



UOHSX008J1D3

## PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R338/2015/VZ-46427/2016/322/DJa

Brno 22. listopadu 2016

V řízení o rozkladu ze dne 22. 10. 2015 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, jenž podal zadavatel –

- **Ústecký kraj**, IČO 70892156, se sídlem Velká Hradební 3118/48, 400 01 Ústí nad Labem, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0465/2015/VZ-32334/2015/513/ABr ze dne 7. 10. 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 zadavatelem při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Posílení výuky strojírenských oborů pro oblast Kadaň a Klášterec nad Ohří III**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 7. 5. 2014 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 9. 5. 2014 pod ev. č. 487434, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 13. 5. 2014, pod ev. č. 2014/S 091-159097, a jejíž oznámení o zadání bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 9. 7. 2014, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 11. 7. 2014 pod ev. č. 2014/S 131-233919.

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-S0465/2015/VZ-32334/2015/513/ABr ze dne 7. 10. 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**“<sup>1</sup>), příslušný k dohledu nad dodržováním zákona, obdržel podnět k prošetření postupu zadavatele – Ústeckého kraje, IČO 70892156, se sídlem Velká Hradební 3118/48, 400 01 Ústí nad Labem (dále jen „**zadavatel**“) při zadávání veřejné zakázky s názvem „Posílení výuky strojírenských oborů pro oblast Kadaň a Klášterec nad Ohří III“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 7. 5. 2014 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 9. 5. 2014 pod ev. č. 487434, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 13. 5. 2014, pod ev. č. 2014/S 091-159097, a jejíž oznámení o zadání bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 9. 7. 2014, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 11. 7. 2014 pod ev. č. 2014/S 131-233919 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Dne 12. 8. 2015 zahájil Úřad správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona v souvislosti se zadáním veřejné zakázky.

### II. Napadené rozhodnutí

3. Dne 7. 10. 2015 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0465/2015/VZ-32334/2015/513/ABr (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
4. Výrokem I. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel při zadávání veřejné zakázky zásadu zákazu diskriminace stanovenou v § 6 odst. 1 zákona, když v článku II. 1.5) uveřejněného oznámení o zakázce a v článku 5 zadávací dokumentace vymezil předmět veřejné zakázky příliš široce a po dodavatelích požadoval různé druhy plnění, které spolu vzájemně nesouvisejí, čímž diskriminoval dodavatele, kteří byli schopni dodat jen některá z požadovaných plnění, přičemž tento postup zadavatele mohl ovlivnit výběr nejhodnější nabídky. Zadavatel dne 2. 7. 2014 uzavřel smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky.

---

<sup>1</sup>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, není-li dále uvedeno jinak.

5. Výrokem II. napadeného rozhodnutí uložil Úřad zadavateli podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 100 000 Kč.

### III. Rozklad zadavatele

6. Dne 7. 10. 2015 bylo doručeno napadené rozhodnutí zadavateli. Dne 22. 10. 2015 byl do datové schránky Úřadu podán v zákonné lhůtě rozklad zadavatele proti napadenému rozhodnutí (dále jen „rozklad“).

#### Námítky rozkladu

7. V rozkladu zadavatel namítá, že Úřad ke svým závěrům došel, aniž by vzal v potaz všechny argumenty zadavatele, které obsahovala jeho vyjádření a stanoviska, a také příslušná ustanovení zákona.
8. Zadavatel namítá, že Úřad při své argumentaci v bodech 58. a 59. odůvodnění napadeného rozhodnutí vůbec nebere v potaz, že zadavatel nesmí dle § 45 a § 46 zákona uvést konkrétního výrobce nebo dokonce konkrétní typ výrobku, ale musí poptávané dodávky popsat stanovením technických podmínek, které musí poptávané dodávky splňovat. Z toho důvodu neví předem, jaké konkrétní typy výrobků mu dodavatel nabídne. Zadavatel uvádí, že není pravda, že jde o unifikované výrobky, takže v tomto případě, kdy dodávky a stavební práce zajišťoval jeden dodavatel, zpracovaná projektová dokumentace nepočítala s požadavky na konkrétní připojení jednotlivých dodávaných strojů a bylo nutné rozvody elektrické energie přizpůsobit pro konkrétní dodané stroje.
9. Dále zadavatel namítá, že vzhledem k časovému limitu stanovenému poskytovatelem dotace nebyl žádný časový prostor pro Úřadem doporučovaný postup, a to provést stavební práce a následně dodat stroje. Zadavatel se musel spolehnout na to, že v zadávacím řízení nevznikne žádná komplikace, že se najdou uchazeči, kteří mají alespoň některé poptávané stroje skladem a budou schopni je dodat a vyfakturovat tak, aby je stihl zaplatit a předložit vyúčtování do poskytovatelem určeného data, jinak by dotaci nezískal.
10. Zadavatel rozporuje argumentaci v bodech 60. až 66. odůvodnění napadeného rozhodnutí, neboť má za to, že Úřad opomněl ve své argumentaci aplikovat i Nařízení vlády č. 278/2008 Sb., o obsahových náplních jednotlivých živností. Vzhledem k výše uvedenému nařízení je zadavatel toho názoru, že Úřadem uváděná řemeslná živnost „Výroba, instalace, opravy elektrických strojů a přístrojů, elektrických a telekomunikačních zařízení“ se pro dodávky poptávaných strojů nehodí.
11. Zadavatel namítá, že Úřad neprovedl zadavatelem navrhnutý důkaz obesláním skutečných dodavatelů poptávaných strojů, spočívající ve zjištění, zda jim sloučení stavebních prací a dodávek strojů znemožnilo či komplikovalo podání nabídky, neboť takový postup považuje Úřad za nadbytečný. Zadavatel je toho názoru, že neprovedením důkazu nebyl dostatečně podložen závěr Úřadu o širokém spektru dodatelů.
12. Pokud jde o uložení pokuty, zadavatel namítá, že jelikož je dle názoru zadavatele hodnocení postupu zadavatele Úřadem v daném případě rozporné se zákonem, měla by být uložena pokuta nižší, případně by mělo být od jejího uložení upuštěno. Zadavatel taktéž poukazuje na to, že Úřad nevzal při určení výše pokuty dostatečně v úvahu skutečnost, na kterou zadavatel poukazoval ve svém stanovisku, že zadavateli byl již uložen postih poskytovatelem

dotace za stejné porušení zákona, což bylo 25 % uznatelných nákladů. Zadavatel je toho názoru, že přiměřená vysoká pokuta uložená Úřadem by měla být s ohledem na výše uvedenou skutečnost nižší.

#### **Závěr rozkladu**

13. Zadavatel se domnívá, že při zadávání veřejné zakázky neporušil zákon a proto navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil.

#### **IV. Řízení o rozkladu**

14. 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**

15. 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.
16. 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**

17. 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 odvolání, jinak jen tehdy, vyžaduje-li to veřejný zájem.
18. Předně konstatuji, že rozklad obsahuje převážně argumenty, které již byly vzneseny ve správním řízení vedeném Úřadem, přičemž Úřad vzal v potaz všechny argumenty zadavatele a v napadeném rozhodnutí se s nimi vyčerpávajícím způsobem vypořádal. Rozklad tedy nepřináší žádnou novou právní argumentaci, na základě níž by bylo možné dospět k odlišnému posouzení věci.

#### *K možnosti rozdělení veřejné zakázky na části*

19. Zadavatel má právo vymezit předmět plnění veřejné zakázky podle vlastního uvážení, je však vždy povinen dodržet mimo jiné i pravidlo zákazu dělení předmětu veřejné zakázky obsažené v § 13 odst. 3 zákona, pokud by v důsledku toho došlo ke snížení předpokládané hodnoty pod finanční limity stanovené v § 12 zákona. Oproti tomu zákon výslovně nestanovuje povinnost rozdělit veřejnou zakázku na části, avšak zadavatel je vždy povinen postupovat v souladu se zásadami ve smyslu § 6 zákona. K tomu, aby bylo možno dospět k závěru, zda zadavatel byl povinen v daném případě veřejnou zakázku rozdělit či nikoliv, je tedy třeba

posoudit, zda povaha celého předmětu veřejné zakázky rozdělení na části připouštěla. Pro určení, zda se jedná o jednu veřejnou zakázku či více veřejných zakázek, je rozhodující věcná, místní a časová souvislost plnění, případně ta skutečnost, že by poptávané plnění mělo od počátku tvořit jeden funkční celek. K rozdělení veřejné zakázky na části lze přistoupit zásadně tehdy, pokud je důvod předpokládat, že rozdělení veřejné zakázky na části může přinést více nabídek a tedy i větší soutěž konkurujících si dodavatelů a z toho vyplývající nižší nabídkovou cenu.

20. Dále Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 30 Af 80/2012 – 65 ze dne 18. 9. 2014 uvedl, že k rozdělení veřejné zakázky na části musí zadavatel přistoupit i tehdy, pokud by určitým postupem zadavatele došlo k porušení zákazu diskriminace. V takovém případě je zadavatel povinen nalézt postup jiný v souladu se zákonem. V této souvislosti odkazují na učiněný závěr výše uvedeného rozsudku *„Pokud by pak povaha předmětu veřejné zakázky rozdělení připouštěla, a zároveň rozdělení nebránil ani § 13 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách, bylo by podle názoru krajského soudu namístě, aby zadavatel institutu rozdělení veřejné zakázky na části využil, a to bez ohledu na to, že citovaný zákon jeho využití výslovně neukládá. V opačném případě by totiž omezil hospodářskou soutěž mezi dodavateli a porušil tak § 6 zákona o veřejných zakázkách. Nejedná se přitom o situaci, kdy by byl zadavatel nucen činit něco, co zákon neukládá. Naopak, pokud zákon zakazuje diskriminaci, je třeba dovodit, že zadavatel je povinen postupovat tak, aby tento zákaz respektoval a v zadávacím řízení se diskriminace nedopouštěl. A je-li jediným způsobem, jak toho dosáhnout, rozdělení veřejné zakázky a tuto možnost zákon o veřejných zakázkách výslovně připouští, je třeba takový postup, tj. rozdělení veřejné zakázky z důvodu zabránění diskriminace, považovat za postup zákonem uložený.“*
21. K otázce dělení předmětu veřejné zakázky Krajský soud v Brně konstatoval v rozsudku č. j. 62 Af 123/2013-85 ze dne 9. 4. 2015, že *„při hledání odpovědi na otázku, co je v konkrétním případě jedinou veřejnou zakázkou a jaká plnění již představují více samostatných veřejných zakázek, musí být podle dnes již ustálené rozhodovací praxe především zohledňován účel a smysl právní úpravy zadávání veřejných zakázek a nesmí být atakovány zásady, na nichž je úprava zadávání veřejných zakázek vystavěna. Úvaha v rámci hledání odpovědi na tuto otázku přitom nesmí zakládat legitimitu jakéhokoli nástroje k obcházení právní úpravy zadávání veřejných zakázek. Je třeba vyjít z toho, že zákon v žádném ze svých ustanovení jasný návod pro zodpovězení této otázky neposkytuje. To se tak stává otázkou rozhodovací praxe, která musí být především praxí srozumitelnou a předvídatelnou.“*
22. Nejvyšší správní soud pak v rozsudku vydaném ve věci vedené pod sp. zn. 2 Afs 55/2010 ze dne 15. 12. 2010 dovodil, že *„pro určení, zda konkrétní plnění ve prospěch zadavatele je jedinou veřejnou zakázkou nebo několika jednotlivými veřejnými zakázkami, je rozhodující věcný charakter takového plnění; poptává-li zadavatel plnění svým charakterem totožné či obdobné (např. plnění stejného nebo srovnatelného druhu uskutečňované pro téhož zadavatele v téměř časovém období a za týchž podmínek co do charakteru plnění), pak takové plnění musí zadávat jako jedinou veřejnou zakázku podle zákona, není však v případě zadávání takové jediné veřejné zakázky vyloučeno připustit podávání nabídek jen na její jednotlivé části.“*

23. S ohledem na výše uvedené je zřejmé, že zadavatel měl poptávat jednotlivé části plnění předmětu veřejné zakázky samostatně, neboť dodávky strojů a provádění stavebních prací jsou plnění z hlediska věcného a funkčního plněními vzájemně nesouvisějícím. V důsledku široce vymezeného předmětu veřejné zakázky v posuzovaném případě došlo k omezení konkurenčního prostředí mezi dodavateli. Úřad při učinění níže uvedeného závěru vzal v úvahu i vyjádření a stanoviska zadavatele ze dne 19. 8. 2015 a došel ke správnému závěru v bodě 58. odůvodnění napadeného rozhodnutí, když uvedl, že *„dodávka strojů mohla být soutěžena jako samostatná veřejná zakázka, případně zadavatel mohl dodávku strojů soutěžit společně s předmětnými stavebními pracemi, avšak měl v zadávacích podmínkách rozdělit veřejnou zakázku na části, a tím připustit, aby uchazeči mohli podávat nabídku jak na část zakázky týkající se dodávky strojů, tak i na část zakázky týkající se realizace potřebných stavebních prací. Současně si zadavatel, pokud by veřejnou zakázku rozdělil na části, mohl v zadávacích podmínkách stanovit časový harmonogram plnění, a to např. tak, aby provedení stavebních prací předcházelo dodávce strojů, aniž by tím byl ohrožen požadavek dotačního orgánu na profinancování 10 % objemu plnění veřejné zakázky do 31. 7. 2014, jak zadavatel argumentuje.“* Tedy námitka, že Úřad ve své argumentaci v bodech 58. a 59. odůvodnění napadeného rozhodnutí nevezl v potaz, že zadavatel nesmí dle § 45 a § 46 zákona uvést konkrétního výrobce nebo dokonce konkrétní typ výrobku, ale musí poptávané dodávky popsat stanovením technických podmínek, které musí poptávané dodávky splňovat, považuji ve vztahu k posuzovanému případu za neopodstatněnou.
24. K tomuto závěru Úřadu také uvádím, že nemůže obstát ani námitka, že vzhledem k časovému limitu stanovenému poskytovatelem dotace nebyl žádný časový prostor pro Úřadem doporučený postup, a to provést stavební práce a následně dodat stroje. Z pohledu objektivní deliktivní odpovědnosti zadavatele dle zákona je totiž relevantní jedině objektivní důsledek postupu zadavatele, resp. dopad, který z pohledu zajištění efektivní soutěže o veřejnou zakázku jeho rozhodnutí o vymezení předmětu veřejné zakázky vyvolalo, nikoliv subjektivní pohnutky zadavatele k takovému kroku. Z pohledu naplnění deliktivní odpovědnosti je tedy lhostejné, co zadavatele k jeho postupu vedlo, byť mohlo jít o zadavatelem uváděné důvody jako například komplikace v řešení případných sporů mezi jednotlivými dodavateli při zadávání veřejných zakázek. Úřad správně vyhodnotil dopad na hospodářskou soutěž o veřejnou zakázku, neboť postup zadavatele vykazuje prvky skryté diskriminace ve vztahu k určitým dodavatelům. Ve světle judikatury, zejména pak rozsudku Krajského soudu v Brně ve věci sp. zn. 62 Af 7/2010 ze dne 2. 3. 2010 a Nejvyššího správního soudu ve věci sp. zn. 2 Afs 59/2010 ze dne 18. 1. 2011, došlo k ustálení 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.
25. Tento závěr je v souladu s výkladem v rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 1. 11. 2012, sp. zn. 62 Af 57/2011, podle něhož pokud zadavatel *„poptává plnění, které není plněním, jež je nutno z technických a ekonomických důvodů poptávat společně, jako plnění jediné (společné), přitom podmínkám vycházejícím z takto nastavené poptávky, jež se projevuje v samostatném vymezení předmětu veřejné zakázky, může vyhovět pouze velmi omezený*

*počet dodavatelů, zatímco při oddělené zadavatelově poptávce po takto dle úvahy zadavatele spojeném plnění by se o zakázky v jednotlivých oblastech plnění mohl ucházet vyšší počet dodavatelů, přitom obě plnění jsou plněními, jež se jinak poskytují samostatně (...), pak takový postup lze klasifikovat jako diskriminační, odporující zásadám podávaným z § 6 zákona. Je tomu tak proto, že někteří z dodavatelů mají v takovém případě a priori znemožněnou účast v zadávacím řízení, byť by plnění, které je zadavatelem poptáváno, mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní, nehledě k tomu, že by je při zajištění efektivní soutěže o veřejnou zakázku mohli realizovat za podmínek pro zadavatele výhodnějších.“*

*K dalším námitkám rozkladu*

26. Pokud jde o námitku, že odmítnutím provedení důkazu Úřadem byl učiněn závěr Úřadu v neprospěch zadavatele, uvádím následující. V napadeném rozhodnutí Úřad na základě relevantních podkladů ze zadávací dokumentace dospěl k závěru, že se zadavatel dopustil správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. V této souvislosti poukazují na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 7. 2013, sp. zn. 9 Afs 78/2012, kde se Nejvyšší správní soud ztotožnil s názorem Krajského soudu v Brně a vyložil, 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“.*
27. Z pohledu zásady hospodárnosti vedení správního řízení se jeví neúčelné provádět zadavatelem navržený důkaz. Úřad totiž na základě dostatečně zjištěného skutkového stavu dospěl ke správnému závěru, že v postupu zadavatele při vymezení předmětu veřejné zakázky v zadávací dokumentaci došlo k potenciální možnosti ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky nemusí být přímo dán, nýbrž ke konstatování spáchání správního deliktu postačí pouhá možnost takového vlivu jednání zadavatele, to znamená, že není relevantní, zda konkrétní jednání skutečně vliv na výběr nejvhodnější nabídky mělo, ale postačí, že mohlo mít. Z toho důvodu Úřad správně dovodil, že provedení důkazu, zda sloučení stavebních prací a dodávek strojů znemožnilo či komplikovalo podání nabídky, je v posuzovaném případě nadbytečné. Taktéž z vyjádření samotného zadavatele vyplývá, že v šetřeném zadávacím řízení obdržel pouze dvě nabídky, i když jednotlivá plnění veřejné zakázky nejsou jedinečnými a na trhu s nimi obchoduje řada dodavatelů.
28. Nadto uvádím, že podle § 52 správního řádu není správní orgán vázán návrhy účastníků řízení na provedení důkazů; provede však důkazy, které jsou potřebné ke zjištění stavu věci. Dospěl-li tedy Úřad k přesvědčení, že stav věci byl z provedeného dokazování spolehlivě zjištěn, nemá povinnost provést účastníkem řízení navržené důkazy, je však povinen vyjádřit se v rozhodnutí, proč konkrétní navržené důkazy neprovedl. Této své povinnosti Úřad v napadeném rozhodnutí zcela jistě dostál (viz bod 72. odůvodnění napadeného rozhodnutí), když svůj postup řádně zdůvodnil.

29. S námitkou v rozkladu zadavatele, že v bodech 60. až 66. odůvodnění napadeného rozhodnutí, Úřad opomněl ve své argumentaci aplikovat i Nařízení vlády č. 278/2008 Sb., o obsahových náplních jednotlivých živností, nelze souhlasit. Úřad v bodě 64. odůvodnění napadeného rozhodnutí uvádí, že k dodávce a montáži strojů stačí dodavateli doložení oprávnění k výkonu řemeslné živnosti „Výroba, instalace, opravy elektrických strojů a přístrojů, elektronických a telekomunikačních zařízení“. Úřad s ohledem na obsáhlý rozsah činností řemeslných živností, uvedených v příloze č. 1 výše uvedeného nařízení (např. „Výroba, opravy, instalace, ožívování, zapojování a zkoušení nevyhrazených elektrických strojů, přístrojů a elektrické výzbroje, zejména elektromotorů, transformátorů, regulátorů, vypínačů, usměrňovačů, elektrických zdrojů světla, akumulátorů a baterií, přičemž jde o zařízení pracující na střídavém napětí vyšším než 50.(...) V rámci živnosti lze dále provádět opravy a výrobu elektrických strojů a přístrojů provozovaných na střídavém napětí nižším než 50 V nebo stejnosměrném napětí nižším než 75 V, opravy, úpravy a výměny elektrických a elektronických skupin a podskupin silničních motorových vozidel a pracovních strojů a provádět výrobu elektronických součástek.“) správně dovodil, že na prokázání splnění kvalifikačních předpokladů dodávky a instalace strojů postačuje řemeslná živnost „Výroba, instalace, opravy elektrických strojů a přístrojů, elektronických a telekomunikačních zařízení“, pro kterou je nutné prokázat odbornou způsobilost dokladem o řádném ukončení středního vzdělání s výlučným listem v příslušném oboru. Jelikož by dodávka a instalace strojů mohla být bez dalšího uskutečněna nezávisle na realizovaných stavebních pracích, tedy nemůže obstát námitka zadavatele, že by byla vhodnější živnost vázaná, neboť by tím omezil okruh potenciálních dodavatelů.

*K uložení pokuty*

30. Jelikož zadavatel napadá rozkladem rozhodnutí v části o uložení pokuty, přezkoumal jsem také zákonnost výroku II. napadeného rozhodnutí, jímž Úřad zadavateli uložil podle § 120 odst. 2 písm. b) zákona pokutu ve výši 100 000 Kč.
31. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí dostatečně zhodnotil způsob spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona a rovněž i okolnosti, za nichž byl tento delikt spáchán. Úřad stanovil výši pokuty tak, aby byly naplněny obě její funkce, tedy funkce represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. vede k jednání, které je v souladu se zákonem. Dále úřad jako polehčující okolnost při úvaze o výměru pokuty vzal Úřad v potaz skutečnost, že zadavatel poskytl v celém průběhu správního řízení Úřadu řádnou součinnost. Jako další polehčující okolnost Úřad zohlednil skutečnost, že zadavatel byl podle jeho slov při vymezení předmětu veřejné zakázky veden snahou zajistit komplexní záruku za provádění stavebních prací a dodávku strojů a zařízení. Úřad současně k výše popsaným polehčujícím okolnostem podotýká, že tyto nelze považovat za okolnosti, které by „zhojily“ uvedené porušení zákona zadavatelem. Úřad v posuzovaném případě žádné přitěžující okolnosti neshledal, jež by měly vliv na uloženou výši pokuty. S ohledem na uvedené skutečnosti považuji postup Úřadu při určení výměry pokuty za správný a zákonný, neboť Úřad postupoval v souladu s § 121 odst. 2 zákona i se zásadami správního trestání.
32. Zadavatel rovněž namítá, že Úřad nevzal při stanovení výše pokuty dostatečně v úvahu skutečnost, že zadavateli již byl uložen postih poskytovatelem dotace. K tomu uvádím,



že okolnost, že poskytovatel dotace může zkrátit dotaci z důvodu nesprávného postupu zadavatele z hlediska zákona, nemůže mít vliv na postup Úřadu (potažmo předsedy Úřadu) při rozhodování, zda se zadavatel dopustil správního deliktu, ani při následném ukládání pokuty. K tomuto závěru dospěl rovněž Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 28. 11. 2012 č. j. 1 Afs 23/2012 – 102, v němž uvádí, že „žádost o zohlednění okolnosti, že pokud bude stěžovateli udělena v dané věci správní pokuta, tak bude krácena dotace (případně vymáhána sankce) za porušení rozpočtových pravidel, je ze své podstaty zcela nepřijatelná a pro rozhodování nepodstatná. Nelze požadovat ani po správním orgánu, ani po soudu, aby „přehledly“ porušení zákona z důvodu, že stěžovatel ponese ještě jiné důsledky svého protiprávního jednání.“ Z toho důvodu se jeví i tato námitka zadavatele jako nedůvodná.

33. Dále uvádím, že v daném případě jsem posoudil ekonomickou situaci zadavatele, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. V této souvislosti odkazuji na nález Ústavního soudu č. Pl.ÚS 3/02 ze dne 13. 8. 2002, podle něhož je v případě ukládání pokut vyloučen takový zásah do majetku, v důsledku kterého by byla „zničena“ majetková základna pro další podnikatelskou činnost. Nepřípustné jsou takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Závěr o nepřipustnosti pokut likvidačního charakteru tedy není přímo aplikovatelný i na ukládání pokut územnímu samosprávnému celku, tj. v tomto případě zadavateli. Zadavatel je územní samosprávný celek, není tedy zřízen nebo založen za účelem dosahování zisku podnikatelskou činností. Zadavatel je také veřejnoprávní korporací, která má vlastní majetek, má vlastní příjmy a hospodaří podle vlastního rozpočtu. Z rozpočtů zadavatele za roky 2014 a 2015, dostupných na webových stránkách [www.kr-ustecky.cz](http://www.kr-ustecky.cz) vyplývá, že zadavatel v těchto letech hospodařil s příjmy přesahujícími 10 miliard Kč a dále schválený rozpočet za rok 2016 počítá s příjmy ve výši téměř 14 miliard. Vzhledem k tomu konstatuji, že stanovenou výši pokuty nelze vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel v rámci svého rozpočtu disponuje, považovat za likvidační. I za situace, kdy rozpočet zadavatele vykazuje spíše mírně sestupný charakter, nemůže Úřadem vyměřená sankce nijak významněji ovlivnit jeho hospodaření, natož aby se jevila jako likvidační. Nadto, peněžitá sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do sféry porušitele, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinam. Nad rámec Úřad v napadeném rozhodnutí uvedl, že k uhrazení pokuty za spáchaný správní delikt může zadavatel využít i jiné nástroje, např. odpovědnost konkrétní osoby za protiprávní stav.

*Posouzení z hlediska pozdější právní úpravy*

34. Dne 1. 10. 2016 nabyl účinnosti zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „**ZZVZ**“).
35. 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.

36. 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.
37. 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 postupoval při vymezení předmětu veřejné zakázky v rozporu s § 6 zákona, konkrétně se zásadou zákazu diskriminace, když poptával plnění dvou samostatných veřejných zakázek v rámci jedné souhrnné zakázky, aniž k tomu existovaly objektivní důvody, čímž diskriminoval ty dodavatele, kterým byla znemožněna účast v těchto zadávacích řízeních, tzn., omezil hospodářskou soutěž, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
38. 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.
39. Podle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ, zadavatel se dopustí správního deliktu tím, že nedodrží pravidla stanovená tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postupy podle části šesté, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu v soutěži o návrh, a zadá veřejnou zakázku, uzavře rámcovou dohodu nebo se soutěž o návrh považuje po výběru návrhu za ukončenou.
40. S ohledem na výše uvedené by se zadavatel i podle pozdější právní úpravy dopustil správního deliktu tím, že by nedodržel postup podle § 35 ZZVZ, když v článku 5 zadávací dokumentace vymezil předmět veřejné zakázky příliš široce, a tím by porušil zásadu zákazu diskriminace podle § 6 odst. 2 ZZVZ. Jelikož zadavatel nerozdělil předmět veřejné zakázky na části, a tím ani nevymezil rozsah těchto částí a nestanovil pravidla pro účast dodavatelů v jednotlivých částech předmětu veřejné zakázky, by stejně tak došlo k omezení konkurenčního prostředí mezi dodavateli. Zadavatel by svým postupem mohl ovlivnit výběr dodavatele i ve smyslu pozdější právní úpravy, a tedy by naplnil i všechny materiální znaky skutkové podstaty správního deliktu podle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ.
41. Pokud je o výrok II. napadeného rozhodnutí uvádím, že ZZVZ v § 268 odst. 2 stanoví výši pokuty podle konkrétní skutkové podstaty uvedené v § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ ve stejné

výši jako § 120 odst. 2 zákona za spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Pozdější právní úprava tak ani ve vztahu k výroku II. napadeného rozhodnutí není pro zadavatele příznivější.

42. 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**

43. 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.
44. 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:**

Ústecký kraj, Velká Hradební 3118/48, 400 01 Ústí nad Labem,

**Vypraveno dne:**

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