



UOHSX003RO2M

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R140/2008/VZ-14165/2011/310-JHr

V Brně dne: 5.9.2011

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 9. 7. 2008 a doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 17. 7. 2008 zadavatelem -

- **Statutárním městem Zlín**, IČ 00283924, se sídlem náměstí Míru 12, 761 40 Zlín, zast. primátorkou PhDr. Irenou Ondrovou, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 14. 4. 2008 JUDr. Milanem Zápotočným, advokátem se sídlem advokátní kancelář Telečská 7, 586 01 Jihlava

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 24. 6. 2008 č. j. S110/2008/VZ-09642/2008/530/RP, ve věci přezkoumání úkonů shora uvedeného zadavatele, učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Zajištění dodávek a vybraných činností v oblasti informačních a komunikačních technologií pro Statutární město Zlín**“ formou otevřeného řízení podle zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jejíž oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 14. 4. 2006 pod evid. č. 50020446, ve znění oprav uveřejněných dne 24. 4. 2006 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 15. 4. 2006 pod evid. č. 2006/S 74-077348, ve znění oprav uveřejněných dne 25. 4. 2006, ve kterém je dalším účastníkem správního řízení společnost

- **IMPROMAT-COMPUTER s. r. o.**, IČ46992308, se sídlem Tř. T. batí 5267, 762 02 Zlín, zast. jednatelem RNDr. Petrem Koželou

jsem podle podle § 152 odst. 5 písm. a) a v návaznosti na § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb. správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, ustavené podle podle § 152 odst. 3 téhož zákona , a rovněž s přihlédnutím k právním závěrům rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 28. 4. 2011 č. j. 62 ca 27/2009 rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. S110/2008/VZ-09642/2008/530/RP ze dne 24. 6. 2008

r u š í m

a věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Statutární město Zlín, IČ 00283924, se sídlem nám. Míru 12, 761 40 Zlín, zast. primátorkou PhDr. Irenou Ondrovou, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 14.4.2008 JUDr. Milanem Zápotočným, advokátem, se sídlem AK Telečská 7, 586 01 Jihlava (dále jen „**zadavatel**“), vyhlásil zadání veřejné zakázky „Zajištění dodávek a vybraných činností v oblasti informačních a komunikačních technologií pro Statutární město Zlín“ formou otevřeného řízení podle zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“), jejíž oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 14.4.2006 pod ev. č. 50020446, ve znění oprav uveřejněných dne 24.4.2006 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 15.4.2006 pod ev. č. 2006/S 74-077348, ve znění oprav uveřejněných dne 25.4.2006.
2. Zadavatel obdržel nabídky od dvou uchazečů, přičemž jako nejvhodnější vybral nabídku uchazeče IMPROMAT-COMPUTER s. r. o., IČ 46992308, se sídlem Tř. T. Bati 5267, 762 02 Zlín, zast. jednatelem RNDr. Petrem Koželou (dále jen „**vybraný uchazeč**“). Následně dne 27.7.2006 zadavatel a vybraný uchazeč uzavřeli na plnění předmětné veřejné zakázky „rámcovou smlouvu na dodávky HW komponent včetně příslušného programového vybavení“ a dále pak dne 31.6.2006 smlouvu „o poskytování služeb v rámci outsourcingu vybraných činností v oblasti informačních a komunikačních technologií pro Statutární město Zlín“.

3. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**orgán dohledu**“ nebo „**Úřad**“) obdržel od Policie ČR dopis s žádostí o prošetření postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky a následného odběru výpočetní techniky. Po vyžádání dokumentace o zadání předmětné zakázky, včetně fakturace, zahájil orgán dohledu správní řízení z vlastního podnětu. O těchto skutečnostech seznámil účastníky správního řízení dopisem spolu s výzvou k vyjádření. Oznámení o zahájení správního řízení bylo doručeno oběma účastníkům dne 9.4.2008 a tímto dnem bylo podle § 96 odst. 2 zákona správní řízení zahájeno.

II. Rozhodnutí napadené rozkladem

4. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal orgán dohledu dne 24. 6. 2008 rozhodnutí č. j. S110/2008/VZ-09642/2008/530/RP, kterým ve výroku I. konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu ve smyslu § 102 odst. 1 písm. b) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 48 odst. 1 zákona, neboť v zadávací dokumentaci nebyl správně vymezen předmět veřejné zakázky. Dále porušil zákaz stanovený v § 48 odst. 6 zákona v návaznosti na § 49 odst. 2 zákona tím, že odkazoval v zadávací dokumentaci na specifická označení výrobků a konečně nedodržel postup stanovený v § 25 odst. 1 zákona, neboť při vymezení obratu jako úrovně finanční a ekonomické způsobilosti uchazečů se dopustil porušení zásady nediskriminace. Tyto nesprávné postupy zadavatele mohly podstatně ovlivnit hodnocení nabídek. Za spáchání výše uvedených správních deliktů orgán dohledu uložil zadavateli pokutu ve výši 300 000,- Kč.
5. Ve výroku II. tohoto rozhodnutí orgán dohledu zakázal plnění z „rámcové smlouvy na dodávky HW komponent včetně příslušného programového vybavení“ do osmi měsíců od právní moci rozhodnutí. Ve výroku III. tohoto rozhodnutí uložil orgán dohledu zadavateli uhradit paušální částku nákladů řízení ve výši 1000,- Kč.
6. V odůvodnění rozhodnutí týkajícího se rozsahu předmětu plnění orgán dohledu uvedl, že i když nezná zadavatel přesné množství dodávek, event. služeb, musí definovat dodávku na základě předpokládaného celkového množství, jinak by se jednalo o „imaginární soutěž“. Přes všechny obtížné otázky související s rychlým vývojem v oblasti informačních technologií, zadavatel nesmí opomenout vymezení předmětu veřejné zakázky, jinak by nebyla splněna zákonná povinnost vymezení předmětu v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. V tomto specifickém případě takto měl učinit např. pomocí výstupů nebo parametrů určitého systému „v čase“ a ponechat na uchazečích, jakými prostředky požadovaných výstupů dosáhnout.
7. K definici předmětu plnění orgán dohledu uvedl, že pokud to není odůvodněno předmětem veřejné zakázky, nesmí zadávací dokumentace mj. obsahovat specifická označení výrobků a služeb, resp. technické specifikace nesmí být stanoveny tak, aby určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely překážky pro mezinárodní obchod. V zadávací dokumentaci je však požadována specifikace prostřednictvím procesoru Intel Celeron nebo Intel Pentium u stolních počítačů, obdobně u požadovaných notebooků. V tomto případě nebylo možno použít výjimky, z pravidla zákazu na uvádění odkazu na

konkrétní značky. Konkrétní odkaz vede k obtížnému nebo až nemožnému prokázání shody řešení jiného výrobce (dodavatele) s výrobkem nebo řešením podle zadavatelem požadované značky.

8. Pro prokázání finanční a ekonomické způsobilosti zadavatel požadoval doložení výše konsolidovaného obratu ve výši nejméně 300 mil. Kč za předcházející tři účetní období, a to za každé jedno účetní období. Ve vztahu k hodnotě veřejné zakázky 45 000 000,- Kč za čtyři roky trvání smlouvy, je více než dvacetkrát vyšší hodnotou než je roční hodnota veřejné zakázky. Takto došlo k porušení zásady přiměřenosti tohoto parametru k charakteru předmětu veřejné zakázky. Tím byla naplněna skutková podstata zakázané skryté formy diskriminace, neboť zadavatel mohl znemožnit některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku stanovením zjevně nepřiměřených kvalifikačních předpokladů ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky.
9. S ohledem na výše uvedené porušení zákona, uložil orgán dohledu zadavateli sankci. K odůvodnění její výše uvedl, že zvláště škodlivé následky nastaly tím, že zadavatel omezil konkurenci a dopustil se diskriminace potencionálních dodavatelů veřejné zakázky. Na druhé straně zohlednil komplikovanost předmětu veřejné zakázky a uložil pokutu ve výši cca 14 % její maximální možné výše.
10. K uložení nákladů řízení přistoupil orgán dohledu proto, že příslušné předpisy stanoví povinnost uhradit jejich paušální výši v případě, že zadavatel vyvolal správní řízení porušením svých právních povinností.

III. Námitky rozkladu

11. Dne 17.7.2008 podal zadavatel proti výše uvedenému rozhodnutí rozklad. V podaném rozkladu zadavatel namítá, že při zadávání veřejné zakázky neporušil ust. § 48 odst. 6 v návaznosti na § 49 odst. 2 zákona, neboť technické specifikace nevytvářely překážky pro mezinárodní obchod a nezaručovaly žádným dodavatelům konkurenční výhody. Nesouhlasí s názorem orgánu dohledu, že by se jednalo o případ, kdy nešlo obecným způsobem předmět plnění specifikovat. Tvrdí, že použití odkazu na platformu „Intel“ znamenalo totéž, jako kdyby odkázal na platformu „AMD“ a že v zadávací dokumentaci navrhoval pouhé modelové řešení a minimální standardy, čímž umožňoval dodávku kvalitativně lepších výrobků. Odkaz na benchmarky pak nemohl použít, neboť se více rozšířily, standardizovaly a začaly používat až v roce 2007.
12. Zadavatel dále uvádí, že považuje nastavení kvalifikačního kritéria – obrat uchazeče ve výši nejméně 300 mil. Kč za každé jedno účetní období s ohledem na hodnotu zakázky ve výši 45 mil. Kč za čtyři roky trvání smlouvy, za odpovídající přiměřeně druhu, rozsahu a složitosti veřejné zakázky, tj. v souladu se zákonem. Nastavení tohoto kritéria je zcela na úvaze zadavatele, jeho přiměřenost dosud orgán dohledu vykládal vždy jen ve vztahu k jednotlivé veřejné zakázce, bez obecného vymezení exaktní míry přiměřenosti. Zadavatel je dle předmětu své činnosti zcela závislý na trvalém a bezproblémovém fungování své celkové IT

infrastruktury. Tato veřejná zakázka je pro něj stěžejní a specifická tím, že bylo při ní použito institutu outsourcingu. Při něm je běžné, že dodavatel na počátku daného období musí nést podstatnou část prvotních nákladů z jeho zdrojů, proto musí vykazovat vlastní silné finanční zázemí až do doby, než výnosy z poskytování služeb přesáhnou náklady. Z toho pak vyvozuje, že požadavek na prokázání obratu nebyl diskriminační. Konečně uvádí, že většina dodavatelů byla schopna splnit požadované kritérium obratu (konkrétně 9 ze 17-ti uchazečů), čímž je i prokázáno, že v rámci zadávacího řízení byla zachována soutěž, nedošlo k diskriminaci dodavatelů, přičemž výše obratu ve vztahu k potenciálním dodavatelům neměla, resp. nemohla mít význam na podání nabídek ani jejich hodnocení.

13. Zadavatel k části rozhodnutí orgánu dohledu, o tom, že předmět zakázky nebyl řádně vymezen, uvádí, že s ohledem na situaci o možné proměnlivosti informačního a technického vývoje a jeho potřeb v návaznosti na úkoly plynoucí mj. z obecně závazných právních předpisů, hodlal uzavřít pouze rámcovou smlouvu formou modelového zadání a tu realizovat, resp. konkretizovat dle skutečně nastalé situace, jako veřejné zakázky malého rozsahu, ve smyslu ust. § 6 zákona. To učinil i z toho důvodu, že v oblasti náhradních dílů, spotřebního a doplňkového materiálu není možné provést specifikaci, resp. ji předvídat.

IV. Řízení o rozkladu

14. Dne 1. 4. 2009 bylo vydáno rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. R140/2008/VZ-116/2009/310/ASc (dále jen „žalobou napadené rozhodnutí“), kterým bylo potvrzeno rozhodnutí prvního stupně. V odůvodnění výše uvedeného rozhodnutí předseda Úřadu konstatoval následující.
15. Orgán dohledu tím, že svým rozhodnutím č. j. S110/2008/VZ-09642/2008/530/RP, ze dne 24.6.2008 rozhodl o porušení zákona, uložil zadavateli pokutu ve výši 300 000,- Kč za spáchání výše specifikovaných správních deliktů, uložil zákaz plnění ze smluv a náhradu nákladů řízení, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí se předseda ztotožnil.

V. K námitkám rozkladu

K definici předmětu plnění

16. Především k problematice porušení ust. § 48 odst. 6 v návaznosti na § 49 odst. 2 zákona předseda Úřadu uvedl, že předpokladem aplikace těchto ustanovení je nemožnost specifikovat obecným způsobem předmět plnění veřejné zakázky. Tato problematika již byla zdůvodněna v rozhodnutí orgánu dohledu. S těmito závěry se v právní rovině předseda Úřadu ztotožnil. Nová námitka v řízení o rozkladu, že poukaz na platformu Intel znamenal totéž, jako odkaz na platformu AMD, ji nevyvrací a i při vědomí obtížnosti specifikace, resp. srovnání obou procesorů, ji naopak spíše potvrzuje. Už požadavek na konkrétní procesor je

potencionálně diskriminační vůči druhému a např. předurčuje nutnost použití určitých komponent hardwaru. Za zcela zásadní okolnost předseda považuje skutečnost, že benchmarky jsou mezi uživateli výpočetní techniky obecně známy řádově deset let. Speciálně pak poukazuje na vyjádření Evropské komise uvedené pod č. j. IP/04/1210 z 13.10.2004 ohledně nutnosti používání benchmarků při vymezení předmětu veřejné zakázky a to namísto odkazů na výrobky, jež jsou diskriminační. Existence či neexistence praxe, (resp. její četnost a šíře) v uvádění odkazů na ně v době zadávání veřejné zakázky nehovoří nic o tom, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem. V době zadání veřejné zakázky byly známy a zadavatel měl možnost jejich použití. Tvrzení zadavatele, že technická úroveň dodávek byla součástí hodnocení, z čehož vyplývá, že dodavatelé mohli použít i jiná řešení, je pouze dílem správné. Tyto odkazy byly použity na určité součástky, které měly být součástí dodávaného zboží. Ani z okolnosti, že technická úroveň byla kritériem hodnocení nabídek, nelze bez dalšího dovodit nebo dokonce prokázat, že předmět veřejné zakázky byl vymezen v souladu se zákonem.

K problematice výše obratu jako kritéria ekonomické a finanční výhodnosti

17. K problematice výše obratu pak předseda Úřadu uvedl, že souhlasí s tím, že je nutné brát v úvahu zejména význam a povahu předmětu veřejné zakázky. Tuto skutečnost také orgán dohledu při úvaze o přiměřenosti požadavku na obrat správně zohlednil v napadaném rozhodnutí. Co se týče otázky možného vlivu obratu na okruh uchazečů o zakázku, je třeba uvést, že na rozhodování o tom, zda se zúčastnit výběrového řízení nebo nikoli, má zcela jistě tento parametr vliv, resp. nelze vyloučit, že se z tohoto důvodu někteří dodavatelé rozhodnou nabídku nepodat. Úvahy na téma, zda někteří dodavatelé mohou mít, resp. měli k dispozici zadávací dokumentaci právě této veřejné zakázky, aniž si ji oficiálně vyzvedli od zadavatele, v této souvislosti nejsou relevantní. Předseda Úřadu proto uzavřel, že je správné posuzovat parametr výše obratu, jako kritérium finanční a ekonomické způsobilosti uchazečů, vždy s ohledem na danou jednotlivou veřejnou zakázku, dle kritérií podle druhu, rozsahu a složitosti veřejné zakázky. V této věci ale byla nastavená výše konsolidovaného obratu (minimálně 300 mil. Kč za každé jedno účetní období v předchozích třech účetních obdobích, s ohledem na hodnotu zakázky 45 mil. Kč za čtyři roky, tj. 11,5 mil/rok), nepřiměřeně tomuto zákonnému ustanovení. Na tom nic nemění ani zvolená forma outsourcingu, která prakticky může znamenat zvýšení potřeby vlastních prostředků uchazeče na přibližně 23 mil. Kč za první dva roky plnění veřejné zakázky.

K vymezení rozsahu předmětu plnění

18. Argumentaci zadavatele ohledně části rozhodnutí orgánu dohledu o nejasně vymezeném předmětu dodávky považuje předseda Úřadu za účelovou. Tvrzení, že se jednalo o „modelové řešení“ a že spotřební a doplňkový materiál a také servisní služby či náhradní díly bude vlastně zadavatel poptávat (či zamýšlel poptávat) jako zakázky malého rozsahu, které bude zadávat v průběhu platnosti rámcové smlouvy, je liché. V průběhu šetření této věci bylo jasně písemnými doklady – mj. fakturami prokázáno, že zboží zadavatel odebíral přímo na základě rámcové smlouvy od vybraného dodavatele a nikoli, že by některé jednotlivé

dodávky „zadával“ jako veřejné zakázky malého rozsahu ve smyslu ust. § 6 zákona. Nadto je třeba uvést, že názor zadavatele, že v rámcové smlouvě jsou obsaženy i zakázky malého rozsahu není logicky doložen či doložitelný vůbec a zadavatel pro toto tvrzení neuvedl žádné argumenty.

19. Z těchto důvodů tedy předseda Úřadu uzavřel, že orgán dohledu postupoval správně, když rozhodl, že se zadavatel dopustil správních deliktů podle § 102 odst. 2 písm. b) zákona a uložil mu sankci. V rámci řízení o rozkladu pak předseda Úřadu neshledal žádnou skutečnost, která by odůvodňovala zadavatelem navrhované zastavení řízení a zrušení napadeného rozhodnutí.

VI. Řízení o žalobě před Krajským soudem v Brně

20. Proti pravomocnému rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 1. 4. 2009, č. j. R140/2008/VZ-116/2009/310/Asc (dále jen „žalobou napadené rozhodnutí“) podal zadavatel (v soudním řízení „žalobce“) žalobu ke Krajskému soudu v Brně, která byla tomuto soudu doručena dne 3. 6. 2009, a kterou se domáhal zrušení žalobou napadeného rozhodnutí i jemu předcházejícího prvostupňového rozhodnutí o rozkladu pro jejich nezákonnost. U Krajského soudu v Brně je soudní řízení vedeno pod č. j. 62 Ca 27/2009.
21. Soud žalobou napadené rozhodnutí přezkoumal v mezích žalobních bodů a konstatoval, že žalobou napadené rozhodnutí neshledal nepřezkoumatelným. Žalobce především namítá, že napadené rozhodnutí je nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů, neboť předseda žalovaného se nevypořádal se žalobcovými námitkami, které se týkaly specifikace předmětu plnění – odkazu na jednotlivé výrobky a vymezení rozsahu předmětu plnění. Žalobce uvedl, že § 48 odst. 6 zákona v návaznosti na § 49 odst. 2 zákona neporušil, neboť odkaz na konkrétní výrobky byl odůvodněn předmětem veřejné zakázky a byl stanoven v zájmu dostatečné přesnosti a srozumitelnosti. Žalobce rovněž uvedl, že jeho odkaz na výrobky Intel je pouze modelovým příkladem, nikoliv kategorickým požadavkem, přičemž stejně tak mohl poukázat na výrobky AMD. Žalobce dále uvedl, že výkonnostní testy (benchmarky) se pro zadání veřejných zakázek rozšířily a standardizovaly až v průběhu roku 2007, takže je nemohl použít. Ze závěrů soudu plyne, že předseda žalovaného se touto žalobcovou námitkou podrobně zabýval v napadeném rozhodnutí a způsob jakým tak učinil, považuje soud za dostatečný a přezkoumatelný. Předseda žalovaného totiž uvedl, že požadavek na konkrétní procesor je potenciálně diskriminační vůči druhému a předurčuje nutnost použití určitých komponent hardwaru. Pokud jde o benchmarky, ty jsou podle předsedy žalovaného obecně známy řádově deset let a zadavatel je měl použít i vzhledem k vyjádření Evropské komise ze 13. 10. 2004 ohledně nutnosti používání benchmarků při vymezení předmětu veřejné zakázky namísto odkazů na výrobky, které jsou diskriminační. Soud se neztotožnil s tím, že by předseda Úřadu zcela pominul argumentaci žalobce, že existují pouze dva druhy produktů tohoto typu, a to Intel a AMD, neboť v napadeném rozhodnutí bylo jednoznačně uvedeno mj. i to, že předseda považuje požadavek na konkrétní procesor za potenciálně diskriminační vůči druhému. Z tohoto tvrzení a kontextu celého odůvodnění má soud za nepochybné, že ve vztahu k porušení § 48 odst. 6 zákona považuje předseda žalovaného za podstatné to, že

žalobce odkázal na konkrétní výrobek, aniž k tomu měl zákonný podklad. Žalobce sice umožnil i použití druhého výrobku, ten však v zadávací dokumentaci výslovně nejmenoval a tím jej tak diskriminoval, resp. poskytl neodůvodněnou výhodou dodavatelům výrobku výslovně uvedeného.

22. Žalobce dále namítl, že se předseda žalovaného nezabýval jeho argumentací o nemožnosti bližší identifikace požadovaných dodávek, v rámci námítky týkající se vymezení obsahu předmětu plnění. Ani zde však soud neshledal žádné pochybení, které by mohlo způsobit nepřezkoumatelnost žalobou napadeného rozhodnutí. Žalobce v námítce uvedl, že si nemohl být vědom toho, jaké přesně bude požadovat náhradní díly a servisní služby a s ohledem na to hodlal žalobce tyto činnosti zadat formou zakázky malého rozsahu a tuto skutečnost vyjádřil v bodě 4. 2. přílohy č. 4 zadávací dokumentace. Rovněž touto námítkou se předseda žalovaného zabýval v napadeném rozhodnutí, kde uvedl, že nesouhlasí s tím, že by žalobce hodlal spotřební a doplňkový materiál či náhradní díly poptávat jako zakázky malého rozsahu. Žalovaný totiž v průběhu šetření zjistil, že zboží bylo odebíráno přímo na základě rámcové smlouvy od vybraného uchazeče a nikoliv, že by došlo k zadávání těchto zakázek jako veřejných zakázek malého rozsahu. Ačkoliv se tedy předseda žalovaného výslovně nevyjádřil k té části námítky, v níž žalobce uváděl objektivní nemožnost bližší specifikace požadované dodávky, přesto lze z jeho rozhodnutí podle soudu dovodit, že se ve vztahu k této otázce ztotožnil se závěrem žalovaného obsaženým v prvostupňovém rozhodnutí, kde byla tato otázka posouzena a jednoznačně řešena na str. 7. Žalovaný zde uvedl, že si je vědom, že s ohledem na vývoj v oblasti komunikačních technologií, nebyl zadavatel schopen předvídat rychlost zastarávání aktuálních hardwarových komponent. Tato skutečnost však zadavatele nezbavuje povinnosti vymežit předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Tvrzení žalobce o nemožnosti bližší specifikace dodávek tak bylo řešeno již v rozhodnutí prvostupňovém. Soud proto seznal, že ani v tomto ohledu nebylo rozhodnutí předsedy žalovaného shledáno nepřezkoumatelným.
23. Soud se dále zabýval rovněž věcným posouzením zadávací dokumentace v souvislosti s konkretizací předmětu veřejné zakázky. Ust. § 48 odst. 6 zákona neumožňuje, aby zadavatel při formulaci zadávací dokumentace odkazoval při vymezení předmětu veřejné zakázky na konkrétní obchodní firmu či výrobek. Zadavatel je povinen vymežit předmět veřejné zakázky přesně, úplně a srozumitelně, nicméně za použití natolik obecného popisu a technických podmínek, aby neodkazoval na určité identifikační znaky jednotlivých dodavatelů. Smyslem tohoto ustanovení je zabránit tomu, aby zadávací podmínky byly skrytým nástrojem diskriminace dodavatelů. Pokud by zadávací dokumentace odkazovala na konkrétní firmu či dokonce konkrétní výrobek, docházelo by k omezení konkurence a tedy i soutěže. Zadavatel může odkázat na obchodní firmu pouze tehdy, je-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky, nebo tehdy není-li schopen popsat předmět veřejné zakázky s použitím specifikací, které jsou dostatečně přesné a srozumitelné všem dodavatelům. V daném případě zadavatel v části D přílohy č. 4 zadávací dokumentace odkázal na konkrétní výrobky z toho důvodu, aby byl předmět zakázky dostatečně přesně specifikován. Ustanovení § 48 odst. 6 zákona však umožňuje použít odkaz na konkrétní výrobky, toliko tehdy, není-li zadavatel schopen popsat předmět veřejné zakázky s použitím obecných specifikací, nikoliv tehdy, je-li taková specifikace obtížnější. Zde se soud ztotožnil se

žalovavým v tom, že specifikovat předmětné výrobky bez použití konkrétních odkazů bylo možno, a to prostřednictvím benchmarků, v době zadávání již známých. Nelze se tedy ztotožnit se žalobcem, že by ke srozumitelné specifikaci předmětných výrobků bylo třeba použít odkazů na konkrétní výrobek. Podle názoru soudu tedy žalobce mohl v daném případě požadavky na výrobky technického charakteru popsat v obecné rovině pomocí příslušných technických parametrů tak, aby byly dostatečně srozumitelné všem dodavatelům. Odkazem na konkrétní výrobek žalobce porušil § 48 odst. 6 zákona. Naproti tomu na zákonnost postupu žalobce nemá dle stanoviska soudu vliv ani skutečnost, že na trhu jsou reálně k dispozici pouze příslušné výroky dvou subjektů. Za situace, kdy zadávací dokumentace výslovně uváděla pouze výrobek jednoho dodavatele, zatímco možnost dodání druhého byla odvozena pouze prostřednictvím odkazu, zadavatel pochybil a porušil § 48 odst. 6 a § 49 odst. 2 zákona.

24. Soud rovněž zaujal stanovisko k námitce žalobce, že neporušil zákon ani při stanovení kritéria finanční a ekonomické způsobilosti. Žalobce namítá, že požadavek na minimální konsolidovaný účetní obrat za každé z posledních třech účetních období 300 mil. Kč, odpovídal druhu, rozsahu a složitosti veřejné zakázky. S touto námitkou však soud nesouhlasí a v souladu s žalovaným považuje tento požadavek za nepřiměřený složitosti veřejné zakázky. Soud přitom vyšel z toho, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla 45 mil. Kč za čtyři roky trvání smlouvy. Soud nepochybně, že se jednalo o zakázku pro žalobce důležitou a navíc poměrně rozsáhlou a chápe tedy požadavek žalobce na to, aby se o zakázku ucházeli pouze dodavatelé stabilní a ekonomicky silní. Na druhou stranu však soud (opět v souladu se žalovaným) uvádí, že ani tyto oprávněné důvody neopravňují zadavatele (žalobce) ke stanovení požadavku na obrat v takové výši, aby tím mohlo dojít k diskriminaci dodavatelů, kteří požadované výše obratu nedosahují, ale přesto jsou ekonomicky natolik silní, aby mohli veřejnou zakázku realizovat. Při posuzování otázky, kdy je v rámci kvalifikace požadovaná výše obratu ještě v souladu se zákonem, a kdy je naopak diskriminační, je třeba vyjít z charakteru veřejné zakázky (tj. z druhu zakázky, jejího rozsahu a složitosti a samozřejmě též z předpokládané ceny). Výše uvedený požadavek na minimální konsolidovaný účetní obrat shledal soud jako zcela zjevně nepřiměřený. Požadovaný obrat je téměř dvacet sedmkrát vyšší než předpokládaná roční hodnota zakázky. Takto stanovené kritérium soud považuje již na základě zmíněného násobku za zjevně nepřiměřené ve vztahu k rozsahu a složitosti zakázky, a tedy diskriminační. Soud má za to, že by danou veřejnou zakázku byl schopen plnit i uchazeč dosahující ročního obratu nižšího, např. ve výši desetinásobku roční hodnoty zakázky, zmíněné žalovaným. Soud rovněž podotkl, že za diskriminační shledal nastavení zjevně nepřiměřených kvalifikačních předpokladů i Nejvyšší správní soud (viz např. rozsudek NSS č.j. 1 Afs 20/2008 ze dne 5. 6. 2008). V tomto rozsudku Nejvyšší správní soud poukázal na to, že zákaz diskriminace zahrnuje vedle formy zjevné i formu skrytou, za kterou je třeba považovat i postup, kdy zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením zjevně nepřiměřených kvalifikačních předpokladů právě ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, jako tomu bylo v daném případě.
25. K otázce řádného vymezení předmětu veřejné zakázky ve smyslu § 48 odst. 1 zákona soud konstatoval, že tato povinnost je bezvýjimečná. Předmět veřejné zakázky musí být vymezen

v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky a zadavatel tak musí učinit vždy. Není-li předmět veřejné zakázky řádně vymezen, nelze na takovou veřejnou zakázku podat řádné nabídky. Pokud tedy žalobce v zadávací dokumentaci nejen, že nedefinoval množství požadovaných výrobků a neučinil tak ani ve vztahu k samotným výrobkům, jednalo se toliko o „imaginární soutěž“. Povinnost vymežit předmět veřejné zakázky zavazuje zadavatele vždy, a to i v situaci, kdy není objektivně schopen předvídat vývoj na poli informačních technologií. Soud je přitom názoru, že pokud nemůže být předmět veřejné zakázky vymezen v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, pak nelze veřejnou zakázku na takový předmět zadat. V daném případě tedy měl žalobce zadat zakázku toliko na dobu, na níž by mohl být schopen svoje potřeby a požadavky řádně definovat. Není přitom rozhodné, že na tyto okolnosti zadavatel upozornil dodavatele v zadávací dokumentaci. V daném případě žalobce nevymezil předmět veřejné zakázky dostatečně a nabídky, které byly na veřejnou zakázku podány, tak nemohly být řádně hodnoceny, neboť nebylo jednoznačně zřejmé, k jakému předmětu se dané nabídky vztahují a nemůže se tak jednat o nabídky vzájemně porovnatelné.

26. Další námitku žalobce, že rozhodnutí žalovaného je ve vztahu ke stanovení výše pokuty nepřezkoumatelné, neboť žalovaný se řádně nelyžoval se všemi hledisky, které měl při výpočtu výše pokuty zohlednit, však soud shledal důvodnou. Dle § 105 odst. 1 zákona se při uložení výše pokuty přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a okolnostem, za nichž byl spáchán. Správní orgán se musí zabývat všemi hledisky, která jsou pro posouzení konkrétní výše pokuty nezbytná a zákonem předepsaná a nadto musí zohlednit i další skutečnosti, které mohou mít vliv na výši pokuty. Klíčovou je podmínka, aby z rozhodnutí bylo seznatelné, jaké konkrétní úvahy vedly správní orgán k uložení pokuty v příslušné výši, a aby výše pokuty s ohledem na zvažovaná kritéria a zákonnou limitaci vyhověla podmínce přiměřenosti. Soud ze správních rozhodnutí zjistil, že žalovaný při uložení výše pokuty konstatoval maximální výši pokuty, která žalobci hrozila a dále to, že z hlediska přiměřenosti sankce vzal orgán dohledu v úvahu tu skutečnost, že postupem zadavatele došlo k omezení konkurence a k diskriminaci potenciálních dodavatelů o zakázku. Ve druhostupňovém rozhodnutí se předseda žalovaného výslovně výši uložené pokuty nezabýval. V daném případě žalovaný ze zákonem výslovně požadovaných kritérií zmínil pouze zvláště škodlivé následky, které dovozoval z toho, že došlo k omezení konkurence a diskriminaci potenciálních dodavatelů. Dle soudu předně nelze odhlédnout od toho, že žalobce byl napadeným rozhodnutím potrestán za tři delikty: a) nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech pro zpracování nabídky, b) odkazoval v zadávací dokumentaci na specifická označení výrobků a c) při vymezení úrovně finanční a ekonomické způsobilosti uchazečů nedodržel zásadu nediskriminace. Soud dále uvedl, že omezení konkurence a diskriminaci potenciálních dodavatelů nelze rozhodně vztáhnout k deliktu spočívajícímu v nevymezení předmětu veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. V případě deliktu třetího není omezení konkurence a diskriminace potenciálních dodavatelů znakem skutkové podstaty tohoto správního deliktu, ale jedná se o přímý důsledek jeho spáchání. Pouze ve vztahu k druhému deliktu (odkazy na specifická označení výrobků, která platí pro určitého podnikatele za příznačná) se jedná o znak skutkové podstaty tohoto deliktu. Dle stanoviska soudu to však nic nemění na tom, že omezení konkurence a diskriminaci potenciálních dodavatelů nelze v daném případě

zohledňovat jako přitěžující okolnosti, neboť se jedná o okolnosti, které jsou v případě dvou deliktů s jejich spácháním spojeny vždy, v případě jednoho deliktu k nim naopak nedošlo vůbec. Přestože žalovaný uvedl, že jednání žalobce mělo zvláště škodlivé následky, neuvedl, o jaké konkrétní škodlivé následky se jednalo. Žalovaný správně poukázal na to, že již obdobný delikt žalobce v minulosti spáchal a zohlednil také komplikovanost předmětu, kombinaci dlouhodobého poskytování daných služeb a opakovaných dodávek, aniž by uvedl, zda tak učinil ve prospěch či neprospěch žalobce, i to že uložení zákazu plnění ze smluv zamezilo pokračování v realizaci veřejné zakázky, jako okolnost polehčující. Nijak se však nevyslovil ke způsobu spáchání deliktu ani k okolnostem za nichž byl spáchán. Pokud pak jde o následky, těmi se sice žalovaný zabýval, avšak způsob jakým tak učinil, nepovažuje soud za řádný a dostatečný.

27. Jakkoli má tedy správní orgán při ukládání pokuty volnost správního uvážení, je vázán základními principy správního rozhodování. Mezi tyto principy zcela jistě patří i úplnost a dostatečná odůvodněnost rozhodnutí správního orgánu. Správní orgán tak musí při rozhodování o výši pokuty zohlednit všechny skutečnosti, které mohou výši pokuty ovlivnit, řádně se s nimi vypořádat a přesvědčivě zdůvodnit, ke které okolnosti přihlédl a jaký vliv měla na konečnou výši pokuty. Jednotlivé logické kroky, které vedly správní orgán ke stanovení výše pokuty, je přitom třeba formulovat precizně a jednoznačně, aby odůvodnění stanovené výše pokuty bylo přezkoumatelné. Soud má za to, že žalovaný se ve svém rozhodnutí řádně nevypořádal se žádnou z okolností zakotvených v § 105 odst. 1 zákona. Soud dále podotýká, že žalovaný zcela pominul, že pokuta byla ukládána za tři správní delikty a bylo na místě tuto skutečnost zohlednit. Správní uvážení žalovaného nelze v této situaci vůbec přezkoumat, neboť z odůvodnění napadeného rozhodnutí nejsou zřejmé úvahy, které vedly žalovaného k uložení pokuty v příslušné výši. Soud se tedy nemohl zabývat námitkami, v nichž žalobce vytýkal žalovanému nepřiměřenou výši pokuty. Ze shora uvedených důvodů shledal soud žalobu jako důvodnou a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení. V něm je žalovaný vázán právním názorem soudu vysloveným v rozsudku.

Stanovisko předsedy Úřadu

28. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí ustavenou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise stejně jako s přihlédnutím k právním závěrům soudu jsem dospěl k následujícímu závěru.
29. Úřad v napadeném rozhodnutí č. j. S110/2008/VZ-09642/2008/530/RP ze dne 24. 6. 2008 správně rozhodl o spáchání tří správních deliktů zadavatelem (žalobcem), když zadavatel nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, odkázal v zadávací dokumentaci na specifická označení výrobků příznačná pro určité dodavatele a při vymezení úrovně finanční a ekonomické způsobilosti uchazečů nedodržel zásadu nediskriminace. Spáchání těchto správních deliktů je již rovněž potvrzeno i rozsudkem krajského soudu. Pokuta za spáchání výše uvedených deliktů, resp. výše této

pokuty, však nebyla řádně a precizně zdůvodněna v souladu s ust. § 105 odst. 1 zákona. Z uvedeného důvodu jsem v řízení o rozkladu přistoupil ke zrušení výše citovaného napadeného rozhodnutí Úřadu a věc jsem vrátil Úřadu k novému projednání. V dalším řízení se Úřad bude řídit právními závěry uvedenými v rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 27/2009 ze dne 28. 4. 2011 a tímto rozhodnutím.

VII. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí

30. V šetřeném případě Krajský soud v Brně výše citovaným rozsudkem zrušil rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. R140/2008/VZ-116/2009/310/ASc ze dne 1. 4. 2009 a věc vrátil Úřadu k dalšímu řízení, přičemž do dalšího řízení zavázal Úřad, jakožto žalovaného, právním názorem vysloveným v rozsudku krajského soudu. Ze zdůvodnění výše pokuty, provedeného v příslušné pasáži napadeného prvostupňového rozhodnutí je zřejmé, že orgán dohledu, vědom si spáchání hned tří shora uvedených správních deliktů, nevzal tuto skutečnost v úvahu při stanovení výše sankce. Při rozhodování o přiměřenosti sankce vycházel z toho, že postupem zadavatele došlo k omezení konkurence a diskriminaci potenciálních dodavatelů o zakázku. Tyto okolnosti však nelze v daném případě dle stanoviska soudu zohlednit jako okolnosti přitěžující, neboť jak zdůvodnil v rozsudku krajský soud, jedná se o okolnosti, které jsou se spácháním správních deliktů spojeny vždy, vyjma deliktu spočívajícího v nevymezení předmětu veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Orgán dohledu tedy bude v dalším rozhodování o výši sankce z uvedeného právního názoru soudu vycházet a zaměří se především na způsob spáchání správních deliktů, zhodnotí okolnosti, za nichž ke spáchání správních deliktů došlo a bude se podrobněji zabývat tím, jaké následky spáchání správních deliktů mělo. Na základě těchto úvah pak orgán dohledu rozhodne o konečné výši pokuty, aby toto rozhodnutí bylo v této části přezkoumatelné.

VIII. Závěr

31. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že nastaly důvody pro zrušení napadeného rozhodnutí, jsem rozhodl tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 správního řádu dále odvolat.

Otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

- JUDr. Milan Zápotočný, advokát, AK Telečská 7, 586 01 Jihlava
- Společnost IMPROMAT-COMPUTER, s. r. o., Tř. Tomáše Bati 5267, 762 02 Zlín

Vypraveno dne: Viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy