z pohledu efektivní soutěže dodavatelů o veřejnou zakázku způsobí, resp. zda navenek stejný postup ve vztahu ke všem dodavatelům projevující se jednotným vymezením předmětu veřejné zakázky nevylučuje ze soutěže o veřejnou zakázku potenciální dodavatele, kteří by mohli plnění poptávané zadavatelem splnit za podmínek efektivní soutěže, bylo-li by však plnění poptáváno odděleně. Mám za to, že Úřad svůj závěr správně opřel o rozsudek

Krajského soudu v Brně ze dne 1. 11. 2012, sp. zn. 62 Af 57/2011, z kterého vyplývá, že je třeba hodnotit objektivní důsledek postupu zadavatele, resp. dopad, který z pohledu zajištění efektivní soutěže o veřejnou zakázku jeho rozhodnutí ohledně vymezení předmětu veřejné zakázky vyvolalo, nikoliv subjektivní pohnutky zadavatele k takovému kroku. Proto je zcela irelevantní co zadavatele vedlo k postupu nerozdělit předmět veřejné zakázky na části, jak uvádí v rozkladu (např. aby odpovědnost za vady nesl jediný dodavatel). Předně je třeba vyhodnotit dopady na soutěž o veřejnou zakázku, zejména pak z pohledu, zda postup zadavatele nevykazuje prvky skryté diskriminace ve vztahu k jiným dodavatelům, a to i za situace, že by zadavatel nezamýšlel kohokoliv diskriminovat, přestože jeho postupem k tomu fakticky došlo. Platná a účinná právní úprava neumožňuje brát zřetel na jakékoliv subjektivní či objektivní okolnosti věci, jež by v případě posouzení, zda byl předmět veřejné zakázky vymezen příliš široce (se všemi souvisejícími negativními důsledky), obhájily zásah do zájmů chráněných základními zásadami. Není tedy možné zkoumat, jaké důvody a jakého významu vedly zadavatele ke spojení předmětu samostatných veřejných zakázek v jednu. Pokud si chtěl zadavatel zajistit, aby byla komplexní dodávka různých druhů nábytku s co nejmenšími náklady uvedena do provozu včas, a aby v případě obou dodávek nábytků byla stejná záruční lhůta, měl si tyto požadavky vymežit např. ve smluvních podmínkách.

25. Ve světle judikatury, zejména pak z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 7/2010 - 135 ze dne 2. 3. 2010 a z rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 59/2010 - 183 ze dne 18. 1. 2011, došlo k ustálení právního názoru, podle něhož je-li předmět veřejné zakázky vymezen příliš široce a důsledkem toho podá nabídku méně dodavatelů než za situace, kdy by zadavatel plnění poptával samostatně, vede to k diskriminaci těch dodavatelů, jež by mohli podat nabídku na jednotlivá plnění, avšak nemohou ji podat na plnění všechna, bez ohledu na jejich možnost podat společnou nabídku či si opatřit subdodávky.
26. Konkrétně se k předmětné problematice naposledy vyjádřil i Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 20. 7. 2015, č. j. 62 Af 119/2013-59, kde uvedl, že *„v případě, kdy zadavatel vymezi předmět veřejné zakázky příliš široce (tzn. v rámci jedné veřejné zakázky požaduje plnění, která spolu vzájemně nesouvisejí) a v důsledku toho podalo nabídku méně dodavatelů než v situaci, kdy by byla tato jednotlivá plnění poptávána samostatně, může se zadavatel dopouštět skryté diskriminace. Diskriminováni jsou zde ti dodavatelé, kteří by mohli podat nabídku na jednotlivá plnění, nicméně nejsou schopni nabídnout plnění všechna. Podmínkou zde však je požadavek, aby se jednalo o plnění, která spolu vzájemně nesouvisejí. Právě popsání diskriminace by pak bylo možno podle názoru soudu zabránit buď tím, že by zadavatel plnění, která spolu vzájemně nesouvisejí, poptával ve více veřejných zakázkách, případně tím, že by veřejnou zakázku rozdělil a umožnil podávání nabídek i na její jednotlivé části.“*
27. Námitku zadavatele, že pokud se dodavatel rozhodne nabízet pouze speciální části dodávek, nelze mu toto obchodní rozhodnutí dodavatele přičítat k tíži (v posuzovaném případě jde o společnost ENVINET a.s., která by podala nabídku pouze v části laboratorního nábytku), považují za neopodstatněnou. Úřad v napadeném rozhodnutí sice vzal v úvahu vyjádření společnosti ENVINET a.s., avšak i na základě vyjádření jiných společností učinil závěr, že zadavatel mohl ovlivnit výběr nejvýhodnější nabídky nastavením diskriminačních zadávacích podmínek veřejné zakázky. Zadavatel je vázán pravidlem, podle něž nesmí

poružit zásady stanovené ustanovením § 6 zákona (v tomto případě zejména zásadu zákazu diskriminace), už při samotném vymezení veřejné zakázky. Dodržování těchto zásad je pro zadavatele povinností základní a obecnou, nadřazenou jeho subjektivním obavám či snahám ulehčit si případné problémy při koordinaci vícero dodavatelů. Konstantní judikatura nadto zásadám vymezeným v § 6 zákona přikládá takový význam, že pokud by určitý postup zadavatele vedl k porušení některé ze základních zásad, nesmí zadavatel takový postup využít a je rovněž povinen nalézt postup jiný, byť jej zákon výslovně nepředepisuje.

28. Z blíže zadavatelem nekonkretizované soudní rozhodovací praxe týkající se „*ohledání příčin prodlení s dokončením dodávek různými přímými zhotoviteli investora*“, sporu o odpovědnost za vady apod., která dle zadavatele ilustrují nevhodnost rozdělování souvisejících plnění různým dodavatelem, zadavatel dovozuje, že jeho postup je správný a zákonný, neboť je jeho právem vymezit předmět veřejné zakázky tak, aby tento reflektoval konkrétní potřeby zadavatele. S uvedeným však souhlasit nemůžu. Sice není pochyb o tom, že je to pouze zadavatel, kdo zná své potřeby natolik detailně, aby byl schopen vymezit předmět veřejné zakázky a stanovit zadávací podmínky tak, aby skutečně získal odpovídající plnění, nicméně je třeba zároveň říci, že tento postup zadavatele nesmí být v rozporu se zákonem a jeho smyslem. Jinými slovy řečeno, právo zadavatele vymezit libovolně předmět veřejné zakázky končí tam, kde začíná zájem společnosti na ochraně funkční hospodářské soutěže (pod což lze bezesporu podřadit i zajištění nediskriminačního prostředí pro dodavatele, jež by mohli podat nabídku na jednotlivá plnění veřejné zakázky). Nutno dodat, že zadavatel je při vymezení předmětu veřejné zakázky částečně omezen „i obráceně“, tedy že ve smyslu § 13 odst. 3 zákona nesmí rozdělit předmět veřejné zakázky tak, aby tím účelově došlo ke snížení předpokládané hodnoty té které veřejné zakázky pod finanční limity stanovené zákonem. Navíc v této souvislosti uvádím, že zadavatel měl zřejmě na mysli spíše soudní rozhodovací praxi v oblasti soukromoprávních vztahů resp. v podnikatelské oblasti, kde je situace zcela odlišná, neboť dodání různých druhů nábytku jednomu objednateli několika dodavateli je zcela obvyklé v běžném obchodním styku, ve kterém vystupují objednatelé, kteří nejsou veřejnými zadavateli.
29. K uvedenému je pak potřeba obecně doplnit, že uzavření smlouvy mezi zadavatelem a vybraným uchazečem, na jejímž základě následně dojde k realizaci veřejné zakázky, předchází vysoce formalizované zadávací řízení, jehož cílem je především zajistit hospodárné nakládání s veřejnými prostředky mj. prostřednictvím zásad transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Nejvyšší správní soud k tomuto ve svém rozsudku ze dne 27. 1. 2010, č. j. 2 Afs 64/2009 109 uvádí: „*Zatímco soukromý subjekt si může vybírat ty, s nimiž hodlá obchodovat, podle své libovůle, zadavatel veřejné zakázky je striktně vázán zákonem o veřejných zakázkách a zejména pasážemi o zadávacím řízení, neboť prostředky, které jsou v takovém případě vynakládány, jsou prostředky veřejné.*“ K tomuto pak dodává, že: „*Zadávací řízení je vysoce formalizovaný proces[...]*“.
30. Pokud jde o námitku zadavatele, že z výsledku průzkumu oslovených celkem 13 dodavatelů vyplývá, že pouze jediný dodavatel prokazatelně odpověděl, že by v případě rozdělení předmětu veřejné zakázky na části podal nabídku na jednu samostatnou část, a tedy ostatní vyjádření dodavatelů nemají pro napadené rozhodnutí žádné reálné opodstatnění, uvádím následující. Společnost MY DVA group a.s., ve svém vyjádření uvedla, že by usilovala

o zpracování nabídky na část B (Kancelářský nábytek). Z tohoto vyjádření však nelze vyvodit, jak zadavatel v rozkladu namítá, že toto vyjádření je neurčité, neboť z něj vyplývá, že potenciální uchazeč by mohl nabídnout další, potenciálně nejvýhodnější, nabídku ve vztahu k takovéto eventuální dílčí části předmětu plnění veřejné zakázky. Úřad tedy správně učinil závěr o diskriminačním nastavení zadávacích podmínek, že v důsledku nezákonného postupu zadavatele bylo omezeno soutěžní prostředí, které mohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

31. Jelikož zadavatel nevyvrátil tvrzení z výše uvedeného průzkumu, ze kterého vyplynulo, že na trhu existuje nejméně jeden potenciální dodavatel, který by v případě rozdělení veřejné zakázky na části byl schopen sestavit a podat nabídku, již by mohla být vybraná jako nejvhodnější, mám za to, že Úřad správně učinil závěr pro naplnění skutkové podstaty správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, neboť postačí pouze možnost ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. V této souvislosti odkazuji na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 58/2010-159 ze dne 20. 3. 2012, že „*pro naplnění skutkové podstaty deliktu je přitom takováto možnost zcela postačující a soudu tedy nezbyvá 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.“
32. K tomu doplňuji také rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 7. 2013, sp. zn. 9 Afs 78/2012, ve kterém se Nejvyšší správní soud ztotožnil s názorem Krajského soudu v Brně a učinil závěr, že „*je podstatné znění ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, dle něhož 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. Ze zákonného znění přitom expressis verbis plyne, že ke spáchání deliktu dojde, i pokud porušením zákona zadavatel pouze mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Ze zákona je tedy zřejmé, že postačí pouhá potencialita podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky“.*
33. Z výše uvedeného vyplývá, že není nezbytné prokázat, že ke skutečnému podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky fakticky došlo, ale postačí i eventualita, resp. potencialita, podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky.

K uložení pokuty

34. Jelikož zadavatel rozkladem napadá rozhodnutí i co do výroku týkající se uložení pokuty, přezkoumal jsem také zákonnost a správnost výroku II. napadeného rozhodnutí, jímž Úřad zadavateli uložil podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 30 000 Kč.
35. Po přezkoumání správnosti napadeného rozhodnutí ve výroku II. jsem dospěl k závěru, že Úřad v napadeném rozhodnutí zcela srozumitelně a správně uvedl, z čeho při stanovení výše pokuty vycházel, přičemž nepřekročil meze správního uvážení, které mu náleží. S ohledem na výši uložené pokuty poukazují zejména na skutečnost, že Úřad mohl za spáchaný správní delikt zadavateli uložit pokutu až do výše 385 670, 22 Kč, když v daném případě uložil pokutu ve výši 30 000 Kč, přičemž Úřad byl oprávněn uložit pokutu do výše 5 % z ceny veřejné zakázky. Mám tedy za to, že Úřad s ohledem na ust. § 120 odst. 2 písm. a)

zákona ve spojení s ust. § 121 odst. 2 zákona stanovil výši pokuty zcela v souladu se zákonem.

36. 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. 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. Domnívám se, že výše uložené pokuty splňuje obě tyto funkce. Zároveň mám za to, že represivní funkce, tedy postih za porušení zákonem stanovené povinnosti byla uplatněna přiměřeně, když při maximální možné pokutě 385 670,22 Kč byla tato uložena při spodní hranici možné výše, a to ve výši 30 000 Kč. Mám tedy za to, že Úřad s ohledem na ust. § 120 odst. 2 písm. a) zákona ve spojení s ust. § 121 odst. 2 zákona stanovil výši pokuty zcela v souladu se zákonem. Za takového stavu jsem neshledal odůvodnění výše uložené pokuty nepřezkoumatelným ani důvody pro změnu napadeného rozhodnutí Úřadu ve výroku, kterým za spáchaný správní delikt byla uložena pokuta, jak navrhoval zadavatel v rozkladu. K tomuto odkazuji na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 14/2013 ze dne 23. 10. 2014, kde *„Soud zde považuje za nutné zdůraznit též funkci postihu; konkrétní forma postihu (pokuta) a jeho výše musí působit natolik silně, aby od podobného jednání odradila i jiné nositele obdobných povinností, jaké svědčí žalobci, zároveň musí být postih dostatečně znatelný v žalobcově materiální sféře, aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl ovšem pro žalobce likvidačním. V opačném případě by totiž postih delikventa smysl postrádal. „*
37. Dále v souvislosti s určením výměry pokuty poukazují na nález Ústavního soudu Pl. ÚS 3/2002 ze dne 13. 8. 2002. Podle výkladu uvedeného nálezu je při ukládání pokut vyloučen takový zásah do majetku podnikatele, v důsledku kterého by byla zničena majetková základna pro další podnikatelskou činnost. Nepřípustné jsou takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Ústavní soud se v nálezu Pl. ÚS 3/2002 ze dne 13. 8. 2002 zabýval ukládáním pokut právníky a fyzickým osobám podnikajícím. Úřad přesto postupoval správně, když při stanovení výše pokuty zohlednil v bodě 96. odůvodnění napadeného rozhodnutí ekonomickou situaci zadavatele, pokud uvedl, že zadavatel hospodařil v roce 2014 s kladným výsledkem. Z výroční zprávy o činnosti a hospodaření zadavatele za rok 2014, zveřejněné ve sbírce listin rejstříku veřejných výzkumných institucí, Úřad zjistil, že zadavatel měl za rok 2014 výnosy ve výši 236 782 000 Kč, přičemž výsledek po zdanění činil 1 794 000 Kč. Dále jsem zjistil z Výroční zprávy o činnosti a hospodaření zadavatele za rok 2015, zveřejněné ve sbírce listin rejstříku veřejných výzkumných institucí, že hospodaření zadavatele i v roce 2015 skončilo kladným hospodářským výsledkem po zdanění ve výši 4 284 000 Kč. Proto ani ve vztahu k tomuto hospodářskému výsledku zadavatele není možné mít za to, že pokuta ve výši 30 000 Kč by vůbec mohla mít likvidační charakter a jeví se jako přiměřená.
38. Úřad tedy přihlédl ke všemu, k čemu ve smyslu § 121 odst. 2 zákona přihlédnout měl, když posoudil jak závažnost a následky správního deliktu, způsob jeho spáchání, tak i okolnosti,

za nichž byl správní delikt spáchán, přičemž své úvahy srozumitelně odůvodnil. Současně se Úřad přezkoumatelným způsobem vypořádal i s tím, že uložená pokuta odpovídá ekonomické situaci zadavatele. Mám tak za to, že Úřad stanovil výši pokuty v souladu se zákonem a své rozhodnutí přezkoumatelným způsobem odůvodnil.

Posouzení z hlediska pozdější právní úpravy

39. Dne 1. 10. 2016 nabyl účinnosti zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“).
40. Podle čl. 40 odst. 6 ústavního zákona č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod (dále jen „Listina“) se trestnost činu posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán. Pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější. Shodný princip je vyjádřen i v § 2 odst. 1 zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „trestní zákoník“). Toto pravidlo zakládá výjimku z jinak obecného zákazu retroaktivity trestních norem, která se uplatní v případě, kdy je pozdější právní úprava pro pachatele příznivější. Tato výjimka se dle konstantní judikatury Nejvyššího správního soudu aplikuje rovněž v oblasti správního trestání.
41. V souvislosti s citovaným článkem Listiny uvádím, že konstantní soudní judikatura (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 6 A 126/2002-27 ze dne 27. 10. 2004) dospěla k závěru, že *„[t]restání za správní delikty musí podléhat stejnému režimu jako trestání za trestné činy a v tomto smyslu je třeba vykládat všechny záruky, které se podle vnitrostátního práva poskytují obviněnému z trestného činu. Je totiž zřejmé, že rozhraničení mezi trestnými (a tedy soudem postižitelnými) delikty a delikty, které stíhají a trestají orgány exekutivy, je výrazem vůle suverénního zákonodárce; není odůvodněno přirozenoprávními principy, ale daleko spíše je výrazem trestní politiky státu (...) Pro české právo to pak znamená, že i ústavní záruka článku 40 odst. 6 Listiny o tom, že je nutno použít pozdějšího práva, je-li to pro pachatele výhodnější, platí jak v řízení soudním, tak v řízení správním (...) Přijetí tohoto principu pak znamená, že nelze trestat podle starého práva v době účinnosti práva nového, jestliže nová právní úprava konkrétní skutkovou podstatu nepřevzala; analogicky to platí i tehdy, jestliže nová právní úprava stanoví mírnější sankce za stejné jednání“*. K totožnému závěru dospěl Nejvyšší správní soud též v rozsudku č. j. 8 Afs 17/2007-135 ze dne 31. 5. 2007 a dalších.
42. K posouzení příznivější právní úpravy ve vztahu ke konkrétním okolnostem případu uvádím následující. Deliktní odpovědnost zadavatele konstatovaná napadeným rozhodnutím se opírá o závěr Úřadu, že v daném případě zadavatel nedodržel zásadu zákazu diskriminace v § 6 zákona v návaznosti na § 98 odst. 1 zákona, když nerozdělil veřejnou zakázku na části, konkrétně na část spočívající v dodávce laboratorního nábytku a na část spočívající v dodávce kancelářského nábytku, ačkoliv povaha předmětu plnění veřejné zakázky rozdělení na části připouštěla, a tím omezil okruh možných dodavatelů.
43. Podle § 35 ZZVZ zadavatel může rozdělit veřejnou zakázku na více částí, pokud tím neobejde povinnosti stanovené tímto zákonem. Pokud zadavatel zadává více částí veřejné zakázky v jednom zadávacím řízení, vymezí rozsah těchto částí a stanoví pravidla pro účast dodavatele v jednotlivých částech a pro zadání těchto částí.

44. Oproti předchozí právní úpravě dle zákona, nově ZZVZ výslovně za rozdělení veřejné zakázky nepovažuje pouze rozdělení v rámci téhož zadávacího řízení, jak činil § 98 zákona, nýbrž za rozdělení veřejné zakázky považuje i takový postup, kdy jsou jednotlivé části veřejné zakázky zadávány ve zcela samostatných zadávacích řízeních. Rozdělení veřejné zakázky na části by měl zadavatel důkladně zvážit, přičemž v případě nadlimitní veřejné zakázky je zadavatel povinen své eventuální rozhodnutí o zadání takové veřejné zakázky bez jejího rozdělení na části odůvodnit v zadávací dokumentaci nebo v písemné zprávě (srov. § 217 odst. 2 písm. m) ZZVZ). V posuzovaném případě se jednalo o nadlimitní veřejnou zakázku. V případě veřejných zakázek, které lze objektivně rozdělit na části, závisí rozhodnutí, zda by zadavatel měl či neměl k takovému rozdělení přistoupit, na vzájemném poměru možných diskriminačních důsledků nerozdělení na části, na míře, v jaké lze při rozdělení veřejné zakázky na části eliminovat s tím spojená rizika na straně zadavatele. Pokud by tedy určitým postupem zadavatele došlo k porušení některé ze zásad zadávacího řízení, nesmí zadavatel takového postupu využít.
45. Z uvedeného vyplývá, že i podle pozdější právní úpravy by se jednalo o správní delikt dle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ, kterým zadavatel nedodržel zásadu zákazu diskriminace v § 6 odst. 2 ZZVZ a zároveň porušil § 35 ZZVZ, když nerozdělil veřejnou zakázku a tím obešel povinnosti stanovené ZZVZ, přičemž tímto postupem mohl ovlivnit výběr dodavatele.
46. Co se výroku II. napadeného rozhodnutí, jakožto výroku o trestu týká, uvádím, že ZZVZ v § 268 odst. 2 stanoví výši pokuty za správní delikt podle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ ve stejné výši jako § 120 odst. 2 zákona. Pozdější právní úprava tak ani ve vztahu k výroku II. napadeného rozhodnutí není pro zadavatele příznivější.
47. Ve světle výše uvedeného konstatuji, že v šetřeném případě nelze aplikovat výjimku ze zákazu retroaktivity, neboť právní úprava dle ZZVZ není pro zadavatele právní úpravou příznivější, tudíž je třeba správní delikt posuzovat podle právní úpravy účinné v době jeho spáchání, tedy dle zákona. Šetřený správní delikt zadavatele naplňuje stejné znaky skutkové podstaty, přičemž i výše sazby pokuty a kritéria závažnosti jsou totožná, jak dle ZZVZ, tak i podle zákona.

VI. Závěr

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

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona, nelze dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

Ústav přístrojové techniky AV ČR, v. v. i., Královopolská 62/147, 612 64 Brno

Vypraveno dne:

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