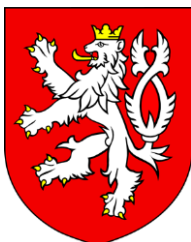




UOHSX005552B

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S1/2009/VZ-3662/2014/514/MDI

Brno 18. února 2014

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení, zahájeném dne 12. 1. 2009 z moci úřední, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Královéhradecký kraj, IČO 70889546, se sídlem Pivovarské náměstí 1245, 500 03 Hradec Králové,
- vybraný uchazeč – Erste Group Immorent ČR s. r. o. (ke dni zahájení správního řízení „IMMORENT ČR s. r. o.“), IČO 25118749, se sídlem Budějovická 1518/13a, 110 00 Praha 1,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavatelem ve veřejné zakázce „Administrativní centrum Královéhradeckého kraje – rozšíření stávající dodávky předmětu leasingu“ zadané na základě výzvy k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění ze dne 16. 5. 2007 podle § 23 odst. 5 písm. b) zákona,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Královéhradecký kraj, IČO 70889546, se sídlem Pivovarské náměstí 1245, 500 03 Hradec Králové – se dopustil správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 21 odst. 2 tohoto zákona, když veřejnou zakázku „Administrativní centrum Královéhradeckého kraje – rozšíření stávající dodávky předmětu leasingu“, zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by byly splněny podmínky stanovené

v ustanovení § 23 citovaného zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky a na tuto veřejnou zakázku byl dne 4. 7. 2007 uzavřen dodatek č. 8 k nájemní (leasingové) smlouvě ze dne 14. 1. 2004.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se zadavatel – Královéhradecký kraj, IČO 70889546, se sídlem Pivovarské náměstí 1245, 500 03 Hradec Králové – ukládá podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

pokuta ve výši **800 000 Kč** (osm set tisíc korun českých).

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

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Královéhradecký kraj, IČO 70889546, se sídlem Pivovarské náměstí 1245, 500 03 Hradec Králové (dále jen „zadavatel“), uzavřel dne 14. 1. 2004 „nájemní (leasingovou) smlouvu“, tedy ještě za účinnosti zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, se společností Erste Group Immorent ČR s. r. o. (ke dni zahájení správního řízení „IMMORENT ČR s. r. o.“), IČO 25118749, se sídlem Budějovická 1518/13a, 110 00 Praha 1 (dále jen „vybraný uchazeč“). Předmětem leasingu jsou pozemky a budovy zapsané na listu vlastnictví č. 20617, vedeném Katastrálním úřadem v Hradci Králové pro k. ú. Hradec Králové, obec Hradec Králové. Účelem smlouvy je pronájem předmětu leasingu k umístění samosprávy Královéhradeckého kraje, krajského úřadu, památkového úřadu, detašovaných pracovišť ministerstev a jiných státních orgánů. Vybraný uchazeč se leasingovou smlouvou zavazuje provést přestavbu předmětu leasingu podle podmínek zadávací dokumentace tak, aby k předání a převzetí předmětu leasingu došlo do 18 měsíců ode dne nabytí právní moci stavebního povolení pro předmět leasingu. Ke smlouvě bylo následně uzavřeno celkem osm dodatků.
2. Dne 4. 7. 2007 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem dodatek č. 8 k původní nájemní (leasingové) smlouvě, který byl uzavřen na základě jednacího řízení bez uveřejnění ve smyslu ustanovení § 23 odst. 5 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“). Předmět leasingu byl doplněn o atypické vybavení (mobilní a vestavěný atypický nábytek a výrobky) podle přílohy č. 1 k tomuto dodatku. V bodě 2. 2 dodatku je stanoveno, že celková cena vybavení bude činit 35 910 000 Kč bez DPH. Dodatek č. 8 byl schválen Radou Královéhradeckého kraje dne 4. 7. 2007 usnesením č. 21/753/2007.

II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

3. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) jako orgán příslušný podle § 112 zákona obdržel podnět k přezkoumání postupu zadavatele, při zadávání nadlimitní veřejné zakázky Administrativní centrum Královéhradeckého kraje – rozšíření stávající dodávky předmětu leasingu“ zadané na základě výzvy k jednání v jednacím řízení

bez uveřejnění ze dne 16. 5. 2007 podle § 23 odst. 5 písm. b) zákona (dále jen „veřejná zakázka“). Na základě obdržení podnětu si Úřad od zadavatele vyžádal příslušnou dokumentaci.

4. Po posouzení předložené dokumentace získal Úřad pochybnosti, zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky postupoval v souladu se zákonem, když veřejnou zakázku týkající se doplnění předmětu leasingu o atypické vybavení zadal v jednacím řízení bez uveřejnění vybranému uchazeči, tedy témuž dodavateli, který realizoval původní veřejnou zakázku.
5. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - vybraný uchazeč.
6. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. S1/2009/VZ-5/2009/540/VKu ze dne 8. 1. 2009, ve kterém účastníky správního řízení seznámil se zjištěnými skutečnostmi, které budou podkladem pro rozhodnutí. Současně Úřad účastníkům správního řízení usnesením č. j. S1/2009/VZ-6/2009/540/VKu ze dne 8. 1. 2009 stanovil lhůtu, v níž mohli navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
7. Oba účastníci správního řízení obdrželi oznámení o zahájení správního řízení dne 12. 1. 2009 a tímto dnem bylo správní řízení zahájeno.
8. Úřad vydal dne 6. 3. 2009 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S1/2009/VZ-2133/2009/540/VKu, které bylo následně potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R42,43/2009/VZ-15578/2009/310-ASc ze dne 8. 12. 2009.
9. Zadavatel podal proti rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R42,43/2009/VZ-15578/2009/310-ASc ze dne 8. 12. 2009 žalobu ke Krajskému soudu v Brně (dále jen „Krajský soud“), který dne 1. 9. 2011 vydal rozhodnutí č. j. 62 Af 13/2010-169, kterým zrušil rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R42,43/2009/VZ-15578/2009/310-ASc ze dne 8. 12. 2009 a věc vrátil k dalšímu řízení.
10. Předseda Úřadu vydal dne 16. 11. 2011 rozhodnutí č. j. ÚOHS-R42,43/2009/VZ-17108/2011/310/JHr, kterým zrušil rozhodnutí č. j. ÚOHS-S1/2009/VZ-2133/2009/540/VKu ze dne 6. 3. 2009 a věc vrátil k novému projednání.
11. Oznámení o pokračování ve správním řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-S1/2009/VZ-24261/2012/514/IMa ze dne 7. 1. 2013. Současně Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S1/2009/VZ-245/2012/514/IMa ze dne 7. 1. 2013 stanovil lhůtu, v níž mohli navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
12. Úřad prostřednictvím Celního úřadu pro Jihomoravský kraj vrátil dne 30. 11. 2011 zadavateli pokutu ve výši 800 000 Kč, kterou dne 4. 2. 2010 uhradil zadavatel na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj, a to v souvislosti s nabytím právní moci rozhodnutí ze dne 6. 3. 2009 č. j. ÚOHS-S1/2009/VZ-2133/2009/540/VKu, které bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R42,43/2009/VZ-15578/2009/310-ASc ze dne 8. 12. 2009 a následně bylo rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R42,43/2009/VZ-17108/2011/310/JHr ze dne 16. 11. 2011 zrušeno.

13. Dne 8. 2. 2013 vrátil Úřad zadavateli úrok z přeplatku na pokutě ve výši 204 943 Kč.

III. SKUTEČNOSTI VYPLÝVAJÍCÍ Z DOKUMENTACE O VEŘEJNÉ ZAKÁZCE

14. Úřad vycházel z písemností, které jsou obsahem správního spisu, stejně tak skutečností, které jsou zachyceny, jak v rozhodnutích Úřadu, tak i rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 13/2010-169 ze dne 1. 9. 2011, neboť zadavatel Úřadu opětovně dokumentaci vztahující se k šetřené veřejné zakázce neposkytl. Ve svém vyjádření ze dne 15. 1. 2013 zadavatel uvedl, že dokumentaci Úřadu poskytl v roce 2008 a doposud mu nebyla vrácena. Úřad k tomuto konstatuje, že dokumentace k předmětné veřejné zakázce byla zadavateli Úřadem vrácena dne 29. 12. 2009.
15. Z podkladů vztahujících se k šetřené veřejné zakázce vyplývá, že předmětem původní veřejné zakázky zadávané podle zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, bylo „pořízení budovy, případně souboru budov včetně pozemku, případně pozemků, na kterých je budova (budovy) umístěna, společně s pozemky pro umístění parkovacích míst, za účelem umístění administrativního centra“. Zadavatel požadoval předložení nabídky na poskytnutí nemovitosti formou nájmu s následnou koupí předmětné nemovitosti zadavatelem, tedy formou leasingu nemovitosti. Zadávací dokumentace ve vymezení předmětu plnění veřejné zakázky v čl. 2 dále výslovně uváděla, že předmětem veřejné zakázky není vybavení administrativního centra kancelářským nábytkem.
16. Zadavatel dne 14. 1. 2004 uzavřel „nájemní (leasingovou) smlouvu“ s vybraným uchazečem, ze které vyplývá, že předmětem leasingu jsou pozemky a budovy zapsané na listu vlastnictví č. 20617, vedeném Katastrálním úřadem v Hradci Králové pro k. ú. Hradec Králové, obec Hradec Králové, přičemž účelem smlouvy je pronájem předmětu leasingu k umístění samosprávy Královéhradeckého kraje, krajského úřadu, památkového úřadu, detašovaných pracovišť ministerstev a jiných státních orgánů. Vybraný uchazeč se leasingovou smlouvou zavazuje provést přestavbu předmětu leasingu podle podmínek zadávací dokumentace tak, aby k předání a převzetí předmětu leasingu došlo do 18 měsíců ode dne nabytí právní moci stavebního povolení pro předmět leasingu. Ke smlouvě bylo následně uzavřeno celkem osm dodatků.
17. Z dokumentace Úřad zjistil, že na základě původní veřejné zakázky se vybraný uchazeč v nájemní (leasingové) smlouvě zavázal k přestavbě nemovitostí podle zadávacích podmínek. Z dodatku č. 6 k této smlouvě ze dne 20. 5. 2007 vyplývá, že celkové investiční náklady činí 1 071 298 826 Kč bez DPH, z čehož na pořízení pozemku a stávajících nemovitostí připadá částka 115 000 000 Kč bez DPH, na stavební a vedlejší náklady částka 908 565 929 Kč bez DPH a na náklady na mezifinancování částka 47 732 897 Kč bez DPH.
18. Dne 4. 7. 2007 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem dodatek č. 8 ke stávající smlouvě, který byl uzavřen na základě jednacího řízení bez uveřejnění ve smyslu ustanovení § 23 odst. 5 písm. b) zákona. Předmět leasingu byl doplněn o atypické vybavení (mobilní a vestavěný atypický nábytek a výrobky) podle přílohy č. 1 k tomuto dodatku. V bodě 2. 2 dodatku je stanoveno, že celková cena vybavení bude činit 35 910 000 Kč bez DPH, s tím, že nedohodnou-li se smluvní strany jinak, složí nájemce Královéhradecký kraj (zadavatel) částku odpovídající uvedené ceně do 21 dnů na účet

pronajímatele na základě doručených faktur pronajímatele. Uhrazená částka bude považována za vlastní prostředky nájemce a budou o ni zvýšeny celkové investiční náklady. Dodatek č. 8 byl schválen Radou Královéhradeckého kraje dne 4. 7. 2007 usnesením č. 21/753/2007.

IV. VYJÁDŘENÍ ZADAVATELE ZE DNE 20. 1. 2009

19. Úřad obdržel dne 22. 1. 2009 vyjádření zadavatele ze dne 20. 1. 2009. Zadavatel ve svém vyjádření uvádí, že veřejná zakázka byla zadána v souladu s architektonickým řešením návrhu celého areálu. Zhotovitel stavby realizoval obložení dveří a dalších součástí stavby na základě požadavku projektu v určitém architektonickém stylu s tím, že autoři projektu předpokládali i další vybavení areálu ve stejném stylu a provedení. Pořízení předmětu veřejné zakázky jiným způsobem by znamenalo neslučitelnost s požadavky projektantů původní zakázky. Podle zadavatele se v daném případě jedná o nábytek vyrobený speciální netypickou technologií, která zaručuje vyšší kvalitu a odolnost než u běžně používaných materiálů, přičemž je dodáván ve stejném designu a barvě od výhradního německého dodavatele. Zadavatel konstatuje, že požadavek jednotného charakteru celého díla bylo nutné dodržet vzhledem k platnému autorskému právu.
20. Jako další důvod pro zadání veřejné zakázky vybranému uchazeči zadavatel zdůrazňuje záruky poskytnuté ze strany vybraného uchazeče na stavbu. Zadavatel konkrétně uvádí, že při instalaci vestavěného nábytku a osvětlení byl nutný zásah do rozvodů elektřiny, instalací a napojení na rozvody vody, tepla, vzduchotechniky a instalované měřicí techniky.
21. Zadavatel má za to, že v případě zadání veřejné zakázky jiným způsobem by nebyly dodrženy podmínky stanovené architektem. Pokud by totiž uvažované zadávací řízení respektovalo požadavky architekta, mohly by se jeho podmínky jevit jako diskriminační. V této souvislosti zadavatel upozornil zejména na riziko prodloužení dokončení výstavby areálu, problémy z hlediska dodržení technických parametrů, zajištění provozu, údržby a záruční doby.
22. Zadavatel současně upozorňuje na skutečnost, že byl vázán uzavřenou nájemní smlouvou, v níž byla sjednána doba dokončení výstavby, její kolaudace a předání a převzetí díla. Vzhledem k tomu, že místnosti musely být kolaudovány včetně vybavení vestavěným nábytkem, požadovaným osvětlením apod. hrozila zadavateli v důsledku nezajištění těchto věcí ve stanovené době smluvní pokuta. Zadavatel uvedl, že vzhledem k tomu, že se jedná o prostory v suterénu, musela být měřena světlost prostor před a po instalaci nábytku tak, aby mohlo být doloženo splnění všech podmínek pro následnou kolaudaci. V této souvislosti zadavatel konstatuje, že návrhy na dokončení interiérů neměl možnost získat v dostatečném časovém předstihu a upozorňuje na skutečnost, že k upřesňování využití jednotlivých prostor docházelo postupně s ohledem na změny stavby vynucené archeologickým průzkumem.
23. Zadavatel dále uvádí, že zvažoval zadání veřejné zakázky i podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona. S ohledem na navazující technické problémy při pořizování zboží, jeho instalaci a umístění a vzhledem k problémům při provozu a údržbě však od tohoto záměru upustil.
24. K úhradě ceny předmětu veřejné zakázky zadavatel sděluje, že tato byla uhrazena formou deponované kauce.

25. Závěrem zadavatel upozorňuje na skutečnost, že v minulosti již také realizoval veřejnou zakázku na dodávku kancelářského nábytku, v níž byly zohledněny požadavky projektantů a architektů, v rámci tohoto zadávacího řízení však obdržel pouze dvě nabídky, obě na dodání výrobků ze zahraničí.

V. VYJÁDŘENÍ VYBRANÉHO UCHAZEČE ZE DNE 20. 1. 2009

26. Vyjádření vybraného uchazeče ze dne 20. 1. 2009 obdržel Úřad dne 21. 1. 2009 faxem a dne 23. 1. 2009 poštou. Vybraný uchazeč ve svém stanovisku uvádí, že v daném případě se jednalo o rozšíření původní zakázky, neboť dodáním atypického a částečně vestavěného nábytku dojde k rozšíření nemovitosti (vestavěný nábytek se stane její součástí).
27. Instalace nábytku třetí osobou by podle názoru vybraného uchazeče způsobila technické obtíže při provozu a údržbě původní dodávky. Jako zvláštní okolnosti odůvodňující překročení doby 3 let ve smyslu ustanovení § 23 odst. 5 písm. b) zákona zmiňuje vybraný uchazeč nečekané archeologické nálezy, v jejichž důsledku došlo k více než ročnímu zdržení stavby.

VI. ROZHODNUTÍ ÚŘADU ZE DNE 6. 3. 2009

28. Úřad vydal dne 6. 3. 2009 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S1/2009/VZ-2133/2009/540/VKu, kterým rozhodl, že se zadavatel dopustil spáchání správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 21 odst. 2 zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by byly splněny podmínky stanovené v ustanovení § 23 zákona, přičemž tento postup mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a na tuto veřejnou zakázku byl dne 4. 7. 2007 uzavřen dodatek č. 8 k nájemní (leasingové) smlouvě ze dne 14. 1. 2004. Za spáchání uvedeného správního deliktu byla zadavateli podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona uložena pokuta ve výši 800 000 Kč.
29. Úřad své rozhodnutí odůvodnil tak, že nebyly splněny podmínky pro možnost postupu podle § 23 zákona, neboť ze znění ustanovení § 23 odst. 5 písm. b) zákona vyplývá, že pro jeho použití musí být kumulativně splněny následující podmínky:
- a) musí jít o dodatečné dodávky od téhož dodavatele, s nímž již byla uzavřena smlouva,
 - b) dodávky představují částečnou náhradu původní dodávky nebo jsou rozšířením stávajícího rozsahu dodávky,
 - c) změna dodavatele by pro zadavatele znamenala pořízení zboží odlišných technických parametrů, které by měly za následek neslučitelnost s původní dodávkou nebo by znamenaly nepřiměřené technické obtíže při provozu a údržbě původní dodávky, a
 - d) celková doba trvání původní smlouvy, včetně doby trvání smlouvy na dodatečné dodávky, nesmí v případě veřejného zadavatele přesáhnout dobu 3 let, pokud to není odůvodněno zvláštními okolnostmi.
30. Úřad se zejména zabíral splněním či nesplněním jednotlivých zákonných podmínek stanovených pro využití jednacím řízení bez uveřejnění z ustanovení § 23 odst. 5 písm. b)

zákona. Své rozhodnutí, že zadavatel nesplnil kumulativně výše citované podmínky, odůvodnil Úřad následovně.

31. V první řadě Úřad v rozhodnutí dospěl k závěru, že původní veřejná zakázka, na kterou byla dne 14. 1. 2004 uzavřena nájemní (leasingová) smlouva je s ohledem na strukturu finančních nákladů zadavatele (viz bod 15 odůvodnění tohoto rozhodnutí) veřejnou zakázkou na stavební práce, neboť hlavním účelem veřejné zakázky bylo provedení stavebních prací. Z toho důvodu bylo třeba původní veřejnou zakázku označit za veřejnou zakázkou na stavební práce.
32. Na základě výše uvedeného Úřad konstatoval, že nebylo možné hovořit o rozšíření stávajícího rozsahu dodávky, případně o částečné náhradě původní dodávky, protože nábytek nebyl v předmětu původní veřejné zakázky vůbec zahrnut. Proto ani nebylo možné přisvědčit názoru vybraného uchazeče, že se jedná o rozšíření původní zakázky, neboť dodáním nábytku dojde k rozšíření nemovitosti a vestavěný nábytek se stane její součástí. Měl-li být nábytek součástí stavby, mělo být jeho dodání zahrnuto již v původní veřejné zakázce, což však vylučoval čl. 2 zadávací dokumentace. Vzhledem ke skutečnosti, že dodávka nábytku nebyla součástí původní veřejné zakázky, nelze o dodatečných dodávkách, resp. dodatečných stavebních pracích hovořit.
33. K další zákonné podmínce vztahující se pro využití jednacím řízení bez uveřejnění, tedy, že změna dodavatele by pro zadavatele znamenala pořízení zboží odlišných technických parametrů a tím i neslučitelnost s původní dodávkou, Úřad uvedl, že zvýšené požadavky zadavatele na designové zpracování, barvu a kvalitu nábytku nelze považovat za požadavky na pořízení zboží shodných technických parametrů jako již dané součásti stavby. V případě, že zadavatel veřejnou zakázku nezadal v zadávacím řízení, v jehož rámci by mohl porovnávat nabídky více uchazečů, byl podle Úřadu spekulativní rovněž názor zadavatele, že by jeho požadavky týkající se vzhledu a kvality provedení nábytku mohly být v takovém zadávacím řízení označeny za diskriminační.
34. Úřad k této podmínce dále ve vztahu k vyjádření zadavatele uvedl, že i pokud by instalace vestavěného nábytku skutečně vyžadovala zásahy do rozvodů elektřiny, tepla apod., nelze takové zásahy považovat za nepřiměřené technické obtíže ve smyslu výše citovaného ustanovení zákona. Zákon zde klade důraz nejen na míru technických obtíží a vyžaduje, aby dodávka od třetí osoby znamenala pro zadavatele nepřiměřené obtíže, ne tedy pouze obtíže obvykle se vyskytující, ale zároveň požaduje, aby se jednalo o obtíže při provozu a údržbě původní dodávky. Případné problémy spojené s jednorázovou instalací nábytku nenaplňují ani tento požadavek.
35. Dále k této otázce Úřad konstatoval, že v šetřeném případě byla nájemní (leasingová) smlouva uzavřena dne 14. 1. 2004, dodatek č. 8 byl uzavřen dne 4. 7. 2007, zákonný limit pro trvání smluvních vztahů byl tedy překročen. Otázka, zda lze provádění archeologického průzkumu na staveništi v daném případě považovat za zvláštní okolnost ve smyslu citovaného ustanovení je však vzhledem k nesplnění ostatních podmínek pro využití jednacím řízení bez uveřejnění, bezpředmětná.
36. Úřad se dále vyjádřil i k argumentaci zadavatele ohledně jeho úvah, kdy chtěl zakázku zadat na základě § 23 odst. 4 písm. a) zákona. K tomu Úřad uvedl, že zadavatel může veřejnou zakázku zadat v jednacím řízení bez uveřejnění rovněž tehdy, jestliže veřejná zakázka

může být splněna z technických či uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem (viz ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona). Toto ustanovení zákona tedy dopadá výlučně na případy, kdy veřejná zakázka může být splněna pouze určitým dodavatelem.

37. V případě dodávky nábytku však podle Úřadu nelze obecně hovořit o plnění, které by mohl realizovat pouze jediný dodavatel. Skutečnosti svědčící v rámci šetřeného případu pro závěr, že veřejnou zakázku mohl realizovat pouze vybraný uchazeč, nevyplývají ani z předložené dokumentace. Sám zadavatel ve svém vyjádření pouze obecně deklaroval hrozící rozpor s platným autorským právem, na podporu svého tvrzení však neuvedl žádné konkrétní údaje. Úřad tedy konstatoval, že ve vztahu k realizaci šetřené veřejné zakázky nelze autorskými právy architekta argumentovat. Vybraný uchazeč v rámci své nabídky v původním zadávacím řízení předložil v rámci posudku stavebně-technického stavu nabízených nemovitostí pouze návrh provedení stavebních úprav těchto nemovitostí, nikoliv však již návrh jejich vnitřního vybavení. K ohrožení autorských práv tedy nemůže dojít. Zadavatel v jiné části svého vyjádření navíc sám připouští možnost zadání veřejné zakázky i v jiném typu zadávacího řízení. Jak již bylo v této souvislosti konstatováno výše. Jeho názor, že by v takovém zadávacím řízení mohly být jeho požadavky na vlastnosti nábytku označeny za diskriminační, je pouze spekulativní, stejně jako předpokládaný počet případných uchazečů. Na základě uvedeného Úřad uzavřel, že veřejnou zakázku nebylo možné zadat ani postupem dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona.
38. Zadavatel rovněž nad rámec požadavků § 23 odst. 5 písm. b) zákona opakovaně v průběhu správního řízení namítal časové hledisko realizace veřejné zakázky, a to zejména ve vztahu k termínu kolaudace, přičemž uvedl, že prostory musely být kolaudovány po provedení měření světlosti a včetně vybavení vestavěným nábytkem. K tomu Úřad v rozhodnutí uvedl, že příslušný stavební úřad ve svém vyjádření ze dne 10. 2. 2009, které si Úřad na základě tvrzení zadavatele vyžádal, nutnost instalace nábytku jako jedné z podmínek kolaudace nepotvrdil. Uvedl, že zadavatel měl v rámci kolaudačního řízení předložit pouze návrh rozmístění pracovních míst v kancelářích. Vlastní kolaudační rozhodnutí bylo vydáno dne 29. 10. 2007, přičemž měření intenzity osvětlení mělo na vybraných pracovištích proběhnout až do 30. 4. 2008. Pro úplnost Úřad dále uvedl, že okolnosti průběhu kolaudačního řízení není možné považovat za opravňující k použití jednacního řízení bez uveřejnění.
39. Na základě všech shora uvedených skutečností Úřad rozhodl o porušení zákona ze strany zadavatele. Za spáchání správního deliktu uložil Úřad zadavateli pokutu ve výši 800 000 Kč, přičemž z odůvodnění rozhodnutí vyplývá, že horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) činí částku ve výši 1 795 500,- Kč.
40. Úřad uložení pokuty odůvodnil tak, že při stanovení výše pokuty vzal v úvahu zejména skutečnost, že zadavatel svým postupem neumožnil účast dalších možných dodavatelů v zadávacím řízení a narušil tak soutěžní prostředí. Vybraný uchazeč tak nebyl vystaven jakékoliv konkurenci, neproběhla žádná soutěž o cenu nebo ekonomickou výhodnost jeho nabídky. Nezákonné omezení, resp. vyloučení principu soutěže, na němž je zadávání veřejných zakázek založeno, je jedním z vůbec nejzávažnějších porušení zákona, přičemž v důsledku uvedených skutečností nebylo možné vyloučit, že pokud by zadavatel

postupoval v souladu se zákonem, mohl obdržet nabídky i od dalších dodavatelů, kteří by mu mohli nabídnout nižší cenu požadovaného vybavení.

41. Dále Úřad uvedl, že při stanovení výše pokuty přihlédl k tomu, že otázka podmínek použití jednacího řízení bez uveřejnění byla v rozhodovací praxi Úřadu již opakovaně řešena. V této souvislosti Úřad odkázal na některá svá pravomocná rozhodnutí. Co se týče výše uložené pokuty, konstatoval Úřad, že se nejedná o částku, která by byla pro zadavatele likvidační.
42. Proti rozhodnutí č. j. č. j. ÚOHS-S1/2009/VZ-2133/2009/540/VKu ze dne 6. 3. 2009, které bylo zadavateli i vybranému uchazeči doručeno dne 10. 3. 2009 podali oba účastníci řízení rozklad.

VII. ROZKLAD ZADAVATELE ZE DNE 24. 3. 2009

43. Úřad obdržel od zadavatele dne 24. 3. 2009 rozklad, v němž zadavatel opětovně odkazuje na původní veřejnou zakázku, jejímž předmětem bylo pořízení nemovitostí pro umístění Administrativního centra Královéhradeckého kraje, konkrétně na základní požadavky na nemovitost a dispozici budovy nebo budov (body 2.1 a 2.2 zadávací dokumentace). Z těchto požadavků, zejména z požadavků na umístění reprezentativních prostor, dovozuje zadavatel oprávněnost potřeby specifického vybavení pořizované nemovitosti.
44. Zadavatel dále ve svém rozkladu poukazuje na nutné změny a úpravy projektové dokumentace v průběhu stavebních prací a dále na skutečnost, že se jedná o památkově chráněný objekt. Dále uvádí, že na staveništi došlo k archeologickým nálezům, což si vyžádalo další změny projektu a časové zdržení realizované stavby. Současně však bylo nutné dodržet projektem požadované osvětlení, instalaci přívodu vody a odpady, umístění vzduchotechniky a elektrických rozvodů. Zadavatel dále uvádí, že jako podklad pro kolaudační rozhodnutí muselo být vydáno souhlasné vyjádření krajské hygienické stanice, že všechny místnosti splňují hygienické a stavební předpisy. Dále byla v rámci kolaudačního řízení kontrolována i instalace osvětlení a žaluzií.
45. Zadavatel má za to, že prostory byly navrženy jako jeden celek, přičemž musely být zohledněny požadavky z hlediska jejich umístění v historické budově. Tomuto typu stavby tedy mělo odpovídat i vnitřní vybavení interiérů v jednotném stylu architekta Gočára, a to zejména u prostor hejtmanství. V těchto prostorách se jednalo o doplnění nábytku, který byl přestěhován z původního sídla a existoval tedy požadavek na zachování technických a estetických parametrů pořizovaného vybavení v původním stylu hejtmanství. Zadavatel tvrdí, že toto doplnění mohl splnit pouze výhradní a specializovaný dodavatel zabývající se zhotovením stylového nábytku architekta Gočára. Ve vztahu k ostatnímu nábytku, který byl předmětem šetřeného jednacího řízení bez uveřejnění, zadavatel opakovaně sděluje, že byl instalován v souladu s architektonickým řešením návrhu celého areálu.
46. Zadavatel dále v rozkladu konstatuje skutečnosti shodné s obsahem předchozích vyjádření, a to že s ohledem na požadované vlastnosti vybavení daných prostor mohl požadavek na pořízení nábytku splnit pouze omezený počet dodavatelů a v případě zadání formou „standardního“ zadávacího řízení by tak mohla být ze strany jiných dodavatelů vnesena námitka na porušení zákona z důvodu nastavení technických parametrů, které mohl splnit pouze určitý zájemce. Zadavatel dále uvádí nutnost dodržení podmínek architekta a vlastníka objektu, které by podle názoru zadavatele mohly působit vůči ostatním dodavatelům

diskriminačně. V případě „standardního“ zadávacího řízení by podle názoru zadavatele došlo rovněž k prodloužení doby realizace stavby.

47. Zadavatel taktéž poukazuje na skutečnost, že v rámci odůvodnění napadeného rozhodnutí bylo odkazováno na rozhodnutí, která v době zadání šetřené veřejné zakázky nebyla pravomocná. V této souvislosti zadavatel upozornil, že v dané době neměl k dispozici jednotný výklad k možnosti využití jednacích řízení bez uveřejnění. Ve vztahu k rozhodovací praxi Úřadu zadavatel poukázal na nižší pokuty, než byla ta, která byla uložena v šetřeném případě. V této souvislosti zadavatel uvedl, že dosud nebyl účastníkem správního řízení vedeného Úřadem a nebyla mu tedy v minulosti žádná pokuta stanovena.
48. Zadavatel v závěru rozkladu uvádí, že s odkazem na výše uvedené má za to, že splnil podmínky zákona pro možnost postupu v jednacím řízení bez uveřejnění pro případ rozšíření stávajícího rozsahu dodávky. Dodání atypického nábytku a zařízení považuje částečně za rozšíření a částečně za doplnění původně sjednaného plnění. Vzhledem k uvedeným skutečnostem zadavatel požadoval, aby předseda Úřadu dané rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil.

VIII. ROZKLAD VYBRANÉHO UCHAZEČE ZE DNE 24. 3. 2009

49. Dne 24. 3. 2009 obdržel Úřad taktéž rozklad od vybraného uchazeče, v němž uvádí, že nesouhlasí se závěrem učiněným v rozhodnutí, a to, že hlavním účelem původní veřejné zakázky bylo provedení stavebních prací. Vybraný uchazeč je toho názoru, že původní veřejná zakázka byla veřejnou zakázkou na dodávky, neboť předmětem původní veřejné zakázky bylo pořízení budovy formou finančního leasingu.
50. Vybraný uchazeč dále v rozkladu uvádí, že v šetřeném případě byly splněny všechny podmínky pro použití jednacích řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 5 písm. b) zákona. K naplnění jednotlivých podmínek stanovených v citovaném ustanovení vybraný uchazeč uvádí, že:
 - a) byla naplněna podmínka, že se jednalo o rozšíření stávajícího rozsahu dodávky, a to vzhledem k tomu, že v zadávací dokumentaci původní veřejné zakázky byl uveden požadavek na umístění reprezentativních místností hejtmanství, vybavení kuchyněk, instalace bufetu, informačního centra, recepce apod. Dodání interiérového vybavení bylo tedy podle jeho názoru možné považovat za rozšíření původní veřejné zakázky,
 - b) byla naplněna podmínka, že změna dodavatele by zadavatele nutila pořizovat zboží odlišných technických parametrů, které by znamenaly nepřiměřené technické obtíže při provozu a údržbě původní dodávky. Tyto potíže spatřoval vybraný uchazeč v instalaci nábytku třetí osobou včetně případných zásahů do stavby v případě vestavěného nábytku. Konkrétně uvedl nemožnost zaručení bezpečné a plynulé koordinace prací na staveništi a problémy při případném poškození stavby v souvislosti s instalací nábytku. V této souvislosti odkazuje vybraný uchazeč na následné problematické uplatnění vad stavby v záruční době. Podle jeho názoru nelze říci, že by se jednalo pouze o problémy spojené s jednorázovou instalací nábytku. Vybraný uchazeč uvedl, že v daném případě by nebylo možné, aby se v průběhu jím zajišťovaných stavebních prací pohybovaly na staveništi třetí

osoby instalující nábytek. Zadavateli by tedy byl následně předán objekt bez jakéhokoliv vybavení, který by nebylo možno ihned využívat. Vzhledem k tomu, že od okamžiku předání objektu by zadavatel již byl povinen platit sjednané leasingové splátky, vznikly by mu v důsledku nemožnosti prostoru pro jejich účel užívat nezanedbatelné finanční náklady, které je třeba považovat za nepřiměřené obtíže,

- c) byla naplněna i podmínka, že celková doba trvání původní smlouvy, včetně doby trvání smlouvy na dodatečné dodávky nesmí v případě veřejného zadavatele přesáhnout dobu tří let, pokud to není odůvodněno zvláštními okolnostmi. Vybraný uchazeč považuje za zvláštní okolnosti provádění archeologických prací, v jejichž důsledku se realizace původní veřejné zakázky prodloužila minimálně o 15 měsíců.

- 51. Na základě shora uvedených skutečností vybraný uchazeč navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a řízení zastavil.

IX. ROZHODNUTÍ PŘEDSEDY ÚŘADU ZE DNE 8. 12. 2009

- 52. Předseda Úřadu ve správním řízení o rozkladu zadavatele doručeném Úřadu dne 24. 3. 2009 a o rozkladu vybraného uchazeče doručeném taktéž dne 24. 3. 2009 rozhodl rozhodnutím č. j. ÚOHS-R42,43/2009/VZ-15578/2009/310/ASc ze dne 8. 12. 2009, kterým bylo potvrzeno prvostupňové rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S1/2009/VZ-2133/2009/540/VKu ze dne 6. 3. 2009 a podané rozklady byly zamítnuty.
- 53. Předseda Úřadu 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 podle § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu.
- 54. Z výše citovaného rozhodnutí předsedy Úřadu vyplývá, že předseda Úřadu v obou podaných rozkladech neshledal v zásadě žádné nové skutečnosti, které by nebyly předmětem správního řízení vedeného před Úřadem, a které by nebyly vypořádány v rámci původního rozhodnutí.
- 55. S přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl předseda Úřadu k závěru, že Úřad svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S1/2009/VZ-2133/2009/540/VKu ze dne 6. 3. 2009, kterým rozhodl o porušení zákona ze strany zadavatele, který neoprávněně využil jednací řízení bez uveřejnění, aniž by splnil podmínky pro jeho užití, přičemž mu za spáchaný správní delikt uložil pokutu ve výši 800 000,- Kč, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí se předseda Úřadu ztotožnil.
- 56. Rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R42,43/2009/VZ-15578/2009/310/ASc ze dne 8. 12. 2009 nabylo právní moci dne 21. 12. 2009.

X. ŘÍZENÍ O ŽALOBĚ PŘED KRAJSKÝM SOUDEM V BRNĚ

- 57. Proti pravomocnému rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R42,43/2009/VZ-15578/2009/310/ASc ze dne 8. 12. 2009 podal zadavatel žalobu, o níž bylo Krajským soudem rozhodnuto v soudním řízení vedeném pod sp. zn. 62 Af 13/2010. Rozsudkem

č. j. 62 Af 13/2010-169 ze dne 1. 9. 2011 rozhodl Krajský soud o zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R42,43/2009/VZ-15578/2009/310/ASc ze dne 8. 12. 2009 a věc vrátil k dalšímu řízení. Rozsudek Krajského soudu 62 Af 13/2010-169 ze dne 1. 9. 2011 nabyl právní moci dne 2. 9. 2011.

58. Soud žalobou napadené rozhodnutí předsedy Úřadu přezkoumal v mezích žalobních bodů uplatněných v žalobě a konstatoval, že zadavatel (v rámci soudního řízení žalobce) postupoval tak, že dodatek č. 8 ze dne 4. 7. 2007 k nájemní leasingové smlouvě ze dne 14. 1. 2004, uzavřené mezi zadavatelem a vybraným uchazečem, neoprávněně uzavíral v režimu § 23 odst. 5 písm. b) zákona, neboť k takovému postupu, nebyly splněny zákonem stanovené požadavky.
59. Soud proto v úvodu rozsudku uvedl podmínky, za nichž lze veřejnou zakázku zadat v jednacím řízení bez uveřejnění a konstatoval, že použití zmíněného ustanovení zákona je vázáno na kumulativní splnění následujících pěti podmínek:
- a) musí se jednat o plnění, které je dodávkou,
 - b) musí jít o dodatečné dodávky od téhož dodavatele, s nímž již byla uzavřena předchozí smlouva,
 - c) dodatečné dodávky musí představovat částečnou náhradu původní dodávky nebo rozšíření stávajícího rozsahu dodávky,
 - d) musí jít o dodávky, u nichž by změna dodavatele nutila zadavatele pořizovat zboží odlišných technických parametrů, které by měly za následek neslučitelnost s původní dodávkou nebo by znamenaly nepřiměřené technické obtíže při provozu nebo údržbě původní dodávky a
 - e) celková doba trvání původní smlouvy a pozdější smlouvy uzavřené podle § 23 odst. 5 písm. b) zákona nesmí přesáhnout dobu 3 let.
60. Vzhledem ke zjištěným skutečnostem konstatoval Krajský soud, že je zřejmé splnění prvních dvou uvedených podmínek, tedy dodatek byl uzavřen s tímž dodavatelem, se kterým byla uzavřena původní smlouva a předmětem dodatku č. 8 je dodávka nábytku a jeho instalace.
61. Jako spornou tedy Krajský soud označil třetí podmínku, uvedenou výše pod písmenem c), tedy zda tyto dodatečné dodávky představují částečnou náhradu původní dodávky nebo rozšíření stávajícího rozsahu dodávky. Zde soud uvedl, že v případě částečné náhrady původní dodávky se musí jednat svým charakterem o plnění stejného určení, které z pohledu zadavatele co do výsledku srovnatelným způsobem uspokojuje jeho původní poptávku. V důsledku této „náhrady“ se původní plnění nemůže stát plněním svým charakterem jiným, a to ani v některé jeho části. Pod rozšíření stávajícího rozsahu dodávky lze pak podřadit věcně totéž plnění, které bylo zadavatelem původně poptáváno, pouze se zvyšuje jeho rozsah (množství).
62. V daném případě bylo původním plněním „pořízení budovy případně souhrnu budov včetně pozemku (pozemků), na kterých je budova (budovy) umístěna, společně s pozemky pro umístění parkovacích míst...“. Předmětem původní veřejné zakázky bylo tedy pořízení nemovitostí, které by sloužily jako administrativní centrum. Podstatou původně uzavřené

nájemní (leasingové) smlouvy ze dne 14. 1. 2004 bylo zhotovení přestavby nemovitostí podle požadavků zadavatele. Přestože tedy zadavatel (žalobce) zvolil formu leasingu přestavěné nemovitosti, podstata plnění spočívala v provedení stavebních prací.

63. Z rozhodnutí Krajského soudu vyplývá, že se ztotožnil se závěrem Úřadu, a to že v případě původní veřejné zakázky se jednalo o veřejnou zakázku na stavební práce, bez ohledu na to, že mezi zadavatelem (žalobcem) a vybraným uchazečem byla uzavřena nájemní (leasingová) smlouva, neboť převažujícím plněním bylo provedení stavebních prací.
64. Ze závěru učiněného Krajským soudem, že v případě původní veřejné zakázky spočívalo plnění v uskutečňování stavebních prací lze vyjít i v úvaze ohledně splnění podmínky, zda dodatečná dodávka nábytku představuje částečnou náhradu původní dodávky případně rozšíření stávajícího rozsahu dodávky. Pro zodpovězení této otázky byla podle Krajského soudu podstatná především skutečnost, že součástí původního plnění nebyla podle čl. 2 původní zadávací dokumentace dodávka nábytku. Zadavatel (žalobce) tedy v rámci původního plnění nepoptával dodání nábytku a jeho dodávka tak nemůže původní plnění „nahrazovat“ ani jeho obsah „rozšiřovat“.
65. Soud tedy dospěl k názoru, že původní plnění (podle původní smlouvy) a plnění nábytku, poptávané podle dodatku č. 8 k původní smlouvě, je plněním zcela odlišným, a to i kdyby nebylo dovozeno, že původní plnění bylo ve skutečnosti stavebními pracemi. I kdyby na původní plnění bylo nahlíženo jako na „dodávku nemovitostí“, jak argumentoval zadavatel (žalobce), pak s ohledem na vymezení předmětu plnění původní veřejné zakázky podle čl. 2 zadávací dokumentace, podle něhož předmětem veřejné zakázky není vybavení administrativního centra kancelářským nábytkem, by se mohlo v tomto pojetí jednat nejvýše o „dodávku nemovitosti bez nábytku“. Dodávka nábytku je tedy plněním, kterého se předmět původní veřejné zakázky vůbec netýkal a jde o plnění přesahující původně vymezený předmět veřejné zakázky. Vzhledem ke skutečnosti, že dodávka nábytku nebyla součástí původní veřejné zakázky, nemohla se jí stát ani v průběhu plnění původní veřejné zakázky a nemůže se tedy nyní jednat o dodatečnou dodávku ve smyslu § 23 odst. 5 písm. b) zákona. S ohledem na skutečnost, že pro možnost uplatnění postupu podle § 23 odst. 5 písm. b) zákona musí být všechny výše uvedené podmínky splněny kumulativně, a jak z již uvedeného vyplývá, Krajský soud konstatoval nesplnění třetí podmínky, nepovažoval Krajský soud za nutné přezkoumávat splnění dalších podmínek (tedy podmínky čtvrté a páté).
66. Krajský soud dále konstatoval, že z pohledu vymezení původní veřejné zakázky a vymezení plnění, jehož se týkal dodatek č. 8 ze dne 4. 7. 2007, nemůže být podstatné, co bylo podmínkou vydání stavebního povolení či kolaudace stavby. Jestliže zadavatel (žalobce) jasně nevymezil, že jeho poptávka je založena na potřebě konkrétních stavebních prací podle předem jasných podmínek pro tyto stavební práce, pak podmínky samotného provádění stavby a její případné kolaudace nemohou být důvody, které by měly ospravedlnit následné umělé doplnění požadavku na dodávku nábytku nad rámec původního plnění. Ani skutečnost, že administrativní prostory musí splňovat žalobcem uváděné standardy vybavení, není důvodem pro doplňování původního žalobcova požadavku v režimu jednacního řízení bez uveřejnění. Pokud mělo být těchto standardů dosaženo až dodávkou atypického nábytku případně souvisejícího vybavení, pak bylo třeba dodávku nábytku považovat za samostatnou, tedy časově navazující zakázku. Dodávka nábytku a souvisejícího vybavení,

být jej bylo zčásti zapotřebí instalovat a napojit do sítě, je plněním odlišujícím se od původního plnění. Dále soud uvedl, že jestliže instalace nábytku třetí osobou by znamenala technické obtíže při údržbě a provozu stavby, pak na to měl žalobce pamatovat již při původním vymezování požadavku na vybudování administrativního centra a pokud tak neučinil, nemůže to být důvodem pro doplnění požadavku na dodávku nábytku do původního plnění postupem podle § 23 odst. 5 písm. b) zákona.

67. Zadavatel (žalobce) rovněž v žalobě namítal, že Úřad nepřihlédl při stanovení výše pokuty ke všem konkrétním podmínkám, které jej vedly k použití jednacího řízení bez uveřejnění a uplatnil moderační návrh podle § 78 odst. 2 zák. č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů.
68. Krajský soud v tomto případě uvedl, že podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výše pokuty přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a okolnostem, za nichž byl spáchán. Za klíčovou považoval soud podmínku, aby z rozhodnutí bylo zřejmé, 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. Z obou na sebe navazujících vydaných rozhodnutí Úřadem ve správních řízeních (tedy rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S1/2009/VZ-2133/2009/540/VKu ze dne 6. 3. 2009 a rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R42,43/2009/VZ-15578/2009/310/ASc ze dne 8. 12. 2009) Krajský soud zjistil, že při odůvodnění výše pokuty byla pouze citována jednotlivá ustanovení zákona, podle nichž byla pokuta uložena, dále byla konstatována maximální možná výše pokuty, která žalobci hrozila (5 % z částky 35 910 000 Kč) a v obecné rovině byla zmíněna funkce pokuty, přičemž z odůvodnění pokuty nad rámec již uvedeného bylo zřejmé, že Úřad vzal v úvahu skutečnost, že zadavatel (žalobce) neumožnil účast dalších potenciálních dodavatelů v zadávacím řízení a narušil tak soutěžní prostředí a současně Úřad doplnil, že přihlédl k tomu, že otázka použití podmínek jednacího řízení bez uveřejnění v rozhodovací praxi Úřadu byla již opakovaně řešena a ve vztahu k výši pokuty bylo v uvedeno, že pokuta není pro zadavatele (žalobce) likvidační s ohledem na jeho rozpočet.
69. Krajský soud ve vztahu k v rozhodnutí uvedené skutečnosti, že zadavatel (žalobce) neumožnil účast dalších možných dodavatelů, přičemž tímto jednáním narušil soutěžní prostředí, konstatoval, že se jedná o obecné konstatování a tento fakt by tedy bylo možno paušálně a obecně zmínit ve všech případech naplnění správního deliktu spáchaného nepoužitím předepsaného zadávacího řízení dle § 21 odst. 2 zákona. Pokud jde o tvrzení Úřadu, která uvedl v odůvodnění uložené pokuty, o tom, že možnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění ve své rozhodovací praxi řešil již opakovaně, pak Krajský soud zejména konstatoval, že není patrné, jakým způsobem a s jakým výsledkem pro žalobce se tento fakt v úvahách Úřadu promítl a co konkrétně z tohoto faktu plyne pro uložení pokuty v daném případě. V řešeném případě tedy Úřad z kritérií požadovaných v § 121 odst. 2 zákona zmínil podle Krajského soudu pouze „závažné následky typu deliktu, jehož spáchání dovodil“.
70. Krajský soud se s tímto obecným konstatováním sice ztotožnil, avšak současně uvedl, že nic konkrétního ve vztahu k okolnostem porušení zákona z tohoto konstatování dále neplyne. Způsob spáchání správního deliktu a okolnosti, jejichž specifičnost Úřad akcentoval v průběhu správního řízení, tedy zůstaly nevypořádány. Krajský soud proto s poukazem na judikaturu Nejvyššího správního soudu, citovanou v rozsudku uvedl,

že správní orgán musí zohlednit všechny skutečnosti, které mohou v konkrétním případě ovlivnit jeho rozhodování o výši pokuty, řádně se s nimi v odůvodnění svého rozhodnutí vypořádat a přesvědčivě odůvodnit, ke které okolnosti přihlédl a jaký měla vliv na konečnou výši pokuty. Výše pokuty tedy musí být v rozhodnutí zdůvodněna způsobem, který nepřipouští pochyby, že taková výše pokuty odpovídá konkrétním okolnostem případu. Krajský soud s odvoláním na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. As 51/2007-68 ze dne 27. 3. 2008 konstatoval, že řádné odůvodnění ukládané sankce je předpokladem pro přezkoumatelnost úvahy, kterou byl správní orgán při svém rozhodování o výši pokuty veden. Rozhodnutí je tedy nepřezkoumatelné, je-li výše pokuty odůvodněna pouhou rekapitulací skutkových zjištění a konstatováním zákonných kritérií pro uložení pokuty, aniž by bylo zřejmé, zda a jakým způsobem byla kritéria hodnocena.

71. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem podle názoru Krajského soudu z úvah Úřadu obsažených v těch pasážích napadeného rozhodnutí, které se věnují výši pokuty, neplyne, že by Úřad zvážil všechna zákonná kritéria vyplývající z § 121 odst. 2 zákona ani to, jaká další kritéria zohlednil nad rámec těchto zákonných kritérií, tedy především zda a jakým způsobem uvážil ve vztahu k pokutě o specifických okolnostech zmiňovaných zadavatelem (žalobcem). Krajský soud proto uvedl, že správní uvážení žalovaného ohledně výše pokuty nelze přezkoumat, neboť z odůvodnění napadeného rozhodnutí nejsou vůbec zřejmé konkrétní úvahy, které vedly žalovaného k uložení pokuty v příslušné výši. Krajský soud se tedy nemohl zabývat přezkumem výše uložené pokuty ani vážit moderační návrh žalobce, neboť z rozhodnutí Úřadu není zřejmé, proč žalovaný stanovil pokutu v určité výši a zda se jedná o pokutu ve výši zjevně nepřiměřené. Tyto skutečnosti jsou tedy důvodem pro zrušení žalobou napadeného rozhodnutí.
72. Proti výše uvedenému rozhodnutí Krajského soudu podal Úřad kasační stížnost, kterou podáním došlým Krajskému soudu dne 11. 10. 2011 vzal zpět, a to v době před předložením věci Nejvyššímu správnímu soudu. Krajský soud tedy usnesením č. j. 62 Af 59/2011-14 ze dne 21. 10. 2011 řízení o kasační stížnosti zastavil.

XI. ROZHODNUTÍ PŘEDSEDY ÚŘADU ZE DNE 16. 11. 2011

73. Na základě rozhodnutí Krajského soudu 62 Af 13/2010-169 ze dne 1. 9. 2011 vydal předseda Úřadu dne 16. 11. 2011 rozhodnutí č. j. ÚOHS-R42,43/2009/VZ-17108/2011/310/JHr.
74. V rámci opětovného rozhodování předseda Úřadu zejména s přihlédnutím k právním závěrům učiněných Krajským soudem rozhodl tak, že napadené prvostupňové rozhodnutí č. j. ÚOHS-S1/2009/VZ-2133/2009/540/VKu ze dne 6. 3. 2009 zrušil a věc vrátil k novému projednání, přičemž v dalším řízení je Úřad povinen řídit se právními závěry uvedenými v rozsudku Krajského soudu 62 Af 13/2010-169 ze dne 1. 9. 2011 a rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R42,43/2009/VZ-17108/2011/310/JHr ze dne 16. 11. 2011.

XII. VYJÁDŘENÍ ZADAVATELE ZE DNE 15. 1. 2013

75. Dne 16. 1. 2013 obdržel Úřad vyjádření zadavatele ze dne 15. 1. 2013. Zadavatel ve svém vyjádření předně žádá, aby Úřad v rámci opětovného projednání případu nově posoudil výši pokuty. Svou žádost zadavatel zdůvodňuje tak, že Úřad při původním stanovení výše pokuty v částce 800 000 Kč nepřihlédl ke všem konkrétním situacím a specifickým podmínkám, které zadavatele vedly k použití jednacího řízení bez uveřejnění v případě

pořízení atypického nábytku. Nad to zadavatel ve svém vyjádření uvádí, že Úřad v odůvodnění původního rozhodnutí o uložení pokuty neuvedl konkrétní úvahu a okolnosti, které jej vedly ke stanovení takové výše pokuty, kterou za správní delikt udělil.

76. Zadavatel má za to, že se svým postupem, tedy zadáním předmětné veřejné zakázky, v jednacím řízení bez uveřejnění nedopustil porušení zákona, a to s ohledem na technickou, finanční i provozní specifičnost celého zadávacího řízení na pořízení areálu Administrativního centra pro sídla Královehradeckého kraje.
77. Zadavatel navrhuje Úřadu, aby novým rozhodnutím ve věci snížil původně udělenou pokutu a stanovil její výši v rozmezí 0 – 0,5 % z celkové ceny zakázky bez DPH, z důvodu posouzení specifičnosti předmětné veřejné zakázky, nejednoznačného výkladu použití jednacích řízení bez uveřejnění v případě uzavření nájemní (leasingové) smlouvy smíšené na dodávku i finanční službu, kdy nelze oddělit dodávku od finanční služby.
78. Současně v návaznosti na určení výše pokuty zadavatel upozorňuje na skutečnost, že do doby zadání šetřené veřejné zakázky nebyl Úřadem projednáván pro porušení zákona a jednalo by se tedy o první delikt zadavatele při zadávání veřejných zakázek.
79. Zadavatel v závěru svého vyjádření uvedl, že není schopen Úřadu opětovně předložit dokumentaci vztahující se k předmětné veřejné zakázce, neboť tato byla Úřadu předána v roce 2008 a doposud nebyla zadavateli vrácena (k tomuto blíže viz bod 12 odůvodnění tohoto rozhodnutí).

XIII. ZÁVĚRY ÚŘADU

80. Úřad přezkoumal na základě ustanovení § 112 a následujících zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, vyjádření předložených účastníky řízení, na základě vysloveného závazného právního názoru Krajského soudu a předsedy Úřadu a na základě vlastního zjištění rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, když veřejnou zakázku „Administrativní centrum Královehradeckého kraje – rozšíření stávající dodávky předmětu leasingu“, zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by byly splněny podmínky stanovené v ustanovení § 23 zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a na tuto veřejnou zakázku byl dne 4. 7. 2007 uzavřen dodatek č. 8 k nájemní (leasingové) smlouvě ze dne 14. 1. 2004. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

K výroku I rozhodnutí – k neoprávněnému postupu zadavatele podle § 23 zákona

81. Úřad je v rámci předmětného správního řízení vázán právním názorem Krajského soudu, který je obsažen v rozsudku č. j. 62 Af 13/2010-169 ze dne 1. 9. 2011, stejně tak právním názorem vysloveným předsedou Úřadu v rozhodnutí č. j. ÚOHS-R42,43/2009/VZ-17108/2011/310/JHr ze dne 16. 11. 2011. Vzhledem ke skutečnosti, že z výše uvedených rozhodnutí vyplývá, že závěr, ke kterému Úřad dospěl v rámci původního prvostupňového rozhodnutí č. j. ÚOHS-S1/2009/VZ-2133/2009/540/VKu ze dne 6. 3. 2009 byl správný v tom smyslu, že ze strany zadavatele došlo ke spáchání správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, neboť zadavatel nebyl oprávněn použít postup podle § 23 odst. 1 písm. b) zákona při uzavření dodatku č. 8 k původní smlouvě, avšak toto původní rozhodnutí bylo výše citovaným rozhodnutím předsedy Úřadu zrušeno, konstatuje

Úřad opětovně spáchání správního deliktu zadavatelem tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí, přičemž jej odůvodňuje následovně.

82. Z podkladů, které má Úřad k dispozici, vyplývá, že zadavatel uzavřel ještě za účinnosti zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, dne 14. 1. 2004 nájemní (leasingovou) smlouvu s vybraným uchazečem. Předmětem leasingu jsou pozemky a budovy zapsané na listu vlastnictví č. 20617, vedeném Katastrálním úřadem v Hradci Králové pro k. ú. Hradec Králové, obec Hradec Králové. Účelem smlouvy je pronájem předmětu leasingu k umístění samosprávy Královéhradeckého kraje, krajského úřadu, památkového úřadu, detašovaných pracovišť ministerstev a jiných státních orgánů. Vybraný uchazeč se leasingovou smlouvou zavazuje provést přestavbu předmětu leasingu podle podmínek zadávací dokumentace tak, aby k předání a převzetí předmětu leasingu došlo do 18 měsíců ode dne nabytí právní moci stavebního povolení pro předmět leasingu. Ke smlouvě bylo následně uzavřeno celkem osm dodatků.
83. Dodatkem č. 8 ze dne 4. 7. 2007, který byl uzavřen na základě jednacího řízení bez uveřejnění ve smyslu ustanovení § 23 odst. 5 písm. b) zákona, byl předmět leasingu doplněn o atypické vybavení (mobilní a vestavěný atypický nábytek a výrobky) podle přílohy č. 1 k tomuto dodatku. V čl. 2 bodu 2.2 dodatku je stanoveno, že celková cena vybavení bude činit 35 910 000 Kč bez DPH, s tím, že nedohodnou-li se smluvní strany jinak, složí nájemce Královéhradecký kraj (zadavatel) částku odpovídající uvedené ceně do 21 dnů na účet pronajímatele na základě doručených faktur pronajímatele. Uhrazená částka bude považována za vlastní prostředky nájemce a budou o ni zvýšeny celkové investiční náklady.
84. Podle ustanovení § 21 odst. 2 zákona může zadavatel pro zadání veřejné zakázky použít otevřené řízení nebo užší řízení a za podmínek stanovených v § 22 a 23 zákona rovněž jednací řízení s uveřejněním nebo jednací řízení bez uveřejnění.
85. Podle ustanovení § 23 odst. 5 písm. b) zákona může být veřejná zakázka na dodávky zadána v jednacím řízení bez uveřejnění, jestliže jde o dodatečné dodávky od téhož dodavatele, s nímž již byla uzavřena smlouva, které jsou určeny jako částečná náhrada původní dodávky nebo jako rozšíření stávajícího rozsahu dodávky, a to za předpokladu, že by změna dodavatele nutila zadavatele pořizovat zboží odlišných technických parametrů, které by měly za následek neslučitelnost s původní dodávkou nebo by znamenaly nepřiměřené technické obtíže při provozu a údržbě původní dodávky; celková doba trvání původní smlouvy, včetně doby trvání smlouvy na dodatečné dodávky podle tohoto ustanovení, nesmí v případě veřejného zadavatele přesáhnout dobu 3 let, pokud to není odůvodněno zvláštními okolnostmi.
86. Úřad k zadávacímu řízení, resp. uzavření dodatku č. 8 prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění konstatuje, že se jedná o typ zadávacího řízení, v němž zadavatel vyzývá k jednání jednoho dodavatele nebo omezený okruh dodavatelů. Z obecného hlediska je použití jednacího řízení bez uveřejnění vázáno na kumulativní splnění zákonem přesně stanovených podmínek, aby tohoto typu zadávacího řízení nebylo zneužíváno. Zadavatel se může obrátit na jednoho nebo více vybraných dodavatelů, aniž by svůj záměr musel předem uveřejnit, pouze za podmínek uvedených v § 23 zákona. V šetřeném případě odkazuje zadavatel konkrétně na § 23 odst. 5 písm. b) zákona.

87. Ze znění výše uvedeného ustanovení § 23 odst. 5 písm. b) zákona vyplývá, že pro jeho použití musí být kumulativně splněny následující podmínky:
- a) musí se jednat o plnění, které je dodávkou,
 - b) musí jít o dodatečné dodávky od téhož dodavatele, s nímž byla uzavřena předchozí smlouva,
 - c) dodávky představují částečnou náhradu původní dodávky nebo jsou rozšířením stávajícího rozsahu dodávky,
 - d) změna dodavatele by pro zadavatele znamenala pořízení zboží odlišných technických parametrů, které by měly za následek neslučitelnost s původní dodávkou nebo by znamenaly nepřiměřené technické obtíže při provozu a údržbě původní dodávky, a
 - e) celková doba trvání původní smlouvy, včetně doby trvání smlouvy na dodatečné dodávky, nesmí v případě veřejného zadavatele přesáhnout dobu 3 let, pokud to není odůvodněno zvláštními okolnostmi.
88. V šetřeném případě bylo předmětem původní veřejné zakázky zadávané podle zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, „pořízení budovy, případně souboru budov včetně pozemku, případně pozemků, na kterých je budova (budovy) umístěna, společně s pozemky pro umístění parkovacích míst, za účelem umístění administrativního centra“. Zadavatel požadoval předložení nabídky na poskytnutí nemovitosti formou nájmu s následnou koupí předmětné nemovitosti zadavatelem, tedy formou leasingu nemovitosti. Zadávací dokumentace ve vymezení předmětu plnění veřejné zakázky v čl. 2 dále výslovně uváděla, že předmětem veřejné zakázky není vybavení administrativního centra kancelářským nábytkem.
89. Jako nejstěžejnější skutečnosti, ke kterým Úřad dospěl, jsou následující skutečnosti. Na základě původní veřejné zakázky se vybraný uchazeč v nájemní (leasingové) smlouvě zavázal k přestavbě nemovitostí podle zadávacích podmínek. Z dodatku č. 6 k této smlouvě ze dne 20. 5. 2007 vyplývá, že celkové investiční náklady činí 1 071 298 826 Kč bez DPH, z čehož na pořízení pozemku a stávajících nemovitostí připadá částka 115 000 000 Kč bez DPH, na stavební a vedlejší náklady částka 908 565 929 Kč bez DPH a na náklady na mezifinancování částka 47 732 897 Kč bez DPH. Ze struktury finančních nákladů zadavatele vyplývá, že hlavním účelem původní veřejné zakázky bylo provedení stavebních prací, proto je třeba původní veřejnou zakázku označit za veřejnou zakázku na stavební práce.
90. Dále se Úřad podrobně zabýval otázkou, zda byly kumulativně naplněny zákonem požadované předpoklady pro možnost využití postupu podle § 23 odst. 5 písm. b) zákona.
91. Úřad v daném případě konstatuje, že zadavatelem byla splněna podmínka uvedena v bodu 85 odůvodnění tohoto rozhodnutí pod písmenem a), a to vzhledem k tomu, že předmětem dodatku č. 8 byla dodávka nábytku a jeho instalace. Dále byla zadavatelem splněna podmínka uvedena v bodu 85 odůvodnění tohoto rozhodnutí pod písmenem b), tato podmínka byla splněna tím, že zadavatel uzavřel dodatek č. 8 s vybraným uchazečem, se kterým byla uzavřena původní smlouva.

92. Úřad však shledal, že podmínka uvedena v bodu 85 odůvodnění tohoto rozhodnutí pod písmenem c) nebyla zadavatelem splněna, a to z důvodu, že v případě částečné náhrady původní dodávky se musí jednat svým charakterem o plnění stejného určení, které z pohledu zadavatele co do výsledku srovnatelným způsobem uspokojuje jeho původní poptávku. S ohledem na závěr učiněný v bodu 87 odůvodnění tohoto rozhodnutí, tedy, že původní veřejná zakázka byla veřejnou zakázkou na stavební práce, přičemž významnou roli sehraává i skutečnost, že součástí původního plnění (viz čl. 2 původní zadávací dokumentace) nebyla dodávka nábytku a zadavatel tedy v rámci původní veřejné zakázky nepoptával dodání nábytku, konstatuje Úřad, že jeho dodávka tak nemůže původní plnění nahrazovat ani jeho obsah rozšiřovat. Úřad tedy uvádí, že původní plnění a plnění spočívající v dodání nábytku na základě uzavřeného dodatku č. 8 k původní smlouvě, jsou plnění odlišnými.
93. Dodávka nábytku je tedy plněním, kterého se předmět původní veřejné zakázky vůbec netýkal a jde tedy o plnění přesahující původně vymezený předmět veřejné zakázky. Vzhledem k výše uvedenému je zřejmé, že zadavatel nesplnil podmínku uvedenou v bodu 85 odůvodnění tohoto rozhodnutí pod písmenem c). Nesplněním této podmínky je vyloučeno kumulativní splnění podmínek obsažených v ustanovení § 23 odst. 5 písm. b) zákona a zadavatel tedy nebyl oprávněn pro zadání šetřené veřejné zakázky postupovat podle § 23 odst. 5 písm. b) zákona.
94. Nad rámec výše uvedeného Úřad poznamenává, že další podmínkou, jejíž splnění zákon požaduje (viz bod 85 odůvodnění tohoto rozhodnutí – podmínka uvedená pod písmenem d)), je, že změna dodavatele by pro zadavatele znamenala pořízení zboží odlišných technických parametrů, které by měly za následek neslučitelnost s původní dodávkou nebo by znamenaly nepřiměřené technické obtíže při provozu a údržbě původní dodávky.
95. K tomuto Úřad uvádí, že zvýšené požadavky zadavatele na designové zpracování, barvu a kvalitu nábytku nelze považovat za požadavky na pořízení zboží shodných technických parametrů jako již dodané součásti stavby. V případě, že zadavatel veřejnou zakázku nezadal v zadávacím řízení, v jehož rámci by mohl porovnávat nabídky více uchazečů, je rovněž spekulativní jeho názor, který uvedl ve vyjádření ze dne 20. 1. 2009, že by jeho požadavky týkající se vzhledu a kvality provedení mohly být v takovém zadávacím řízení označeny za diskriminační. Rovněž tak nelze předjímat počet uchazečů takového zadávacího řízení.
96. Oba účastníci řízení dále shodně ve vyjádřeních ze dne 20. 1. 2009 tvrdí, že instalace nábytku třetí osobou by znamenala technické obtíže při provozu a údržbě stavby, a to zejména vzhledem k zásahům do stavby při instalaci vestavěného nábytku a vybavení osvětlením. Zadavatel upozorňuje na otázku záruky na stavbu a sděluje, že v souvislosti s instalací byl nutný zásah i do rozvodů elektřiny, instalací a napojení na rozvody vody, tepla, vzduchotechniky a instalované měřicí techniky. V této souvislosti Úřad uvádí, že i pokud by instalace vestavěného nábytku skutečně vyžadovala zásahy do rozvodů elektřiny, tepla apod., nelze takové zásahy považovat za nepřiměřené technické obtíže ve smyslu výše uvedené podmínky. Zákon zde klade důraz nejen na míru technických obtíží a vyžaduje, aby dodávka od třetí osoby znamenala pro zadavatele nepřiměřené obtíže, ne tedy pouze obtíže obvykle se vyskytující, ale zároveň požaduje, aby se jednalo o obtíže při provozu a údržbě původní dodávky. Případné problémy spojené s jednorázovou instalací nábytku nenaplňují ani tento požadavek.

97. Ve vztahu k poslední podmínce uvedené v bodu 85 odůvodnění tohoto rozhodnutí, označují oba účastníci řízení za zvláštní okolnosti opravňující zadavatele k překročení zákonem povolené maximální doby trvání smluvních vztahů neočekávané archeologické nálezy a s tím spojené více než roční zdržení stavebních prací.
98. V této souvislosti Úřad konstatuje, že v šetřeném případě byla nájemní (leasingová) smlouva uzavřena dne 14. 1. 2004, dodatek č. 8 byl uzavřen dne 4. 7. 2007, zákonný limit pro trvání smluvních vztahů byl tedy překročen. Otázka, zda lze provádění archeologického průzkumu na staveništi v daném případě považovat za zvláštní okolnost již s ohledem na nesplnění dvou výše uvedených podmínek je irelevantní.
99. Zadavatel ve svém vyjádření dále uvádí, že zvažoval zadat veřejnou zakázku podle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Takto nepostupoval z důvodu navazujících technických problémů při pořizování nábytku, jeho instalaci a problémům při provozu a údržbě. Současně jako důvod pro použití jednacím řízení bez uveřejnění opakovaně uvádí nutnost postupu v souladu s autorským právem.
100. Pro úplnost Úřad uvádí, že zadavatel může veřejnou zakázku zadat v jednacím řízení bez uveřejnění rovněž tehdy, jestliže veřejná zakázka může být splněna z technických či uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem (viz ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona). Toto ustanovení zákona tedy dopadá výlučně na případy, kdy veřejná zakázka může být splněna pouze určitým dodavatelem, pro což podle Úřadu v daném případě nebyly splněny podmínky.
101. V případě dodávky nábytku nelze obecně hovořit o plnění, které by mohl realizovat pouze jediný dodavatel. Skutečnosti svědčící v rámci šetřeného případu pro závěr, že veřejnou zakázku mohl realizovat pouze vybraný uchazeč, nevyplývají ani z předložené dokumentace. Sám zadavatel ve svém vyjádření pouze obecně deklaruje hrozící rozpor s platným autorským právem, na podporu svého tvrzení však neuvádí žádné konkrétní údaje. Úřad konstatuje, že ve vztahu k realizaci šetřené veřejné zakázky nelze autorskými právy architekta argumentovat. Vybraný uchazeč v rámci své nabídky předložené v původním zadávacím řízení předložil v rámci posudku stavebně-technického stavu nabízených nemovitostí pouze návrh provedení stavebních úprav těchto nemovitostí, nikoliv však již návrh jejich vnitřního vybavení. K ohrožení autorských práv tedy nemůže dojít. Zadavatel v jiné části svého vyjádření navíc sám připouští možnost zadání veřejné zakázky i v jiném typu zadávacím řízení. Jak již bylo v této souvislosti konstatováno výše, jeho názor, že by v takovém zadávacím řízení mohly být jeho požadavky na vlastnosti nábytku označeny za diskriminační, je pouze spekulativní, stejně jako předpokládaný počet případných uchazečů. Na základě uvedeného Úřad uzavírá, že veřejnou zakázku nebylo možné zadat ani postupem podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona.
102. Zadavatel ve svém vyjádření dále nad rámec požadavků § 23 odst. 5 písm. b) zákona opakovaně zdůrazňuje časové hledisko realizace veřejné zakázky, a to zejména vzhledem ke stanovenému termínu kolaudace, kvůli kterému se ocitl de facto v časové tísní. V této souvislosti uvádí, že prostory musely být kolaudovány po provedení měření světlosti a včetně vybavení vestavěným nábytkem. Sděluje, že mu při nedodržení termínu kolaudace hrozila smluvní pokuta.

103. S ohledem na výše uvedenou argumentaci zadavatele si Úřad vyžádal od příslušného stavebního úřadu vyjádření. Příslušný stavební úřad ve svém vyjádření ze dne 10. 2. 2009 nutnost instalace nábytku jako jedné z podmínek kolaudace nepotvrdil. Uvedl, že zadavatel měl v rámci kolaudačního řízení předložit pouze návrh rozmístění pracovních míst v kancelářích. Vlastní kolaudační rozhodnutí bylo vydáno dne 29. 10. 2007, přičemž měření intenzity osvětlení mělo na vybraných pracovištích proběhnout až do 30. 4. 2008.
104. Pro úplnost Úřad uvádí, že okolnosti průběhu kolaudačního řízení nelze považovat za opravňující k použití jednacího řízení bez uveřejnění.
105. S ohledem na všechny výše uvedené skutečnosti Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ustanovení § 21 odst. 2 tohoto zákona, když veřejnou zakázku „Administrativní centrum Královéhradeckého kraje – rozšíření stávající dodávky předmětu leasingu“, zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by pro tento postup byly splněny podmínky stanovené v ustanovení § 23 odst. 5 písm. b) zákona ani v ostatních částech § 23 zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a na tuto veřejnou zakázku byl dne 4. 7. 2007 uzavřen dodatek č. 8 k nájemní (leasingové) smlouvě ze dne 14. 1. 2004.
106. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K výroku II rozhodnutí – uložení sankce

107. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu s uchazečem podle § 82 zákona.
108. Z obsahu tohoto rozhodnutí vyplývá, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, při zadávání veřejné zakázky z důvodu, že zadavatel veřejnou zakázku „Administrativní centrum Královéhradeckého kraje – rozšíření stávající dodávky předmětu leasingu“, zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by byly splněny podmínky stanovené v ustanovení § 23 zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a na tuto veřejnou zakázku byl dne 4. 7. 2007 uzavřen dodatek č. 8 k nájemní (leasingové) smlouvě ze dne 14. 1. 2004.
109. Jelikož zadavatel uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, aniž by dodržel postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, naplnil tak skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
110. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezačal řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.
111. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl z podnětu, který obdržel dne 18. 7. 2007. Ke spáchání správního deliktu pak došlo dne 4. 7. 2007, kdy zadavatel uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, přičemž správní řízení bylo zahájeno dne 12. 1. 2009. Z uvedených údajů vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.

112. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky nebo do 10 000 000 Kč, pokud cena zakázky nebyla nabídnuta, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a) tohoto zákona.
113. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu, a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí 42 732 900 vč. DPH. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí částku ve výši 2 136 645 Kč.
114. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
115. Z hlediska závažnosti a následků vzal Úřad při stanovení výše pokuty v úvahu tu skutečnost, že zadavatel svým postupem neumožnil účast dalších potencionálních dodavatelů v zadávacím řízení a narušil tak soutěžní prostředí, když „přímo“ uzavřel smlouvu (dodatek č. 8) s vybraným uchazečem, aniž by před uzavřením smlouvy provedl zadávací řízení umožňující soutěž dodavatelů. Z odůvodnění tohoto rozhodnutí je zřejmé, že zadavatel nebyl oprávněn postupovat podle ustanovení § 23 odst. 5 písm. b) zákona. Zadavatel sice ve svém vyjádření ze dne 15. 1. 2013 uvádí, že by Úřad při stanovení pokuty měl zohlednit i skutečnost nejednoznačnosti výkladu použití jednacního řízení bez uveřejnění, avšak Úřad neshledává, že by v případě citovaného ustanovení docházelo k jakékoliv nejednoznačnosti výkladu. Stejně tak z předmětu plnění původní veřejné zakázky s ohledem na dílčí finanční objemy jednoznačně vyplývá, že původní veřejná zakázka byla veřejnou zakázkou na stavební práce.
116. Stejně tak Úřad v šetřeném případě přihlédl ke skutečnosti, že zadavatel zvolil zadávací řízení ve formě jednacního řízení bez uveřejnění ve smyslu § 23 odst. 5 písm. b) zákona, a tak neoslovil více dodavatelů, čímž zcela vyloučil soutěžní prostředí.
117. Zadavatel v šetřeném případě nepostupoval způsobem, který byl v daném případě zákonem předpokládán a požadován, ale přistoupil k uzavření smlouvy s původním dodavatelem, vybraným uchazečem, v rámci jednacního řízení bez uveřejnění, aniž by tak dal možnost jiným potencionálním dodavatelům k podání nabídek. Postup, kdy zadavatelé při zadávání veřejné zakázky vůbec nepostupují v souladu se zákonem, dosahují nejzávažnějšího stupně intenzity porušení zákona, neboť zadavatelé tím v rozporu se zákonem výrazně omezují, resp. vylučují, soutěžní prostředí, které je základním předpokladem dosažení efektivního vynakládání veřejných prostředků a prostředkem k realizaci základních atributů zákona uvedených v § 6 zákona, tedy zásady rovného zacházení, zákazu diskriminace a transparentnosti. V důsledku uvedených skutečností nelze vyloučit, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, mohl obdržet nabídky i od dalších dodavatelů, kteří by mu mohli nabídnout výhodnější podmínky pro realizaci předmětu plnění veřejné zakázky. Úřad má proto za prokázané, že postup zadavatele mohl mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky. S přihlédnutím k následkům spáchání správního deliktu a k nutnosti naplnění sankčních účinků, zejména předcházení budoucího porušování zákona, nelze zcela minimalizovat výši sankčního postihu.
118. Podle výkladové praxe Úřadu dosahuje nejzávažnějšího stupně intenzity porušení zákona právě postup zadavatele, kdy je výrazně narušeno soutěžní prostředí, neboť tento postup výrazně narušuje soutěžní prostředí, které je základním předpokladem dosažení efektivního

vynakládání veřejných prostředků a prostředkem k realizaci základních atributů zákona uvedených v § 6 zákona, tedy zásady rovného zacházení, zákazu diskriminace a transparentnosti. V posuzovaném případě se tedy jednalo o správní delikt svým charakterem nejzávažnější. Následkem jednání zadavatele je stav, kdy došlo k uzavření smlouvy, kterému nepředcházelo zákonem požadované zadávací řízení. Zadávací řízení, které zadavatel v rámci předmětné veřejné zakázky použil, bylo stíženo v tomto rozhodnutí uvedenými vadami, které zapříčinily nemožnost jeho legitimního použití v daném případě.

119. Veřejná zakázka se specifickým předmětem plnění může pro zadavatele představovat či přinášet jisté nesnáze, avšak jak Úřad uvedl v předchozím bodu odůvodnění tohoto rozhodnutí, v daném případě měl případné nesnáze související s dodávkou nábytku předem předvídat. Nehledě na skutečnost, že zadavatel je ze své podstaty zadavatelem „zkušeným“, který má prostředky i personální zajištění k tomu, aby zajistil při zadávání veřejných zakázek souladný postup se zákonem. Ve vztahu k výše uvedenému tak nemůže obstát ani argumentace zadavatele, že předmětná veřejná zakázka byla zadána v souladu s architektonickým řešením návrhu, jak vyplývá z odůvodnění tohoto rozhodnutí.
120. Ačkoliv je zadavatel nadán objektivní odpovědností při postupu podle zákona, Úřad k výše uvedeným okolnostem a způsobu spáchání správního deliktu uvádí, že je při výměře pokuty zohlednil jako přitěžující. Nic totiž nesvědčí o tom, že byl zadavatel nucen k rezignaci na postup v zadávacím řízení umožňující soutěž dodavatelů.
121. Postup, kdy zadavatelé při zadávání veřejné zakázky ignorují zákonem požadovaný postup pro zadání veřejné zakázky, dosahuje nejzávažnějšího stupně intenzity porušení zákona, neboť zadavatelé tím v rozporu se zákonem výrazně omezují, resp. vylučují, soutěžní prostředí, které je základním předpokladem dosažení efektivního vynakládání veřejných prostředků a prostředkem k realizaci základních atributů zákona uvedených v § 6 zákona, tedy zásady rovného zacházení, zákazu diskriminace a transparentnosti. V důsledku uvedených skutečností nelze vyloučit, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, mohl obdržet nabídky i od dalších dodavatelů, kteří by mu mohli nabídnout výhodnější podmínky pro realizaci předmětu plnění veřejné zakázky. Úřad má proto za prokázané, že postup zadavatele mohl mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky. S přihlédnutím k následkům spáchání správního deliktu a k nutnosti naplnění sankčních účinků, zejména předcházení budoucího porušování zákona, nelze zcela minimalizovat výši sankčního postihu.
122. Úřad již v původním prvostupňovém rozhodnutí odkazoval na svou rozhodovací praxi vztahující se k otázce podmínek použití jednacího řízení bez uveřejnění. V této souvislosti Úřad opětovně odkazuje na rozhodnutí č. j. ÚOHS-S390/2007/VZ-03162/2008/530/LB ze dne 1. 2. 2008, rozhodnutí č. j. ÚOHS-S195/2007/16456/2007/540/DeR ze dne 7. 9. 2007, které bylo potvrzeno druhostupňovým rozhodnutím č. j. ÚOHS-R182,183/2007/02-20179/2007/310/Hr ze dne 5. 11. 2007 a rozhodnutí č. j. ÚOHS-S94/2007/09706/2007/540/AS ze dne 30. 5. 2007, které bylo potvrzeno druhostupňovým rozhodnutím č. j. R121/2007/02-15421/2007/310/Šp ze dne 22. 8. 2007. Ve výše uvedených případech se jedná o obdobné případy, kdy Úřad konstatoval neoprávněné užití jednacího řízení bez uveřejnění. Úřad tak deklaruje svůj jednotný postup vůči zadavatelům při neoprávněném užití jednacího řízení bez uveřejnění. Z citovaných rozhodnutí sice vyplývá, že pokuty byly uloženy v širokém finančním rozmezí, vždy je však nutno každý

případ posuzovat individuálně a přihlédnout k okolnostem, za jakých byl správní delikt spáchán, stejně tak k finanční hodnotě plnění veřejné zakázky i ekonomické situaci odpovědného subjektu. Skutečnost, že výše citovaná rozhodnutí nebyla pravomocná před uzavřením dodatku č. 8, nikterak nemají vliv na skutečnost, že se zadavatel dopustil v tomto rozhodnutí popsaného správního deliktu, neboť odůvodnění obsažená v rozhodnutích jsou deklaratorní povahy a de facto pouze vykládají již existující ustanovení příslušných právních norem.

123. Jako polehčující okolnosti v daném případě Úřad shledává skutečnost, že k pochybení zadavatele v daném případě došlo z důvodu nesprávného výkladu zákona, neboť z vyjádření zadavatele vyplývá, že byl přesvědčen o naplnění zákonných požadavků vztahujících se k využití možnosti zadání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. Toto jeho pochybení vyplývalo již z nesprávného vyložení charakteru původní veřejné zakázky. Stejně tak Úřad přihlédl ke skutečnosti, že v daném případě mohl být zadavatel ovlivněn určitou specifičností dodávky nábytku, která objektivně existuje, avšak nejednalo se o takové zásadní skutečnosti, které by znemožňovaly zadat šetřenou veřejnou zakázku v zadávacím řízení umožňující soutěž dodavatelů. Tyto skutečnosti tedy nemohou zhojit to, že se zadavatel svým jednáním dopustil spáchání správního deliktu tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.
124. Naopak jako k přitěžující okolnosti Úřad přihlédl ke skutečnosti, že zadavatel při zadání původní veřejné zakázky výslovně v čl. 2 zadávací dokumentace uvedl, že předmětem veřejné zakázky nebude dodávka nábytku, načež následně po dodavateli, který realizoval plnění původní veřejné zakázky, požadoval dodání nábytku, aniž by oslovil jiné potencionální dodavatele, díky kterým mohl obdržet jiné nabídky.
125. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci odpovědného subjektu, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. Nepřípustné jsou takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Úřad zejména zohlednil ekonomickou situaci zadavatele v roce 2007, tedy v roce, ve kterém byl správní delikt spáchán, stejně zadavatelovu aktuální ekonomickou situaci, tedy období, ve kterém je pokuta ukládána. Zadavatel na své internetové adrese www.kr-kralovehradecky.cz má uvedeny informace vztahující se k jeho hospodaření. Z citovaného internetového zdroje vyplývá, že výsledek hospodaření za rok 2007 po finančním vypořádání byl přebytkový, a to v částce 591 084 000 Kč. Ze schváleného návrhu rozpočtu zadavatele na rok 2014 vyplývá, že příjmy zadavatele se pohybují v řádu desítek milionů Kč, a to ve výši více než 3 mld. Kč. Úřad dále zjistil, že se stejným rozpočtem zadavatel hospodařil i v předcházejícím roce 2013. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem vztahujícím se k finanční situaci zadavatele Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel v rámci svého rozpočtu disponuje, považovat za likvidační.
126. Pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů Úřad vzhledem k souvislostem případu posoudil výši sankce ve výši 800 000 Kč s ohledem

na maximální výši možné pokuty, jako dostačující, poněvadž naplňuje obě výše uvedené funkce právní odpovědnosti.

127. Ve vyjádření zadavatele ze dne 15. 1. 2013 je uveden požadavek, aby Úřad, v případě, že přikročí k uložení pokuty, uložil pokutu ve výši 0 – 0,5 % z celkové ceny zakázky bez DPH. K tomuto Úřad konstatuje, že s ohledem na charakter správního deliktu není i s ohledem na postup v jiných obdobných případech (viz bod 117 odůvodnění tohoto rozhodnutí) možno přistoupit k uložení takto nízké pokuty. Zadavatelův požadavek na uložení pokuty z ceny zakázky bez DPH Úřad konstatuje, že pokuta v rámci správních řízení je ukládána z ceny vč. DPH, přičemž tato skutečnost vyplývá ze zákona, kterým je Úřad vázán. V ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona sice není výslovně uveden slovní obrat vč. DPH, je tedy nutno vycházet z toho, co je cenou zakázky, resp. jakou cenu zadavatel na základě uzavřené smlouvy hradí, tedy cena vč. DPH (blíže viz rozhodnutí ÚOHS-R131/2011/VZ-7239/2012/310/IPs ze dne 20. 6. 2012).
128. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť předmětná smlouva byla s vybraným uchazečem uzavřena dne 4. 7. 2007 a nápravy již tedy nelze dosáhnout. Z uvedeného důvodu uložil Úřad pokutu ve výši uvedené ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
129. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO zadavatele.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 7, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

1. Královéhradecký kraj, Pivovarské náměstí 1245, 500 03, Hradec Králové
2. Erste Group Immorent ČR s. r. o., Budějovická 1518/13a, 110 00 Praha 1

Vypraveno dne:

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