



UOHSX00BB6EG

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0163/2018/VZ-18889/2018/522/NRi

Brno: 25. června 2018

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 2. 5. 2018 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Město Brumov-Bylnice, IČO 00283819, se sídlem Hildy Synkové 942, 763 31 Brumov-Bylnice,
- navrhovatel – ELSEREMO, a.s., IČO 25565893, se sídlem Kloboucká 865, 763 31 Brumov-Bylnice, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci za dne 30. 4. 2018 JUDr. Michalem Franěm, advokátem společnosti FRAŇO advokátní kancelář s.r.o., ev. č. ČAK 14112, se sídlem Truhlářská 1108/3, 110 00 Praha 1,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „Snížení energetické náročnosti VO Brumov-Bylnice – EFEKT 2018“ mimo zadávací řízení ve smyslu § 27 a § 31 citovaného zákona, kdy výzva k podání nabídky a prokázání kvalifikace byla uveřejněna na úřední desce zadavatele dne 28. 3. 2018,

rozhodl takto:

Návrh navrhovatele – ELSEREMO, a.s., IČO 25565893, se sídlem Kloboucká 865, 763 31 Brumov-Bylnice – ze dne 2. 5. 2018 **se** podle § 265 písm. c) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **zamítá**, neboť nesměřuje proti postupu, který je zadavatel povinen dodržovat podle tohoto zákona.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) jako orgán příslušný podle ustanovení § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, obdržel dne 2. 5. 2018 návrh navrhovatele – ELSEREMO, a.s., IČO 25565893, se sídlem Kloboucká 865, 763 31 Brumov-Bylnice, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci za dne 30. 4. 2018 JUDr. Michalem Franěm, advokátem společnosti FRAŇO advokátní kancelář s.r.o., ev. č. ČAK 14112, se sídlem Truhlářská 1108/3, 110 00 Praha 1 (dále jen „navrhovatel“) – z téhož dne na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů učiněných zadavatelem – Město Brumov-Bylnice, IČO 00283819, se sídlem Hildy Synkové 942, 763 31 Brumov-Bylnice (dále jen „zadavatel“) – při zadávání veřejné zakázky „Snížení energetické náročnosti VO Brumov-Bylnice – EFEKT 2018“ mimo zadávací řízení ve smyslu § 27 a § 31 zákona, kdy výzva k podání nabídky a prokázání kvalifikace byla uveřejněna na úřední desce zadavatele dne 28. 3. 2018 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Předmětem veřejné zakázky je dle výzvy k podání nabídky a prokázání kvalifikace ze dne 28. 3. 2018 (dále jen „výzva k podání nabídek“) výměna svítidel veřejného osvětlení, rekonstrukce rozvaděče, výměna konstrukčních prvků veřejného osvětlení, a to za účelem optimalizace a zefektivnění nákladů na provoz veřejného osvětlení. Předmět plnění je blíže vymezen zejména podmínkami textové části zadávací dokumentace, dále soupisem stavebních prací, dodávek a služeb a technicko-kvalitativními standardy dle požadavků zadavatele. Přepokládaná hodnota veřejné zakázky byla zadavatelem určena ve výši 3.200.000,- bez DPH.

II. NÁVRH NAVRHOVATELE

3. Navrhovatel podal dne 2. 5. 2018 návrh z téhož dne k Úřadu (dále jen „návrh“), kterým napadá samotné zadávací podmínky veřejné zakázky a zejména určení jejího druhu a režimu zadavatelem. Dle názoru navrhovatele je veřejná zakázka druhově přiřaditelná pod dodávky ve smyslu § 14 odst. 1 zákona. Navrhovatel uvádí, že v důsledku nesprávného podřazení veřejné zakázky pod stavební práce místo pod dodávky není veřejná zakázka zadávána v režimu zákona, ale jako zakázka malého rozsahu.
4. Navrhovatel konkretizuje, že se zadavatel dopouští porušení zákona, když neoprávněně postupuje mimo režim zákona, a to i přesto, že zadání veřejné zakázky mělo dle navrhovatele probíhat v podlimitním režimu, jelikož jde o podlimitní zakázku. Dle navrhovatele není hlavním účelem veřejné zakázky provedení stavebních prací – tyto jsou dle navrhovatele pouze druhořadé; v daném případě je hlavním účelem především dodávka svítidel včetně související elektroinstalace. Samotné výkopové stavební práce nevedou v tomto případě k naplnění základního účelu veřejné zakázky. Navrhovatel uvádí, že instalace nových LED svítidel má probíhat na již stojící sloupy veřejného osvětlení, na rozdíl od instalace nových sloupů, k čemuž má dojít pouze ve dvou případech. Hodnota stavebních prací tak podle navrhovatele odpovídá pouze přibližně desetině hodnoty celé veřejné zakázky. Navrhovatel shrnuje, že takový postup zadavatele svědčí o obcházení zákona.

5. Navrhovatel rovněž namítá neurčitost zadávací dokumentace k veřejné zakázce. Neurčité je podle jeho názoru místo plnění veřejné zakázky, které je v zadávací dokumentaci vyznačeno v mapě bez konkrétního určení, jež má být poskytnuto pouze vybranému dodavateli. Toto považuje navrhovatel za problematické s ohledem na nemožnost spolehlivého nacenění předmětu veřejné zakázky. Zároveň uvádí, že je možné, že tato informace je k dispozici subjektu, který pro zadavatele zpracovával technickou dokumentaci. U tohoto subjektu není vyloučeno, aby se sám účastnil zadávacího řízení na veřejnou zakázku, případně také není vyloučeno, že podrobnou informaci obdržel jiný subjekt. Taková skutečnost dle navrhovatele zakládá diskriminaci a nastavení nerovných podmínek pro dodavatele. Navrhovatel tedy namítá rozpor postupu zadavatele s § 6 zákona a § 36 odst. 4 zákona.
6. Dále navrhovatel upozorňuje na „zjevný protimluv“ v zadávací dokumentaci, kdy si odporuje požadavek na otevření svítidel bez nutnosti použití náradí s požadavkem na jejich tzv. *antivandal* úpravu. Posledním zmíněným diskriminačním aspektem zadávací dokumentace je dle navrhovatele požadavek zadavatele na typ svítidla. Podle tvrzení navrhovatele totiž splňuje technické požadavky na svítidla pouze jeden jediný konkrétní druh od jednoho výrobce a takové technické určení není dostatečně vysvětleno ve smyslu § 89 odst. 5 zákona.
7. Navrhovatel závěrem návrhu podotýká, že postup zadavatele k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení vede ke vzniku újmy navrhovatele, a to v podobě faktického vyloučení z možnosti plnění veřejné zakázky a s ním související ušlý zisk navrhovatele. Takové vyloučení by dle navrhovatele bylo způsobeno jak neurčitostí zadávací dokumentace, tak i omezenými možnostmi nápravy s ohledem na zadávání veřejné zakázky mimo režim zákona.
8. Navrhovatel se návrhem domáhá nápravy nezákonného postupu zadavatele v podobě uložení zákazu takového postupu zadavatele, jenž směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení.

III. VYJÁDŘENÍ ZADAVATELE ZE DNE 14. 5. 2018 K NÁVRHU

9. Zadavatel nesouhlasí s obsahem návrhu navrhovatele a odmítá, že by se ve svém postupu dopustil jednání, jež by mělo vést k nápravnému opatření ve smyslu zákona.
10. Zadavatel ve svém vyjádření k návrhu konstatuje, že s ohledem na neexistenci přílohy zákona, z níž by vyplýval výslovně stanovený seznam stavebních činností, postupoval dle praxe zavedené předchozí právní úpravou – zákonem č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“). V příloze č. 3 zákona o veřejných zakázkách jsou uvedeny stavební činnosti, a to konkrétně: „45.3 *Stavebně montážní práce 45300000/45.34 Ostatní stavební montážní práce/Obsah: Montáž osvětlovacích a signálních zařízení pro silnice, železnice, letiště a přístavy*“. Zadavatel tedy uvádí, že druh veřejné zakázky – stavební práce – jím byl pro veřejnou zakázku určen správně. Vzhledem k tomuto druhu veřejné zakázky se dle zadavatele jedná o zakázku malého rozsahu, a režim zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení byl proto zvolen správně. Zadavatel uvádí, že navrhovatel nesprávně uvádí procenta podílu stavebních prací na veřejné zakázce, a to v jednotkách procent, přičemž dle propočtu zadavatele se jedná přibližně o 28,5 %. Zadavatel nicméně zdůrazňuje, že v případě stavebních prací není jejich reálný podíl na hodnotě veřejné zakázky relevantní.

11. Rovněž odmítá, že by se dopustil v zadávací dokumentaci neurčitostí, a to především s ohledem na to, že místo plnění veřejné zakázky je volně přístupným veřejným prostorem, jehož individuální prohlídku v zadávací dokumentaci zadavatel doporučuje. Upozorňuje rovněž na institut žádosti o dodatečné informace, jejíž možnosti žádný z dodavatelů včetně navrhovatele nevyužil, na základě čehož považuje zadavatel vymezení místa plnění za dostatečné.
12. Dle zadavatele také není pravdivé vyjádření navrhovatele o „protimluvu“ týkajícího se údržby svítidel bez pomoci nářadí se současným dodržáním tzv. *antivandal* úpravy. Zadavatel má za to, že výše uvedený způsob údržby nijak nesnižuje odolnost svítidel proti jejich poškození. Rovněž odmítá tvrzení o diskriminačním určení technických parametrů svítidel i s ohledem na nabídky dalších dodavatelů, kteří nabízeli různé typy svítidel.
13. K možnosti vzniku újmy na straně navrhovatele zadavatel podotýká, že k jeho faktickému vyloučení došlo z důvodu nedostatků v jeho nabídce. Podle zadavatele nabídka navrhovatele neobsahovala úplný krycí list, a také chybělo prokázání, jakými výrobky chce veřejnou zakázku realizovat. K vyloučení navrhovatele tak došlo dle zadavatele na základě okolností na straně navrhovatele, nikoliv zaviněním zadavatele.
14. Závěrem tedy zadavatel shrnuje, že není povinen postupovat při zadávání veřejné zakázky podle zákona, protože se jedná o veřejnou zakázku malého rozsahu na stavební práce.

IV. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

15. Účastníky řízení podle § 256 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - navrhovatel.
16. Dnem 2. 5. 2018, kdy Úřad návrh obdržel, bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení přípisem č. j. ÚOHS-S0163/2018/VZ-13228/2017/522/NRi ze dne 3. 5. 2018.
17. Dne 14. 5. 2018 obdržel Úřad vyjádření zadavatele z téhož dne (dále jen „vyjádření zadavatele k návrhu“), které bylo zasláno společně s textovou částí zadávací dokumentace.
18. Dne 15. 5. 2018 byla Úřadu doručena zbývající část dokumentace o zadávacím řízení.
19. Usnesením č. j. ÚOHS-S0163/2018/VZ-15044/2018/522/NRi ze dne 22. 5. 2018 Úřad stanovil zadavateli lhůtu k podání informace o dalších úkonech, které zadavatel v průběhu správního řízení v souvislosti se zadáváním veřejné zakázky provede.
20. Usnesením č. j. ÚOHS-S0163/2018/VZ-15504/2018/VZ/522/NRi ze dne 28. 5. 2018 určil Úřad zadavateli lhůtu ke sdělení konkrétního okruhu montážních a instalačních prací, které mají být vykonány jako součást plnění předmětu veřejné zakázky, a dále k zaslání projektové dokumentace k plnění předmětu veřejné zakázky, pokud taková existuje.
21. Zadavatel zaslal dne 4. 6. 2018 Úřadu dokument označený jako Vyjádření k usnesení – sp. zn. S0163/2018/VZ a datovaný ke dni 1. 6. 2018 (dále jen „vyjádření zadavatele k usnesení“).

Vyjádření zadavatele k usnesení ze dne 4. 6. 2018

22. Zadavatel ve svém vyjádření k usnesení Úřadu sdělil, že za prováděné stavební práce lze považovat: demontáže, zemní práce, instalační a elektromontážní práce a ostatní činnosti, přičemž u každé z položek uvedl konkrétní činnosti, které mají být v rámci těchto provedeny. Dále také uvedl, že pro veřejnou zakázku není zpracována projektová dokumentace, přičemž v reakci na odkaz Úřadu na *Metodický pokyn ministerstva průmyslu a obchodu pro žadatele o dotaci na rekonstrukci veřejného osvětlení z programu EFEKT* uvádí, že dle tohoto dokumentu je v určitých případech dostačující předložit pouze rozpočet investiční akce. Zároveň uvádí, že byla provedena technická dokumentace k veřejné zakázce, součástí které je mimo jiné i položkový rozpočet dle požadavků programu EFEKT, přičemž tato je součástí zadávací dokumentace k veřejné zakázce.

Další průběh správního řízení

23. Dne 11. 6. 2018 provedl Úřad záznam do spisu o shromáždění podkladů pro vydání rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0163/2018/VZ-17273/2018/522/NRi.
24. Usnesením č. j. ÚOHS-S0163/2018/VZ-17278/2018/522/NRi ze dne 11. 6. 2018 stanovil Úřad účastníkům řízení lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
25. Účastníci správního řízení se ve lhůtě určené k vyjádření k podkladům rozhodnutí ani později v průběhu správního řízení nevyjádřili.

V. ZÁVĚRY ÚŘADU

26. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména obdržené dokumentace o zadávání veřejné zakázky a stanovisek předložených účastníky správního řízení a na základě vlastního zjištění rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí. K tomu Úřad uvádí následující skutečnosti.

K postavení zadavatele

27. Úřad nejprve posoudil otázku právního postavení zadavatele jako zadavatele ve smyslu § 4 zákona.
28. Podle § 4 odst. 1 písm. d) zákona je veřejným zadavatelem územní samosprávný celek nebo jeho příspěvková organizace.
29. Zadavatel je městem, ve smyslu ustanovení § 3 odst. 1 zákona č. 128/2000 Sb., o obecním zřízení, ve znění pozdějších předpisů. Z posledně uvedeného tedy vyplývá, že zadavatel je veřejným zadavatelem ve smyslu § 4 odst. 1 písm. d) zákona a je povinen postupovat při zadávání veřejných zakázek podle zákona.

Relevantní ustanovení zákona

30. Podle § 4 odst. 4 zákona pokud zadavatel zahájí zadávací řízení, i když k tomu nebyl povinen, je povinen ve vztahu k zadávané veřejné zakázce dodržovat zákon.
31. Podle § 6 odst. 1 zákona musí zadavatel při postupu podle zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.

32. Podle § 14 odst. 1 zákona je veřejnou zakázkou na dodávky veřejná zakázka, jejímž předmětem je pořízení věcí, zvířat nebo ovladatelných přírodních sil, pokud nejsou součástí veřejné zakázky na stavební práce podle odstavce 3. Pořízením se rozumí zejména koupě, nájem nebo pacht.
33. Podle § 14 odst. 3 zákona je veřejnou zakázkou na stavební práce veřejná zakázka, jejímž předmětem je
 - a) poskytnutí činnosti uvedené v oddílu 45 hlavního slovníku jednotného klasifikačního systému pro účely veřejných zakázek podle přímo použitelného předpisu Evropské unie,
 - b) zhotovení stavby, nebo
 - c) poskytnutí souvisejících projektových činností, pokud jsou zadávány společně se stavebními pracemi podle písmene a) nebo b).
34. Podle § 15 odst. 1 zákona veřejné zakázky, které v sobě zahrnují více druhů veřejných zakázek, se zadávají v souladu s pravidly platnými pro druh veřejné zakázky odpovídající hlavnímu předmětu této veřejné zakázky. Podle odst. 2 téhož ustanovení, obsahují-li veřejné zakázky dodávky i služby a nejedná se o veřejnou zakázku na stavební práce, určí se hlavní předmět podle části předmětu veřejné zakázky s vyšší předpokládanou hodnotou. Podle odst. 3 téhož ustanovení platí, že v ostatních případech se hlavní předmět určí podle základního účelu veřejné zakázky.
35. Podle § 27 zákona je veřejnou zakázkou malého rozsahu taková veřejná zakázka, jejíž předpokládaná hodnota je rovna nebo nižší částce 2.000.000,- Kč v případě dodávek či služeb, nebo 6.000.000,- Kč v případě stavebních prací.
36. Podle § 31 zákona není zadavatel povinen zadávat v zadávacím řízení zakázku malého rozsahu. Při jejím zadávání je zadavatel povinen dodržet zásady dle § 6 zákona.
37. Podle § 241 odst. 1 zákona může námitky podat dodavatel, kterému postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním podlimitní nebo nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona nebo se zvláštními postupy podle části šesté zákona hrozí nebo vznikla újma (dále jen „stěžovatel“).
38. Podle § 242 odst. 4 zákona námitky proti zadávací dokumentaci musí být zadavateli doručeny nejpozději do skončení lhůty pro podání nabídek.
39. Podle § 251 odst. 3 pokud zadavatel nerozhodne o námitkách v zákonné lhůtě, musí být návrh na zahájení správního řízení doručen Úřadu a zadavateli nejpozději do 25 dnů ode dne odeslání námitek stěžovatelem.
40. Podle § 263 odst. 7 zákona Úřad zakáže zadavateli pokračovat v návrhem napadeném postupu zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, pokud zjistí, že postup zadavatele je v rozporu se zákonem nebo jej obchází.
41. Podle § 265 písm. c) zákona Úřad návrh zamítne, pokud návrh nesměřuje proti postupu, který je zadavatel povinen dodržovat podle zákona.

Zjištění ze zadávací dokumentace

42. Zadavatel zveřejnil na své úřední desce výzvu k podání nabídek a prokázání kvalifikace, která obsahovala zadávací dokumentaci k veřejné zakázce. Veřejnou zakázku zařadil zadavatel

druhově jako veřejnou zakázku na stavební práce ve smyslu § 14 odst. 3 písm. a) zákona. S ohledem na její předpokládanou hodnotu 3.200.000,- Kč bez DPH zadavatel ve smyslu § 27 písm. b) zákona určil, že se jedná o veřejnou zakázku malého rozsahu, tedy že je zadavatel oprávněn zadat ji mimo zadávací řízení ve smyslu zákona.

43. Předmětem veřejné zakázky byla dle zadávací dokumentace a jejích příloh výměna a celková rekonstrukce veřejného osvětlení v obci Brumov-Bylnice (srov. bod 2 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Záměrem rekonstrukce byla dle zadávací dokumentace úspora elektrické energie prostřednictvím snížení energetické náročnosti.
44. Lhůtu pro podání nabídek stanovil zadavatel do 12. 4. 2018. V zadávací dokumentaci zadavatel rovněž odkazoval na kódy činností podle *Společného slovníku pro veřejné zakázky* (dále rovněž „CPV“). Konkrétně uvedl kódy odpovídající činnostem: „výkopové a zemní práce, stavební práce, instalace a montáž zařízení pro venkovní osvětlení, instalace a montáž zařízení pro osvětlení silnic.“ Všechny tyto kódy odpovídají systematizaci v CPV stavebním pracím (viz dále odůvodnění tohoto rozhodnutí).

Námítky navrhovatele

45. Navrhovatel doručil zadavateli dne 11. 4. 2018 dokument označený jako Námítky proti porušení zákona zadavatelem, kterým brojil proti zadávací dokumentaci (dále jen „námítky“).
46. Obsahově se námítky navrhovatele shodují s obsahem návrhu, jenž byl podán u Úřadu dne 2. 5. 2018. Navrhovatel v nich namítá špatné určení druhu veřejné zakázky, přičemž uvádí, že takové určení veřejné zakázky je v rozporu s ustanovením § 15 zákona. Rovněž v námítkách napadá technickou specifikaci požadovaných svítidel v zadávací dokumentaci, kterou považuje za diskriminační a neodpovídající požadavkům zákona, a to především jeho ustanovením § 6, § 89 odst. 5 a také § 36 odst. 4.
47. Zadavatel na řádně doručené námítky navrhovatele nereagoval, přičemž ve svém vyjádření k návrhu navrhovatele uvedl, že postupoval v souladu s § 245 odst. 5 zákona, tedy že když v zákonné lhůtě nedošlo k vypořádání námitek, má se za to že tyto zadavatel odmítnul.
48. Návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele byl doručen u Úřadu v zákonné lhůtě ve smyslu ustanovení § 251 odst. 3 zákona, tedy v době 25 dní ode dne odeslání námitek navrhovatelem zadavateli.

Právní posouzení

49. Navrhovatel v podstatné části svého návrhu rozporuje postup zadavatele při určení druhu veřejné zakázky. Dle jeho názoru s chybným určením druhu veřejné zakázky souvisí také její zadávání v režimu veřejné zakázky malého rozsahu. Navrhovatel má za to, že veřejná zakázka měla být podřazena pod druh veřejné zakázky na dodávky, nikoliv na stavební práce. V takovém případě by – s ohledem na předpokládanou hodnotu veřejné zakázky – byl zadavatel povinen zadávat veřejnou zakázku v podlimitním režimu. Lze tedy shrnout, že mezi účastníky správního řízení je sporné především určení druhu veřejné zakázky. Od správního zodpovězení této otázky se pak odvíjí správné určení režimu veřejné zakázky, potažmo posouzení souladu postupu zadavatele se zákonem, který veřejnou zakázku zadává jako veřejnou zakázku malého rozsahu ve smyslu § 27 zákona.

K určení druhu veřejné zakázky

50. Úřad v obecné rovině k určení druhu veřejné zakázky uvádí následující. Z § 14 odst. 1 zákona vyplývá, že veřejnou zakázkou na dodávky je mimo jiné pořízení věcí. Za stavební práce je pak dle § 14 odst. 3 zákona nutné považovat nejen veřejnou zakázku, jejímž předmětem je samotné zhotovení stavby, ale taktéž i veřejnou zakázku, jejímž předmětem je provádění činnosti uvedené v oddílu 45 slovníku jednotného klasifikačního systému pro účely veřejných zakázek (klasifikace CPV kódy).¹
51. Mezi činnosti uvedené v oddílu 45 jednotného klasifikačního systému patří např. instalace a montáž zařízení pro venkovní osvětlení (CPV – 45316100-6) nebo instalace a montáž zařízení pro osvětlení silnic (CPV – 45316110-9). Právě tyto činnosti uvedl v nyní šetřeném případě zadavatel v zadávací dokumentaci veřejné zakázky v rámci klasifikace předmětu veřejné zakázky. Dalším příkladem činnosti, kterou lze s ohledem na jednotný klasifikační systém považovat za stavební práce je např. instalace dveří a oken (CPV – 45421130-4). Lze nicméně konstatovat, že v prostředí zadávání veřejných zakázek není neobvyklé, že součástí poptávaného předmětu plnění budou jak dodávky, tak stavební práce.
52. Zákonem předvídaným postupem v těchto případech, kdy veřejná zakázka obsahuje vícero druhů plnění, je určení hlavního předmětu veřejné zakázky. V případě kombinace služeb a dodávek se tento hlavní předmět určí podle té části předmětu veřejné zakázky, která dosahuje vyšší předpokládané hodnoty (tzv. princip těžiště). Naproti tomu v situacích, kdy jsou součástí předmětu veřejné zakázky dodávky (případně služby) a taktéž stavební práce, je nutné (s ohledem na § 15 odst. 3 zákona) vycházet při určení hlavního předmětu z tzv. „základního účelu“ veřejné zakázky. Na tomto místě je vhodné akcentovat právě zásadní rozdíl v určení hlavního předmětu veřejné zakázky při kombinaci dodávek a stavebních prací. Z dikce zákona je zjevné, že zákonodárce při souběhu stavebních prací a dodávek nerozlišuje hodnotu podílu konkrétního druhu veřejné zakázky, jak je tomu v případě souběhu služeb a dodávek, ale klade důraz na zjištění základního účelu veřejné zakázky. Tímto základním účelem je pak nutné rozumět samotný smysl, potažmo záměr, který má být konkrétní veřejnou zakázkou z pohledu zadavatele dosažen. Pokud tedy veřejná zakázka zahrnuje na jedné straně dodávky, na straně druhé stavební práce, budou hlavním předmětem takové veřejné zakázky dodávky pouze tehdy, pokud stavební práce sice jsou nezbytné k řádnému splnění veřejné zakázky, avšak v jejich provedení nespočívá základní účel, pro nějž je poskytováno plnění dodavatele jako celek.
53. Jako příklad, kdy je nutné s ohledem na základní účel veřejnou zakázku druhově podřadit pod dodávky, uvádí komentářová literatura *„dodávky složitých zobrazovacích technologií ve zdravotnictví do již existujících staveb. Tyto zakázky zpravidla vyžadují k řádnému provedení mimo jiné vybourání a následnou opravu stavebních otvorů, stavební spojení předmětu dodávky s budovou, případně i instalaci stínění před elektromagnetickým zářením (včetně služeb v podobě souvisejících projekčních prací). Za předpokladu, že by tyto stavební práce nebyly oddělitelné od samotné dodávky (např. z důvodu zachování práv zadavatele ze záruky), nepředstavovaly by jako součást veřejné zakázky její hlavní účel. Tímto hlavním účelem by byla samotná dodávka zobrazovací technologie. Veřejná zakázka jako celek by tak*

¹ Zákon v této souvislosti odkazuje na nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 2195/2002 ze dne 5. listopadu 2002 o společném slovníku pro veřejné zakázky (CPV), v platném znění.

*představovala veřejnou zakázku na dodávky.“ (srov.: PODEŠVA V. a kol., *Zákon o zadávání veřejných zakázek: Zákon o registru smluv: komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2016).*

54. Dalším příkladem dle komentářové literatury je situace, kdy je předmětem veřejné zakázky výměna výtahu, který bude potřeba nainstalovat v bytovém domě. Byť je v tomto případě nutné provést určité stavební práce, tyto je nutné považovat pouze za nutný předpoklad k zajištění plné funkčnosti nového výtahu. Pokud by ale účelem veřejné zakázky byla celková rekonstrukce, jejíž součástí by byla přestavba domu na bezbariérový včetně dodání výtahu, je nutné uvažovat v tom smyslu, že konečným účelem a cílem veřejné zakázky je právě bezbariérovost domu, resp. celková rekonstrukce, a to bez ohledu na hodnotu souvisejících dodávek (srov. KRUTÁK, T. a kol.; *Zákon o zadávání veřejných zakázek s komentářem k 1. 10. 2016. 1. vydání*. Olomouc: ANAG, 2016).
55. Z komentářové literatury pak v neposlední řadě vyplývá, že „v hraničních případech, kdy převažující charakter nebude snadné jednoznačně a objektivně určit, skýtá [volba zadavatele] jistou míru argumentační volnosti, která by měla být respektována.“ (srov. MACEK I., a kol.; *Zákon o zadávání veřejných zakázek – Praktický komentář i s judikaturou*, Praha: Leges, 2016).
56. Lze shrnout, že o veřejnou zakázku na dodávky půjde dle uvedených doktrinárních závěrů, od kterých Úřad nevidí důvod se zásadním způsobem odchylovat, zejména tehdy, jde-li o dodávky specifických přístrojů a zařízení, kdy jsou stavební práce pouze vedlejší činnosti sloužící k tomu, aby mohl být konkrétní přístroj využíván dle potřeb zadavatele. Naopak v situaci, kdy je předpokládaným cílem veřejné zakázky celková revitalizace, případně rekonstrukce objektu, součástí které bude i nezbytná modernizace vybavení, je nutné přiklonit se k závěru, že jde o veřejnou zakázku na stavební práce, jelikož související dodávky je nutné považovat za vedlejší součást plnění.
57. S ohledem na výše uvedené se proto Úřad zaměřil na určení základního účelu nyní šetřené veřejné zakázky. Účelem nyní šetřené veřejné zakázky je dle zadávací dokumentace snížení energetické náročnosti soustavy veřejného osvětlení zadavatele. Tohoto účelu bude dosaženo zejména výměnou svítidel, souvisejícími elektroinstalačními pracemi, výměnou konstrukčních prvků a rekonstrukcí rozvaděče (srov. body 2 a 42 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Specifické činnosti a dodávky jsou konkretizovány zejména v položkovém rozpočtu, který tvoří přílohu zadávací dokumentace. Úřad v průběhu správního řízení vyzval zadavatele k bližšímu objasnění konkrétních stavebních prací, které budou součástí plnění předmětu veřejné zakázky. Zadavatel v této souvislosti objasnil, že v daném případě lze uvažovat o následujících činnostech, které svým charakterem představují stavební práce.

Jedná se například o následující činnosti:

- demontáže svítidel a sloupů, příprava pro montáže,
- instalace svítidla,
- výkop pro betonové patky sloupů a osazení patek,
- výkop kabelové drážky, uložení a spojování kabelů,
- povrchové úpravy terénu,

- instalační a elektromontážní práce - instalace výložníku, napojení napájecích kabelů a svorkovnic (např. AYKY),
 - elektromontážní práce na rozvaděčích,
 - práce na zabezpečení staveniště apod.
58. Tyto činnosti byly Úřadem srovnány s položkovým rozpočtem veřejné zakázky, který tvořil přílohu zadávací dokumentace a také s dalšími technickými požadavky. Na základě tohoto srovnání má Úřad za to, že tyto činnosti lze nepochybně očekávat ve fázi realizace předmětu plnění.
59. V daném případě je nesporné, že veřejná zakázka je souborem komplexních činností, které musí být provedeny souborně tak, aby bylo dosaženo základního účelu veřejné zakázky. Tímto účelem dle Úřadu není „pouze“ dodávka svítidel dle požadavků zadavatele, ale hlavně naplnění komplexního záměru zadavatele, kterým je v daném případě celková revitalizace soustavy veřejného osvětlení za účelem snížení energetické náročnosti. Úřad připouští, že součástí této revitalizace je i samotná modernizace svítidel na svítidla typu LED. Dle Úřadu by ale tohoto účelu nebylo možné dosáhnout pouze samotnou dodávkou, resp. dodávkou a určitou běžnou instalací. Ostatně, je to sám navrhovatel, kdo připouští, že *„věcně nejvýznamnějším plněním, je právě dodávka LED svítidel a související elektroinstalace“*. V daném případě si pod elektroinstalací lze představit činnosti související s napojením každého jednotlivého svítidla, napojení na sloup popř. výložník, zapojení napájecích kabelů a svorkovnic, elektromontážní práce na rozvaděčích apod., tedy činnosti, u kterých lze předpokládat potřebu určitých odborných znalostí. Za elektroinstalační práce naopak Úřad obecně nepovažuje např. prostou „výměnu žárovky“ – právě v této situaci by bylo nanejvýš jasné, že účelem zakázky je právě dodávka svítidel a instalace je pouze vedlejší činnost.
60. Jinými slovy, podstatnou součástí veřejné zakázky nepochybně je i dodávka LED svítidel. V šetřeném případě lze potvrdit, že faktický účel bude zcela naplněn právě kombinací dodávek a stavebních prací. Základní účel, který Úřad vnímá jako celkovou revitalizaci a rekonstrukci soustavy veřejného osvětlení, bude nicméně dle Úřadu naplněn zejména komplexem elektroinstalačních a dalších stavebních prací.
61. Navrhovatel poukazuje na to, že samotné výkopové stavební práce nepředstavují v tomto případě základní účel veřejné zakázky. Úřad přisvědčuje, že zemní, případně konkrétně výkopové práce samy o sobě účel veřejné zakázky nenaplňují. V daném případě nicméně Úřad zohledňuje celkový komplex činností, z nichž stěžejní část představují zejména elektroinstalační práce.
62. Navrhovatel dále argumentuje v tom smyslu, že instalace nových LED svítidel má probíhat na již stojících sloupech veřejného osvětlení, přičemž k instalaci na nových sloupech, resp. samotné postavení nového sloupu se vyžaduje jen v několika málo případech. Úřad toto konstatování navrhovatele co do skutkových okolností nemá důvod rozporovat. V daném případě je ale rozhodné to, že i samotné elektroinstalační práce související s montáží nových LED svítidel – na již stojících sloupech – je nutné vnímat jako činnosti, které zákon s odkazem na evropské nařízení považuje za stavební práce (srov. bod 51 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Skutečnost, zda půjde o montáž na již stojící sloupy, případně o instalaci na nové sloupy, nemůže vést k rozdílnému pojetí charakteru činnosti. Obdobně by nešlo

argumentovat tím, že montáž nových oken nebo dveří (srov. bod 51. odůvodnění tohoto rozhodnutí) nebude považována za stavební práce pouze s argumentem, že v daném případě budou okna instalována do již existujících okenních otvorů v návaznosti na výměnu starších typů.

63. Konečně nelze přisvědčit ani argumentu navrhovatele, že hodnota stavebních prací představuje zanedbatelnou částku hodnoty dodávek LED svítidel. Jak již bylo uvedeno výše, v případě souběhu stavebních prací a dodávek není z hlediska posouzení hlavního předmětu veřejné zakázky rozhodná předpokládaná hodnota dílčích předmětů veřejné zakázky. V daném případě je rozhodný základní účel, kterým je dle Úřadu komplexní revitalizace soustavy veřejného osvětlení. Tohoto účelu bude dle Úřadu dosaženo jednak dodávkami svítidel, ale zejména pak souborem komplexních elektroinstalačních prací a dalších stavebních prací, přičemž je lhostejno, že při celkovém poměrování představuje předpokládaná hodnota stavebních prací ve svém důsledku nižší částku oproti hodnotě dodávek.
64. Nyní šetřenou veřejnou zakázku lze s ohledem na základní účel, potažmo hlavní předmět považovat za veřejnou zakázku na stavební práce. S ohledem na předpokládanou hodnotu veřejné zakázky (viz bod 2 odůvodnění tohoto rozhodnutí) jde o veřejnou zakázku malého rozsahu ve smyslu § 27 písm. b) zákona, přičemž podle § 31 zákona platí, že zadavatel není povinen zadat veřejnou zakázku malého rozsahu v zadávacím řízení. Pro úplnost Úřad doplňuje, že zadavatel v šetřeném případě nepostupoval v zadávacím řízení dobrovolně ve smyslu § 4 odst. 4 zákona (srov. bod 30 odůvodnění tohoto rozhodnutí), když z výzvy k podání nabídek a prokázání kvalifikace jednoznačně vyplývá, že zadavatel postupuje mimo režim zákona (viz bod. 41 odůvodnění tohoto rozhodnutí).
65. Podle § 248 odst. 1 zákona vykonává Úřad dozor nad dodržováním pravidel stanovených zákonem pro zadání podlimitní nebo nadlimitní veřejné zakázky. S ohledem na posledně uvedené je nutné dopět závěru, že Úřad nemá s ohledem na jednoznačnou dikci § 248 odst. 1 zákona pravomoc jakkoliv posuzovat postup zadavatele související se zadáním veřejné zakázky malého rozsahu. V této souvislosti lze odkázat na § 2 odst. 2 správního řádu, ze kterého vyplývá, že správní orgán uplatňuje svou pravomoc pouze k těm účelům, k nimž mu byla zákonem svěřena, a v rozsahu, v jakém mu byla svěřena. Úřad v této souvislosti doplňuje, že posledně uvedená zásada vyplývající ze správního řádu nachází oporu rovněž v Ústavě České republiky [srov. čl. 2 odst. 3 a 4 Ústavy ČR], a také v Listině [srov. čl. 2 odst. 2 a 3 Listiny]. Tato ustanovení pak mají za základní cíl vymezit, resp. omezit výkon státní moci, která tak může být realizována toliko v případech, mezích a způsoby, které stanoví zákona
66. V návaznosti na posledně uvedené lze uzavřít, že v případě oprávněného postupu zadavatele v režimu veřejné zakázky malého rozsahu, tj. mimo zadávací řízení, není dána ani pravomoc Úřadu jakkoliv přezkoumávat postup zadavatele při stanovení zadávacích podmínek, případně v souvislosti s dodržováním základních zásad dle § 6 zákona. Obdobně se vyjádřil rovněž předseda Úřadu ve svém rozhodnutí č. j. R0214/2017/VZ-03356/2018/322/DJa ze dne 2. 2. 2018 (srov. bod 35 cit. rozhodnutí předsedy Úřadu).

67. S odkazem na výše popsané tak lze konstatovat, že návrh nesměruje proti postupu, který je zadavatel povinen dodržovat podle tohoto zákona, a proto návrh navrhovatele podle § 265 písm. c) zákona Úřad zamítl, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad proti tomuto rozhodnutí má odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona činí výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží

1. Město Brumov-Bylnice, Hildy Synkové 942, 763 31 Brumov-Bylnice
2. JUDr. Michal Fraňo, advokát, Truhlářská 1108/3, 110 00 Praha 1

Vypraveno dne

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