



UOHSX00BRK57

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0429/2018/VZ-35881/2018/542/MCi

Brno: 4. prosince 2018

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, v řízení o přestupku zahájeném dne 23. 10. 2018 z **moci úřední**, jehož účastníkem je

- obviněný – hlavní město Praha, IČO 00064581, se sídlem Mariánské náměstí 2/2, 110 00 Praha 1,

ve věci možného spáchání přestupku ve smyslu § 268 odst. 1 písm. b) citovaného zákona obviněným v souvislosti se zadáváním veřejné zakázky „**Vybudování nové návštěvnické WiFi v lokalitě Lanová dráha Petřín**“, v rámci dynamického nákupního systému „Dodávky HW zařízení, standardního SW a odborných služeb technického poradenství“ na základě výzvy k podání nabídek ze dne 28. 8. 2017, jejíž „Oznámení o výsledku zadávacího řízení“ bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 10. 1. 2018 pod ev. č. 641206,

rozhodl takto:

I.

Obviněný – hlavní město Praha, IČO 00064581, se sídlem Mariánské náměstí 2/2, 110 00 Praha 1 – **se dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. b) zákona** č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **tím, že nedodržel pravidlo stanovené v § 6 odst. 2** citovaného zákona, když v rozporu se zásadou zákazu diskriminace v čl. 4. 4. „LAN PŘEPÍNAČE“, části 4., přílohy č. 2 zadávací dokumentace veřejné zakázky „Vybudování nové návštěvnické WiFi v lokalitě Lanová dráha Petřín“, zadávané v rámci dynamického nákupního systému „Dodávky HW zařízení, standardního SW a odborných služeb technického poradenství“ na základě výzvy k podání nabídek ze dne 28. 8. 2017, jejíž „Oznámení o výsledku zadávacího řízení“ bylo

uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 10. 1. 2018 pod ev. č. 641206, uvedl mezi požadavky na základní technické parametry internetový odkaz na konkrétní produkty přepínačů Cisco řady 3850 (http://www.cisco.com/c/en/us/products/collateral/switches/catalyst-3850-seriesswitches/data_sheet_c78-720918.html), tj. uvedl specifické označení zboží, aniž by tento odkaz byl odůvodněn předmětem veřejné zakázky, což mohlo vést ke zvýhodnění konkrétního výrobku či dodavatele, přičemž tak stanovil zadávací podmínky v rozporu s citovaným zákonem a zadal veřejnou zakázku, když dne 26. 10. 2017 uzavřel s vybraným dodavatelem Simac Technik ČR, a. s., IČO 63079496, se sídlem Radlická 740/113c, 158 00 Praha 5, smlouvu na realizaci předmětné veřejné zakázky.

II.

Za spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se obviněnému – hlavní město Praha, IČO 00064581, se sídlem Mariánské náměstí 2/2, 110 00 Praha 1 – podle § 268 odst. 2 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ukládá

pokuta ve výši 10.000,- Kč (deset tisíc korun českých).

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

ODŮVODNĚNÍ

I. POSTUP ÚŘADU PŘED ZAHÁJENÍM SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) v roli kontrolního orgánu ve smyslu § 1 a § 2 zákona č. 255/2012 Sb., o kontrole, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 248 odst. 1 písm. e) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), zahájil dne 11. 7. 2018 z moci úřední doručením oznámení o zahájení kontroly z téhož dne, č. j. ÚOHS-K007/2018/VZ-20070/2018/544/MBo zadavateli – hlavní město Praha, IČO 00064581, se sídlem Mariánské náměstí 2/2, 110 00 Praha 1 (dále jen „obviněný“ nebo „zadavatel“) – kontrolu postupu zadavatele v rámci veřejné zakázky „Vybudování nové návštěvnické WiFi v lokalitě Lanová dráha Petřín“, zadávané v rámci dynamického nákupního systému „Dodávky HW zařízení, standardního SW a odborných služeb technického poradenství“ na základě výzvy k podání nabídek ze dne 28. 8. 2017, jejíž „Oznámení o výsledku zadávacího řízení“ bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 10. 1. 2018 pod ev. č. 641206 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Dne 20. 7. 2018 obdržel kontrolní orgán od zadavatele dokumentaci pořízenou v souvislosti s veřejnou zakázkou. V protokolu o kontrole č. j. ÚOHS-K007/2018/VZ-23970/2018/544/MBo ze dne 14. 9. 2018 Úřad konstatoval, že zadavatel postupoval v souvislosti se zadáváním předmětné veřejné zakázky v rozporu se zákonem.
3. Z důvodu existence pochybnosti o tom, zda zadavatel v souvislosti se zadáváním výše uvedené veřejné zakázky nespáchal přestupek podle § 268 odst. 1 písm. b) zákona, zahájil Úřad v této věci správní řízení z moci úřední.

II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

4. Účastníkem řízení o přestupku je podle § 256 zákona obviněný.

5. Dne 23. 10. 2018 bylo obviněnému odesláno oznámení o zahájení řízení o přestupku, a to přípisem z téhož dne, č. j. ÚOHS-S0429/2018/VZ-30912/2018/542/MCi, ve věci možného spáchání přestupku ve smyslu § 268 odst. 1 písm. b) zákona v souvislosti se zadáváním výše uvedené veřejné zakázky.
6. Správní řízení bylo zahájeno podle § 78 odst. 2 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (dále jen „zákon o přestupcích“), ve spojení s § 248 zákona dne 23. 10. 2018, tj. dnem, kdy bylo oznámení o zahájení řízení o přestupku doručeno obviněnému.
7. Usnesením ze dne 23. 10. 2018, č. j. ÚOHS-S0429/2018/VZ-30941/2018/542/MCi Úřad obviněnému stanovil lhůtu pro navrhování důkazů, k podávání jiných návrhů a k vyjádření svého stanoviska v rámci řízení. Obviněný se ve stanovené lhůtě k řízení o přestupku nevyjádřil.
8. Usnesením ze dne 6. 11. 2018, č. j. ÚOHS-S0429/2018/VZ-31891/2018/542/MCi, byl obviněný informován o tom, že v řízení o přestupku bylo ukončeno shromažďování podkladů pro vydání rozhodnutí ve smyslu § 50 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), a zároveň mu byla stanovena lhůta pro vyjádření se k těmto podkladům.

Vyjádření obviněného ze dne 13. 11. 2018

9. Obviněný doručil dne 13. 11. 2018 Úřadu své vyjádření z téhož dne. V rámci vyjádření, po shrnutí dosavadního vývoje ve věci, obviněný konstatoval „[...] že se *nedomnívá, že by se svým postupem dopustil správního deliktu dle § 268 odst. 1 písm. b) zákona a má za to, že zadávací podmínky veřejné zakázky stanovil v souladu se zákonem*“, přičemž navrhuje, aby „[...] Úřad rozhodl o tom, že se zadavatel nedopustil správního deliktu.“
10. V argumentační části svého vyjádření obviněný předesílá, že v rámci zadávací dokumentace jednoznačně určil technické podmínky na parametry jím poptávaného „LAN Přepínače“ ve formě vymezení požadované hodnoty „L3 switch“, která odkazuje na technologii užívanou v rámci ICT. Obviněný dále uvádí, že pro lepší srozumitelnost zadávacích podmínek dále přidal do technických podmínek i internetový odkaz na příkladný typ přepínače, který jím požadované náležitosti splňuje. K tomu obviněný ve svém vyjádření doplňuje, že v rámci zadávání předmětné veřejné zakázky vybral dodavatele, který poskytnul plnění splňující požadované hodnoty „L3 switch“, přičemž tento dodavatel dodal zařízení odlišné od jím uváděného příkladu.
11. Obviněný ve svém vyjádření dále uvádí, že nesouhlasí s argumentací Úřadu ohledně tvrzeného porušení § 6 odst. 2 zákona, přičemž citace rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 9. 10. 2014, č. j. 62 Af 75/2013-109, kterou Úřad uvedl v rámci oznámení o zahájení řízení o přestupku ze dne 23. 10. 2018, č. j. ÚOHS-S0429/2018/VZ-30912/2018/542/MCi, je, dle slov obviněného, „účelově vytržena z kontextu a zavádějící“.
12. Tuto svoji úvahu obviněný dále rozvádí, přičemž dle jeho názoru, „[...] *právní výklad ÚOHS uvedený v oznámení, redukuje předmět správního řízení na zodpovězení otázky, zda zadávací podmínky obsahují odkaz na obchodní název či nikoli,*“ což je, jak obviněný doplňuje, „[...] *zcela zjednodušující pohled na předmět řízení, který nezohledňuje konkrétní okolnosti daného případu.*“ Dále dle názoru obviněného žádný z účastníků zadávacího řízení nemohl

dojít k závěru, že by byl připuštěn pouze L3 switch CISCO (na který bylo v technických podmínkách odkazováno). Závěr vyjádření obviněný věnuje výkladu pojmu „například“, kdy, dle jeho slov, není tento termín exklusivní, tj. připouští i jiná obdobná řešení.

13. Obviněný své vyjádření ukončuje konstatováním, že při zadávání předmětné veřejné zakázky postupoval v souladu se zákonem, a tedy že se nedopustil správního deliktu dle § 268 odst. 1 písm. b) zákona.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

14. Úřad přezkoumal na základě ust. § 248 a násl. zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o zadávacím řízení, a na základě vlastního zjištění konstatuje, že obviněný nepostupoval v souladu se zákonem, k čemuž uvádí následující skutečnosti.

Posouzení právního postavení obviněného jako zadavatele

15. Před zkoumáním samotného postupu obviněného se Úřad zabýval otázkou, zda obviněný naplňuje definici veřejného zadavatele podle zákona.
16. Podle čl. 99 ústavního zákona č. 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.
17. Podle § 1 odst. 1 zákona č. 131/2000 Sb., o hlavním městě Praze, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o hlavním městě Praze“), má hlavní město Praha, jako hlavní město České republiky, postavení kraje a obce a dále postavení městských částí.
18. Podle § 1 odst. 2 zákona o hlavním městě Praze je hlavní město Praha veřejnoprávní korporací, která má vlastní majetek, má vlastní příjmy vymezené tímto nebo zvláštním zákonem a hospodaří za podmínek stanovených tímto nebo zvláštním zákonem podle vlastního rozpočtu.
19. Podle § 16 odst. 2 zákona o hlavním městě Praze patří do samostatné působnosti hlavního města Prahy záležitosti, které do její samosprávy svěří zvláštní nebo tento zákon, nebo které jsou zvláštními zákony svěřeny obcím nebo krajům.
20. Podle § 4 odst. 1 písm. d) zákona je veřejným zadavatelem územní samosprávný celek nebo jeho příspěvková organizace.
21. S ohledem na výše uvedené skutečnosti Úřad konstatuje, že obviněný, tj. hlavní město Praha, jakožto subjekt s postavením obce, kraje a městských částí, je veřejným zadavatelem ve smyslu § 4 odst. 1 písm. d) zákona, pročez je povinen postupovat podle zákona.

K výroku I. rozhodnutí

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

22. Zadavatel výzvou k podání nabídek ze dne 28. 8. 2017 (dále jen „výzva k podání nabídek“) podle § 141 odst. 1 zákona vyzval dodavatele k podání nabídek na předmětnou veřejnou zakázku.

23. Ve čl. II. výzvy k podání nabídek, označeném jako „Údaje o přístupu k zadávací dokumentaci“ zadavatel uvádí, že „[k]ompletní zadávací dokumentace včetně příloh je uveřejněna ve vytvořeném prostředí DNS na profilu zadavatele: <https://www.tenderarena.cz/profil/zakazka/detailDns.jsf?id=79144> formou dálkového přístupu 24 hodin denně, a to od odeslání této výzvy k podání nabídek.“
24. Ve čl. 2.1 zadávací dokumentace k veřejné zakázce zadavatel uvádí, že „[p]ředmětem veřejné zakázky je dodávka přístupových prvků WiFi, jejich instalace a propojení tak, aby pokryly stanovené prostory. Dále pak dodávka a instalace systémů pro centrální řízení této WiFi infrastruktury a jeho napojení na Service Desk zadavatele a návazné oživení celého systému včetně prostředků pro poskytování dodatečných služeb na jeho bázi. Předmět plnění je blíže specifikován v příloze č. 2 této zadávací dokumentace.“
25. Ve čl. 2.2 zadávací dokumentace zadavatel stanovil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky ve smyslu § 16 odst. 1 zákona ve výši 2.358.000,- Kč bez DPH. Tuto hodnotu zadavatel stanovil rovněž jako maximální možnou celkovou cenu za plnění.
26. Ze zadávací dokumentace je dále zřejmé, že její nedílnou součástí učinil zadavatel přílohu č. 2, označenou jako „Specifikace požadovaného řešení plnění předmětu veřejné zakázky“ (dále jen „příloha č. 2 zadávací dokumentace“). Obsahem přílohy č. 2 zadávací dokumentace je mimo jiné výčet konkrétních parametrů poptávaného předmětu plnění, a to včetně jejich popisu.
27. Ve čl. 4. 4., označeném jako „LAN PŘEPÍNAČE“, části 4., označené jako „Požadované parametry jednotlivých komponent navrženého řešení“, přílohy č. 2 zadávací dokumentace, je uvedeno, že „[j]e požadována dodávka L3 přepínačů, které umožní propojení WiFi kontroléru, přístupových bodů, plánované datové infrastruktury a FO propojení horní a dolní stanice lanové dráhy. Předpokládá se, že jednotlivé přístupové body budou připojeny přímo s využitím FO kabeláží, proto je požadováno, aby bylo možné prostřednictvím L3 přepínače připojit přímo s využitím FO kabeláží minimálně 10 koncových zařízení. FO porty mohou být fixní nebo modulární (SFP). Předpokládá se, že plánovaná datová infrastruktura bude připojena metalickým připojením s využitím technologie GE. Zadavatel požaduje, aby dodané zařízení bylo možné osadit minimálně 12 moduly pro připojení optických nebo metalických propojů.“
28. Ve čl. 4. 4., označeném jako „LAN PŘEPÍNAČE“, části 4., označené jako „Požadované parametry jednotlivých komponent navrženého řešení“, přílohy č. 2 zadávací dokumentace, zadavatel dále specifikoval požadavky na základní technické parametry LAN přepínače mimo jiné následujícím způsobem:

Požadavky	Požadovaná hodnota	Splněno ano/ne	Splněno/jakým způsobem
Třída zařízení	L3 switch	ano	Například: 3850: http://www.cisco.com/c/en/us/products/colateral/switches/catalyst-3850-seriesswitches/data_sheet_c78-720918.html (file L3-prepinac.pdf)
Formát zařízení	fixní konfigurací, stohovatelný, 1HU	ano	Zadavatel garantuje prostor pro umístění 1ks přepínače maximálně 2HU

Stohovatelný snížení ethernet portů bez počtu	Podporuje Ano		
Stohování požadováno			
Redundantní interní napájecí zdroj, vyměnitelný za chodu	Ano, stejný model s primárním zdrojem		
Možnost kombinace AC a DC zdroje v jednom zařízení	Podporuje		
Redundantní ventilátor	Podporuje		
Integrovaná funkcionality WiFi kontroléru	Akceptováno rozšíření řešení formou „optional sw feature“		
Podpora distribuovaných bezdrátových vlastností (mobility) v přepínači, řízených centrálním kontrolérem	ano, povýšením software		

29. Obviněný v roli zadavatele uzavřel dne 26. 10. 2017 smlouvu na plnění dle předmětu veřejné zakázky s dodavatelem Simac Technik ČR, a. s., IČO 63079496, se sídlem Radlická 740/113c, 158 00 Praha 5 (dále jen „vybraný dodavatel“).
30. Dle přílohy č. 2 smlouvy na plnění dle předmětu veřejné zakázky činí celková cena veřejné zakázky 2.292.992,- Kč bez DPH.

Relevantní ustanovení zákona

31. Podle § 2 odst. 1 věty první zákona se zadáním veřejné zakázky rozumí pro účely tohoto zákona uzavření úplatné smlouvy mezi zadavatelem a dodavatelem, z níž vyplývá povinnost dodavatele poskytnout dodávky, služby nebo stavební práce.
32. Podle § 2 odst. 2 zákona je veřejnou zakázkou veřejná zakázka na dodávky podle § 14 odst. 1 zákona, veřejná zakázka na služby podle § 14 odst. 2 zákona, veřejná zakázka na stavební práce podle § 14 odst. 3 zákona, koncese na služby podle § 174 odst. 3 zákona nebo koncese na stavební práce podle § 174 odst. 2 zákona.
33. Podle § 6 odst. 2 zákona musí zadavatel ve vztahu k dodavatelům dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.
34. Podle § 28 odst. 1 písm. a) zákona se pro účely tohoto zákona rozumí zadávacími podmínkami veškeré zadavatelem stanovené
1. podmínky průběhu zadávacího řízení,

2. podmínky účasti v zadávacím řízení,
 3. pravidla pro snížení počtu účastníků zadávacího řízení nebo snížení počtu předběžných nabídek nebo řešení,
 4. pravidla pro hodnocení nabídek,
 5. další podmínky pro uzavření smlouvy na veřejnou zakázku podle § 104 zákona.
35. Podle § 28 odst. 1 písm. b) zákona se pro účely tohoto zákona rozumí zadávací dokumentací veškeré písemné dokumenty obsahující zadávací podmínky, sdělované nebo zpřístupňované účastníkům zadávacího řízení při zahájení zadávacího řízení, včetně formulářů podle § 212 zákona a výzev uvedených v příloze č. 6 k tomuto zákonu.
36. Podle § 268 odst. 1 písm. b) zákona se zadavatel dopustí přestupku tím, že stanoví zadávací podmínky v rozporu se zákonem a zadá veřejnou zakázku, uzavře rámcovou dohodu nebo se soutěž o návrh považuje po výběru návrhu za ukončenou.
37. Podle § 268 odst. 2 písm. a) zákona se za přestupek podle odstavce 1 písm. a) až c) citovaného ustanovení, nepoužije-li se postup podle odstavce 3, uloží pokuta do 10 % ceny veřejné zakázky, nebo do 20.000.000,- Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit.

Posouzení věci

38. Úřad předně poukazuje na skutečnost, že předmětná veřejná zakázka byla zadavatelem zadána na základě postupu dle § 141 zákona, v rámci již zavedeného dynamického nákupního systému (jehož právní úprava je obsažena v § 138 a násl. zákona). Dynamický nákupní systém není samostatným druhem zadávacího řízení, nýbrž je nutné jej považovat za specifický postup (řízení) zadavatele, který neodpovídá postupům v rámci standardních zadávacích řízení. Zákon předpokládá, že se na zadávání veřejných zakázek prostřednictvím dynamického nákupního systému přiměřeně použijí pravidla pro užší řízení.
39. Úřad uvádí, že vymezení předmětu plnění veřejné zakázky je obecně vzato zcela v rukou zadavatele, neboť jen on sám zná nejlépe své vlastní potřeby, jež by měl také být schopen nejpřesněji a věcně nejlépe definovat. Navzdory uvedenému však zadavatel nemůže k tomuto úkonu přistupovat zcela libovolně, jelikož příliš úzké, či naopak excesivní a vágní, vymezení předmětu plnění veřejné zakázky může vést (a často vede) k některé ze skrytých forem diskriminace.
40. Klíčovým dokumentem, v rámci kterého se dodavatelé mohou v podrobnostech seznámit s předmětem dané veřejné zakázky, je zadávací dokumentace definovaná § 28 odst. 1 písm. b) zákona. Ta (zpravidla) musí obsahovat veškeré zadávací podmínky, a tvoří tak klíčový zdroj informací, na jejichž základě zvažují dodavatelé svoji účast v zadávacím řízení a zpracovávají své nabídky (výjimkou mohou být zadávací řízení umožňující jednání, v rámci kterých mohou být účastníkům zadávacího řízení zadávací podmínky sdělovány také během postupného upřesňování požadavků zadavatele na plnění nabízeného dodavatelí). Blíže k výše uvedenému např. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 9. října 2013, č. j. 62 Af 75/2013-109: *„Je sice pravdou, že zadavateli svědčí významná míra autonomie ohledně vymezení plnění, které hodlá poptávat, a tedy ohledně vymezení předmětu veřejné zakázky, je však povinen i při vymezení předmětu plnění veřejné zakázky*

dodržet ZVZ včetně zásady zákazu diskriminace (§ 6 ZVZ), jak žalovaný uvádí v bodu 96. napadeného rozhodnutí.“

41. Součástí zadávací dokumentace veřejných zakázek při užití dynamického nákupního systému mohou být také technické podmínky - prostředek, kterým se formálně stanovují požadavky na vlastnosti předmětu veřejné zakázky jak z hlediska subjektivních, tak i objektivních zájmů, tj. z jak hlediska konkrétního zadavatele (např. požadavek na hospodárnost či výkonnost poptávaného plnění), tak i ze strany veřejného zájmu (např. požadavky na ochranu zdraví člověka, na ochranu životního prostředí, či standardizovanou úroveň obslužnosti a kvality v případě veřejných statků).
42. Pojem „technické podmínky“ lze blíže specifikovat na základě Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014. Dle čl. 42 předmětné směrnice, odkazujícího na bod 1 přílohy č. VII. této směrnice, se technickými specifikacemi rozumí „[...] v případě veřejných zakázek na stavební práce veškeré technické požadavky obsažené zejména v zadávací dokumentaci, které definují požadované vlastnosti materiálu, výrobku nebo dodávky, aby byl splněn účel užívání zamýšlený veřejným zadavatelem; tyto vlastnosti zahrnují úroveň vlivu na životní prostředí a klima, uzpůsobení pro všechny požadavky (včetně přístupnosti pro osoby s postižením) a posouzení shody, výkon, bezpečnost nebo rozměry, včetně postupů zajištění kvality, terminologie, symbolů, přezkoušení a zkušebních metod, balení, značení a štítkování, návodu k použití a výrobních postupů a metod v jakékoli fázi životního cyklu stavby; tyto vlastnosti dále zahrnují pravidla pro projekt a výpočet nákladů, testy, podmínky pro inspekci a převzetí staveb, metody a způsoby konstrukce a všechny ostatní technické podmínky, které je veřejný zadavatel schopen stanovit podle obecných nebo odborných předpisů, pokud jde o dokončené stavby a materiály nebo díly, které jsou jejich součástí.“
43. Úřad v obecnosti uvádí, že zásada zákazu diskriminačních postupů v rámci zadávání veřejných zakázek, obsažená v § 6 odst. 2 zákona, je stěžejní zásadou spjatou s problematikou všech forem přístupu a jednání zadavatelů směrem k dodavatelům. Citované ustanovení je dále v obecnosti rozvedeno § 36 odst. 1 zákona, který brojí proti tvorbě konkurenčních výhod a proti překážkám v rámci hospodářské soutěže prostřednictvím zadávacích podmínek, a které tvoří rámec pro „důvodné (zákonné) omezení soutěže“ vzhledem k subjektivním zájmům zadavatele na výběru jemu nejvíce vyhovujícího dodavatele (k takovému omezení se typicky řadí právě technické podmínky a kvalifikace, příp. instituty, sloužící k eliminaci rizik při plnění veřejné zakázky – smluvní pokuty, záruky apod.).
44. Klasickým (zjevným) příkladem diskriminace dle § 6 odst. 2 zákona jsou např. případy uplatňování rozdílných podmínek vůči jednotlivým dodavatelům (ať z obsahového či procedurálního hlediska), či selektivní postup zadavatele, který znemožňuje či ztěžuje konkrétním uchazečům, či jejich určitému okruhu, ucházet se o veřejnou zakázku. Vedle těchto případů se však vyskytuje také diskriminační jednání, které je, ať již úmyslně či nikoliv, „zastřeno“, kdy zadavatel stanoví formálně shodné podmínky a přistupuje ke všem uchazečům o veřejnou zakázku v podstatě stejně, avšak důsledky jím uváženého jednání mají na některé subjekty odlišný dopad. V takových případech hovoříme o tzv. skryté diskriminaci.

45. Tematikou skryté diskriminace se obsáhle zabýval Nejvyšší správní soud ve svém, pro tuto vybranou oblast stěžejním, rozsudku ze dne 5. června 2008, č. j. 1 Afs 20/2008 – 160, v rámci kterého první senát NSS judikoval, že „[...] omezení zákazu diskriminace podle § 6 ZVZ jen na takto definovanou zjevnou diskriminaci by v podstatě vytvořilo jednoduchou cestu, jak zákaz diskriminace v oblasti veřejných zakázek obejít. V podstatě jakoukoliv diskriminaci pojatou jako odlišné zacházení s jednotlivcem ve srovnání s ostatními členy srovnávané skupiny [...] lze totiž nastavením vhodných kritérií nahradit takovým zacházením, kterým [...] by se dosáhlo v podstatě téhož výsledku jako aplikací zjevné diskriminace [...]“, a později také v rámci rozsudku ze dne 27. června 2013, č. j. 1 Afs 20/2013 – 50, či rozsudku ze dne 9. října 2013, č. j. 62 Af 75/2013-109. Obdobné závěry o existenci a škodlivost skryté diskriminace dovozuje také judikatura Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SD EU“), která, ačkoliv si SD EU svůj právní názor k této věci původně utvořil a vyvodil v souvislosti s jinou právní problematikou, se vztahuje k oblasti veřejných zakázek.¹
46. Přestože v prvně citovaném rozsudku Nejvyšší správní soud věnuje pozornost hlavně otázce „zjevné nepřiměřenosti“ kvalifikačních požadavků k druhu, rozsahu a složitosti veřejné zakázky a nastavením diskriminačních „vysokých požadavků“, kterými jsou vylučováni ze zadávacího řízení nově příchozí dodavatelé na trh, dovozuje také, s dopomocí závěrů odborné veřejnosti², obecné **materiální hledisko** pro určení existence či neexistence diskriminačního jednání ze strany zadavatele, které je klíčové pro posouzení Úřadem šetřeného případu.
47. Zmiňované materiální hledisko si bere za prioritu faktickou újmu či potencialitu takové újmy ve smyslu nedůvodného zhoršeného postavení uchazeče v rámci zadávání veřejné zakázky zcela bez ohledu na důvod, způsob a okolnosti jejího vzniku. Není tedy podstatné, zda ke zhoršení postavení potenciálních uchazečů došlo úmyslně či z nedbalosti, na základě znění textu zadávací dokumentace (či jeho výkladem), selektivním procesním postupem zadavatele, či jeho jakoukoliv jinou, zákonem pojmenovanou či nepojmenovanou, činností, nýbrž rozhodná je pouze identifikace konkrétní újmy vzhledem ke konkrétnímu uchazeči, příp. okruhu uchazečů, ať již reálně na zadávání veřejné zakázky zúčastněného, či potenciálního, který byl ze zadávání veřejné zakázky *de facto* „vyřazen“ (pro skryté, zhoršené výchozí postavení oproti jiným subjektům se rozhodl pro neúčast na veřejné zakázce).
48. Na základě výše uvedených závěrů Úřad dovozuje, že v případě zadávání veřejných zakázek v rámci dynamického nákupního systému pravidlo zákazu skryté diskriminace, obsažené v § 6 odst. 2 zákona, s odkazem na účel právní úpravy zadávání veřejných zakázek, substituuje zakazy užívání přímých odkazů dle § 89 odst. 5 a odst. 6 zákona, ve spojení s § 36 odst. 1 zákona, které jako takové jsou z přímého použití v tomto zvláštním režimu vyloučeny. Přímými odkazy na konkrétní výrobky či zboží je totiž, ať již putativně, potenciálně

¹ Např. rozsudek soudního dvora ES ze dne 5. 12. 1989, *Commission v Italy*, C-3/88, ECLI:EU:C:1989:606, či rozsudek SD EU ze dne 27. 10. 2005, *Contse SA, Vivilol Srl and Oxigen Salud SA v Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), formerly Instituto Nacional de la Salud (Insalud)*, C-234/03, ECLI:EU:C:2005:644.

² S odkazem na literaturu - Raus D.; Neruda R.: *Zákon o veřejných zakázkách. Komentář*. Praha, Linde 2007, str. 64 až 65: Žádný z dodavatelů nesmí být „[...] přímo nebo nepřímo, vědomě nebo nevědomě zvýhodněn nebo znevýhodněn oproti jiným subjektům ve stejném postavení [...]“, zadavatel musí postupovat „[...] materiálně týmě způsobem erga omnes“

či objektivně, zužován okruh případných dodavatelů poptávaného plnění, případně jsou, při koncipování nabídek dodavateli, skrytým způsobem zvýhodňovány konkrétní výrobky či zboží, což vede k negativním dopadům na soutěžní prostředí (viz níže) a skrze ně k narušení hospodárnosti vynakládání veřejných prostředků.

49. Přímý odkaz na konkrétní výrobky či služby (po vzoru výjimky dle ust. § 89 odst. 5 a odst. 6 zákona, ve spojení s § 36 odst. 1 zákona) by byl v šetřeném případě přípustný (a základní zásada zákazu diskriminace, obsažená v ust. § 6 odst. 2, by byla v tomto konkrétním případě upozaděna) pouze za předpokladu, že bez takových odkazů či popisů by objektivně vzato nešlo předmět veřejné zakázky dostatečně přesně a určitě vymezit, popř. uvedení takovýchto konkrétností by, vzhledem k individuálním okolnostem případu, pro zadavatele bylo jediným možným řešením. K takové situaci v obecnosti např. rozhodnutí Úřadu ze dne 15. 10. 2013, č. j. ÚOHS-S436/2013/VZ-19964/2013/523/MLi: *„Zadavatel, v rámci zadávacího řízení, poptával dodání gastrokopické vyšetřovací sestavy s příslušenstvím. [...] Gastrokopická vyšetřovací sestava musí být kompatibilní se stávajícími flexibilními endoskopy na pracovišti zadavatele [...] Zadávací dokumentace neobsahuje přímo odkaz na konkrétní výrobek, technická specifikace poptávaných přístrojů je však taková, že podmínky splňují pouze výrobky značky Olympus. Úřad má za to, že předmět veřejné zakázky takovou technickou specifikaci odůvodňuje, neboť zadavatel je oprávněn nadále používat stávající vybavení a nemůže být nucen obměnit kompletní přístrojové vybavení v oblasti endoskopů. Pokud jsou se stávajícími přístroji kompatibilní pouze videoprocesory a xenonové zdroje světla Olympus, pak je tento požadavek v souladu se zákonem a odůvodněn předmětem veřejné zakázky.“*
50. Obviněný uvedl ve čl. 4. 4., části. 4., přílohy č. 2 zadávací dokumentace k veřejné zakázce mezi požadavky základních technických parametrů následující odkaz na specifické zboží – **„3850: http://www.cisco.com/c/en/us/products/collateral/switches/catalyst-3850-series/switches/data_sheet_c78-720918.html (file L3-prepinac.pdf)“** – ačkoliv použití přímého odkazu na konkrétní výrobky či dodavatele (po vzoru výjimky dle ust. § 89 odst. 5 a odst. 6 zákona, ve spojení s § 36 odst. 1 zákona) není, s ohledem na zásadu zákazu diskriminace dle § 6 odst. 2 zákona (viz výše) v šetřeném případě, kdy zadavatel poptává výpočetní techniku (přístupové body k WiFi síti) a s ní spojený software (systémy pro centrální řízení WiFi), namísto, poněvadž se nejedná svou povahou o nijak výjimečný předmět veřejné zakázky, k jehož specifikaci by nedostačoval obecný popis jím vyžadovaných parametrů. Taktéž není dána žádná jiná individuální okolnost, která by mohla zadavatelem zvolený postup obhájit.
51. Na tomto závěru nemůže vzhledem k šetřenému případu nic změnit ani fakt, že přímý odkaz na konkrétní zboží byl uveden slovem „Např.“. Obviněný totiž, byť třebaš veden dobrým úmyslem pomoci potenciálním uchazečům o veřejnou zakázku zorientovat se v jeho požadavcích na plnění, doplněním svého odkazu o výraz vyjadřující eventuality k jím přímo uváděnému výrobku nikterak nezhojuje protiprávní jednání ve formě uvedení zmiňovaného odkazu, ani fakticky nezmírňuje dopad tohoto odkazu na zadávací řízení tak, jak je výše popsáno. K tomuto blíže např. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 4. 8. 2011, č. j. 62 Af 30/2010-53: *„Umožnění jiného alternativního řešení totiž nehodí konkrétní odkazy nýbrž je prostředkem, který má negativní důsledky takových konkrétních odkazů eliminovat v případě, kdy použití konkrétních odkazů bylo nutné. Teprve pokud by byla prokázána nezbytnost konkrétních odkazů s ohledem na potřebu zadavatelem poptávané plnění*

podrobně a přesně specifikovat, bylo by zapotřebí řešit otázku, zda žalobce při jejich nezbytném použití splnil povinnost výslovně umožnit i jiné alternativy řešení“.

52. Technické specifikace mají být stanoveny obecnou formou, např. co do požadavků na výkon, kvalitu, rozměry, designové zpracování, rychlost apod., a odkazy na konkrétní produkt přicházejí na řadu, až pokud jiný způsob určení technické specifikace není objektivně možný (příčemž taková situace je, především u výpočetní techniky, spíše výjimečná). Závěry obsažené v odůvodnění tohoto rozhodnutí, vzhledem k možným diskriminačním praktikám zadavatelů při stanovování technických specifikací v rámci zadávací dokumentace odpovídají účelu zákonné úpravy dané problematiky a jsou z hlediska přístupu k této problematice ze strany Úřadu konzistentní. Oporu mají také v rozhodovací praxi orgánů správního soudnictví České republiky (viz výše) a v rámci rozhodovací praxe Evropského soudního dvora (který má k této problematice ustálený názor).³
53. Úřad na tomto místě závěrem uvádí, že vzhledem k šetřenému případu je zcela pochopitelné, že zadavatel při tvorbě zadávací dokumentace (včetně technických podmínek), formuloval své technické i jiné požadavky na požadované plnění na základě jemu vlastních znalostí a zkušeností s konkrétními výrobky či dodavateli. Při stanovování technických specifikací v rámci zadávací dokumentace však, ve světle zásady zákazu diskriminace (§ 6 odst. 2 zákona), měl přistoupit, pouze k popisu vlastností jím poptávaného výrobku tak, aby nedocházelo k reálnému či potenciálnímu znevýhodňování jiných výrobců či dodavatelů, a to bez ohledu na fakt, že takový popis by byl složitější. Pokud by takový obecný popis nebyl sto vystihnout určité atributy, které zadavatel u poptávaného výrobku vyžaduje, měl jej obviněný doplnit o další „anonymní“ údaje, např. o taxativní výčet katalogových hodnot konkrétních výrobců bez uvedení jejich označení či původce, či o jiné, matematické, číselné či slovně formulované parametry, které samy o sobě neumožňují identifikaci konkrétního výrobku či jeho původce (výrobce).
54. Úřad zde, nad rámec výše uvedeného, dodává, že postupem obviněného je také, v navazující rovině, bezdůvodně narušována hospodářská soutěž, jelikož dodavatelé, kteří disponují výrobkem uvedeným v odkazu, získávají lepší postavení oproti těm, kteří by sice byli schopni zadavateli nabídnout kvalitativně adekvátní plnění, avšak neposkytují dodání konkrétního zboží, na které je v zadávací dokumentaci odkazováno. Obdobně např. rozhodnutí Úřadu ze dne 27. 1. 2016, č. j. ÚOHS-S0878/2015/VZ-03215/2016/513/JLÍ, ve kterém je uvedeno, že ačkoliv zadavatel „[...] svůj odkaz v daném případě ‚zjemnil‘ výrazem ‚obdobný‘, [...] dostává (jiné výrobky) do horší pozice z hlediska jejich možného dodání zadavateli a tedy ve své podstatě vede k ‚vyloučení‘ jiných výrobců (výukových software) z ‚účasti v zadávacím řízení‘. Zadavatelem uvedený odkaz na konkrétní výrobek rovněž nenutí dodavatele, aby při zpracování svých nabídek hledali pro zadavatele nejvhodnější řešení splňující jím stanovené technické podmínky, nýbrž automaticky dodávají výrobek, na který zadavatel odkazuje [...]“.

K vyjádření obviněného ze dne 13. 11. 2018

55. Úřad na tomto místě přichází k úvahám obviněného, které bylo součástí jeho vyjádření ze dne 13. 11. 2018. Obviněný svoji argumentaci staví především na, dle jeho názoru,

³ Danou problematiku ESD řešil např. již v rámci rozsudku ze dne 24. 1. 1995, *Commission v Netherlands*, C-359/93, ECLI:EU:C:1995:14, či v rozsudku ze dne 28. 10. 1999, *Commission v Austria*, C-328/96, ECLI:EU:C:1999:526.

zavádějící a z kontextu vytržené citaci části rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 9. 10. 2014, č. j. 62 Af 75/2013-109, kterou Úřad uvedl v rámci oznámení o zahájení řízení o přestupku v následujícím znění: „[j]e sice pravdou, že zadavateli svědčí významná míra autonomie ohledně vymezení plnění, které hodlá poptávat, a tedy ohledně vymezení předmětu veřejné zakázky, je však povinen i při vymezení předmětu plnění veřejné zakázky dodržet ZVZ včetně zásady zákazu diskriminace [...]. Za skrytou formu nepřípustné diskriminace, a tedy za porušení § 6 ZVZ, je třeba považovat i takový postup, pokud zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku takovým vymezením předmětu veřejné zakázky, je-li zřejmé, že ji mohou splnit toliko někteří z dodavatelů (potenciálních uchazečů), jež by jinak byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými [...].“ (citace části rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 9. 10. 2014, č. j. 62 Af 75/2013-109, provedená Úřadem v rámci oznámení o zahájení řízení o přestupku ze dne 23. 10. 2018, č. j. ÚOHS-S0429/2018/VZ-30912/2018/542/MCI).

56. Obviněný svojí výše uvedenou argumentací naráží na problematiku izolovaného čtení závěrů orgánů soudní moci, společně s jejich absolutizací ve vztahu (nejen) k právním větám konkrétních rozsudků těchto orgánů (tímto „nešvarem“ se zabýval mj. i Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 11. 9. 2008, č. j. 2 As 57/2008 – 84). Úřad však nepřejímá do své citace z předmětného rozsudku Krajského soudu žádné právní věty, či právně závazné závěry, nýbrž pouze obecně platné úvahy soudu. Je totiž sice pravdou, že předmětný rozsudek se v celé své šíři věnuje rozdílnému případu oproti nyní šetřené věci, avšak tento fakt nemá žádný vliv na povšechný výklad právních institutů, které se této individuální causy dotýkají.
57. Krajský soud v Brně v dotčené části zmiňovaného rozsudku předkládá úvahovou a hodnotící část, která vysvětluje a objasňuje obecný přístup k problematice skryté diskriminace, na které posléze dále staví své závěry vzhledem ke konkrétnímu případu. Tyto obecné závěry jsou přitom pro danou oblast (posuzování existence a povahy skryté diskriminace) vesměs univerzálně platné a nejsou nikterak spojeny pouze s posuzováním konkrétní věci. Obviněným naznačovaná premisa a jeho argumentace navozuje nepřijatelný přístup, který by vedl k vyloučení použití značného podílu rozhodovací praxe orgánů správního soudnictví ze strany orgánů aplikujících právo (a v konečném důsledku k ochromení výkladové funkce činnosti orgánů správního soudnictví).
58. Úřad k argumentu obviněného ohledně „redukce předmětu správního řízení“ na formální zjišťování existence či neexistence přímého odkazu na konkrétní plnění či dodavatele uvádí, že obviněný vychází z mylné domněnky. Zásada nestranného (objektivního) postupu správního orgánu a rovného přístupu k dotčeným osobám (věta druhá ust. § 2 odst. 4 správního řádu) spočívá v předpokladu, že každý případ je svým způsobem jedinečný a jeho řešení musí vycházet z konkrétních okolností (v návaznosti na zásadu materiální pravdy dle § 3 správního řádu). V souladu s touto zásadou Úřad řádně zhodnotil situaci a okolnosti šetřeného případu (blíže body 48., až 54. odůvodnění tohoto rozhodnutí) a rozhodnul tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.
59. Závěrem na tomto místě, co se týče polemiky obviněného ohledně výkladu slova „například“, které bylo použito společně s přímým odkazem na konkrétní výrobek (blíže např. bod 28 odůvodnění tohoto rozhodnutí) Úřad dodává, že nikterak nezpochybňuje obviněným uvedený význam tohoto pojmu a je si plně vědom toho, že tento pojem tvoří nedílnou

součástí jím zmiňovaného odkazu. Ani s ohledem na tuto skutečnost však nelze použití přímého odkazu na konkrétní výrobek ospravedlnit, jelikož se nic nemění na faktu, že zadavatel odkazovaného dodavatele a jeho výrobky zvyhodňuje (viz bod 48. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

60. Prostřednictvím uvedeného přímého odkazu zadavatel fakticky vyjadřuje své preference, resp. prostřednictvím označení konkrétního výrobku dodavatelům zcela jednoznačně sděluje, že sice nemusí nabídnout přímo jím odkazovaný výrobek, avšak pokud tak učiní, mají jistotu, že v tomto ohledu nejen že bezpečně splní zadávací podmínky, ale také přesně vyhoví nepřímě vyjádřeným myšlenkám zadavatele, které stály na počátku tvorby předmětné zadávací dokumentace. Taková situace potenciálně znevýhodňuje ty dodavatele, kteří zvažují nabídnutí „pouze formálně správného výrobku“ (výrobek, splňující technické podmínky, avšak odlišný od výrobku, na který je zadavatelem přímo odkazováno) oproti dodavatelům výrobků, které jsou v souladu se zmiňovaným odkazem. S obviněným totiž nelze souhlasit, že při poptávání jím požadovaného plnění (výpočetní technika, software) je odkaz nutnou a nezbytnou součástí definice předmětu veřejné zakázky, který nelze nehradit obecným popisem (blíže viz bod 52. odůvodnění tohoto rozhodnutí) tak, jak naznačuje ve svém vyjádření. Uváděný odkaz naopak podněcuje k závěrům o konkrétní preferenci zadavatele (ať již je skutečná, či nikoliv), čímž, ve světle výkladu § 6 odst. 2 zákona, dochází ke skryté diskriminaci širšího okruhu dodavatelů a výrobků.

Závěry posouzení věci

61. Nelze vyloučit, že pokud by obviněný v roli zadavatele při stanovení zadávacích podmínek v části technické specifikace pro veřejnou zakázku postupoval v souladu se zákonem, tedy bez použití odkazu na specifické označení zboží, mohlo by dojít k rozšíření okruhu dodavatelů zúčastněných na zadávacím řízení a tedy event. k předložení výhodnějších nabídek a nabídek s jinými výrobky, což by mohlo vést k celkově výhodnějším podmínkám pro zadavatele. Ačkoliv uváděný potenciální vliv na soutěžní prostředí není při posuzování, zda obviněný naplnil skutkovou podstatu přestupku dle zmiňovaného ustanovení zákona, třeba dovozovat, Úřad na tomto místě, s ohledem na fakt, že obviněnému je v šetřeném případě vyčítáno porušení zásady zákazu diskriminace (pro jehož konstatování je posouzení konkrétních možných dopadů, resp. vlivu, na potenciální uchazeče o veřejnou zakázku klíčové, resp. je nutné alespoň v rovině potenciality dovodit, jakým způsobem k této diskriminaci dodavatelů ze strany zadavatele došlo), na potenciální vliv na soutěžní prostředí ve vztahu ke kvalifikaci jednání obviněného přesto odkazuje.
62. Výše uvedeným jednáním se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. b) zákona s tím, že při zadávání veřejné zakázky, resp. při stanovení zadávacích podmínek, porušil zásadu zákazu diskriminace zakotvenou v ust. § 6 odst. 2 zákona, přičemž na předmětnou veřejnou zakázku uzavřel s vybraným dodavatelem smlouvu na její realizaci.

K výroku II. rozhodnutí - uložení pokuty

63. Jak již bylo konstatováno výše, obviněný v roli zadavatele svým jednáním dle výroku I. tohoto rozhodnutí naplnil skutkovou podstatu přestupku obsaženou v § 268 odst. 1 písm. b) zákona. Vzhledem k uvedenému Úřad přistoupil k uložení pokuty podle § 268 odst. 2 písm. a) zákona.

64. Před uložením pokuty se Úřad nejprve zabýval délkou subjektivní a objektivní lhůty pro zánik odpovědnosti zadavatele za spáchání přestupku, resp. možným uplynutím promlčecí doby.
65. Podle § 270 odst. 5 zákona činí promlčecí doba 5 let.
66. Podle § 270 odst. 6 zákona se promlčecí doba přerušuje
 - a) oznámením o zahájení řízení o přestupku,
 - b) vydáním rozhodnutí, jímž je obviněný uznán vinným.
67. Podle § 270 odst. 7 zákona přerušením promlčecí doby počíná běžet promlčecí doba nová.
68. V šetřeném případě začala běžet promlčecí lhůta okamžikem spáchání přestupku, tj. uzavřením smlouvy na plnění dle předmětné veřejné zakázky dne 26. 10. 2017. Promlčecí doba byla přerušena doručením oznámení o zahájení řízení o přestupku dne 23. 10. 2018, č. j. ÚOHS-S0429/2018/VZ-30912/2018/542/MCI.
69. Vzhledem k výše uvedenému dospěl Úřad k závěru, že odpovědnost obviněného v případě jím spáchaného přestupku, blíže uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí, nezanikla, jelikož neuplynula promlčecí doba ve smyslu ust. § 270 odst. 5 zákona.
70. Dále se Úřad zabýval konkrétními hledisky pro určení výměry pokuty.
71. Podle § 268 odst. 2 písm. a) zákona se za přestupek dle § 268 odst. 1 písm. b) uloží pokuta do výše 10 % ceny veřejné zakázky, nebo do 20.000.000,- Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, přičemž cena veřejné zakázky se pro účely uložení pokuty bere včetně DPH.
72. Dle znění smlouvy uzavřené mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem je cena veřejné zakázky stanovena ve výši 2.292.992,- Kč bez DPH (viz bod 30. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Při připočtení základní sazby daně ve výši 21% z této částky k ceně veřejné zakázky bez DPH činí cena veřejné zakázky vč. DPH 2.774.520,32 Kč.
73. V souladu s § 268 odst. 2 písm. a) zákona činí maximální možná výše ukládané pokuty částku 277.452,032 Kč.
74. Hlavním kritériem, které je v šetřeném případě rozhodné pro určení konkrétní výše pokuty v mezích § 268 odst. 2 písm. a) zákona, je závažnost přestupku. Jde o obecnou kategorii poměřující rozsah dopadu konkrétního protiprávního jednání na specifický právem chráněný zájem s přihlédnutím k významu tohoto chráněného zájmu (posouzení závažnosti přestupku je spojeno se způsobem jeho spáchání, jeho následkem a okolnostmi, za nichž byl spáchán).
75. Co se týče posouzení závažnosti přestupku spáchaného dle výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad konstatuje, že postupem zadavatele došlo k porušení právem chráněného zájmu, spočívajícího v ochraně hospodářské soutěže před jejím bezdůvodným narušováním tím, že v rámci zadávání předmětné veřejné zakázky je, ať již reálně či potenciálně, uměle omezován okruh dodavatelů určitého plnění.
76. Úřad zohledňuje, že míra zájmu na ochraně hospodářské soutěže je vždy determinována konkrétním případem (zejména co do rozsahu takového zásahu a co do hodnoty dané veřejné zakázky), přičemž úměrně s konkrétním posouzením věci lze dovozovat i závažnost porušování takového zájmu. Právem reprobované chování – uvedení přímého odkazu na konkrétní výrobek s porušením zásady nediskriminace (§ 6 odst. 2 zákona) – nepatří k závažným přestupkům proti zákonným pravidlům pro zadávání veřejných zakázek, a proto

jej Úřad vyhodnocuje jako přestupek méně závažný, přičemž v šetřené věci neexistují žádné individuální okolnosti, které by toto hodnocení mohlo a mělo ovlivnit.

77. Co se týče způsobu spáchání přestupku dle výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad neshledává žádné okolnosti (např. co do zjevného obcházení účelu zákona, či fingování právních úkonů), které by mohly mít vliv na výši vyměřené pokuty.
78. Co se týče následků spáchání přestupku dle výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad uvádí, že spáchání šetřeného přestupku dle § 268 odst. 1 písm. b) zákona vedlo k narušení hospodářské soutěže, spočívajícím v minimálně potenciálním zúžení okruhu event. dodavatelů pro předmětnou veřejnou zakázku, resp. v nepřípustném ovlivnění nabízeného plnění ze strany dodavatele, přičemž nelze vyloučit, že postup obviněného nevedl k neekonomickému užití veřejných prostředků.
79. Jako polehčující okolnost Úřad zohlednil fakt, že způsob, kterým obviněný v roli zadavatele uvedl odkaz na konkrétní zboží v rozporu se zákazem nediskriminace (§ 6 odst. 2 zákona), nevedl, s užitím pojmu „Např.“ před zmiňovaným odkazem, k absolutnímu omezení hospodářské soutěže, kdy právem reprobované jednání bylo užitím tohoto pojmu „zmírněno“. Dané hodnocení však nic nemění na faktu, že obviněný svým jednáním naplnil skutkovou podstatu přestupku dle § 268 odst. 1 písm. b) zákona (viz body 51. a 54. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
80. Úřad v šetřené věci neshledal žádné přitěžující okolnosti.
81. Při stanovení konkrétní výše sankce má Úřad povinnost rovněž zohlednit dobu, která uplynula mezi spácháním přestupku specifikovaného ve výroku I. tohoto rozhodnutí a samotným potrestáním obviněného za spáchání tohoto přestupku. V této souvislosti Úřad poukazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 123/2013-85 ze dne 9. 4. 2015, ve kterém Krajský soud uvedl, že: „[...] hledisko doby, jež uplynula mezi spácháním správního deliktu a jeho potrestáním, je možným (a někdy nutným) korektivem při úvahách ohledně výše pokuty, k němuž má být přihlédnuto na závěr těchto úvah; aplikace tohoto korektivu má zamezit, aby výše pokuty, jinak řádně stanovena podle zákonem předepsaných kritérií a kritérií nutně aplikovatelných i bez jejich výslovného vyjádření v zákoně (kritérium přiměřenosti s ohledem na míru, ve které výše pokuty může působit pro delikventa likvidačně), celkově nejevila znaky nepřiměřenosti s ohledem na prodlevu, která nastala mezi porušením právní povinnosti a trestem, který za to byl uložen. V rámci správního trestání je totiž třeba dostatečně silně vnímat, že časový horizont toho, kdy se účastníkovi řízení (delikventovi) dostává konečného rozhodnutí ve věci, je neoddělitelnou součástí měřítek celkové spravedlnosti řízení, a že čím je tento časový horizont delší, tím více se rozostřují kontury spravedlnosti jak v očích účastníka řízení, tak i v obecném vnímání veřejnosti a veřejného mínění, což celkově oslabuje důvěryhodnost státní moci. Je nepochybné, že s prodlužujícím se okamžikem potrestání se relativizuje základní vztah mezi spáchaným deliktem a ukládanou sankcí a že doba mezi porušením právní povinnosti a rozhodnutím o sankci má i bezprostřední vliv na účel trestu, jehož má být uložením konkrétní sankce dosaženo.“
82. V šetřeném případě došlo ke spáchání přestupku dle výroku I. tohoto rozhodnutí dne 26. 10. 2017 (tj. dnem uzavření smlouvy s vybraným dodavatelem). V souvislosti s výše uvedeným Úřad v daném případě nezohlednil ve prospěch obviněného výše uváděné časové

kritérium, a to z důvodu relativně krátkého časového rozestupu mezi spácháním přestupku a okamžikem jeho potrestání (cca 15 měsíců).

83. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci obviněného, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit svojí nepřiměřeností vzhledem k dalším okolnostem jako krajně „nespravedlivá“. Z rozpočtu obviněného na rok 2018, zveřejněného na jeho internetových stránkách, Úřad zjistil, že obviněný má v roce 2018 hospodařit s částkou 60.187.415.900,- Kč. Úřad konstatuje, že stanovená výše pokuty 10.000,- Kč nemůže být vzhledem k výši finančních prostředků, se kterými obviněný hospodaří, považována za nepřiměřeně zasahující jeho ekonomickou podstatu (a v tomto smyslu nespravedlivou).
84. V této souvislosti Úřad poznamenává, že pokuta uložená obviněnému za nedodržení postupu stanoveného zákonem má mj. 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 sféry porušitele, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinak.
85. Po zvážení všech okolností případu Úřad při určení výše uložené pokuty dospěl k závěru, že výše pokuty stanovená v hodnotě 10.000,- Kč naplňuje obě shora uvedené funkce právní odpovědnosti, přičemž je výrazně akcentována funkce preventivní.
86. Na základě výše uvedených skutečností a po zhodnocení všech okolností a důkazů, a to jak jednotlivě, tak v jejich vzájemné souvislosti, Úřad rozhodl o sankci za porušení právní povinnosti tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
87. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj, zřízeného u pobočky České národní banky v Brně, číslo účtu 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO zadavatele.

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. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona činí prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

⁴ Příjmová stránka rozpočtu hlavního města Prahy pro rok 2018, dostupné na adrese http://www.praha.eu/file/2709434/Schvaleny_rozpocet_hlavniho_mesta_Prahy_na_r._2018.pdf

Obdrží

Hlavní město Praha IČO 00064581, Mariánské náměstí 2/2, 110 00 Praha 1

Vypraveno dne

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