



UOHSX0080PZ8

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



PŘÍKAZ

Č. j.: ÚOHS-S0026/2016/VZ-02074/2016/523/ASo

Brno 18. ledna 2016

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

- Západočeská univerzita v Plzni, IČO 49777513, se sídlem Univerzitní 2732/ 8, 306 14 Plzeň, v souvislosti se zadáváním veřejné zakázky „Vybrané standardní ICT vybavení - Počítače - 036-2014“ na základě výzvy k podání nabídek v dynamickém nákupním systému ze dne 9. 10. 2014, jejíž zjednodušené oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 22. 9. 2014 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 23. 9. 2014 pod ev. č. 497659 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 25. 9. 2014 pod ev. č. 2014/S 184-324722, na kterou byla dne 30. 10. 2014 s vybraným uchazečem Axes Computers s.r.o., IČO 25232312, se sídlem Kollárova 1, 301 00 Plzeň, uzavřena smlouva, vydává podle § 150 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, tento

příkaz:

I.

Zadavatel – Západočeská univerzita v Plzni, IČO 49777513, se sídlem Univerzitní 2732/ 8, 306 14 Plzeň – **se dopustil správního deliktu** podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že v rozporu s ustanovením § 44 odst. 11 citovaného zákona v zadávacích podmínkách veřejné zakázky „Vybrané standardní ICT vybavení - Počítače - 036-2014“ zadávané na základě výzvy k podání nabídek ze dne 9. 10. 2014 v dynamickém nákupním systému, jejíž zjednodušené oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne

22. 9. 2014 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 23. 9. 2014 pod ev. č. 497659 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 25. 9. 2014 pod ev. č. 2014/S 184-324722, použil ke specifikaci předmětu veřejné zakázky v rámci položky č. 2 v příloze č. 1 „Technická specifikace předmětu veřejné zakázky“ přílohy č. 1 „Návrh kupní smlouvy“ výzvy k podání nabídek ze dne 9. 10. 2014 označení „Western Digital 2.5““, které je příznačné pro výrobce Western Digital Technologies, Inc., aniž by to bylo odůvodněno předmětem veřejné zakázky, což mohlo vést ke zvýhodnění tohoto výrobce, resp. dodavatelů dodávajících jím distribuované výrobky a k vyloučení dodavatelů dodávajících jiné obdobné výrobky, čímž zároveň došlo k porušení zásady zákazu diskriminace těchto dodavatelů stanovené v § 6 odst. 1 citovaného zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel dne 30. 10. 2014 s vybraným uchazečem Axes Computers s.r.o., IČO 25232312, se sídlem Kollárova 1, 301 00 Plzeň, smlouvu na plnění předmětné veřejné zakázky.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto příkazu se zadavateli – Západočeská univerzita v Plzni, IČO 49777513, se sídlem Univerzitní 2732/ 8, 306 14 Plzeň – **ukládá** podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

pokuta ve výši 1 000,- Kč (jeden tisíc korun českých).

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

ODŮVODNĚNÍ

1. Zadavatel – Západočeská univerzita v Plzni, IČO 49777513, se sídlem Univerzitní 2732/ 8, 306 14 Plzeň (dále jen „zadavatel“) – zahájil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), dne 15. 1. 2014 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění otevřeného řízení, ve kterém zadavatel zavedl „Dynamický nákupní systém pro vybrané standardní ICT vybavení - Počítače“, přičemž toto oznámení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 16. 1. 2014 pod ev. č. 376780, ve znění oprav uveřejněných dne 17. 1. 2014 (dále jen „dynamický nákupní systém“).
2. Výzvou ze dne 9. 10. 2014 zadavatel vyzval uchazeče zařazené do předmětného dynamického nákupního systému k podání nabídek na veřejnou zakázku „Vybrané standardní ICT vybavení - Počítače - 036-2014“, jejíž zjednodušené oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 22. 9. 2014 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 23. 9. 2014 pod ev. č. 497659 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 25. 9. 2014 pod ev. č. 2014/S 184-324722 (dále jen „veřejná zakázka“).
3. Předmětem veřejné zakázky vymezeným v článku 2.1 výzvy k podání nabídek ze dne 9. 10. 2014 „*jsou dodávky výpočetní techniky, jejíž přesný výčet včetně specifikace a požadovaného množství je uveden v Přílohách návrhu Kupní smlouvy, který tvoří Přílohu č. 1 této Výzvy*“. V rámci položky č. 2 uvedené v příloze č. 1 „Technická specifikace předmětu veřejné zakázky“ přílohy č. 1 „Návrh kupní smlouvy“ výzvy k podání nabídek ze dne 9. 10. 2014 zadavatel stanovil požadavek na dodávku pěti externích pevných disků Western Digital 2.5“ s kapacitou 1TB.

4. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky činila dle bodu 2.2 výzvy k podání nabídek ze dne 9. 10. 2014 částku 106 716,54 Kč bez DPH. Zadavatel uzavřel dne 30. 10. 2014 s vybraným uchazečem – Axes Computers s.r.o., IČO 25232312, se sídlem Kollárova 1, 301 00 Plzeň (dále jen „vybraný uchazeč“) – smlouvu na plnění předmětné veřejné zakázky s cenou 103 479,- Kč bez DPH, tj. 125 209,59 vč. DPH. Cena 1 ks externího pevného disku Western Digital 2.5“ s kapacitou 1TB, byla 1 782,- Kč bez DPH, tj. za 5 ks 8 910,- Kč bez DPH.
5. 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 při zadávání veřejné zakázky. V rámci šetření podnětu si Úřad vyžádal od zadavatele vyjádření k podnětu a dále dokumentaci o předmětné veřejné zakázce.
6. Po přezkoumání předložených podkladů, jež tvoří obsah spisu v této věci vedeného pod sp. zn. S0026/2016/VZ, Úřad dospěl k závěru, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky nepostupoval v souladu se zákonem, k čemuž Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.
7. 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 postavení zadavatele

8. Úřad se nejprve zabýval posouzením otázky právního postavení Západočeské univerzity v Plzni jako zadavatele podle § 2 zákona.
9. Podle § 2 odst. 1 zákona se za zadavatele veřejné zakázky považuje veřejný, dotovaný a sektorový zadavatel.
10. Podle § 2 odst. 2 zákona je veřejným zadavatelem
 - a. Česká republika,
 - b. státní příspěvková organizace,
 - c. územní samosprávný celek nebo příspěvková organizace, u níž funkci zřizovatele vykonává územní samosprávný celek,
 - d. iná 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.
11. 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 Západočeská univerzita

v Plzni je veřejnou vysokou školou podle citovaného zákona. Z ustanovení § 2 odst. 2 zákona o vysokých školách vyplývá, že vysoká škola je právnickou osobou.

12. Podle ust. § 1 zákona o vysokých školách jsou vysoké školy jako nejvyšší články vzdělávací soustavy vrcholnými centry vzdělanosti, nezávislého poznání a tvůrčí činnosti a mají klíčovou úlohu ve vědeckém, kulturním, sociálním a ekonomickém rozvoji společnosti.
13. 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.
14. Jak vyplývá z výroční zprávy o hospodaření zadavatele za rok 2014, obdržel zadavatel v předmětném roce z veřejných zdrojů České republiky (konkrétně od Ministerstva školství, mládeže a tělovýchovy) dotace ve výši 1 779 780 000 Kč. Jak dále vyplývá z výkazu zisků a ztrát obsaženého ve výroční zprávě o hospodaření zadavatele za rok 2014, činily tržby za vlastní výkony a zboží částku 98 143 000 Kč za hlavní činnost a 69 003 000 Kč za doplňkovou činnost; jedná se tedy o marginální část rozpočtu zadavatele, v komparaci s výší dotací, jež byly zadavateli poskytnuty z veřejných zdrojů. Úřad na tomto místě poznamenává, že Ministerstvo školství, mládeže a tělovýchovy, coby organizační složka státu, tedy organizační složka České republiky, je veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 2 písm. a) zákona (viz § 3 odst. 1 zákona č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů).
15. 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.
16. Vzhledem k výše uvedenému Úřad uzavřel, že Západočeská univerzita v Plzni je veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) zákona.

K odkazu na obchodní firmu v zadávacích podmínkách

17. Dle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
18. 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 výrobků. 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.
19. 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.

20. 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.
21. 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.
22. Z ustanovení § 44 odst. 11 zákona plyne obecný zákaz uvádět v zadávacích podmínkách požadavky nebo odkazy mimo jiné na obchodní firmy. 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. na konkrétní výrobek nebo ochrannou známku, dopustí se v takovém případě nejen porušení § 44 odst. 11 zákona, ale současně i zásady zákazu diskriminace. Uvedené ustanovení zákona je transpozicí čl. 23 odst. 8 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. 3. 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby, podle kterého technické specifikace nesmějí – není-li to odůvodněno předmětem zakázky – odkazovat na určitou výrobu nebo zdroj nebo na konkrétní postup nebo na obchodní značky, patenty, typy nebo určitý původ či výrobu, což by mělo za důsledek zvýhodnění nebo vyloučení určitých podniků nebo určitých výrobků. Takový odkaz je výjimečně povolen, pokud není možný dostatečně přesný a srozumitelný popis předmětu zakázky podle odst. 3 a 4 téhož článku směrnice; a musí být doprovázen slovy „nebo rovnocenný“.
23. Úřad předně uvádí, že smyslem ustanovení § 44 odst. 11 zákona je vyvarování se použití odkazů na specifické označení zboží a služeb v zadávací dokumentaci, které obecně vede k omezení hospodářské soutěže, a tím nehospodárnému využití veřejných prostředků.

V souvislosti s výše uvedeným proto zadavatel musí v souladu s tímto ustanovením zákona směřovat veškeré kroky související s přípravou zadávací dokumentace, zejména pak technických podmínek, k tomu, aby se specifického označení zboží či služeb a ostatních odkazů citovaných v předmětném ustanovení zákona vyvaroval. V této souvislosti Úřad opětovně odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 28. 4. 2011, č. j. 62 Ca 27/2009-117, v němž je konstatováno, že: *„Zadavatel je totiž povinen vymezit předmět veřejné zakázky přesně, úplně a srozumitelně, nicméně za použití natolik obecného popisu a technických podmínek, aby neodkazoval na určité identifikační znaky jiných dodavatelů, pokud to pro jasnou identifikaci poptávaného plnění není nezbytně nutné.“* V uvedeném rozsudku soud dále uvedl, že *„Smyslem tohoto ustanovení [myšleno ustanovení § 44 odst. 11 zákona, pozn. Úřadu] je (...) zabránit tomu, aby zadávací podmínky byly skrytým nástrojem či prostředkem diskriminace dodavatelů.“*

24. K uvedené věci se rovněž vyjádřil Soudní dvůr Evropské unie ve věci C-359/93 Komise Evropských společenství proti Nizozemskému království ze dne 24.1.1995 (tzv. případ UNIX – CASE), kdy holandská vláda požadovala software pro předpověď UNIX, čímž podle SDEU diskriminovala ostatní dodavatele, jejichž software pracoval na stejném nebo obdobném principu. SDEU v tomto případě rozhodl, že holandská vláda mohla pouze požadovat software „pracující“ pod UNIXem, čili kompatibilní software, nikoli přímo software stejné značky.
25. Pokud Úřad vychází ze zásady transparentnosti zadávacího řízení uvedené v § 6 odst. 1 zákona, resp. s ohledem na možnost případného přezkumu úkonů zadavatele, Úřad konstatuje, že specifikaci předmětu veřejné zakázky, resp. nezbytnost specifikace za použití požadavku nebo odkazu 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, musí být zadavatel také schopen (nejlépe v dokumentaci o veřejné zakázce) odůvodnit a doložit.
26. V šetřeném případě zadavatel ve výzvě k podání nabídek požadoval u položky č. 2 dodání pěti pevných disků Western Digital 2.5“ s kapacitou 1TB, z čehož je zřejmé, že požadavek zadavatele obsahoval odkaz na obchodní firmu – konkrétního výrobce těchto komponent.
27. Zadavatel v rámci šetření podnětu před zahájením správního řízení Úřadu podáním ze dne 21. 12. 2015 sdělil, že *„[p]ožadavek na konkrétní pevný disk byl odůvodněn zajištěním dočasné kompatibility se zálohovacím softwarem WD SmartWare Pro, který byl již používán v projektu ZČU. Bezplatná zkušební verze zálohovacího softwaru WD SmartWare Pro Produkt WD Elements, kterou měla ZČU pro projekt k dispozici, zahrnuje bezplatnou zkušební verzi zálohovacího softwaru WD SmartWare Pro a umožňuje zálohovat soubory na místní disk WD Elements nebo do cloudu za použití účtu služby DropBox™. Vzhledem k tomu, že na dotčeném pracovišti ZČU již byl v rámci projektu uvedený druh zálohovacího softwaru používán, nemohlo z důvodu kontinuity zálohování dojít k přechodu na jiný...“*.
28. K uvedeným skutečnostem Úřad uvádí, že je nepovažuje pro danou věc za relevantní. Jak bylo řečeno již výše, zadavatel má podle § 44 odst. 11 zákona povinnost postupovat tak, aby se při vymezení zadávacích podmínek, resp. jeho požadavků na poptávaný předmět plnění, vyvaroval odkazů na specifické označení zboží, tj. na zboží od konkrétního výrobce. Pokud by

Úřad přistoupil k argumentu zadavatele, pak v posuzovaném případě byl dle přesvědčení Úřadu dán prostor k tomu, aby zadavatel v zadávacích podmínkách stanovil, že poptává externí pevný disk 2,5" s kapacitou 1 TB, přičemž by dále určil, jaké požadavky má tento externí pevný disk splňovat, aniž by odkázal na konkrétního výrobce. Takto ostatně zadavatel postupoval v případě zbývajících produktů, které byly poptávány v rámci veřejné zakázky a jejichž soupis tvoří přílohu č. 1 „Technická specifikace předmětu veřejné zakázky“ přílohy č. 1 „Návrh kupní smlouvy“ výzvy k podání nabídek ze dne 9. 10. 2014. Nadto ovšem Úřad uvádí, že požadavek zadavatele nelze odůvodňovat „dočasnou“ kompatibilitou poptávaných externích pevných disků s „*bezplatnou zkušební verzí zálohovacího software*“, a to obzvláště za situace, kdy je na trhu zcela běžnou praxí, že výrobci nabízejí externí pevné disky zálohovacím software již vybavené. Úřad uzavírá, že není možné jednoznačně konstatovat, že by pro řádné zálohování dat bylo nutné využívat pouze jeden typ externího pevného disku a jeden konkrétní zálohovací software, a to tím spíš, jedná-li se o bezplatný software ve zkušební verzi.

29. Úřad konstatuje, že v šetřeném případě použití formy specifikace zadavatelem poptávaného počítačového hardwaru (externích pevných disků výrobce Western Digital) nebylo předmětem veřejné zakázky relevantně odůvodněno. Relevantní důvody pro použití označení výrobce externích pevných disků (tj. společnosti Western Digital) neobsahuje ani výzva k podání nabídek ze dne 9. 10. 2014, ani žádný jiný dokument zařazený do dokumentace o veřejné zakázce. Ve výzvě k podání nabídek je požadavek na počítačový hardware stanoven bez dalšího vysvětlení (upřesnění), proč právě tyto hardwarové komponenty konkrétního výrobce zadavatel požaduje. Nelze proto než konstatovat, že zadavatel jednal při zadávání veřejné zakázky v rozporu s § 44 odst. 11 zákona, když v zadávacích podmínkách veřejné zakázky použil ke specifikaci předmětu veřejné zakázky odkaz na obchodní firmu výrobce externích pevných disků, aniž by to bylo odůvodněno předmětem veřejné zakázky.
30. Úřad uvádí, že tím, že zadavatel v zadávacích podmínkách stanovil požadavek na dodávku externích pevných disků konkrétního výrobce, nedodržel zásadu zákazu diskriminace stanovenou v § 6 odst. 1 zákona. Zadavatel tímto svým postupem diskriminoval ostatní dodavatele, kteří by byli schopni podat svoji nabídku na plnění veřejné zakázky, pokud by v zadávacích podmínkách zadavatel neomezil dodávku vybraných hardwarových komponent na konkrétní výrobky konkrétních výrobců.
31. Problematiku dodržování zásady zákazu diskriminace pregnantně objasňuje např. rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 20/2008-152 ze dne 5. 6. 2008, ze kterého vyplývá, že smysl ustanovení § 6 odst. 1 (dříve § 6) zákona „*v první řadě směřuje k cíli samotného zákona, kterým je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Zákon tohoto cíle dosahuje především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli*“. Dále Nejvyšší správní soud zdůraznil, „*že smysl a cíl zákazu diskriminace nutně vede interpreta § 6 ZVZ k závěru, že tento zákaz zahrnuje jednak zákaz diskriminace zjevné (přímé), tedy odlišného zacházení s jednotlivcem ve srovnání s celkem, jednak též zákaz diskriminace skryté (nepřímé), pokud tato vede v podstatě k obdobným právem zakázaným důsledkům (v oblasti práva veřejných zakázek tedy poškozování hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli)*“.

32. Svým postupem zadavatel mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť pokud by v zadávacích podmínkách nestanovil nezákonný požadavek na dodávku externích pevných disků konkrétního výrobce, mohl obdržet nabídky i od jiných dodavatelů než od dodavatelů dodávajících hardwarové komponenty konkrétního výrobce, a tedy i nabídku, která by obsahovala pro zadavatele výhodnější podmínky, než ty, které zadavateli v šetřeném případě nabídl vybraný uchazeč.
33. Pokud jde o potencialitu vlivu nezákonného jednání zadavatele při zadávání veřejné zakázky na výběr nejvhodnější nabídky, coby jednoho ze znaků skutkové podstaty správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, pak Úřad nad rámec shora řečeného dodává následující. Jak již uvedl předseda Úřadu ve svém rozhodnutí sp. zn. R128/2014, zákon nevyžaduje prokázání vlivu na výběr nejvhodnější nabídky, postačí takové jednání zadavatele, které mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Jak rovněž konstatoval Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 58/2010-159 ze dne 20. 3. 2012 „*pro naplnění skutkové podstaty deliktu je přitom takováto možnost zcela postačující a soudu tedy 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.“ Obdobně pak v rozhodnutí sp. zn. R406/2013 předseda Úřadu konstatoval, že „*v tomto kontextu je třeba poukázat na znění ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, dle něhož postačuje pouhá možnost podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, což vyplývá z formulace tohoto ustanovení zákona, cit.: „(...) 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.“* V rozhodnutí č. j. ÚOHS-R180/2008/VZ-1837/2009/310/ASc ze dne 12. 2. 2009 předseda Úřadu konstatoval, že „*skutková podstata správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona je navíc naplněna, i pokud jednání zadavatele má pouze potenciál podstatně ovlivnit výběr nabídky, tedy je pouze schopno tohoto ovlivnění, aniž by k němu nutně došlo. Z dikce zákona jasně plyne, že slovo ‚podstatně‘ se vztahuje jak na skutečné ovlivnění (ovlivnil) tak i na potenciální možnost ovlivnění (mohl ovlivnit) výběru nabídky. (...) k uložení pokuty Úřadem postačí pouze potenciální možnost ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Úřad tedy není nucen zkoumat, zda k ovlivnění skutečně došlo či nedošlo, neboť z hlediska ustanovení § 120 zákona stačí pouhá možnost tohoto ovlivnění.“* Je tedy zřejmé, že není nezbytné prokázat, že ke skutečnému podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky fakticky došlo, ale postačí „pouhá“ eventualita, resp. potencialita podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 7. 10. 2011 č. j. 62 Af 41/2010-72, dovodil, že „*pro spáchání správního deliktu podle tohoto ustanovení (§ 120 odst. 1 písm. a) zákona, pozn. Úřadu) (a pro uložení pokuty podle § 120 odst. 2 ZVZ) musí být prokázáno, že zadavatel porušil ZVZ, přitom k porušení ZVZ ze strany zadavatele došlo kvalifikovaným způsobem. Tento kvalifikovaný způsob porušení ZVZ (závažnější, ‚nebezpečnější‘ porušení ZVZ) je dán tehdy, pokud kromě samotného nedodržení pravidla podávaného z některého z ustanovení ZVZ již došlo k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku a zároveň pokud samotné nedodržení pravidla podávaného z některého z ustanovení ZVZ buď podstatně ovlivnilo, nebo mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.“* Krajský soud v Brně pak v rozsudku č. j. 31 Af 23/2012-40 ze dne 26. 9. 2012 k materiální stránce deliktu uvedl, že „*z dikce ‚podstatně ovlivnil nebo*

mohl ovlivnit' vyplývá, že může jít o poruchový nebo i ohrožovací správní delikt. Zákonodárce tedy (za běžných okolností) spatřuje společenskou škodlivost již v tom, že mohlo dojít, nikoli nutně muselo, k ovlivnění výběru nejhodnější nabídky. Není tedy pravdou, že nedošlo k naplnění materiálního znaku správního deliktu (...) již pouhá existence takové možnosti je společensky škodlivá, a došlo tedy k naplnění materiálního znaku (společenské škodlivosti) správního deliktu uvedeného v ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách“.

34. Úřad dodává, že není vyloučeno, že pokud by zadavatel v zadávacích podmínkách nepoužil ke specifikaci předmětu veřejné zakázky odkaz na výrobce zboží, ale předmět veřejné zakázky specifikoval např. pomocí technických podmínek, funkčních požadavků apod., mohl obdržet nabídku, která by obsahovala srovnatelné a pro zadavatele ekonomicky výhodnější řešení (plnění), než tomu bylo u nabídky podané vybraným uchazečem. Potenciální dodavatelé by totiž v takovém případě nebyli nuceni nabízet konkrétní zadavatelem specifikované výrobky, ale mohli by dle svého uvážení nabídnout jiné, pro zadavatele ekonomicky výhodnější řešení, a to např. i z toho důvodu, že mají sjednané výhodnější kupní ceny s jinými výrobci či jejich distributory, než s tím, na jehož výrobky zadavatel výslovně odkázal v zadávacích podmínkách.
35. Úřad sděluje, že si je vědom skutečnosti, že i konkrétní výrobky tvořící předmět veřejné zakázky je v praxi zásadně schopno dodat více dodavatelů. Je však třeba si uvědomit, že ačkoliv je tyto konkrétní výrobky schopno poskytnout vícero dodavatelů působících na relevantním trhu, stále se jedná, v případě, že zadavatel v zadávacích podmínkách uvede odkaz na tyto výrobky, resp. jejich výrobce, o zásah do svobodné soutěže o konkrétní veřejnou zakázku. Daný závěr je možno zdůvodnit tím, že pokud zadavatel v zadávacích podmínkách uvede odkaz na konkrétní výrobek (výrobky), fakticky tím preferuje dodání pouze konkrétního zboží, tj. zboží „pocházejícího“ od konkrétního výrobce. Důsledkem popsaného jednání zadavatele je, že ze soutěže o veřejnou zakázku jsou již a priori vyloučeni ti dodavatelé, jež z libovolného důvodu nedodávají zboží od výrobců, na něž zadavatel v zadávacích podmínkách odkázal, resp. je účast v takové soutěži ztížena pro dodavatele, kteří standardně dodávají jiné výrobky, a to již z výše popsaného důvodu, který spočívá v tom, že nejsou pro zadavatele požadovaný (a jimi běžně nedodávaný) výrobek nabídnout srovnatelně výhodnou cenu.
36. Úřad uzavírá, že zadavatel nepostupoval v souladu s § 44 odst. 11 zákona, neboť použil ke specifikaci předmětu veřejné zakázky v rámci položky č. 2 v příloze č. 1 „Technická specifikace předmětu veřejné zakázky“ přílohy č. 1 „Návrh kupní smlouvy“ výzvy k podání nabídek ze dne 9. 10. 2014 označení „Western Digital 2.5““, které je příznačné pro výrobce Western Digital Technologies, Inc., aniž by to bylo odůvodněno předmětem veřejné zakázky, což mohlo vést ke zvýhodnění tohoto výrobce, resp. dodavatelů dodávajících jim distribuované výrobky a k vyloučení dodavatelů dodávajících jiné obdobné výrobky, čímž zároveň došlo k porušení zásady zákazu diskriminace těchto dodavatelů stanovené v § 6 odst. 1 zákona. Uvedený postup rovněž mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, přičemž zadavatel uzavřel dne 30. 10. 2014 smlouvu s vybraným uchazečem.
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 a zároveň porušil zásadu zákazu diskriminace zakotvenou v § 6 odst. 1 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 nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.
40. V šetřeném případě se zadavatel dopustil správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto příkazu.
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 nezahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.
42. Podle ust. 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 ust. 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 nezahájil 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 ust. čl. 40 odst. 6 Listiny a posoudil případ podle pozdějšího zákona (zákona účinného v době vydání tohoto příkazu), neboť dospěl k závěru, že je pro zadavatele příznivější. Při posuzování příznivosti právní úpravy vycházel Úřad zejména ze skutečnosti, že zákon účinný 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 uložení 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 11. 12. 2015. K uzavření smlouvy s vybraným uchazečem došlo dne 30. 10. 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. Cena veřejné zakázky činí 125 209,59 včetně DPH. Horní hranice možné pokuty tedy činí po zaokrouhlení částku ve výši 12 521 Kč.
47. Podle § 121 odst. 2 věty první 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. Při stanovení výše pokuty vzal Úřad v úvahu tu skutečnost, že zadavatel v zadávacích podmínkách použil ke specifikaci části předmětu veřejné zakázky odkaz na obchodní firmu – výrobce poptávaného zboží, aniž by to bylo odůvodněno předmětem veřejné zakázky, čímž mohlo dojít k podstatnému ovlivnění okruhu potenciálních dodavatelů, a tedy i k ovlivnění výběru nejhodnější nabídky, neboť svoji nabídku nemohli podat ti dodavatelé, kteří by byli schopni zadavateli nabídnout jiné adekvátní řešení (zboží stejných technických parametrů od jiného výrobce). Zadavatel tudíž v důsledku svého nezákonného jednání nezajistil dostatečné nediskriminační prostředí, které má být zárukou co nejhospodárnějšího vynakládání veřejných finančních prostředků. Typově se v případě nedodržení ustanovení § 44 odst. 11 zákona jedná spíše o delikt závažnější.
50. Úřad při zvažování výše pokuty přihlédl i k následkům spáchání správního deliktu. V daném případě měl správní delikt za následek, že nezákonným postupem zadavatele byla znemožněna či alespoň ztížena účast v zadávacím řízení těm dodavatelům, kteří by byli schopni nabídnout zadavateli plnění jiných obchodních značek, než jaké zadavatel uvedl ve výzvě k podání nabídek (které by současně vyhovovalo potřebám zadavatele). V tomto kontextu Úřad nicméně považuje za polehčující okolnost skutečnost, že zadavatelem požadované výrobky tvořící předmět veřejné zakázky je v praxi zásadně schopno dodat více dodavatelů, a jednáním zadavatele tudíž nedošlo k omezení soutěžního prostředí vysoké intenzity. Jako další výraznou polehčující okolnost vzal Úřad při stanovení výše pokuty v úvahu skutečnost, že diskriminační vymezení zadávacích podmínek se nevztahuje na celý předmět veřejné zakázky, avšak pouze na její menší část (jednu z celkem 16 položek), odpovídající jednotkám procent z jejího celkového rozsahu. Úřad současně k výše popsaným polehčujícím okolnostem podotýká, že tyto nelze považovat za okolnosti, které by „zhojily“ uvedené porušení zákona zadavatelem. Úřad však k těmto okolnostem přihlédl při posuzování způsobu spáchání správního deliktu a při zvažování výše pokuty.

51. 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. Jak vyplývá z výroční zprávy zadavatele o hospodaření za rok 2014 dostupné na webových stránkách <https://www.zcu.cz/media/about/important-documents/vyrocni-zpravy.html>, zadavatel měl v předmětném roce hospodářský výsledek před zdaněním ve výši 798 460,- Kč. S ohledem na právě uvedené má Úřad za to, že pokutu uloženou ve výši 1 000,- Kč nelze považovat nejen za likvidační (viz výše), ale ani za jeho ekonomickou podstatu nepřiměřeně zasahující (a v tomto smyslu nespravedlivou).
52. 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. 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.
53. Závěrem tedy Úřad k výši pokuty konstatuje, že uložená pokuta naplňuje dostatečně obě shora zmíněné funkce, aniž by se zároveň jednalo o pokutu likvidační. Úřad dále uvádí, že výše uložené pokuty v žádném případě nedosahuje zákonem připuštěné maximální výše, je naopak třeba konstatovat, že uložená pokuta se pohybuje při spodní hranici zákonné sazby a plní tak výrazně preventivní funkci.
54. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť smlouva na realizaci veřejné zakázky byla uzavřena a nápravy tak již nelze dosáhnout jinak. Z uvedených důvodů uložil Úřad pokutu ve výši uvedené ve výroku II. tohoto příkazu.

55. 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

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží

Západočeská univerzita v Plzni, Univerzitní 2732/ 8, 306 14 Plzeň

Vypraveno dne

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