



UOHSX008VD3T

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0591/2016/VZ-43506/2016/521/KMz

Brno: 25. října 2016

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 8. 9. 2016 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel – obec Jílovice, IČO 00245038, se sídlem 373 32 Jílovice 170,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, citovaným zadavatelem při zadávání veřejné zakázky „Zlepšení nakládání s bioodpady v obci Jílovice“ ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném na základě výzvy k podání nabídky a prokázání kvalifikace odeslané dne 26. 6. 2015 a uveřejněné na profilu zadavatele téhož dne, přičemž oznámení o zadání zakázky bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 14. 9. 2015 pod ev. č. zakázky 522219 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 16. 9. 2015 pod ev. č. 2015/S 179-325166,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – obec Jílovice, IČO 00245038, se sídlem 373 32 Jílovice 170 – **se dopustil správního deliktu** podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že postupoval při zadávání veřejné zakázky „Zlepšení nakládání s bioodpady v obci Jílovice“ ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném na základě výzvy k podání nabídky a prokázání kvalifikace odeslané dne 26. 6. 2015 a uveřejněné na profilu zadavatele téhož dne, přičemž oznámení o zadání zakázky bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 14. 9. 2015 pod ev. č. zakázky 522219 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 16. 9. 2015 pod ev. č. 2015/S 179-325166, v rozporu se zásadou zákazu diskriminace zakotvenou

v ustanovení § 6 odst. 1 citovaného zákona, když v článku IX. bodu 1. písm. a) návrhu kupní smlouvy, který tvoří Přílohu č. 5 zadávací dokumentace a výzvy k podání nabídky a k prokázání splnění kvalifikace na předmětnou veřejnou zakázku, stanovil smluvní pokutu za prodlení dodavatele s termínem dodání zboží a jeho instalace a uvedení do provozu ve výši 2 250 000 Kč bez DPH, ačkoli předpokládanou hodnotu veřejné zakázky stanovil v čl. 5) zadávací dokumentace ve výši 2 080 000 Kč bez DPH, čímž mohlo dojít k bezdůvodnému omezení okruhu potenciálních dodavatelů, neboť stanovená výše smluvní pokuty je vůči předpokládané hodnotě veřejné zakázky zjevně nepřiměřená, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel dne 28. 8. 2015 uzavřel kupní smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky s obchodní společností ENERGREEN PROJEKT s.r.o., IČO 26880342, se sídlem Sladkovského 659/40, 779 00 Olomouc.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí **se zadavateli** – obec Jílovice, IČO 00245038, se sídlem 373 32 Jílovice 170 – **ukládá** podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

pokuta ve výši 46 000 Kč (čtyřicet šest tisíc korun českých).

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

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – obec Jílovice, IČO 00245038, se sídlem 373 32 Jílovice 170 (dále jen „zadavatel“) – zahájil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“) dne 26. 6. 2015 odesláním „Zadávací dokumentace a výzvy k podání nabídky a k prokázání splnění kvalifikace na podlimitní veřejnou zakázku“ zjednodušené podlimitní řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Zlepšení nakládání s bioodpady v obci Jílovice“, přičemž oznámení o zadání zakázky bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 14. 9. 2015 pod ev. č. zakázky 522219 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 16. 9. 2015 pod ev. č. 2015/S 179-325166 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Ze zadávací dokumentace vyplývá, že zadavatel se při výkonu práv a povinností souvisejících se zadávacím řízením nechal v souladu s § 151 odst. 1 zákona zastoupit obchodní společností SU-CONSULT s.r.o., IČO 27970175, se sídlem Dvořákova 2249/21, 350 02 Cheb.
3. Zadavatel v čl. 2) zadávací dokumentace vymezil předmět plnění veřejné zakázky jako „*pořízení komunální techniky pro zřízení separovaného sběru bioodpadu v obci Jílovice*“.
4. Předpokládanou hodnotu veřejné zakázky zadavatel v čl. 5) zadávací dokumentace stanovil ve výši 2 080 000 Kč bez DPH.
5. Dne 28. 8. 2015 zadavatel uzavřel s obchodní společností ENERGREEN PROJEKT s.r.o., IČO 26880342, se sídlem Sladkovského 659/40, 779 00 Olomouc (dále jen „vybraný uchazeč“), kupní smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky.

II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

6. 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 předmětné veřejné zakázky, přičemž v rámci šetření podnětu si Úřad vyžádal od zadavatele vyjádření k podnětu, dokumentaci o veřejné zakázce a další relevantní podklady. Po přezkoumání předložených podkladů Úřad dospěl k závěru, že zadavatel nepostupoval v souladu se zákonem, a proto dne 7. 9. 2016 vydal podle § 150 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), příkaz č. j. ÚOHS-S0591/2016/VZ-37221/2016/521/KMz z téhož dne. Dnem 8. 9. 2016, kdy byl příkaz zadavateli doručen, došlo dle § 150 odst. 1 v návaznosti na § 46 odst. 1 správního řádu k zahájení předmětného správního řízení. Proti uvedenému příkazu zadavatel podal dne 14. 9. 2016 odpor, který byl Úřadu doručen prostřednictvím systému datových schránek téhož dne.

Námítky odporu

7. Zadavatel ve svém odporu uvádí, že z citovaného příkazu nevyplývá nic, co Úřad dle své úvahy uvádí jako příklad „zjevného excesu“. Zadavatel poukazuje na skutečnost, že už jen samotný gramatický výklad spojený s užitím sousloví „zjevný exces“ působí tak, že se musí jednat o zásah vysoké intenzity. Úřad tuto intenzitu nachází ve výši smluvní pokuty přesahující předpokládanou hodnotu veřejné zakázky, aniž by tento svůj závěr opřel o jakékoliv dokazování. Hodnota veřejné zakázky činila 2 516 800 Kč včetně DPH. Zadavatel v této souvislosti pokládá otázku, zda Úřad zjišťoval, jestli zadavatel uplatnil DPH, přičemž konstatuje, že nikoliv a je tedy nutno konstatovat, že zadavatel si DPH uplatnit nemohl, neboť k tomu dle příslušných právních předpisů nebyl oprávněn, a tudíž uhradil vybranému uchazeči celkovou vysoutěženou kupní cenu 2 497 440 Kč vč. DPH. Na jedné straně tedy máme kupní cenu ve výši 2 497 440 Kč či hodnotu veřejné zakázky 2 516 800 Kč a na druhé straně smluvní pokutu ve výši 2 225 000 s dovětkem bez DPH. Zadavatel dále dodává, že právní předpisy nijak institut smluvní pokuty nezatěžují DPH, neboť smluvní pokuta představuje zajišťovací instrument, který plní dále funkci sankční, příp. odškodňovací. Titulem k nároku na smluvní pokutu je zásadně porušení smlouvy, nejde o úplatu za dodání zboží či poskytnutí služby. Úhrada smluvní pokuty dle zadavatele tedy obecně není úplatou za plnění, které by bylo předmětem DPH.
8. Podle názoru zadavatele Úřad tedy vycházel z premisy, že smluvní pokuta přesahovala hodnotu veřejné zakázky, což, jak je výše uvedeno, není pravdou, neboť 2 497 440 Kč (event. 2 516 800 Kč) je pochopitelně více než 2 225 000 Kč, předpokládáme-li, že smluvní pokuta byla sjednána platně, neboť dovětek o DPH může činit dohodu o smluvní pokutě i absolutně neplatnou pro neurčité právní jednání. Nelze totiž dle zadavatele bez dalšího tvrdit, že hodnota veřejné zakázky je 2 080 000 Kč bez DPH, a proto brát tuto částku jako hodnotu veřejné zakázky v rámci tohoto řízení jako neměnnou. Dle názoru zadavatele je nutné pro hodnocení, zda zadavatel stanovil smluvní pokutu vyšší než hodnotu veřejné zakázky, vycházet z konkrétních kroků této veřejné zakázky a uhradil-li (bez vratky DPH, na kterou neměl nárok) zadavatel cenu včetně DPH, je nutno posuzovat vedle výše smluvní pokuty kupní cenu vč. DPH, neboť o takovou částku přesně se snížil majetek zadavatele.

9. Zadavatel dále konstatuje, že Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 9 Afs 21/2013-39 ze dne 30. 4. 2014, na který Úřad v příkazu odkazoval, konkrétně shledal jako „zjevný exces“ např. požadavek zadavatele, který je jednoznačně v rozporu s kogentním ustanovením zákona či požadavek vyvolávající nemožnost plnění předmětu zakázky, kdy přitom nejde o pravidlo při posuzování kvalifikace či samotného hodnocení nabídek. Zadavatel k tomuto poznamenává, že jeho „provinění“ není jednoznačně v rozporu s kogentními normami a nevyvolává nemožnost plnění, a upozorňuje, že v odůvodnění příkazu Úřad tuto část rozsudku zcela pominul a nahradil jej vlastní interpretací zjevného excesu, a to takovou, že má toliko „dopad do soutěžního prostředí“. I kdyby Úřad trval na tom, že smluvní pokuta je vyšší než hodnota veřejné zakázky, ani poté by se dle zadavatele nejednalo o rozpor s kogentními normami či o požadavek vyvolávající nemožnost plnění.
10. Zadavatel dále poukazuje na skutečnost, že obec, a zvláště pak malá obec, je specifickým okruhem zadavatelů. Stojí často na jednom, dvou lidech, kteří jsou ochotni pracovat pro veřejné blaho a riskují tím akorát postih od správních orgánů (mimo jiné). Starosta musí být zemědělec, účetní, právník, daňář atp. Zadavatel uvádí, že v tomto konkrétním případě si obec za nemalé finanční prostředky najala specializovanou firmu, znalou problematiky veřejných zakázek. Přestože se tato firma zaručila za průběh veřejné zakázky (vč. dle Úřadu sporného návrhu smlouvy), přestože se obec řídila zákonem, kdy je na zadavateli, aby určil, za jakých podmínek chce smlouvu uzavřít, je nyní sankcionován, ačkoli pouze chtěl nakoupit stroje pro řádnou správu svých nemovitých věcí.
11. Zadavatel dodává, že diskriminace je termínem, který asociuje jakési rozlišování. Zadavatel zde nikoho nediskriminoval, soutěžitelé měli naprosto shodné podmínky. Přesto Úřad naslouchal těm firmám, které si na zakázku nevěřily a předpokládaly, doufejme, že nikoli a priori, že by smlouvu nemusely dodržet, neboť se obávaly sankce. Sankce, která byla stejná pro všechny soutěžitele.

Další průběh správního řízení

12. Usnesením č. j. ÚOHS-S0591/2016/VZ-38027/2016/521/KMz ze dne 14. 9. 2016 určil Úřad zadavateli lhůtu, v níž mohl navrhopvat důkazy, činit jiné návrhu a vyjádřit své stanovisko v řízení. Zadavatel tohoto svého oprávnění ve stanovené lhůtě ani později nevyužil.
13. Usnesením č. j. ÚOHS-S0591/2016/VZ-40636/2016/521/KMz ze dne 4. 10. 2016 určil Úřad zadavateli lhůtu, v níž se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Zadavatel tohoto svého oprávnění ve stanovené lhůtě ani později nevyužil.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

14. Úřad přezkoumal na základě § 112 a násl. ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce a vyjádření dotázaných obchodních společností, dospěl k závěru, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že postupoval při zadávání veřejné zakázky v rozporu se zásadou zákazu diskriminace zakotvenou v ustanovení § 6 odst. 1 zákona, když v článku IX. bodu 1. písm. a) návrhu kupní smlouvy, který tvoří Přílohu č. 5 zadávací dokumentace a výzvy k podání nabídky a k prokázání splnění kvalifikace na předmětnou veřejnou zakázku, stanovil smluvní pokutu za prodlení dodavatele s termínem dodání zboží a jeho instalace a uvedení do provozu ve výši 2 250 000 Kč bez DPH,

ačkoli předpokládanou hodnotu veřejné zakázky stanovil v čl. 5) zadávací dokumentace ve výši 2 080 000 Kč bez DPH, čímž mohlo dojít k bezdůvodnému omezení okruhu potenciálních dodavatelů, neboť stanovená výše smluvní pokuty je vůči předpokládané hodnotě veřejné zakázky zjevně nepřiměřená, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel dne 28. 8. 2015 uzavřel s vybraným uchazečem kupní smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky.

15. Pro odstranění veškerých pochybností Úřad v souvislosti s relevantní právní úpravou uvádí, že nepřehlédl, že ode dne 1. 10. 2016 nabyl účinnosti zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“). V této souvislosti Úřad poukazuje na čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod, podle něhož 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. S ohledem na skutečnost, že současná právní úprava není v předmětné věci pro zadavatele příznivější [konkrétně zásada zákazu diskriminace je upravena v § 6 odst. 1 zákona a též v § 6 odst. 2 ZZVZ, přičemž horní hranice pokuty, která může být uložena dle § 268 odst. 2 písm. a) ZZVZ za spáchání správního deliktu dle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ je stanovena totožně, jako horní hranice pokuty ukládané dle § 120 odst. 2 písm. a) zákona za spáchání správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona], Úřad posuzoval postup zadavatele dle právní úpravy účinné v době, kdy se zadavatel dopustil správního deliktu (k tomu blíže viz bod 63. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

K právnímu postavení zadavatele

16. Před zkoumáním samotného postupu zadavatele v zadávacím řízení se Úřad nejprve zabýval otázkou, zda obec Jílovice naplňuje definici zadavatele podle zákona.
17. Podle čl. 99 ústavního zákona č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, ve znění pozdějších předpisů, se Česká republika člení na obce, které jsou základními územními samosprávnými celky, a kraje, které jsou vyššími územními samosprávnými celky.
18. Podle § 2 odst. 2 písm. c) zákona je veřejným zadavatelem územní samosprávný celek nebo příspěvková organizace, u níž funkci zřizovatele vykonává územní samosprávný celek.
19. S ohledem na uvedené lze konstatovat, že zadavatel naplňuje definici veřejného zadavatele uvedenou v § 2 odst. 2 písm. c) zákona, neboť je územním samosprávným celkem.

Relevantní ustanovení zákona

20. Podle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
21. 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.

K výroku I. tohoto rozhodnutí

22. V šetřené věci se Úřad zabýval otázkou, zda stanovení smluvní pokuty za prodlení s termínem dodání zboží a jeho instalace a uvedení do provozu ve výši 2 250 000 Kč bez DPH není zjevně nepřiměřené, a zda tedy jejím stanovením v této výši nemohlo dojít ke skryté diskriminaci potenciálních zájemců, a v tomto důsledku k omezení hospodářské soutěže o předmětnou veřejnou zakázku.

23. Úřad nejprve v obecné rovině uvádí, že účelem zásady zákazu diskriminace se zabýval Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 1 Afs 20/2008-152 ze dne 5. 6. 2008, když mimo jiné uvedl, že „[t]oto ustanovení (zakotvující zásadu zákazu diskriminace – pozn. Úřadu) totiž v první řadě směřuje k cíli samotného zákona o veřejných zakázkách, kterým je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Zákon tohoto cíle dosahuje především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli (...) tento zákaz zahrnuje jednak zákaz diskriminace zjevné, tedy odlišného zacházení s jednotlivcem, jednak též zákaz diskriminace skryté, pokud tato vede v podstatě k obdobným právem zakázaným důsledkům (v oblasti práva veřejných zakázek tedy poškozování hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli).“
24. Úřad připomíná, že smluvní pokuta je občanskoprávním institutem sloužícím k utvrzení dluhu v případě, že jedna ze smluvních stran poruší smlouvenou povinnost. K posouzení toho, zda je smluvní pokuta nepřiměřená, a k jejímu případnému snížení je pravomocný soud v občanském soudním řízení, a to na návrh dlužníka [srov. ustanovení § 2048 a násl. zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník (dále jen „občanský zákoník“)].
25. Smyslem přezkumu výše smluvní pokuty ze strany Úřadu však není snaha nahrazovat úlohu soudů v občanském soudním řízení, nýbrž zhodnotit vliv takto koncipovaného utvrzení dluhu na účast v zadávacím řízení na předmětnou veřejnou zakázku. Úřad nemůže rezignovat na svou povinnost přezkumu postupu zadavatele v zadávacím řízení za situace, kdy smluvní podmínky (které jsou obsahem zadávací dokumentace a pro zájemce o veřejnou zakázku závazné) mohou být vzhledem k rozsahu a složitosti plnění předmětu veřejné zakázky natolik nepřiměřené, že v jejich důsledku dojde k omezení hospodářské soutěže. Pokud v obdobné věci judikoval Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 9 Afs 21/2013-39 ze dne 30. 4. 2014 tak, že „(...) není úkolem Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, aby při přezkoumání úkonů zadavatele hodnotil vhodnost, přiměřenost či vymahatelnost soukromoprávní podmínky stanovené zadavatelem v zadávací dokumentaci, nejedná-li se o zjevný exces (...)“, Úřad se v tomto správním řízení plně ve shodě s odkazovaným názorem Nejvyššího správního soudu zabývá posouzením toho, zda se v případě stanovené smluvní pokuty (ve výši přesahující předpokládanou hodnotu veřejné zakázky) nejedná o takový zjevný exces, který má dopad do soutěžního prostředí (v tom smyslu, že se o veřejnou zakázku de facto nemohou ucházet všichni dodavatelé, kteří by byli k jejímu plnění objektivně způsobilí).
26. V přezkoumávané věci zadavatel v čl. 4. 1. zadávací dokumentace stanovil termín dodání předmětu plnění veřejné zakázky do 30. 10. 2015.
27. Zadavatel dále v článku IX. odst. 1. písm. a) návrhu kupní smlouvy, který tvoří Přílohu č. 5 zadávací dokumentace a výzvy k podání nabídky a k prokázání splnění kvalifikace na předmětnou veřejnou zakázku, uvedl: „Smluvní strany se dohodly, že prodávající zaplatí kupujícímu smluvní pokutu za prodlení prodávajícího s termínem dodání zboží a jeho instalace a uvedení do provozu ve výši 2 250 000,- Kč (slovy: dva miliony dvěšřtřpadesát tisíc korun českých) bez DPH. Výše pokuty je odvozena od možnosti ztráty dotace v případě nedodržení podmínek poskytovatele dotace.“

28. Na tomto místě považuje Úřad za nutné uvést, že smluvní pokuta plní řadu funkcí a rozhodně nikoli jen utvrzovací. To se také projevuje do soutěžní oblasti v rámci zadávacího řízení, kdy dodavatelé po seznámení se s podmínkami, které zadavatel mimo jiné i ohledně smluvních pokut stanovil, zvažují, zda se takového zadávacího řízení budou účastnit, resp. zda nejsou podmínky nastaveny diskriminačně.
29. Právní věda, ale i rozhodovací praxe soudů označily v minulosti některé základní funkce smluvní pokuty, a to např. preventivní, uhrazovací, ale i sankční. V současné právní úpravě je smluvní pokuta označena nikoli jako zajišťovací, nýbrž jako utvrzovací institut, neboť jejím účelem není poskytnout věřiteli jistotu, že se uspokojení skutečně domůže (jako je tomu u zajišťovacích institutů, kdy v případě nesplnění závazku ze strany dlužníka dojde k uspokojení věřitele náhradním plněním), ale pod pohrůžkou další povinnosti (zpravidla peněžitě sankce) přinutit dlužníka k řádnému splnění dluhu. [Toto terminologické zpřesnění však nemá žádný vliv na zde uvedené úvahy.]
30. Smluvní pokuta a její přiměřenost musí být zadavatelem stanovena tak, aby plnila zadavatelem požadovanou funkci (funkce) a přitom nepředstavovala excesivní, tj. diskriminační překážku řádnému soutěžnímu prostředí. Utvrzovací funkcí smluvní pokuty se rozumí zvyšování právní jistoty věřitele, že smluvená povinnost bude splněna [neboť dlužník je hrozbou další povinnosti (povinnosti k sankčnímu plnění) více motivován k splnění prvotní povinnosti], a tedy posiluje postavení věřitele vůči dlužníkovi. Není-li (a logicky nemůže být, poněvadž výše musí být přiměřená ve vztahu ke každé utvrzované povinnosti) stanoven limit absolutní výše smluvní pokuty, musí si strany samotnou výši smluvní pokuty sjednat tak, aby nebyla v rozporu mj. se zákonem o veřejných zakázkách.
31. Posouzení otázky excesivní nepřiměřenosti smluvní pokuty závisí na okolnostech konkrétního případu. Vždy musí zadavatel a následně i Úřad postupovat tak, že každý individuální případ bude posuzován podle konkrétních okolností případu (zadavatel samozřejmě v tom, jak smluvní pokutu nastaví, a Úřad při hodnocení, zda tato smluvní pokuta vyhovuje požadavkům uvedeným v zákoně a související judikatuře). Velmi trefně toto vyjádřil Nejvyšší soud ČR již ve svém letitém rozhodnutí ze dne 24. února 2009, sp. zn. 23 Cdo 4784/2008, v němž ve vztahu k přiměřenosti (Úřad přitom má řešit jen excesivní nepřiměřenost s dosahem na férové soutěžní prostředí) konstatoval, že *„[p]řiměřenost výše smluvní pokuty je třeba posoudit v každém případě individuálně s ohledem na všechny zvláštnosti daného případu; závěry o přiměřenosti či nepřiměřenosti výše smluvní pokuty lze jen velmi obtížně zobecnit.“*
32. O především sankční funkci smluvní pokuty půjde v případě, kdy si strany dohodnou, že vedle práva na smluvní pokutu zůstává zachováno i plné právo na náhradu škody. Smluvní pokuta má samozřejmě také charakter náhrady škody. Občanský zákoník v ustanovení § 2050 sice stanoví, že *„[j]e-li ujednána smluvní pokuta, nemá věřitel právo na náhradu škody vzniklé z porušení povinnosti, ke kterému se smluvní pokuta vztahuje“*, avšak rozhodující je vůle obsažená v rozhodném ujednání dohody. Pokud si strany ve smlouvě nic jiného nesjednají (jelikož mohou, citované ustanovení je tzv. dispozitivní, tedy lze ho dohodou stran vyloučit), bude smluvní pokuta sloužit jako paušální náhrada škody. V takovém případě by smluvní pokuta primárně plnila funkci reparační. Pokud však nárok na smluvní pokutu nevylučuje nárok na náhradu škody, pak má rozhodná strana (škodce) povinnost uhradit smluvní pokutu, ale i nahradit škodu, která porušením smlouvy vznikla.

33. Úřad při posouzení věci nepřehlédl, že obsahem článku IX. bodu 3. návrhu smlouvy v posuzované věci bylo ujednání, že nárok kupujícího na náhradu škody vzniklé porušením smluvních povinností zůstává obsahem ustanovení článku o smluvních pokutách nedotčen, přičemž tuto náhradu škody může kupující (zadavatel) požadovat i vedle nároku na zaplacení smluvní pokuty.
34. Úřad zdůrazňuje, že v přezkoumávané věci je rozhodné, jakým způsobem zadavatel nastavil podmínky v zadávací dokumentaci a zda konkrétně výše smluvní pokuty mohla mít negativní vliv na rozhodování potenciálních dodavatelů ohledně jejich účasti v zadávacím řízení, tj. zda zadavatel nastavil podmínky zadávací dokumentace tak, že mohly diskriminovat ty dodavatele, pro něž by smluvní pokuta představovala nepřiměřené podnikatelské riziko za předpokladu, že nedodání kompletního plnění předmětu veřejné zakázky by bylo způsobeno okolností, na kterou by dotýčný dodavatel neměl vliv. Je nutno podotknout, že smluvní pokuta je v současné právní úpravě koncipována tak, že dlužník je povinen k její úhradě i v takové situaci, kdy porušení smluvní povinnosti nezavinil.
35. Porovnáním výše předpokládané hodnoty veřejné zakázky (2 080 000 Kč bez DPH) a výše smluvní pokuty (2 250 000 Kč bez DPH) je zřejmé, že smluvní pokuta převyšuje předpokládanou hodnotu veřejné zakázky. V této souvislosti považuje Úřad za vhodné dodat, že kupní cena byla sjednána v čl. II. odst. 1 kupní smlouvy ve výši 2 064 000 Kč bez DPH, resp. 2 497 440 Kč včetně DPH. Smluvní pokuta tak převyšuje i sjednanou kupní cenu bez DPH. Ačkoli výše kupní ceny není pro posouzení dané věci rozhodná, Úřad ji zde uvádí toliko pro dokreslení situace, totiž že sjednaná kupní cena se od předpokládané hodnoty veřejné zakázky odlišuje zcela minimálně, tudíž že předpokládaná hodnota veřejné zakázky je pro porovnání s výší smluvní pokuty zcela relevantní. Úřad nezkoumal a ani nepolemizuje s tím, zda zadavatel měl dle zákona č. 235/2004 Sb., o dani z přidané hodnoty, ve znění pozdějších předpisů, nárok na odpočet DPH či nikoli, neboť to pro posouzení dané věci není rozhodné, jelikož na excesivnost dané smluvní podmínky to nemá jakýkoliv vliv.
36. Z citovaného smluvního ujednání dále vyplývá, že prodávající je povinen zaplatit celou výši smluvní pokuty bez ohledu na to, zda je v prodlení s dodáním kompletního předmětu plnění veřejné zakázky byť o jediný den, není také rozhodné, zda prodávající již kupujícímu část předmětu plnění veřejné zakázky dodal.
37. K možnosti „ztráty dotace,“ kterou zadavatel takto vysokou smluvní pokutu odůvodňuje, Úřad uvádí následující. Úřad přípisem č. j. ÚOHS-P1060/2016/VZ-32544/2016/521/KMz ze dne 3. 8. 2016 požádal zadavatele o doplnění podkladů, konkrétně o doložení rozhodnutí o poskytnutí dotace vztahující se k předmětu plnění veřejné zakázky a případně dalších souvisejících podkladů.
38. Dne 8. 8. 2016 Úřad obdržel v odpovědi na uvedenou žádost Rozhodnutí o poskytnutí dotace ze dne 16. 11. 2015, č. j. 115D242004337/2 (dále jen „Rozhodnutí o poskytnutí dotace“), z něhož vyplývá následující:
- podle oddílu A „Základní podmínky poskytnutí dotace“ písm. c) Přílohy č. 1 k Rozhodnutí o poskytnutí dotace „*[a]kce bude provedena v souladu s předloženou žádostí. Akce bude realizována v předpokládaném rozsahu, tj. vybudování systému odděleného sběru v obci Jílovice o celkové projektované kapacitě 140,000 t/rok (tj. navýšení kapacity o 140,000 t/rok) včetně následného provozu (...)*“;

- podle oddílu A „Základní podmínky poskytnutí dotace“ písm. e) Přílohy č. 1 k Rozhodnutí o poskytnutí dotace „[t]ermín pro ukončení realizace akce se stanovuje na 30.10.2015“;
 - podle oddílu C „Důsledky nesplnění podmínek tohoto rozhodnutí“ odst. 2 Přílohy č. 1 k Rozhodnutí o poskytnutí dotace „(...) Nedodržení povinností stanovených v oddílu A písm. e) bude postiženo takto: překročení termínu do 1 měsíce nebude postiženo (nepovažuje se za neoprávněné použití prostředků dle § 3 písm. e) rozpočtových pravidel), překročení termínu o 1 až 3 měsíce bude postiženo odvodem ve výši 1 % z celkové částky dotace, překročení termínu o 3 až 6 měsíců bude postiženo odvodem ve výši 3 % z celkové částky dotace, překročení termínu o více než 6 měsíců bude postiženo odvodem ve výši 5 % z celkové částky dotace“;
 - podle Přílohy č. 2 „Technická a finanční příloha k Rozhodnutí o poskytnutí dotace na financování akce“ vyplývá, že dotace byla poskytnuta na projekt nazvaný „Zlepšení nakládání s bioodpady v obci Jílovice“.
39. Lze shrnout, že z Rozhodnutí o poskytnutí dotace, které se vztahuje, jak vyplývá z oddílu A „Základní podmínky poskytnutí dotace“ písm. c) Přílohy č. 1 k Rozhodnutí o poskytnutí dotace a z Přílohy č. 2 „Technická a finanční příloha k Rozhodnutí o poskytnutí dotace na financování akce“, k plnění předmětné veřejné zakázky, je zcela zřejmé, že zadavateli nehrozilo v případě prodlení dodavatele s realizací kompletního předmětu plnění veřejné zakázky neposkytnutí dotace v plné výši, nýbrž toliko odvody v řádu jednotek procent, a to odstupňované dle délky prodlení.
40. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že citovaná smluvní podmínka je zjevně excesivní vzhledem k rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky, neboť je vyšší, než předpokládaná hodnota veřejné zakázky, nezohledňuje dobu prodlení prodávajícího s dodáním plnění, ani skutečnost, zda již zadavateli bylo plněno alespoň zčásti, a především je stanovena bez jakéhokoli objektivního důvodu, protože nekoresponduje s obsahem Rozhodnutí o poskytnutí dotace, jejíž možnou ztrátou zadavatel výši smluvní pokuty odůvodňoval, neboť nedodáním kompletního předmětu plnění veřejné zakázky ve stanoveném termínu by nedošlo k neposkytnutí dotace v plné výši, nýbrž k odvodům v řádu jednotek procent, a to odstupňovaným dle délky prodlení (viz výše). Dodavatel by tak za situace, kdy by mu vznikla povinnost uhradit smluvní pokutu za prodlení s dodáním kompletního předmětu plnění veřejné zakázky, de facto plnil dvakrát – jednou dodáním předmětu plnění veřejné zakázky a podruhé zaplacením smluvní pokuty v hodnotě této veřejné zakázky (a to za situace, což je nutno opakovaně zdůraznit, kdy zadavatel vzhledem k obsahu Rozhodnutí o poskytnutí dotace žádné obdobně závažné riziko nemusel řídit).
41. Úřad dodává, že mu není zřejmé, z čeho zadavatel vychází, když konstatuje, že „hodnota VZ činila 2 516 800,00 Kč vč. DPH“, neboť z kupní smlouvy vyplývá, že kupní cena byla sjednána ve výši 2 497 440 Kč vč. DPH. Pokud zadavatel do celkově vynaložených finančních prostředků v souvislosti s předmětnou veřejnou zakázkou zahrnul také cenu, kterou uhradil administrátorovi veřejné zakázky, Úřad konstatuje, že z pohledu Úřadu je v obecné rovině rozhodující ta částka, která byla uhrazena vybranému uchazeči za plnění předmětu veřejné zakázky. Úřad však připomíná, že v přezkoumávané věci nebyla při posuzování výše smluvní pokuty rozhodující skutečně uhrazená cena, nýbrž předpokládaná hodnota veřejné zakázky.

42. Úřad dále uvádí, že nepřehlédl, že Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 9 Afs 21/2013-39 ze dne 30. 4. 2014, který Úřad citoval v bodě 25. odůvodnění tohoto rozhodnutí, za zjevný exces označil „*např. požadavek zadavatele, který je jednoznačně v rozporu s kogentním ustanovením zákona, či požadavek vyvolávající nemožnost plnění předmětu zakázky, a nejde-li o pravidlo při posuzování kvalifikace či samotného hodnocení nabídek*“. Výčet uvedený Nejvyšším správním soudem je však příkladný, reagující na konkrétní skutkové okolnosti dané věci, kterou Nejvyšší správní soud posuzoval. V přezkoumávané věci totiž není předmětem přezkumu to, zda zadavatel nastavil v zadávací dokumentaci takové podmínky, které by vyvolávaly nemožnost plnění či byly v rozporu s kogentním ustanovením (ostatně v občanském zákoníku není uveden konkrétní návod, jak má být výše smluvní pokuty stanovena, nýbrž toto je ponecháno zcela na dohodě smluvních stran, přičemž však je nutno podotknout, že v případě veřejných zakázek dodavatelé nemohou ve svých nabídkách měnit zadavatelem nastavené smluvní ujednání), nýbrž to, zda výše smluvní pokuty je ve vztahu k předmětu plnění veřejné zakázky přiměřená či nikoli a zda v této souvislosti způsobuje omezení hospodářské soutěže.
43. Úřad vzhledem k výše uvedeným skutečnostem konstatuje, že výši smluvní pokuty považuje i ve světle citovaného rozsudku Nejvyššího správního soudu za zjevně excesivní, neboť po zhodnocení všech individuálních okolností přezkoumávané věci je zřejmé, že výše smluvní pokuty (tj. sankce dodavatelí) nekoresponduje se situací, ve které by se zadavatel mohl nacházet, kdyby mu nebylo plněno řádně a včas.
44. Úřad si je vědom skutečnosti, že je zadavatel povinen stanovit takové smluvní podmínky, aby zajistil splnění předmětu veřejné zakázky (a postupoval jako řádný hospodář). Úřad také reflektuje, že řádnou realizací předmětu plnění veřejné zakázky je podmíněno poskytnutí dotačních prostředků v plné výši. Uvedené skutečnosti však nemohou při vytváření smluvních ujednání vést úvahy zadavatele k absurdním závěrům a stanovením zcela excesivních (a reálně bezdůvodně excesivních) obchodních podmínek, které budou pro dodavatele představovat až příliš vysoké ekonomické riziko. Důsledek stanovení takových obchodních podmínek je totiž v zásadě dvojitý: mnoho potenciálních dodavatelů, zcela způsobilých pro plnění dané veřejné zakázky, na účast v zadávacím řízení rezignuje (přičemž není vyloučeno, že právě tito dodavatelé by při stanovení přiměřených obchodních podmínek nabídli zadavateli výhodnější podmínky plnění), a ti, co případně nabídku podají, zohlední nepřiměřené riziko v nabídkové ceně (logicky s důsledkem menší výhodnosti nabízených podmínek plnění pro samotného zadavatele). Na úrovni čistě spekulativní je pak dokonce možno vést úvahu, že se takového zadávacího řízení zúčastní pouze takoví dodavatelé, kteří budou (z nejrůznějších důvodů) předpokládat, že k uplatnění daných excesivních smluvních podmínek ve skutečnosti nedojde, a to ani za situace, kdy by podmínky pro jejich uplatnění byly splněny.
45. Úřad nezpochybňuje skutečnost, že chod malé obce je často řízen menším počtem osob, které jsou odpovědné za dodržování povinností vyplývajících z poměrně široké oblasti právních předpisů, které se obce dotýkají, z tohoto faktu však jistě nelze bez výslovné úpravy v zákoně dovodit závěr, že by se některé zákonné povinnosti neměly na takové obce vztahovat. Stejně tak není pro konstatování naplnění znaků skutkové podstaty správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) rozhodné, zda k jejich naplnění došlo úmyslným jednáním zadavatele či nikoli. Z pohledu zákona je rozhodné, zda zadavatel postupoval

v souladu se zákonem. Odpovědnost za dodržení zákona pak nese výlučně zadavatel, bez ohledu na to, zda k zadání veřejné zakázky případně využil služeb specializované obchodní společnosti, tzv. „administrátora“ [k tomu srov. § 151 odst. 1 zákona, podle kterého se zadavatel může při výkonu práv a povinností podle tohoto zákona souvisejících se zadávacím řízením nebo soutěží o návrh nechat zastoupit jinou osobou, a odst. 3 téhož ustanovení, podle kterého ustanovením odstavce 1 není dotčena odpovědnost zadavatele za dodržování tohoto zákona]. Je pak pochopitelně na zadavateli, zda v situaci, kdy je mu činností takového administrátora způsobena škoda (např. v důsledku toho, že je postihován za nezákonný průběh zadávacího řízení), uplatní příslušné instituty soukromého práva (náhrada škody apod.).

46. Úřad dále uvádí, že mu je známo, že Občanský zákoník dává dlužníkovi možnost podat návrh na snížení výše smluvní pokuty u soudu v občanském soudním řízení, nicméně nelze po dodavateli požadovat, aby zhojil nepřiměřeně nastavené smluvní ujednání zadavatele podáním tohoto návrhu. Nadto Úřad připomíná, že zájemci jsou vázáni návrhem smlouvy a případná změna smluvních ujednání z jejich strany by byla důvodem pro vyřazení jejich nabídky z důvodu dle § 76 odst. 1 zákona pro nesplnění požadavků zadavatele. Za takové situace Úřad konstatuje, že výše citovaná smluvní podmínka mohla mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky, neboť v případě, že by ji zadavatel stanovil s přihlédnutím k rozsahu předmětu plnění veřejné zakázky a např. k případné době prodlení, je vysoce pravděpodobné, že by se zadávacího řízení zúčastnili i další zájemci, což vyplývá z průzkumu, který v rámci šetření podnětu provedl Úřad u zadavatelem oslovených dodavatelů, jakožto i u dalších relevantních dodavatelů. Stěžejní však je, že stanovení této excesivní výše smluvní pokuty má dosah do soutěžního prostředí, protože pak logicky klesá zájem dodavatelů se takového zadávacího řízení účastnit.
47. Úřad se konkrétně dotázal obchodních společností MTM Tech, s.r.o.; STS Prachatice, a.s. a UNIAGRA CZ a.s. (které byly zadavatelem vyzvány k podání nabídky a k prokázání splnění kvalifikace), zda uvedená obchodní podmínka byla důvodem, pro který nepodaly tyto obchodní společnosti nabídku v předmětném zadávacím řízení, v případě záporné odpovědi na tuto otázku pak požadoval Úřad uvést konkrétní důvod, pro který nepodaly nabídku v předmětném zadávacím řízení. Úřad se dále dotázal, zda by v obecné rovině bez ohledu na předmětné zadávací řízení mohla být daná smluvní pokuta důvodem, pro který by tyto obchodní společnosti nepodaly nabídku.
48. Obchodní společnost MTM Tech, s.r.o. uvedla, že uvedená obchodní podmínka byla jedním z důvodů, pro který nepodala nabídku v předmětném zadávacím řízení. Dalším důvodem byla absence požadovaného předmětu plnění veřejné zakázky. V jiném zadávacím řízení by uvedená obchodní podmínka taktéž mohla být důvodem, pro který by uvedená obchodní společnost nepodala nabídku, neboť smluvní pokuta je ve vztahu k předmětu plnění veřejné zakázky neadekvátně vysoká.
49. Obchodní společnost STS Prachatice, a.s. uvedla, že uvedená obchodní podmínka nebyla důvodem, pro který nepodala nabídku v předmětném zadávacím řízení, nýbrž oním důvodem byla skutečnost, že požadované plnění neměla skladem. V jiném zadávacím řízení by uvedená obchodní podmínka mohla být důvodem, pro který by uvedená obchodní společnost nepodala nabídku.

50. Obchodní společnost UNIAGRA CZ a.s. se k dotazu Úřadu nevyjádřila.
51. Úřad dále oslovil obchodní společnosti AGROCENTRUM ZS, s.r.o.; LIEBHERR-STAVEBNÍ STROJE CZ s.r.o.; MALCOM CZ s.r.o.; CARGO AGRO s.r.o.; SOME TECHNIKA s.r.o., neboť z veřejně dostupných zdrojů vyplývá, že jsou dodavateli obdobného plnění, které požadoval zadavatel v předmětné veřejné zakázce. Úřad se těchto obchodních společností konkrétně dotázal, zda by uvedená obchodní podmínka v kontextu vymezeného předmětu plnění veřejné zakázky a její předpokládané hodnoty mohla být důvodem, pro který by v zadávacím řízení na veřejnou zakázku nepodaly nabídku, a mohla tak mít vliv na zvažování jejich potenciální účasti v daném zadávacím řízení.
52. Obchodní společnost AGROCENTRUM ZS, s.r.o. uvedla, že uvedená obchodní podmínka by mohla být důvodem k tomu, aby se neúčastnila daného zadávacího řízení. Nabídku by byla ochotna podat pouze v případě, že by požadované plnění předmětu veřejné zakázky měla skladem a dopředu by věděla, že nemůže dojít k naplnění podmínky pro placení smluvní pokuty.
53. Obchodní společnost LIEBHERR-STAVEBNÍ STROJE CZ s.r.o. uvedla, že by se neúčastnila veřejné zakázky především na základě skutečnosti, že požadované plnění předmětu veřejné zakázky nemá v portfoliu. I kdyby tomu tak nebylo, tak by se neúčastnila kvůli uvedené obchodní podmínce, jelikož dodavatel nemůže platit penále za něco, co nemůže ovlivnit, nemůže nést odpovědnost za ztrátu dotace.
54. Obchodní společnost MALCOM CZ s.r.o. uvedla, že by se s největší pravděpodobností zadávacího řízení neúčastnila, neboť výše smluvní pokuty je neadekvátní a nekoresponduje s přepokládanou hodnotou veřejné zakázky. Výše smluvní pokuty, a tedy riziko pro tuto obchodní společnost by zásadně převyšovalo možný ekonomický efekt celé veřejné zakázky.
55. Obchodní společnost CARGO AGRO s.r.o. uvedla, že by z vlastních zkušeností na výzvu k podání nabídky ani nereagovala, neboť sankce převyšující celkovou cenu veřejné zakázky a v uvedeném rozsahu by pro ni byla likvidační.
56. Obchodní společnost SOME TECHNIKA s.r.o. uvedla, že rozhodování o podání nabídky ovlivňuje více faktorů, mj. též obchodní podmínky stanovené ve smlouvě, a dále poukázala na to, že výše smluvní pokuty je vyšší než předpokládaná hodnota veřejné zakázky a její výše není odstupňovaná dle doby zpoždění, kdy dodala, že se mohou objevit problémy ve výrobě, které nedokáže ovlivnit. Závěrem uvedla, že po přehodnocení rizik by se mohla rozhodnout nabídku nepodat.
57. Úřad uzavírá, že z výše uvedených vyjádření oslovených obchodních společností lze dovodit, že předmětná smluvní podmínka má vliv na rozhodování dodavatelů ohledně jejich účasti na zadávacím řízení, přičemž lze shrnout, že oslovené obchodní společnosti shodně poukázaly na neadekvátní výši smluvní pokuty ve vztahu k předpokládané hodnotě veřejné zakázky, která by zásadně převyšovala možný ekonomický efekt veřejné zakázky a pro některé by mohla být až likvidační. Ačkoli smluvní pokuta byla nastavená pro všechny dodavatele ve stejné výši, vzhledem k předpokládané hodnotě veřejné zakázky diskriminovala ty dodavatele, pro které výše smluvní pokuty představovala příliš vysoké podnikatelské riziko (Úřad zde pro stručnost opětovně pouze odkazuje na Nejvyšším správním soudem aprobovaný koncept skryté diskriminace, kdy – skrytě – diskriminačním

může být i podmínka, která na první pohled působí vůči všem dodavatelům shodně; k tomu srov. bod 23. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad pro úplnost dodává, že snahou Úřadu není aprobovat jednání dodavatelů, kteří nejsou ochotní vynaložit dostatečné úsilí k tomu, aby dodrželi podmínky smlouvy, nýbrž zajistit soutěžní prostředí pro všechny dodavatele, kteří jsou k plnění předmětu veřejné zakázky způsobilí. Úřad zde opětovně poukazuje na skutečnost, že smluvní pokuta je v současné právní úpravě koncipována tak, že dlužník je povinen k její úhradě i v takové situaci, kdy porušení smluvní povinnosti nezavinil. Jak bylo uvedeno výše, v přezkoumávané věci zadavateli nehrozila ztráta dotace v plné výši, tudíž zde nebyl dán důvod pro takto nastavenou výši smluvní pokuty.

58. Úřad dodává, že v přezkoumávané věci „*nenaslouchal těm dodavatelům, kteří si na zakázku nevěřili*“, nýbrž se dotázal vyzvaných zájemců, kteří nepodali nabídku, a dalších pěti obchodních společností, které podnikají s obdobným plněním, jaké zadavatel poptával, a na základě jejich odpovědí dovedl vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Úřad ve svém rozhodnutí neopomněl uvést žádnou obchodní společnost, které se dotázal, jak vyplývá také ze správního spisu vedeného pod sp. zn. S0591/2016/VZ.
59. Úřad pro úplnost doplňuje, že zadavatele nijak neomezuje v možnosti stanovit smluvní pokutu pevnou částkou, ta však musí být – stejně jako jakákoli jiná obchodní podmínka – přiměřená, resp. nikoli excesivní v tom směru, aby ve výsledku působila ve vztahu k určitému okruhu dodavatelů diskriminačně. Tyto maximy však v předmětné věci splněny nebyly, jak je odůvodněno výše.
60. Úřad považuje ve smyslu § 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 postupoval při zadávání předmětné veřejné zakázky v rozporu se zásadou zákazu diskriminace zakotvenou v ustanovení § 6 odst. 1 zákona, když v článku IX. bodu 1. písm. a) návrhu kupní smlouvy, který tvoří Přílohu č. 5 zadávací dokumentace a výzvy k podání nabídky a k prokázání splnění kvalifikace na předmětnou veřejnou zakázku, stanovil smluvní pokutu za prodlení dodavatele s termínem dodání zboží a jeho instalace a uvedení do provozu ve výši 2 250 000 Kč bez DPH, ačkoli předpokládanou hodnotu veřejné zakázky stanovil v čl. 5) zadávací dokumentace ve výši 2 080 000 Kč bez DPH, čímž mohlo dojít k bezdůvodnému omezení okruhu potenciálních dodavatelů, neboť stanovená výše smluvní pokuty je vůči předpokládané hodnotě veřejné zakázky zjevně nepřiměřená, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel dne 28. 8. 2015 uzavřel kupní smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky s vybraným uchazečem.

K uložení pokuty

61. Úřad posoudil postup zadavatele a vzhledem ke zjištěným skutečnostem přistoupil k uložení pokuty podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona, neboť zadavatel svým postupem naplnil skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
62. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost právnické osoby za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezhájil řízení do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán.

63. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl z podnětu, který obdržel dne 3. 6. 2016, přičemž správní řízení ve věci spáchání správního deliktu bylo zahájeno doručením příkazu zadavateli dne 8. 9. 2016. Ke spáchání správního deliktu došlo dne 28. 8. 2015, kdy zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem kupní smlouvu na předmět plnění veřejné zakázky. Z uvedených údajů tedy vyplývá, že odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.
64. 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).
65. V šetřené věci se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, za něž lze v souladu s citovaným ustanovením § 120 odst. 2 písm. a) zákona uložit pokutu do 10 % ceny zakázky. Vzhledem k tomu, že kupní cena za plnění předmětu veřejné zakázky byla v článku II. odst. 1 kupní smlouvy sjednána ve výši 2 497 440 Kč včetně DPH, činí horní hranice možné pokuty 249 744 Kč.
66. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, přihlídnou k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
67. Hlavním kritériem, které je dle výše 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 přihlídnutím 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.
68. Pokud jde o způsob spáchání správního deliktu, Úřad především uvádí, že za nejzávažnější stupeň intenzity porušení zákona považuje postup zadavatele spočívající v úplné ignoraci ustanovení zákona a základních zásad, na nichž je tento zákon postaven, neboť takový postup zpravidla zcela vylučuje soutěžní prostředí, které je základním předpokladem dosažení efektivního vynakládání veřejných prostředků (coby hlavního účelu zákona). Ačkoli zadavatel v šetřeném případě zcela neignoroval existenci zákona, když při zadávání veřejné zakázky postupoval v jednom z druhů zadávacích řízení, výrazně omezil konkurenční prostředí, když nastavením výše smluvní pokuty porušil zásadu zákazu diskriminace, tedy základního principu provázejícího postup zadavatele v celém zadávacím řízení (a to s následky popsány níže). Úřad dále uvádí, že k porušení zásady zákazu diskriminace došlo v samotném prvopočátku zadávacího řízení, přičemž tato skutečnost měla vliv na celý průběh zadávacího řízení.
69. Úřad při zvažování výše pokuty přihlédl k následkům spáchání správního deliktu. V daném případě porušení základního principu provázejícího postup zadavatele vedlo k omezení soutěžního prostředí, o čemž svědčí mimo jiné i skutečnost, že nabídku podali pouze dva zájemci z pěti oslovených dodavatelů, kdy minimálně jeden ze zbylých dodavatelů nepodal nabídku právě také z důvodu neadekvátně vysoké smluvní pokuty ve vztahu k předpokládané

hodnotě veřejné zakázky, přičemž též z vyjádření jiných obchodních společností vyplývá, že i pro ně by byla taková smluvní podmínka nejspíše neakceptovatelná.

70. Jako přitěžující okolnost Úřad shledal tu skutečnost, že zadavatel stanovil diskriminační podmínku objektivně zcela bezdůvodně, neboť v situaci, kdy by byl dodavatel v prodlení s plněním kompletního předmětu veřejné zakázky, hrozil by zadavateli odvod ve výši 5 % z celkové částky dotace, a to až po uplynutí více než 6 měsíců. Zadavateli tedy objektivně za prodlení dodavatele s termínem plnění kompletního předmětu veřejné zakázky „ztráta dotace“ (ve smyslu odvodu v plné výši poskytnuté dotace) nikdy nehrozila a už vůbec mu nehrozila např. při pouhém jednom dnu prodlení s plněním kompletního předmětu veřejné zakázky. Zadavatel však výši smluvní pokuty stanovil bez jakékoliv vazby na skutečnosti vyplývající z rozhodnutí dotace, ačkoliv právě tímto rozhodnutím výši smluvní pokuty odůvodňoval.
71. Na základě výše uvedeného Úřad dospěl k závěru, že zadatelovo jednání mohlo výrazně narušit základní princip zadávání veřejných zakázek – zachování soutěžního prostředí, které má umožnit z co možná nejširšího okruhu podaných nabídek vybrat pro zadavatele nabídku nejvhodnější. Úřad proto okolnosti a následky spáchání správního deliktu zadavatelem posoudil jako závažné.
72. K uložení pokuty za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad dále uvádí, že při stanovení výše sankce je nutné postupovat v souladu se zásadou absorpce, která se uplatní při postihu souběhu správních deliktů. Jak již v minulosti dovodil Nejvyšší správní soud (např. v rozsudku č. j. 1 As 28/2009-62 ze dne 18. 6. 2009 nebo v rozsudku č. j. 5 Afs 9/2008-328 ze dne 31. 10. 2008), při trestání správních deliktů tímž správním orgánem se přiměřeně uplatní i principy ovládající souběh trestných činů. Nutnost aplikovat trestněprávní instituty i při trestání správním orgánem vyplývá z obecné potřeby použít ve prospěch obviněného analogii z trestního práva všude tam, kde vzhledem k neexistenci jednotného kodexu správního trestání v českém právním řádu nejsou výslovně upraveny některé základní zásady a instituty, jež by měly být zohledněny v případě jakéhokoliv veřejnoprávního deliktu. Použití analogie ve správním trestání je v omezeném rozsahu přípustné tehdy, pokud právní předpis, který má být aplikován, určitou otázku vůbec neřeší, a nevede-li výklad za pomoci analogie ani k újmě účastníka řízení, ani k újmě na ochraně hodnot, na jejichž vytváření a ochraně je veřejný zájem (viz rozsudky Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 27/2008-67 ze dne 16. 4. 2008 a č. j. 8 As 17/2007-135 ze dne 31. 5. 2007). Pro ukládání trestů za správní delikty se proto musí uplatnit obdobné principy a pravidla jako pro ukládání trestů za trestné činy.
73. Úprava zákona o veřejných zakázkách je ve vztahu k trestání souběhu správních deliktů na rozdíl od úpravy trestněprávní neúplná. Zejména pak neřeší moment, do kdy je správní delikty možno považovat za sbíhající se ani způsob trestání sbíhajících se správních deliktů. Souhrnné či úhrnné tresty, jimiž se postihuje souběh trestných činů, přitom představují pro pachatele výhodnější postup, neboť je v nich zohledněna skutečnost, že pachatel se dopustil dalšího trestného činu, aniž byl varován odsuzujícím rozsudkem týkajícím se dřívějšího trestného činu.

74. Při aplikaci zásady absorpce je proto nutné vycházet z příslušných ustanovení trestního zákoníku¹, avšak je zřejmé, že pro důsledné použití pravidel obsažených v daných ustanoveních (např. současné zrušení výroku o trestu uloženém pachateli dřívějším rozhodnutím) chybí dostatečný právní základ. Úřad je však povinen při ukládání sankce za spáchání správního deliktu v souladu se zásadou absorpce přihlídnout k tomu, zda by neměl být – dle pravidel trestního práva – ukládán úhrnný či souhrnný trest a zohlednit tuto skutečnost při stanovení výše pokuty za spáchání správního deliktu.
75. V souladu s již citovanou zásadou absorpce v rámci správněprávního trestání Úřad proto posoudil, zda se zadavatel nedopustil právě projednávaného správního deliktu dříve, než bylo vydáno rozhodnutí, jímž mu byla uložena pokuta za spáchání jiného správního deliktu.
76. Jak již bylo uvedeno v bodě 63. odůvodnění tohoto rozhodnutí, ke spáchání právě projednávaného správního deliktu došlo dne 28. 8. 2015. Z úřední činnosti je Úřadu známo, že dne 5. 8. 2016 vydal ve správním řízení vedeném pod sp. zn. S0550/2016/VZ příkaz z téhož dne, kterým zadavateli uložil pokutu za spáchání správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. b) zákona, kterého se zadavatel dopustil tím, že v rozporu s ust. § 147a odst. 1 písm. a) ve spojení s ust. § 147a odst. 2 zákona neuveřejnil celé znění smlouvy o dílo uzavřené na plnění předmětu veřejné zakázky „Jílovice - modernizace místních komunikací, CZ.1.14/1.5.00/31.02999“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 6. 3. 2015 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 9. 3. 2015 pod ev. č. zakázky 507020, na profilu zadavatele do 15 dnů od jejího uzavření, tj. nejpozději do 13. 5. 2015, když dne 6. 5. 2015 uveřejnil část smlouvy o dílo sestávající z lichých stran smlouvy (tj. strana 1, 3, 5, 7, 9, 11 a 13) a z kompletních příloh (tj. příloha č. 1 smlouvy a příloha č. 2 smlouvy), přičemž zbylou část předmětné smlouvy o dílo sestávající ze sudých stran smlouvy (tj. strana 2, 4, 6, 8, 10 a 12) zadavatel na svém profilu v době vydání předmětného příkazu neuveřejnil, jehož se zadavatel dopustil dne 14. 5. 2015. Za daný správní delikt byla zadavateli dle § 120 odst. 2 písm. b) zákona uložena pokuta ve výši 4 000 Kč.
77. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že správní delikt uvedený v bodě 76. odůvodnění tohoto rozhodnutí a právě projednávaný správní delikt jsou sbíhajícími se správními delikty, za jejichž spáchání by bylo na místě dle principů trestního práva uložit souhrnný trest. Jelikož však (jak již bylo uvedeno výše) k takovému postupu nemá Úřad dostatečnou právní oporu v příslušných právních předpisech (tj. zejména ve správním řádu), Úřad postupoval při aplikaci zásady absorpce *per analogiam* tak, že přihlédl k již uložené pokutě a tuto zohlednil při ukládání pokuty za právě projednávaný správní delikt.
78. 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. V této souvislosti Úřad přihlédl i k finančním možnostem zadavatele a stanovenou pokutu posoudil vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel disponuje. Z rozpočtu zadavatele na rok 2016² vyplývá, že zadavatel hospodář s přebytkem 2 480 986 Kč. Vzhledem k této skutečnosti Úřad

¹ viz ust. § 43 odst. 1 a odst. 2 zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů

² veřejně dostupné na <http://www.obecjilovice.cz/file.php?nid=1414&oid=4727192>

konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze považovat nejen za likvidační (viz výše), ale ani za nepřiměřeně zasahující jeho ekonomickou podstatu (a v tomto smyslu nespravedlivou).

79. 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. Úřad uvádí, že peněžitá 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. Závěrem tedy Úřad k výši pokuty konstatuje, že uložená pokuta naplňuje dostatečně obě shora zmíněné funkce, aniž by se zároveň jednalo o pokutu likvidační.
80. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech výše uvedených hledisek a stanovenou pokutu ve výši 46 000 Kč vzhledem k souvislostem případu posoudil jako dostačující. S ohledem na tuto skutečnost bylo rozhodnuto, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
81. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710. Jako variabilní symbol zadavatel uvede své identifikační číslo.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Podle § 117c odst. 1 písm. b) zákona se rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu činí v elektronické podobě podepsané uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

v z. Mgr. Mojmír Florian

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží

obec Jílovice, 373 32 Jílovice 170

Vypraveno dne

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