



UOHSX007T9M5

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



PŘÍKAZ

Č. j.: ÚOHS-S0796/2015/VZ-39687/2015/522/JKr

Brno: 16. listopadu 2015

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve věci spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) citovaného zákona, jehož se dopustil zadavatel

- Univerzita Palackého v Olomouci, IČO 61989592, se sídlem Křížkovského 511/8, 779 00 Olomouc,

v souvislosti se zadáváním veřejné zakázky „OPVK/2014 – Dodávka fotografického, záznamového a audiovizuálního vybavení III. etapa“ ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy k podání nabídky uveřejněné na profilu zadavatele dne 20. 6. 2014, přičemž oznámení o zadání zakázky bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 23. 7. 2014 pod evidenčním číslem 492971 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 20. 8. 2014 pod ev. č. 2014/S 158-284298,

vydává podle § 150 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, tento

příkaz:

I.

Zadavatel – Univerzita Palackého v Olomouci, IČO 61989592, se sídlem Křížkovského 511/8, 779 00 Olomouc – **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 části 6 „Fotografický set pro makrofotografii – 1 set“ veřejné zakázky „OPVK/2014 – Dodávka fotografického, záznamového a audiovizuálního vybavení III. etapa“ zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy k podání nabídky uveřejněné na profilu zadavatele dne 20. 6. 2014, přičemž

oznámení o zadání zakázky bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 23. 7. 2014 pod evidenčním číslem 492971 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 20. 8. 2014 pod ev. č. 2014/S 158-284298, nedodržel postup stanovený v § 44 odst. 11 citovaného zákona, když v příloze č. 3 zadávací dokumentace stanovil v rámci technické specifikace části 6 veřejné zakázky požadavek na dodávku dvou datových karet 64GB SDXC s užitím odkazu na konkrétní výrobek, když uvedl „Sandisk 64GB SDXC“ s tím, že označení SanDisk platí za příznačné pro výrobce SanDisk Corporation a je registrovanou ochrannou známkou, přičemž užití tohoto označení vede ke zvýhodnění výrobce SanDisk Corporation a jeho výrobku, resp. dodavatelů dodávajících jeho výrobky a k vyloučení dodavatelů dodávajících jiné obdobné výrobky, čímž zadavatel současně nedodržel zásadu zákazu diskriminace zakotvenou v § 6 odst. 1 citovaného zákona, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky a zadavatel uzavřel dne 7. 8. 2014 s vybraným uchazečem MARKO FOTO s.r.o., IČO 26857308, se sídlem Dobrovského 36/3, 741 01 Nový Jičín, smlouvu na plnění předmětné veřejné zakázky.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto příkazu **se** zadavateli – Univerzita Palackého v Olomouci, IČO 61989592, se sídlem Křížkovského 511/8, 779 00 Olomouc – **ukládá** podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

pokuta ve výši 2 000,- Kč (dva tisíce korun českých).

Pokuta je splatná **do jednoho měsíce** od nabytí právní moci tohoto příkazu.

ODŮVODNĚNÍ

1. Zadavatel – Univerzita Palackého v Olomouci, IČO 61989592, se sídlem Křížkovského 511/8, 779 00 Olomouc (dále jen „zadavatel“) – zahájil odesláním výzvy k podání nabídky a k prokázání splnění kvalifikace uveřejněné na profilu zadavatele dne 20. 6. 2014 (dále jen „výzva“), zjednodušené podlimitní řízení za účelem zadání veřejné zakázky „OPVK/2014 – Dodávka fotografického, záznamového a audiovizuálního vybavení III. etapa“ (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky činila 317 262,-Kč bez DPH. S ohledem na shora uvedené a znění § 26 odst. 5 zákona, podle kterého mj. platí, že zahájí-li veřejný zadavatel zadávání veřejné zakázky malého rozsahu postupem platným pro zadávání podlimitní veřejné zakázky, postupuje podle ustanovení platných pro zadávání podlimitní veřejné zakázky, je zřejmé, že zadavatel měl povinnost postupovat při zadávání této veřejné zakázky dle zákona.
3. Předmětem veřejné zakázky vymezeným ve výzvě k podání nabídek je dodávka fotografického, záznamového a audiovizuálního vybavení s příslušenstvím v různých konfiguracích dle podrobné specifikace uvedené v příloze č. 3 zadávací dokumentace.

4. Z výzvy k podání nabídek dále plyne mimo jiné, že veřejná zakázka je rozdělena ve smyslu § 98 zákona na 9 částí, přičemž uchazeč mohl podat svou nabídku na kteroukoliv z částí veřejné zakázky, případně i na všechny části. Jednotlivé části veřejné zakázky jsou specifikovány v příloze č. 3 zadávací dokumentace veřejné zakázky.
5. V bodě 2.2. zadávací dokumentace („Specifikace veřejné zakázky“) zadavatel uvedl mimo jiné: *„Přesná specifikace předmětu veřejné zakázky je uvedena v příloze č. 3 této zadávací dokumentace. Specifikace je rozčleněna na jednotlivé části, které mají stanoveny svou předpokládanou hodnotu veřejné zakázky, která je cenou maximální v Kč bez DPH pro danou část. Uchazeč je povinen dodržet technické požadavky stanovené v příloze č. 3, pokud je nedodrží, bude z výběrového řízení dané části vyloučen a dále jeho nabídka v dané části nebude posuzována. Uchazeč je povinen zachovat strukturu jednotlivých částí, a nacenit každou položku části, pro kterou podává svou nabídku. Současně je uchazeč povinen v rámci své nabídky doložit přesné (konkrétní) označení nabízeného zboží, v opačném případě bude ze zadávacího řízení dané části vyloučen.“*

[...]

Pokud tato zadávací dokumentace včetně všech jejích příloh obsahuje požadavky nebo odkazy na obchodní firmy, názvy nebo jména a příjmení, specifická označení výrobků a služeb, které platí pro určitého podnikatele nebo jeho organizační složku za příznačné, patenty na vynálezy, užité vzory, průmyslové vzory, ochranné známky nebo označení původu, zadavatel umožňuje použití i jiných, avšak kvalitativně a technicky obdobných a srovnatelných řešení.“

6. V příloze č. 3 zadávací dokumentace („Podrobná specifikace a kalkulace předmětu veřejné zakázky“) zadavatel uvedl v rámci specifikace části 6 „Fotografický set pro makrofotografii – 1 set“ veřejné zakázky, mimo jiné požadavek na datovou kartu, a to následovně: *„datová karta 2x: Sandisk 64GB SDXC“*.
7. Z protokolu o otevírání obálek ze dne 17. 7. 2014 vyplývá, že zadavatel ve lhůtě pro podání nabídek obdržel celkem 2 nabídky, a to nabídku společnosti ApS Brno s.r.o., IČO 00543535, se sídlem Božetěchova 2, 612 66 Brno (dále jen „ApS Brno s.r.o.“), a nabídku společnosti MARKO FOTO s.r.o., IČO 26857308, se sídlem Dobrovského 36/3, 741 01 Nový Jičín (pozn. Úřadu: v době podání nabídky se sídlem 28. Října 462/5, Olomouc 779 00, dále jen „vybraný uchazeč“).
8. Z citovaného protokolu o otevírání obálek dále vyplývá, že obě nabídky se vztahovaly mimo jiné nabídku na část 6 veřejné zakázky, přičemž z citovaných nabídek dále plyne, že oba uchazeči zadavateli v rámci části 6 veřejné zakázky nabídli datové karty značky Sandisk.
9. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 17. 7. 2014 vyplývá, že jako nejvhodnější nabídka pro část 6 veřejné zakázky byla hodnotící komisí vyhodnocena nabídka vybraného uchazeče.
10. Z rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 21. 7. 2014 vyplývá, že zadavatel jako nejvhodnější nabídku na veřejnou zakázku vybral nabídku vybraného uchazeče.
11. Dne 7. 8. 2014 zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na část 6, 7, a 9 veřejné zakázky. Cena části 6 veřejné zakázky byla v čl. 5 této smlouvy sjednána ve výši ve výši 77 803,- Kč bez DPH.

12. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), jako orgán příslušný podle § 112 zákona k výkonu dohledu nad postupy zadavatelů při zadávání veřejných zakázek a soutěži o návrh, obdržel podnět k přezkoumání postupu zadavatele v souvislosti se zadáváním veřejné zakázky. V rámci šetření podnětu si Úřad vyžádal od zadavatele vyjádření k podnětu a dále dokumentaci o předmětné veřejné zakázce.
13. Po přezkoumání předložených podkladů, jež tvoří obsah spisu v této věci vedeného pod sp. zn. S0796/2015/VZ, Úřad dospěl k závěru, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky nepostupoval v souladu se zákonem, k čemuž Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.
14. Podle § 150 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) lze povinnost v řízení z moci úřední a ve sporném řízení uložit formou písemného příkazu. Příkaz může správní orgán vydat, považuje-li skutkové zjištění za dostatečné; vydání příkazu může být prvním úkonem v řízení. V tomto případě je vydání příkazu prvním úkonem ve správním řízení.

K právnímu postavení zadavatele

15. Úřad v úvodu posoudil otázku právního postavení Univerzity Palackého v Olomouci jako zadavatele podle § 2 zákona.
16. Podle § 2 odst. 2 písm. d) zákona je veřejným zadavatelem 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.
17. Z § 101 odst. 1 zákona č. 111/1998 Sb., o vysokých školách a o změně a doplnění dalších zákonů (zákon o vysokých školách), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o vysokých školách“), ve spojení s přílohou č. 1 citovaného zákona vyplývá, že Univerzita Palackého v Olomouci je veřejnou vysokou školou podle citovaného zákona. Z ustanovení § 2 odst. 2 zákona o vysokých školách vyplývá, že vysoká škola je právnickou osobou.
18. Podle § 1 zákona o vysokých školách jsou vysoké školy jako nejvyšší článek vzdělávací soustavy vrcholnými centry vzdělanosti, nezávislého poznání a tvůrčí činnosti a mají klíčovou úlohu ve vědeckém, kulturním, sociálním a ekonomickém rozvoji společnosti tím, že:
 - a) uchovávají a rozhojňují dosažené poznání a podle svého typu a zaměření pěstují činnost vědeckou, výzkumnou, vývojovou a inovační, uměleckou nebo další tvůrčí činnost,
 - b) umožňují v souladu s demokratickými principy přístup k vysokoškolskému vzdělání, získání odpovídající profesní kvalifikace a přípravu pro výzkumnou práci a další náročné odborné činnosti,
 - c) poskytují další formy vzdělávání a umožňují získávat, rozšiřovat, prohlubovat nebo obnovovat znalosti z různých oblastí poznání a kultury a podílejí se tak na celoživotním vzdělávání,

- d) hrají aktivní roli ve veřejné diskusi o společenských a etických otázkách, při pěstování kulturní rozmanitosti a vzájemného porozumění, při utváření občanské společnosti a přípravě mladých lidí pro život v ní,
 - e) přispívají k rozvoji na národní a regionální úrovni a spolupracují s různými stupni státní správy a samosprávy, s podnikovou a kulturní sférou,
 - f) rozvíjejí mezinárodní a zvláště evropskou spolupráci jako podstatný rozměr svých činností, podporují společné projekty s obdobnými institucemi v zahraničí, vzájemné uznávání studia a diplomů, výměnu akademických pracovníků a studentů.
19. Podle Statutu zadavatele (viz http://www.upol.cz/fileadmin/user_upload/dokumenty/Statut_UP_VI.pdf) Univerzita Palackého v Olomouci vykonává tvůrčí vzdělávací, vědeckou, výzkumnou, vývojovou, vzdělávací, uměleckou nebo další tvůrčí činnost. Zadavatel tak splňuje první kumulativní podmínku pro to, aby byl veřejným zadavatelem podle § 2 odst. 2 písm. d) zákona.
20. Podle § 18 odst. 2 písm. a) zákona o vysokých školách je příjmem rozpočtu veřejné vysoké školy zejména příspěvek ze státního rozpočtu na vzdělávací a vědeckou, výzkumnou, vývojovou a inovační, uměleckou nebo další tvůrčí činnost.
21. Jak vyplývá z Výroční zprávy o hospodaření zadavatele za rok 2014, financování zadavatele je založeno především na prostředcích z veřejných zdrojů (celkové náklady zadavatele byly v roce 2014 na úrovni 4 057 633 000 Kč, z toho prostředky poskytnuté z veřejných zdrojů tvořily 3 372 742 000 Kč). Tím zadavatel splňuje druhou kumulativní podmínku pro to, aby byl veřejným zadavatelem podle § 2 odst. 2 písm. d) zákona.
22. Z výše uvedeného je zřejmé, že zadavatel je právnickou osobou, která byla zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a je financována převážně státem či jiným veřejným zadavatelem.
23. Vzhledem k výše uvedenému Úřad uzavřel, že Univerzita Palackého v Olomouci je veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) zákona.

K odkazu na konkrétní zboží v zadávacích podmínkách

24. Dle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
25. Dle § 44 odst. 11 zákona platí, že není-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky či nemá-li sektorový zadavatel na zboží či službu, která je součástí veřejné zakázky, uzavřenou rámcovou smlouvu dle tohoto zákona, nesmí zadávací podmínky, zejména technické podmínky, obsahovat požadavky nebo odkazy na obchodní firmy, názvy nebo jména a příjmení, specifická označení zboží a služeb, které platí pro určitou osobu, popřípadě její organizační složku za příznačné, patenty na vynálezy, užité vzory, průmyslové vzory, ochranné známky nebo označení původu, pokud by to vedlo ke zvýhodnění nebo vyloučení určitých dodavatelů nebo určitých výrobců. Takový odkaz lze výjimečně připustit, není-li popis předmětu veřejné zakázky provedený postupem podle § 45 a 46 dostatečně přesný a srozumitelný. V případě stavebních prací lze takový odkaz připustit, pouze pokud nepovede k neodůvodněnému omezení hospodářské soutěže. Zadavatel v takových případech vždy

výslovně umožní pro plnění veřejné zakázky použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení.

26. Podle § 45 odst. 1 zákona se technickými podmínkami v případě veřejných zakázek na dodávky nebo služby rozumí vymezení charakteristik a požadavků na dodávky nebo služby stanovené objektivně a jednoznačně způsobem vyjadřujícím účel využití požadovaného plnění zamýšlený zadavatelem.
27. Podle § 45 odst. 3 zákona technické podmínky nesmí být stanoveny tak, aby určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely neodůvodněné překážky hospodářské soutěže. Odůvodňuje-li to předmět veřejné zakázky, zohlední zadavatel při stanovení technických podmínek požadavky přístupnosti osob se zdravotním postižením nebo dostupnosti pro všechny uživatele.
28. Podle § 46 odst. 4 zákona technické podmínky může zadavatel stanovit formou požadavků na výkon nebo funkci, které mohou zahrnovat rovněž charakteristiky z hlediska vlivu na životní prostředí. Tyto požadavky a charakteristiky musí být dostatečně přesné, aby uchazečům umožnily jednoznačně určit předmět zakázky a zpracovat porovnatelné nabídky.
29. Z ustanovení § 44 odst. 11 zákona plyne obecný zákaz uvádět v zadávacích podmínkách požadavky nebo odkazy mimo jiné na konkrétní výrobky (zboží, které platí pro určitou osobu za příznačné) nebo ochranné známky. Úřad k rozsahu tohoto zákazu odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 27/2009 ze dne 28. 4. 2011, ve kterém je uvedeno: *„Pokud by pak zadávací dokumentace odkazovala na konkrétní obchodní firmu nebo dokonce konkrétní výrobek, docházelo by k omezení konkurence a tedy i soutěže. Zákaz uvádět v zadávací dokumentaci obchodní firmu však není absolutní a ZVZ stanoví dvě výjimky, kdy jsou odkazy přípustné. Zadavatel tak může odkázat na obchodní firmu tehdy, je-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky, nebo tehdy, není-li schopen popsat předmět veřejné zakázky s použitím specifikací, které jsou dostatečně přesné a srozumitelné všem dodavatelům. Vždy však musí umožnit použití i jiných kvalitativně a technicky obdobných řešení.“* K obdobnému závěru pak dospěl rovněž Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 9 Afs 30/2010 ze dne 16. 10. 2010, ve kterém konstatoval: *„Zadavatel při zpracování zadávací dokumentace nesmí použít mj. odkazy na konkrétní obchodní firmy, ledaže by to bylo odůvodněno předmětem veřejné zakázky a pokud by popis předmětu veřejné zakázky stanovený technickými podmínkami plnění nebyl přesný a srozumitelný. V takovém případě však musí zadavatel připustit jakékoliv jiné obdobné řešení vyhovující jeho požadavkům na plnění předmětu veřejné zakázky.“* Nejsou-li splněny výše uvedené podmínky, kdy se obecný zákaz uvádět požadavky nebo odkazy mimo jiné na konkrétní výrobky neuplatní, a zadavatel přesto použije požadavek nebo odkaz ve smyslu § 44 odst. 11 zákona např. právě na konkrétní výrobek nebo ochrannou známku, dopustí se v takovém případě nejen porušení § 44 odst. 11 zákona, ale současně i zásady zákazu diskriminace.
30. Úřad je názoru, že v šetřeném případě nejsou splněny výše uvedené podmínky pro použití odkazu na konkrétní výrobek značky SanDisk v zadávacích podmínkách. Podle Úřadu se v případě datové karty, resp. datové karty SDXC o kapacitě 64 GB, nejedná o natolik specifický výrobek, že by jej nebylo možné dostatečně přesně a srozumitelně popsat bez uvedení označení konkrétního výrobku, které je v šetřeném případě navíc registrovanou ochrannou známkou. Zadavateli, který poptává datovou kartu, se nabízí řada vlastností

datových karet, kterými může v závislosti na svých potřebách poptávanou datovou kartu popsat. Jde například o kapacitu a formát karty, rychlost čtení/zápisu, kompatibilitu. Pakliže by zadavatel kladl v šetřeném případě na poptávané datové karty SDXC o kapacitě 64 GB další požadavky nad rámec formátu a kapacity, mohl by popsat datovou kartu dalšími vlastnostmi. Dále nelze přehlédnout, že na trhu existuje množství výrobců a značek datových karet, včetně karet uvedeného formátu a kapacity. Datové karty značky SanDisk tedy nejsou jediné, které by splňovaly požadavek zadavatele na formát a kapacitu, případně jiné (ovšem zadavatelem v zadávacích podmínkách neuvedené) vlastnosti.

31. Zadavatel v bodě 2.2. zadávací dokumentace uvedl mimo jiné, že *„[p]okud tato zadávací dokumentace ... obsahuje požadavky nebo odkazy na obchodní firmy, názvy nebo jména a příjmení, specifická označení výrobků a služeb ... zadavatel umožňuje použití i jiných, avšak kvalitativně a technicky obdobných a srovnatelných řešení“* (viz bod 5 odůvodnění tohoto příkazu).
32. V této souvislosti Úřad uvádí, že použití této „antidiskriminační formulace“ ve smyslu § 44 odst. 11 zákona je podle uvedeného ustanovení, jak Úřad dovodil výše, spjata toliko se situací, kdy je použití odkazu nebo požadavku na konkrétní výrobky nebo ochranné známky podle § 44 odst. 11 zákona vůbec přípustné. V šetřeném případě však uvedená situace nenastala. Použití antidiskriminační formulace podle § 44 odst. 11 zákona samo o sobě nenahrazuje splnění podmínek pro výjimku ze zákazu použití odkazu nebo požadavku na konkrétní výrobky nebo ochranné známky.
33. Navzdory skutečnosti, že zadavatel uvedl v zadávací dokumentaci možnost podání nabídky s ekvivalentním výrobkem, resp. kvalitativně srovnatelného řešení (bez ohledu na to, že tak učinil, aniž by byly splněny podmínky výjimky ze zákazu podle § 44 odst. 11 zákona), dodavatelé mohli být ve vztahu k požadavku na datové karty specifikovaného odkazem na konkrétní výrobek „Sandisk 64GB SDXC“ legitimně vedeni úvahou, zda dodání jiného než zadavatelem uvedeného konkrétního výrobku SanDisk 64GB SDXC nepovede k vyřazení jejich nabídky a následnému vyloučení z účasti v zadávacím řízení pro nesplnění zadávacích podmínek. K tomu Úřad uvádí, že judikatura soudů (viz bod 29 odůvodnění tohoto příkazu) jednoznačně dovodila, kdy je výjimečně možné uvést odkaz na konkrétní výrobek, a to je-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky nebo není-li zadavatel schopen popsat předmět veřejné zakázky s použitím specifikací dostatečně přesných a jasných pro všechny dodavatele. V případě šetřené veřejné zakázky nicméně s ohledem na výše dovozené závěry ani jedna z těchto podmínek naplněna nebyla. Skutečnost, že zadavatel tedy připustil i jiná řešení, je v kontextu uvedených skutečností zcela irelevantní, poněvadž tak musí zadavatel učinit vždy, a to i kdyby legitimně použil odkaz na konkrétní výrobek. Pokud však tento postup legitimní nebyl, je bez významu, zda zadavatel k tomu uvedl, že lze připustit ještě další řešení.
34. Úřad konstatuje, že nelze dospět k závěru, že by specifikace datové karty 64 GB SDXC použitím odkazu na konkrétní výrobek určité značky byla jakkoli racionálně odůvodněna. V této souvislosti Úřad pro úplnost uvádí, že z dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že jak uchazeč ApS Brno s.r.o., tak vybraný uchazeč nabídli v předmětné části zadávacího řízení stejné výrobky, tj. datové karty značky SanDisk.

35. Výše uvedeným postupem zadavatele, když zadavatel použil odkaz na konkrétní výrobky resp. současně ochrannou známku, aniž by pro to byly splněny podmínky dle § 44 odst. 11 zákona, porušil § 44 odst. 11 zákona a zásadu zákazu diskriminace zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona, neboť je zřejmé, že zadávacího řízení o veřejnou zakázku se mohly účastnit jen ty subjekty, které byly schopné dodat zadavatelem uvedený konkrétní výrobek, resp. tyto subjekty byly zvýhodněny tím, že jako jediné měly jistotu, že jejich nabídka bude odpovídat zadavatelem stanoveným požadavkům. Tento závěr jednoznačně potvrzuje právě skutečnost, že uchazeči nabídli shodná plnění (výrobek značky SanDisk), jak již bylo konstatováno výše. Stanovení požadavku na dodávku konkrétních produktů pak vedlo nepochybně ke zvýhodnění nebo k vyloučení určitých dodavatelů nebo určitých výrobků. Tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, neboť došlo ke zvýhodnění výrobců nabízejících konkrétní požadované výrobky, respektive dodavatelů nabízejících zboží právě od těchto výrobců.
36. Úřad má na základě výše uvedeného za prokázané, že zadavatel při zadávání části 6 „Fotografický set pro makrofotografii – 1 set“ veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v ustanovení § 44 odst. 11 zákona, když v příloze č. 3 zadávací dokumentace stanovil v rámci technické specifikace části 6 veřejné zakázky požadavek na dodávku dvou datových karet 64GB SDXC s užitím odkazu na konkrétní výrobek, když uvedl „Sandisk 64GB SDXC“ s tím, že označení SanDisk platí za příznačné pro výrobce SanDisk Corporation a je registrovanou ochrannou známkou, přičemž užití tohoto označení vede ke zvýhodnění výrobce SanDisk Corporation a jeho výrobku, resp. dodavatelů dodávajících jeho výrobky a k vyloučení dodavatelů dodávajících jiné obdobné výrobky, čímž zadavatel současně nedodržel zásadu zákazu diskriminace zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona.
37. Úřad považuje ve smyslu ustanovení § 150 odst. 1 správního řádu skutková zjištění za dostatečná a s ohledem na výše uvedené považuje za prokázané, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 44 odst. 11 zákona, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto příkazu.

K uložení pokuty

38. Úřad posoudil postup zadavatele a vzhledem ke zjištěným skutečnostem přistoupil k uložení pokuty, neboť zadavatel svým postupem naplnil skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
39. 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 nejhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.
40. V šetřeném případě se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 44 odst. 11 zákona, když v zadávacích podmínkách odkázal ve specifikaci části 6 veřejné zakázky na konkrétní výrobek užitím označení, které platí za příznačné pro výrobce SanDisk Corporation a je registrovanou ochrannou známkou, čímž mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku.
41. Podle § 121 odst. 3 zákona (ve znění účinném v době spáchání správního deliktu) odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad

o něm ne zahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.

42. Podle čl. 40 odst. 6 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. Ústavní pravidlo zakotvené v čl. 40 odst. 6 Listiny, které stanoví, že trestnost činu se posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán, a pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější, 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 řízeních o sankci za správní delikty.
43. V tomto případě došlo před vydáním tohoto příkazu s účinností ke dni 6. 3. 2015 ke změně ustanovení § 121 odst. 3 zákona, který nově uvádí, že „odpovědnost právnické osoby za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm ne zahájil řízení do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán“. Úřad proto v šetřeném případě aplikoval výjimku zakotvenou v čl. 40 odst. 6 Listiny a posoudil případ podle pozdějšího zákona (zákona účinného v době vydání tohoto příkazu), neboť došel k závěru, že je pro zadavatele příznivější. Při posuzování příznivosti právní úpravy vycházel Úřad zejména ze skutečnosti, že zákon účinný v době zahájení zadávacího řízení (resp. v době spáchání správního deliktu) umožňoval oproti stávající právní úpravě zahájit správní řízení s delším odstupem od okamžiku spáchání správního deliktu či od okamžiku, kdy se o něm Úřad dozvěděl.
44. V návaznosti na citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona (ve znění účinném ke dni vydání tohoto příkazu). V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl na základě podnětu, který obdržel dne 7. 10. 2015. K uzavření smlouvy na část 6 veřejné zakázky s vybraným uchazečem došlo dne 7. 8. 2014, kdy zároveň došlo ke spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto příkazu. Správní řízení je v souladu s § 150 odst. 1 správního řádu v návaznosti na § 46 odst. 1 správního řádu zahájeno dnem doručení tohoto příkazu. Z uvedených údajů tak vyplývá, že odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.
45. 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 odstavce 1 písm. a), c) nebo d).
46. V daném případě se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, za nějž lze v souladu s citovaným ustanovením § 120 odst. 2 písm. a) zákona uložit pokutu do 10 % ceny zakázky. Vzhledem k tomu, že cena části 6 veřejné zakázky byla v čl. 5 smlouvy sjednána ve výši 77 803,- Kč bez DPH, tedy 94 141,63 Kč vč. DPH, činí horní hranice možné pokuty po zaokrouhlení částku ve výši 9 414,- Kč.
47. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.

48. 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). Úřad nad rámec uvedených kritérií pak může přihlídnout i k jiným okolnostem, pokud jsou svojí povahou podstatné pro posouzení závažnosti správního deliktu, a které by s ohledem na skutkové okolnosti konkrétního případu mohly být kvalifikovány jako polehčující či přitěžující.
49. Úřad konstatuje, že v šetřeném případě se jedná o správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, přičemž co se týče stupně jeho závažnosti, představuje diskriminační nastavení zadávacích podmínek zásah do okruhu potenciálních dodavatelů, v důsledku čehož mohl zadavatel obdržet méně nabídek než v případě, pokud by stanovil zadávací podmínky v souladu se zákonem. Zadavatelovo jednání tak bylo způsobilé narušit základní princip zadávání veřejných zakázek, tj. zachování soutěžního prostředí, které má umožnit z co možná nejširšího okruhu podaných nabídek vybrat pro zadavatele tu nejvhodnější. Typově se v případě porušení § 44 odst. 11 tedy jedná o delikt spíše závažnějšího charakteru.
50. Úřad při určení výměry pokuty ve prospěch zadavatele zohlednil tu skutečnost, že v šetřeném případě zadavatel dobrovolně postupoval v režimu zákona, když zahájil zadávací řízení na veřejnou zakázku s předpokládanou hodnotou ve výši 317 262 Kč, tedy zakázku, která je podle své předpokládané hodnoty zakázkou malého rozsahu (§ 12 odst. 3 zákona), postupem platným pro zadávání podlimitní veřejné zakázky (viz bod 1 odůvodnění tohoto příkazu). Tímto postupem se však zadavatel samozřejmě nezbavuje povinnosti dodržet veškeré zákonem stanovené postupy v zadávacím řízení (viz § 26 odst. 5 zákona).
51. Dále jako k polehčující okolnosti Úřad přihlédl k tomu, že konečná hodnota předmětného zboží poptávaného v rámci části 6 veřejné zakázky (2 datové karty 64GB SDXC), ve vztahu k němuž se zadavatel dopustil správního deliktu, představuje pouze zlomek celkové konečné hodnoty části 6 veřejné zakázky (94 141,63 Kč vč. DPH).
52. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci zadavatele, neboť vychází z maximy, že není přípustné uložit takovou pokutu, která má likvidační charakter v tom smyslu, že by „zmařila“ samu ekonomickou podstatu zadavatele. S ohledem na právě uvedené má Úřad za to, že pokutu uloženou ve výši 2 000,- Kč nelze považovat nejen za likvidační (viz výše), ale ani za jeho ekonomickou podstatu nepřiměřeně zasahující (a v tomto smyslu nespravedlivou).
53. V souvislosti s právě uvedeným je třeba mít dále na paměti, že 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. Má-li pokuta tyto funkce splnit, je zřejmé, že 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 Brně 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.

54. V tomto smyslu Úřad uvádí, že peněžité sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do majetkové sféry pachatele správního deliktu, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinam. Korektivem tu tedy nemůže být tento nepříznivý zásah samotný, ale až situace, kdy by tento zásah nabyl likvidačního charakteru. Kromě toho se v konečném důsledku nemusí uložená sankce projevit (výlučně jen) ve sféře zadavatele, neboť je na něm, aby případně využil jiné právní nástroje, pomocí kterých je možno uplatnit nárok na náhradu škody proti konkrétním osobám, které zavinily protiprávní stav, jenž vyústil v uložení sankce.
55. Závěrem tedy Úřad k výši pokuty konstatuje, že uložená pokuta naplňuje dostatečně obě shora zmíněné funkce, přičemž Úřad v této souvislosti akcentoval zejména preventivní charakter uložené sankce, aniž by se zároveň jednalo o pokutu likvidační či „nespravedlivou“.
56. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech výše uvedených hledisek a stanovenou pokutu ve výši 2 000 Kč (tj. na úrovni přibližně jedné pětiny zákonné sazby) vzhledem k souvislostem případu posoudil jako dostačující. S ohledem na tuto skutečnost bylo rozhodnuto, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto příkazu.
57. Pokuta je splatná do jednoho měsíce od nabytí právní moci tohoto příkazu na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710. Jako variabilní symbol zadavatel uvede své identifikační číslo.

POUČENÍ

Proti tomuto příkazu lze podle § 150 odst. 3 správního řádu podat odpor ve lhůtě 8 dnů ode dne jeho oznámení, a to u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 1926/7, Černá pole, 604 55 Brno. Lhůta pro podání odporu běží ode dne následujícího po dni doručení tohoto příkazu. Podáním odporu se příkaz ruší a řízení ve věci pokračuje. Lhůty pro vydání rozhodnutí začínají znovu běžet dnem podání odporu. Zpětvzetí odporu není přípustné. Příkaz, proti němuž nebyl podán odpor, se stává pravomocným a vykonatelným rozhodnutím.

otisk úředního razítka

v z. Mgr. Mojmír Florian
JUDr. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží

Univerzita Palackého v Olomouci, Křížkovského 511/8, 779 00 Olomouc

Vypraveno dne

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