



UOHSX008T4RY

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0153/2016/VZ-48594/2016/323/PMo

Brno 12. prosince 2016

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 20. 5. 2016, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, zadavatelem –

- **město Cheb**, IČO 00253979, se sídlem náměstí Krále Jiřího z Poděbrad 1/14, 350 02 Cheb, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0168/2016/VZ-19337/2016/543/JWe ze dne 5. 5. 2016,

vydanému ve věci možného spáchání správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, výše uvedeným zadavatelem při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Turistické využití levého břehu Ohře**“ v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 16. 2. 2012 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 17. 2. 2012 pod evidenčním číslem 207877 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 29. 2. 2012 pod evidenčním číslem 2012/S 41-066456,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 90 odst. 5 téhož zákona, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0168/2016/VZ-19337/2016/543/JWe ze dne 5. 5. 2016

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako příslušný správní orgán podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů obdržel dne 16. 2. 2016 podnět k přezkoumání úkonů zadavatele – město Cheb, IČO 00253979, se sídlem náměstí Krále Jiřího z Poděbrad 1/14, 350 02 Cheb (dále jen „**zadavatel**“), učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „Turistické využití levého břehu Ohře“ zadávané podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹, v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 16. 2. 2012 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 17. 2. 2012 pod evidenčním číslem 207877 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 29. 2. 2012 pod evidenčním číslem 2012/S 41-066456 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Předmětem veřejné zakázky je podle bodu II.1.5) „Stručný popis zakázky nebo nákupu(ů)“ oznámení o zakázce „*Provedení stavebního díla ‘Turistické využití levého břehu Ohře’. Základní údaje o předmětu veřejné zakázky jsou uvedeny v Souhrnné technické zprávě, která je součástí kvalifikační dokumentace. Podrobné údaje o předmětu veřejné zakázky (tj. projektová dokumentace, výkaz výměr a obchodní podmínky) obdrží dodavatelé, kteří budou vyzváni k podání nabídky*“. V písemné zprávě zadavatele je v části 2. „Předmět veřejné zakázky“ uvedeno: „*Předmětem veřejné zakázky jsou úpravy levého břehu Ohře od Havlíčkovy ulice k hrázi přehrady Skalka a úprava cyklotrasy ulic v Lipách z prostoru bývalého lomu k rozhledně Chebská hlídka. Zakázka zahrnuje vybudování infrastruktury, výstavbu objektů pro turistiku a aktivní odpočinek včetně sportovního využití a revitalizaci krajiny v celé této lokalitě.*“
3. Úřad si na základě podnětu vyžádal stanovisko a dokumentaci o veřejné zakázce a z tohoto materiálu získal pochybnosti o tom, zda zadavatel dodržel postup stanovený v § 44 odst. 11 zákona v návaznosti na § 6 zákona, když v zadávací dokumentaci na předmět plnění veřejné zakázky uvedl specifická označení zboží, která platí pro určitou osobu za příznačná, což mohlo vést ke znevýhodnění nebo vyloučení určitých dodavatelů nebo určitých výrobců, ačkoliv to nebylo odůvodněno předmětem veřejné zakázky. Dne 16. 3. 2016 pak Úřad zahájil z moci úřední správní řízení týkající se výše uvedené veřejné zakázky, a sice správní řízení vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0168/2016/VZ.

II. Napadené rozhodnutí

4. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0168/2016/VZ-19337/2016/543/JWe ze dne 5. 5. 2016 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), v jehož výroku I. konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup podle § 44 odst. 11 zákona v návaznosti na § 6 zákona, když v zadávací dokumentaci na předmět plnění veřejné zakázky uvedl

¹ Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 26 zákona v návaznosti na ustanovení § 158 odst. 1 a 2 zákona, podle tohoto znění se posuzují úkony zadavatele a uchazečů v zadávacím řízení. Zákon č. 134/2016 Sb. o zadávání veřejných zakázek se nepoužije s ohledem na ustanovení § 273 odst. 1 tohoto zákona.

ve výkazu výměr pro příslušné objekty požadavek na dodávku laviček s užitím odkazu na konkrétní výrobky, požadavek na dodávku stojanu na kola s užitím odkazu na konkrétní výrobek, požadavek na dodávku pítka s užitím odkazu na konkrétní výrobek, požadavek na dodávku informační tabule s užitím odkazu na konkrétní výrobek, požadavek na dodávku válcové plakátovací plochy s užitím odkazu na konkrétní výrobek, požadavek na dodávku orientačního systému s užitím odkazu na konkrétní výrobek, požadavek na dodávku odpadkového koše s užitím odkazu na konkrétní výrobek, požadavek na dodávku osvětlené lavice s užitím odkazu na konkrétní výrobek, požadavky na dodávky stavebních materiálů s užitím odkazů na konkrétní výrobky, požadavky na dodávky stavebních materiálů s užitím odkazů na konkrétní výrobky. Jinými slovy, zadavatel uvedl specifická označení zboží, která platí pro určitou osobu za příznačná, což znevýhodnilo nebo vyloučilo určité dodavatele nebo určité výrobky, ačkoliv to nebylo odůvodněno předmětem veřejné zakázky, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a zadavatel s účastníky sdružení „Levý břeh Ohře, sdružení ALGON x SWIETELSKY“, jimiž jsou ALGON, a.s., IČO 28420403, se sídlem Ringhofferova 1/115, 155 21 Praha 5, a SWIETELSKY stavební s.r.o. odštěpný závod Dopravní stavby ZÁPAD, IČO 48035599, se sídlem Železničářská 1234/79, 312 00 Plzeň (dále jen „**vybraný uchazeč**“), uzavřel dne 16. 8. 2012 smlouvu na realizaci veřejné zakázky. Ve výroku II. Úřad za spáchání tohoto správního deliktu uložil zadavateli pokutu ve výši 300 000 Kč.

5. V rámci odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad poukázal na to, že předmět veřejné zakázky tak, jak byl zadavatelem specifikován v oznámení o zakázce a v písemné zprávě zadavatele, není natolik specifický, že by nebylo možné jej dostatečně popsat pomocí obecných charakteristik. Tvrzení projektanta uvedené v jeho vyjádření ke stanovisku zadavatele ze dne 30. 3. 2016, že konkrétní výrobky uvedl v projektu proto, že mu nebyli známi jiní dodavatelé výrobků podobného vzhledu a kvalit dle Úřadu nelze považovat za zákonný důvod pro uvedení názvů konkrétních prvků mobiliáře, neboť to, že projektantovi nejsou známi jiní výrobci požadovaných či obdobných prvků mobiliáře, neznamená, že takoví výrobci či dodavatelé neexistují. Této veřejné zakázce nepředcházela architektonická soutěž, ze které by případně mohlo oprávněně vyplynout použití konkrétních výrobků odpovídajících výsledkům takové soutěže, ale jednalo se v podstatě o běžnou stavební zakázku, v níž použití jiných než projektovaných stavebních materiálů, hmot, či prvků mobiliáře nemá fatální vliv na funkčnost předmětu veřejné zakázky. Požadavky na dodání příslušných stavebních materiálů a mobiliáře proto bylo dle Úřadu možné v zadávací dokumentaci definovat pomocí obecných charakteristik tak, aby zadání veřejné zakázky proběhlo v souladu se zákonem.
6. V souvislosti s uložením pokuty vzal Úřad při posouzení závažnosti správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona v úvahu to, že předmětné porušení zákona zadavatelem vedlo k narušení soutěžního prostředí, které má být zárukou co nejchopodárnějšího vynakládání veřejných prostředků. Jedná se tedy o správní delikt závažného charakteru. Úřad vzal jako polehčující okolnost v úvahu to, že k omezení hospodářské soutěže nedošlo, s ohledem na použitý druh zadávacího řízení, na úrovni potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku, tedy že uvedení odkazů na označení zboží, které platí pro určitou osobu za příznačné, v zadávací dokumentaci je nemohlo odradit od podání žádosti o účast, neboť tuto část zadávací dokumentace obdrželi teprve zájemci o veřejnou zakázku, kteří podali žádost o účast

v zadávacím řízení, a z tohoto hlediska tedy byla vzájemná soutěž mezi dodavateli alespoň částečně zachována.

III. Námitky rozkladu

7. Dne 20. 5. 2016 obdržel Úřad rozklad zadavatele proti napadenému rozhodnutí. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 5. 5. 2016. Rozklad tedy byl podán v zákonné lhůtě.
8. Zadavatel v rozkladu namítá, že projektová dokumentace byla obecně vypracována bez použití označení konkrétních výrobků, s několika výjimkami, kde použití označení těchto výrobků bylo dáno specifikem předmětu plnění veřejné zakázky. Dle zadavatele jde o betonové lavičky s ohledem na jejich architektonický význam v celém areálu a o tepelné čerpadlo a kotel, které jsou vázány na projekt podložený výpočty a kde by použití nekompatibilního výrobku mohlo způsobit nefunkčnost celé otopné soustavy. Jelikož dle tvrzení zadavatele mu nebyly známy jiné výrobky podobného vzhledu a kvalit, byly uvedeny konkrétní výrobky. I kdyby zadavatel např. lavičky popsal prostřednictvím nákresů, je zřejmé, že takto nezvykle provedenou lavičku žádný jiný výrobce nevyrábí. S ohledem na nezvyklé ztvárnění laviček a jejich význam pro estetické ztvárnění celého projektu má zadavatel za to, že byl odkaz na konkrétní výrobek rovněž odůvodněn předmětem veřejné zakázky.
9. Ze zadávací dokumentace je podle zadavatele zřejmé, že přímo v technických zprávách jednotlivých objektů, resp. v jejich přílohách, byly uvedeny obchodní názvy jen v několika ojedinělých případech. Jednalo se především o tepelné čerpadlo a elektrokotel v objektu „SO1 1 - zázemí víceúčelového sportoviště“. V případě dodání odlišného tepelného čerpadla či elektrokotle by dle zadavatele hrozila nefunkčnost celého systému. Zadavatel by přitom ztratil možnost uplatnit reklamaci u projektanta vytápění vzhledem k nedodržení jím vypracovaného projektu.
10. Pokud jde o sedací kameny, zadavatel podotýká, že v technické zprávě označení konkrétního výrobku nepoužil, pouze k technické zprávě jako její výkresovou část přiložil katalogový list konkrétního výrobku, jelikož nebyl schopen svůj požadavek objektivně popsat s použitím obecných technických podmínek. Zadavatel namítá, že sedací kameny popsal zcela obecně s tím, že parametry specifikoval ve výkresové části. Zadavatel jako výkresovou část použil katalogový list sedacích kamenů konkrétního výrobce. Z popisu v technické zprávě je však dle něj zřejmé, že účelem nebylo neumožnit dodání sedacích kamenů jiného výrobce. Přiložení katalogového listu, jehož součástí jsou přehledné technické nákresy, bylo dle zadavatele nejsrozumitelnějším způsobem, jak projektant mohl vyjádřit jím zamýšlené požadavky na sedací kameny.
11. Použití obdobných i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení podle zadavatele zadávací podmínky nevyklučovaly, a to ani implicitně. Zadavatel nesouhlasí s tím, že by v odpovědi na žádost o dodatečné informace použití alternativních materiálů či řešení vyloučil.
12. Zadavatel dále akcentuje, že Úřad pro svůj závěr, že předmět veřejné zakázky není natolik specifický, že by jej nebylo možné popsat pomocí obecných charakteristik, nepředkládá v napadeném rozhodnutí bližší zdůvodnění, byť jde o otázku do značné míry odbornou. V tomto kontextu zadavatel odkazuje mj. na rozsudek Nejvyššího správního soudu (dále jen

„NSS“) ze dne 23. 7. 2008, č. j. 3 As 51/2007-84, podle kterého platí, že „nevypořádá-li se správní orgán v rozhodnutí o opravném prostředku se všemi námitkami, které v něm byly uplatněny, způsobuje to nepřezkoumatelnost rozhodnutí zpravidla spočívající v nedostatku jeho důvodů...“. Skutečnost, že se Úřad nevypořádal s argumenty účastníků správního řízení, dle zadavatele zakládá nedostatek důvodů rozhodnutí a tedy jeho nepřezkoumatelnost.

13. Zadavatel v závěru rozkladu namítá, že Úřad zásadně pochybil při stanovení sankce za správní delikt s tím, že předmětná pokuta byla Úřadem nedostatečně odůvodněna. Zadavatel doplňuje, že Úřad se v napadeném rozhodnutí nevypořádal se žádnou z okolností stanovených v § 121 odst. 2 zákona. Tam, kde se Úřad o hodnocení závažnosti náznakem pokusil, existuje v jeho hodnocení logický rozpor, když v bodě 85. odůvodnění napadeného rozhodnutí hovoří o bezdůvodném omezení možnosti některých dodavatelů podat nabídku a narušení soutěžního prostředí, kdežto v navazujícím bodě 86. odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad uvádí jako polehčující okolnost to, že k omezení hospodářské soutěže nedošlo.

Závěr rozkladu

14. Na základě shora uvedených skutečností zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí v celém rozsahu zrušil a dané správní řízení zastavil.

IV. Řízení o rozkladu

15. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

16. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy, jakož i správnost napadeného rozhodnutí, tu však toliko v rozsahu námitek uplatněných v rozkladu, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
17. Úřad tím, že ve výrocích rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0168/2016/VZ-193373/2016/543/JWe ze dne 5. 5. 2016 rozhodl tak, jak je uvedeno ve výrocích napadeného rozhodnutí, rozhodl správně a v souladu se zákonem.
18. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

19. Pokud se jedná o stěžejní rozkladovou argumentaci, v rámci které zadavatel uvádí, že projektovou dokumentaci vypracoval obecně bez použití označení konkrétních výrobků, s několika výjimkami, kde použití označení těchto výrobků bylo dáno specifikem předmětu plnění veřejné zakázky, uvádím následující. Ustanovení § 44 odst. 11 je jednou z forem konkrétního zobrazení obecné zásady zákazu nediskriminace určitých dodavatelů či způsobu řešení veřejné zakázky. Předesílám, že diskriminační může být zadavatelem zvolená

konkrétní specifikace názvů výrobků, ale samotné technické požadavky nepochybně nejsou a ani nemohou být samy o sobě diskriminační ve smyslu zákona. K tomuto závěru dospěl správně i Úřad v daném správním řízení, kdy posoudil, že odkaz zadavatele ve smyslu ustanovení § 44 odst. 11 zákona spočívá v uvedení názvů konkrétních výrobků v zadávací dokumentaci, aniž by to bylo odůvodněno předmětem veřejné zakázky. Jak vyplývá i z ustálené rozhodovací praxe Úřadu, zadavatel je povinen stanovit předmět plnění veřejné zakázky pomocí obecných specifikací, které jsou dostatečně přesné a srozumitelné všem dodavatelům. Jedině za situace, kdy tímto obecným způsobem nelze předmět plnění dostatečně specifikovat, může zadavatel v zadávací dokumentaci např. odkázat na určitý konkrétní typ výrobku nebo značky pro bližší určení standardu jakosti a dalších vlastností výrobků, ale zároveň nesmí být omezena práva těch dodavatelů, kteří ve svých nabídkách nabídnou obdobná technická řešení se srovnatelnými parametry. Takový odkaz je výjimečně povolen, pokud není možný dostatečně přesný a srozumitelný popis předmětu zakázky – takový odkaz však musí být doprovázen slovy „nebo rovnocenný“, viz PODEŠVA, Vilém, OLÍK, Miloš, JANOUSEK, Martin, STRÁNSKÝ, Jakub. *Zákon o veřejných zakázkách. Komentář*. 2. vydání. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2011, str. 196-197.

20. Samotný zadavatel v průběhu daného správního řízení (ve stanovisku ze dne 30. 3. 2016) připustil, že v projektové dokumentaci či ve výkazu výměr uvedl některé názvy konkrétních výrobků. Jak bylo správně uvedeno v bodě 55. odůvodnění napadeného rozhodnutí, výkaz výměr byl jedním z dokumentů, v němž byly definovány „*podrobné údaje o předmětu veřejné zakázky*“. V dané věci tedy není sporu o tom, že zadavatel příslušné odkazy uvedl. Pokud však zadavatel v předmětné pasáži rozkladu namítá, že tak učinil pouze v ojedinělých případech, pak zdůrazňuji, že je zcela irelevantní, zda se tak stalo byť i v jediném případě. Zákon totiž použití odkazů umožňuje pouze za podmínek zakotvených v ustanovení § 44 odst. 11 zákona, přičemž v šetřeném případě dané podmínky splněny nebyly, resp. použití výše uvedených odkazů zadavatelem nebylo odůvodněno předmětem veřejné zakázky.
21. Pokud se jedná o otázku specifikace předmětu veřejné zakázky, kdy zadavatel namítá, že nebyl schopen svůj požadavek objektivně popsat s použitím obecných technických podmínek, uvádím následující. Požadavky na stavební materiály, hmoty a jednotlivé položky mobiliáře lze definovat pomocí jejich rozměrů či požadavků na jejich fyzikální a mechanické vlastnosti, neboť nešlo o nikterak specifický předmět veřejné zakázky, když jejím předmětem byly „*úpravy levého břehu Ohře od Havlíčkovy ulice k hrázi přehrady Skalka a úprava cyklotrasy ulic v Lipách z prostoru bývalého lomu k rozhledně Chebská hlídka. Zakázka zahrnuje vybudování infrastruktury, výstavbu objektů pro turistiku a aktivní odpočinek včetně sportovního využití a revitalizaci krajiny v celé této lokalitě*“, viz část 2. „*Předmět veřejné zakázky*“ písemné zprávy zadavatele. Zdůrazňuji, že zadavatel uvedl příslušné odkazy u položek jako je odpadkový koš, pítka, stojan na kola, informační tabule apod. Z povahy věci se tedy nejedná a nemůže jednat o specifické zboží, které by použití předmětných odkazů na konkrétní výrobky zadavatelem odůvodňovalo.
22. Zadavatel v rámci své rozkladové argumentace, stejně jako v rámci argumentace obsažené ve stanovisku ze dne 30. 3. 2016, poukazuje na to, že konkrétní výrobky v zadávací dokumentaci, resp. v kvalifikační dokumentaci, uvedl z toho důvodu, že zadavateli nebyli známi jiní dodavatelé výrobků podobného vzhledu a kvalit. To, zda jsou projektantovi,

resp. zadavateli, známi jiní výrobci požadovaných či obdobných prvků mobiliáře, či nikoli, je zcela irelevantní, neboť to neznamena, že takoví výrobci či dodavatelé neexistují. Výše uvedené konstatování zadavatele tedy nemůže ospravedlnit jeho nezákonný postup. K tomu doplňuji, že je zcela irelevantní, zda má zadavatel či jeho zástupce povědomí o možných dodavatelích, neboť pro možnost použití odkazu na konkrétní výrobky v zadávacích podmínkách je rozhodné pouze to, zda takové použití je odůvodněno předmětem dané veřejné zakázky. Rovněž tvrzení obsažené v rozkladu zadavatele, podle něhož by v případě dodání odlišného tepelného čerpadla či elektrokotle hrozila nefunkčnost celého systému, je nezbytné jako ničím nepodložené odmítnout.

23. Zadavatel ve výkazu výměr odkázal na konkrétní specifická označení výrobků zahraničních i českých společností, mj. se jedná o německou společnost Concrete Rudolph GmbH, italskou společnost Metalco Calabria s.r.l., českou společnost mmcité 1 a.s., španělskou společnost ESCOFET 1886 SA, českou společnost Lias Vintířov, českou společnost Schomburg Čechy a Morava, s.r.o. či českou společnost BEST, a.s. Tyto výše jmenované společnosti nabízejí na českém trhu totožné výrobky jako výrobky, jejichž fotografie jsou uveřejněny v souboru „TZ mobiliář“ jakožto součást projektové dokumentace.
24. Zadavatel tedy ve výkazu výměr pro předmětné objekty uvedl požadavky (např. na stojan na kola, lavičky, pítka, odpadkový koš, osvětlenou lavici, informační tabule, válcové plakátovací plochy atd.) s užitím odkazu na konkrétní výrobky výše jmenovaných společností. Mám za to, že v šetřeném případě nebyly splněny zákonné podmínky pro užití specifického značení zboží, která platí pro výše konkretizované právnické osoby za příznačná, jelikož se z povahy věci nejedná o natolik specifické výrobky, že by je nebylo možné dostatečně přesně a srozumitelně popsat bez konkrétní specifikace tak, jak to učinil zadavatel. Uvedené by bylo možné provést bez odkazu na konkrétní výrobce či značky požadovaného zboží a materiálu, které by dodavatele nenaváděly k určitým výrobkům, značkám a výrobcům, např. popisem vlastností stavebního materiálu či mobiliáře, z nichž se má zboží nebo jeho část skládat, a to bez požadavku či odkazu na zboží konkrétního výrobce.
25. Zadavatel v šetřeném případě neumožnil použití jiných technicky obdobných řešení (nadto, v daném případě ani nebyly splněny podmínky pro výjimku ze zákazu podle § 44 odst. 11 zákona). Dodavatelé tak mohli být ve vztahu k předmětným položkám obsaženým v příslušných výkazech výměr legitimně vedeni úvahou, zda dodání jiného než zadavatelem specifikovaného zboží (mobiliáře) nepovede k vyřazení jejich nabídky a k následnému vyloučení z účasti v zadávacím řízení. Ze zadávacích podmínek (kvalifikační dokumentace – Souhrnná technická zpráva, projektová dokumentace, výkaz výměr a obchodní podmínky) nevyplývá, že by specifikace konkrétních výrobků byly pro dodavatele a jejich nabídky nezávazné co do značky výrobku a parametrů tohoto konkrétního výrobku. I judikatura správních soudů jednoznačně dovodila, kdy je výjimečně možné uvést požadavek nebo odkaz na konkrétní výrobek nebo na obchodní firmu, viz bod 43. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Ani jedna ze zde vyjmenovaných podmínek však v daném případě nenastala. I kdyby zadavatel připustil i jiná řešení, nic by to na výše uvedeném nezměnilo. Zadavatel totiž z logiky věci musí připustit i jiná řešení v kterémkoli případě, a to i za situace, kdy by použil odkaz na konkrétní výrobek legitimním způsobem. Jak je uvedeno výše, předmětný postup zadavatele však nelze označit za zákonný. Stejně tak i tvrzení zadavatele, že pokud by postupoval jinak, než postupoval, ztratil by možnost uplatnit reklamaci u projektanta

vytápění vzhledem k nedodržení jím vypracovaného projektu, je třeba označit ve vztahu k posouzení tohoto případu za irelevantní.

26. Pokud se jedná o následující rozkladovou argumentaci, v rámci které zadavatel opakovaně zdůrazňuje to, že použití obdobných i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení zadávací podmínky nevyklučovaly, a to ani implicitně, uvádím následující. Jak vyplývá z výše uvedených skutečností, zadavatel v zadávací dokumentaci prokazatelně uvedl názvy konkrétních výrobků, aniž by to bylo odůvodněno předmětem veřejné zakázky. Úřad v bodě 60. odůvodnění napadeného rozhodnutí poukázal na zjevný rozpor mezi požadavkem zadavatele na striktní postup podle výkazu výměr a stanoviskem zadavatele k zahájení správního řízení ze dne 30. 3. 2016. S ohledem na tuto v odůvodnění napadeného rozhodnutí konkretizovanou rozpornost tak Úřad nemohl učinit jednoznačný relevantní závěr týkající se připuštění záměny výrobků a stavebních materiálů ve smyslu požadavků zakotvených v ustanovení § 44 odst. 11 zákona. Se zřetelem na trvání zadavatele na vyplnění výkazu výměr tak, jak jej uchazeči obdrželi, je pravděpodobné, že se tito uchazeči domnívali, že nemají možnost navrhnout a ocenit jiné výrobky, jejichž použití by rovněž umožnilo řádné splnění předmětu veřejné zakázky. Jak je správně uvedeno v bodě 64. odůvodnění napadeného rozhodnutí, možnost navrhnout a ocenit jiné výrobky, jejichž použití by také umožnilo řádné splnění předmětu veřejné zakázky, mohli uchazeči využít jen u položek výkazu výměr definovaných v souladu s § 45 odst. 3 zákona, tedy pouze uvedením technických charakteristik. Předmětná argumentace vznesená zadavatelem v rozkladu tedy pro svou nedůvodnost neobstojí.
27. Vzhledem k výše akcentovaným skutečnostem rovněž neobstojí navazující námitka zadavatele, v rámci které vyjadřuje nesouhlas s konstatováním Úřadu, že zadavatel v odpovědi na žádost o dodatečné informace vyloučil použití alternativních materiálů či řešení. Pro ilustraci, např. v odpovědi na žádost dodatečné informace č. 8 zadavatel na dotaz jednoho z uchazečů opakovaně odpověděl, cit.: „*Postupujte striktně dle výkazu výměr....*“. Je tedy nezbytné učinit relevantní závěr, dle něhož v žádné z odpovědí zadavatele na žádosti o dodatečné informace není uvedeno, že by zadavatel připustil použití alternativních materiálů či řešení, ani z nich tato možnost nikterak nevyplývá. Zadavatel tak ani v rámci odpovědi na žádosti o dodatečné informace prokazatelně nepřipustil použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení.
28. Jak bylo výše predestřeno, zadavatel je při použití odkazu na konkrétní značku či výrobek povinen připustit použití kvalitativně a technicky obdobných řešení. Zadavatel se může domnívat, že takové obdobné řešení neexistuje. Je však neodiskutovatelným faktem, že zadavatel nemusí mít natolik dokonale zpracovnou studii příslušného trhu, a přesto může existovat dodavatel používající obdobné řešení, které je pro zadavatele vhodné. Tuto skutečnost je třeba akcentovat i s ohledem na existenci jednotného vnitřního trhu Evropské unie, kdy je z důvodu jeho rozsahu objektivně nemožné provést detailní analýzu týkající se nabízeného plnění ve vztahu k dodavatelům z jiných členských států. Jako zcela nedůvodná tak nemůže obstát rozkladová argumentace zadavatele, že s ohledem na nezvyklé ztvárnění laviček a jejich význam pro estetické ztvárnění celého projektu byl odkaz na konkrétní výrobek odůvodněn předmětem veřejné zakázky. To stejné platí rovněž ve vztahu k související (účelové) argumentaci zadavatele, v rámci které podotýká, že z popisu v technické zprávě je zřejmé, že účelem nebylo neumožnit dodání sedacích kamenů jiného

výrobce s tím, že přiložení katalogového listu s technickými nákresey bylo nejsrozumitelnějším způsobem pro vyjádření jeho požadavků na sedací kameny. Se zřetelem na výše uvedené skutečnosti proto nemůže obstát předmětná argumentace zadavatele, v rámci které podotýká, že použití označení konkrétních výrobků v zadávací dokumentaci bylo dáno specifikem předmětu plnění veřejné zakázky.

29. Zadavatel v rozkladu následně namítá, že Úřad pro svůj závěr, že předmět veřejné zakázky není natolik specifický, že by jej nebylo možné popsat pomocí obecných charakteristik, nepředkládá v napadeném rozhodnutí bližší zdůvodnění, byť jde dle jeho názoru o otázku do značné míry odbornou. V tomto kontextu zadavatel odkazuje mj. na rozsudek NSS ze dne 23. 7. 2008, č. j. 3 As 51/2007-84, podle kterého *„nevypořádá-li se správní orgán v rozhodnutí o oprávněm prostředku se všemi námitkami, které v něm byly uplatněny, způsobuje to nepřezkoumatelnost rozhodnutí zpravidla spočívající v nedostatku jeho důvodů...“*. Ve vztahu k výše uvedené argumentaci zadavatele obsažené v rozkladu odkazují na předcházející body odůvodnění tohoto rozhodnutí a rovněž na body 2. až 3. a bod 57. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Předmětná argumentace zadavatele neobstojí, jelikož Úřad v napadeném rozhodnutí jasným a přezkoumatelným způsobem dovedl, že předmět veřejné zakázky nevykazuje znaky specifičnosti (jejím předmětem byla mj. úprava cyklotrasy a výstavba objektů pro turistiku a aktivní odpočinek či sportovní vyžití), která by mohla zakládat oprávnění zadavatele použít odkaz na výrobky konkrétního výrobce, protože jsou (v této části) beze zbytku naplněny podmínky přezkoumatelnosti rozhodnutí správního orgánu na něj kladené relevantní judikaturou správních soudů, mj. i rozsudkem NSS č. j. 3 As 51/2007-84 ze dne 23. 7. 2008, na nějž odkazuje zadavatel, a z jehož příslušné pasáže v rozkladu cituje. Předmětnou argumentaci vznesenou zadavatelem v rozkladu proto nelze než označit za nepřiléhavou. Pokud jde dále o navazující argument zadavatele, že se jedná o odbornou otázku, uvádím, že Úřad byl v daném případě schopen kvalifikovaně posoudit veškeré okolnosti, které vyšly ve správním řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0168/2016/VZ najevo (tím pádem i zadavatelem nastolenou otázku specifičnosti předmětu plnění veřejné zakázky), aniž by ve vztahu k této problematice nastala potřeba obrátit se na znalce s žádostí o vypracování znaleckého posudku. Nelze tedy jinak než tuto rozkladovou námitku odmítnout, neboť zadavatel se v jejím rámci pouze snaží navodit dojem, že Úřad při svém rozhodování nevycházel z řádně zjištěného skutkového stavu. Takové tvrzení s ohledem na výše uvedené, a s ohledem na to, že se nejednalo o natolik odbornou problematiku, k jejímuž posouzení by nebyl Úřad jakožto orgán dohledu dostatečně kompetentní, nemůže obstát.
30. Shrnuji, že zadavatel v daném případě předmětné technické podmínky prokazatelně nestanovil způsobem, který by naplňoval dikci ustanovení § 45 odst. 2 zákona, když nevyužil technické popisy, které by vymezily požadované technické charakteristiky tak, aby byl předmět veřejné zakázky popsán jednoznačně a objektivně způsobem vyjadřujícím účel použití zamýšlený zadavatelem, přičemž ob stojí závěr Úřadu učiněný v odůvodnění napadeného rozhodnutí, že předmět veřejné zakázky specifikovaný v oznámení o zakázce a v písemné zprávě zadavatele nelze označit za natolik specifický, že by nebylo možné jej popsat pomocí obecných charakteristik. Ve shodě s Úřadem tedy nemohu dospět k závěru, že by použití odkazu na konkrétní výrobky zadavatelem bylo jakkoli racionálně odůvodněno a zároveň, že by taková specifikace poptávaného zboží v kontextu ostatních ustanovení

zadávacích podmínek umožňovala dodání i jiného technicky obdobného řešení. Mimo výše uvedené argumenty lze na podporu tohoto tvrzení uvést rovněž to, že žádný uchazeč v předmětných položkách uvedených v zadávací dokumentaci nenabídl alternativní výrobky.

31. V závěrečné pasáži rozkladové argumentace zadavatel poukazuje na to, že Úřad zásadně pochybil při stanovení sankce za správní delikt s tím, že předmětná pokuta byla Úřadem nedostatečně odůvodněna. K této námitce je v první řadě nezbytné uvést, že Úřad postupoval v části odůvodnění napadeného rozhodnutí vztahující se k výši jím uložené pokuty zcela správně a v souladu se zákonem. Zdůrazňuji, že rozhodnutí o uložení pokuty je nepřezkoumatelné, je-li její výše odůvodněna pouhým zopakováním skutkových zjištění a konstatováním zákonných kritérií pro uložení pokuty či funkcí pokuty, aniž by bylo zřejmé, zda a jakým způsobem byla tato kritéria správním orgánem hodnocena. Z judikatury NSS vyplývá, že jakkoliv má správní orgán při ukládání pokuty volnost správního uvážení, je vázán základními principy správního rozhodování (viz např. rozsudek NSS č. j. 8 As 5/2005-53 ze dne 29. 6. 2005). Mezi tyto principy pak jistě patří i úplnost, resp. dostatečná odůvodněnost rozhodnutí správního orgánu, která v konečném důsledku vyvolá i jeho přesvědčivost. Úřad tak při rozhodování o výši pokuty musí zohlednit všechny skutečnosti, které výši pokuty mohou v konkrétním případě ovlivnit, řádně se s nimi v odůvodnění svého rozhodnutí vypořádat a přesvědčivě odůvodnit, ke které okolnosti přihlédl, a jaký vliv měla na konečnou výši pokuty. Výše uložené pokuty tak musí být v každém rozhodnutí zdůvodněna způsobem, který nepřipouští rozumné pochybnosti o tom, že právě taková výše pokuty odpovídá konkrétním okolnostem individuálního případu. Z napadeného rozhodnutí je zřejmé, že výše pokuty uložená v tomto případě uvedeným požadavkům vyhovuje. Jak vyplývá z odůvodnění napadeného rozhodnutí, Úřad při rozhodování o výši pokuty přihlédl jednak k přitěžujícím, jednak k polehčujícím okolnostem a rovněž k ekonomické situaci zadavatele. Co se týká závažnosti spáchání správního deliktu, Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že se jedná o správní delikt závažného charakteru a proč tomu tak je. Ohledně formy zavinění připomínám, že zadavatel nese odpovědnost objektivní, tudíž Úřad po konstataci spáchání správního deliktu nezkoumá, zda jej zadavatel spáchal úmyslně či z nedbalosti. Zadavatel je objektivně odpovědný za to, co a jak zadává.
32. Pokud se tedy jedná o výše nastíněnou námitku zadavatele poukazující na pochybení při samotném stanovení výše sankce za spáchaný správní delikt, doplňuji následující. Podle ustanovení § 120 odst. 2 zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky, nebo do 10 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a), c) nebo d) a do 10 000 000 Kč, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. b), e), f) nebo g). Zákon tudíž zcela jasně stanoví, že výše pokuty se vyměřuje z ceny veřejné zakázky. Výše pokuty se tak vždy odvíjí od konečné skutečné ceny celé veřejné zakázky, za níž byla veřejná zakázka realizována. Horní hranice možné pokuty v daném případě činila částku ve výši 8 181 000 Kč, jelikož cena za celý předmět veřejné zakázky činila 163 620 000 Kč včetně DPH. Úřad tedy uložil pokutu při spodní hranici zákonné sazby. Nadto, z upraveného rozpočtu za rok 2016 Úřad zjistil, že plánované příjmy zadavatele mají činit částku ve výši 657 998 000 Kč. Uložená pokuta tak nemůže mít zásadní negativní dopady na hospodaření zadavatele, neboť zcela jistě zásadním způsobem nezhoršuje ekonomickou situaci zadavatele. Nadto, likvidační výši pokuty nelze dovozovat pouze z případné subjektivně chápané špatné finanční situace. „*Samotný záporný výsledek hospodaření však*

není překážkou pro uložení pokuty a neznamená ani, že uložená pokuta je likvidační“, jak opakovaně dovodil NSS v rozsudku č. j. 4 As 53/2015–26 ze dne 18. 6. 2015, kde zároveň dodal, *„že je třeba hodnotit celkovou situaci stěžovatelky jakožto podnikající právnické osoby (její celkový příjem a hmotný majetek)“*. Byť se citovaný rozsudek NSS vztahuje k podnikatelskému subjektu, je příléhavé obdobné závěry aplikovat též na zadavatele, jakožto základní územní samosprávný celek. Peněžité sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do sféry porušitele, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinač, přičemž pokuta uložená v předmětné výši evidentně a zcela jistě nepovede k nezvratnému ohrožení ekonomické „životaschopnosti“ zadavatele. Z výše uvedeného je tedy zřejmé, že ani ke dni vydání tohoto rozhodnutí nelze uloženou pokutu považovat za likvidační.

33. V ustanovení § 121 odst. 2 zákona je uveden výčet skutečností, k nimž je možno při určení výměry pokuty přihlídnout. Z uvedeného ustanovení vyplývá, že pro určení výměry pokuty je rozhodná závažnost správního deliktu, přičemž je zde uveden demonstrativní výčet skutečností, k nimž má být při posouzení závažnosti správního deliktu přihlídnuto. Zákon uvádí, že při posouzení závažnosti správního deliktu má být přihlídnuto zejména ke způsobu jeho spáchání, k následkům správního deliktu a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona postačí, když nezákonný postup zadavatele mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. K této rozkladové námitce konstatuji, že ve výroku napadeného rozhodnutí je uvedeno, že se zadavatel dopustil správního deliktu, když v zadávací dokumentaci stanovil požadavky na předmět plnění veřejné zakázky takovým způsobem, že mohlo dojít k diskriminaci některých dodavatelů. Jak je výše uvedeno, ke spáchání správního deliktu dochází i pokud postup zadavatele pouze mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. V tomto případě tím, jak zadavatel stanovil část předmětu veřejné zakázky, hospodářskou soutěž omezil, neboť mohl dostat výhodnější nabídku operující s cenově výhodnějšími výrobky. Účelem zákona je mj. umožnit co nejširšímu okruhu dodavatelů ucházet se o plnění veřejných zakázek. Postupem zadavatele při zadávání šetřené veřejné zakázky tak mohlo dojít k bezdůvodnému omezení možnosti některých dodavatelů podat nabídky s výhodnějšími podmínkami pro zadavatele.
34. Co se týče konstatování zadavatele, v rámci něhož poukazuje na údajný logický rozpor v hodnocení Úřadu, když v bodě 85. odůvodnění napadeného rozhodnutí hovoří o bezdůvodném omezení možnosti některých dodavatelů podat nabídku a narušení soutěžního prostředí, kdežto v navazujícím bodě 86. odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad uvádí jako polehčující okolnost to, že k omezení hospodářské soutěže nedošlo, uvádím následující. V bodě 85. odůvodnění napadeného rozhodnutí chtěl Úřad akcentovat, že v důsledku postupu zadavatele, kdy nezákonně nastavil předmětné zadávací podmínky, někteří dodavatelé – zájemci o účast, kteří podali nabídky, a kteří již obdrželi zadávací dokumentaci, mohli být odrazeni od podání nabídky v užším řízení, či v důsledku nezákonně stanovených odkazů na specifická označení zboží mohlo dojít rovněž k deformaci soutěžního prostředí v daném zadávacím řízení. Jinými slovy, nezákonně nastavené zadávací podmínky mohly některé zájemce odradit od podání nabídky v rámci fáze podání nabídek, což mohlo ovlivnit účast kvalifikovaných dodavatelů v soutěži o veřejnou zakázku.
35. V bodě 86. odůvodnění napadeného rozhodnutí chtěl pak Úřad zdůraznit, že prostřednictvím oznámení se o úmyslu zadavatele zadat tuto veřejnou zakázku v užším řízení dozvěděl

neomezený počet dodavatelů. Zadavatel v užším řízení (v souladu se zákonem) oznámil neomezenému počtu dodavatelů úmysl zadat veřejnou zakázku v tomto druhu zadávacího řízení a příslušní uchazeči vyjádřili svou vůli se zadávacího řízení zúčastnit. Relevantní část zadávací dokumentace tak obdrželi až ti zájemci, kteří podali žádost o účast v zadávacím řízení (k podání nabídek vyzval zadavatel dodavatele, kteří prokázali splnění kvalifikace, až v další fázi zadávacího řízení). Ani tato námitka zadavatele proto neobstojí, jelikož předmětná konstatování Úřadu obsažená v bodech 85. a 86. odůvodnění napadeného rozhodnutí nejsou se zřetelem na výše uvedené skutečnosti jakkoli vzájemně rozporná.

36. K veškeré rozkladové argumentaci zadavatele shrnuji, že výše uvedeným postupem zadavatele, v rámci něhož použil odkaz na konkrétní výrobky, aniž by pro to byly splněny podmínky dle § 44 odst. 11 zákona, a aniž by reálně připustil dodávku jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení, porušil § 44 odst. 11 zákona a zásadu zákazu diskriminace zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona, neboť je zřejmé, že zadávacího řízení o veřejnou zakázku se mohly účastnit jen ty subjekty, které byly schopné dodat zadavatelem výslovně požadovaný konkrétní výrobek, resp. tyto subjekty byly zvýhodněny tím, že jako jediné měly jistotu, že jejich nabídka bude odpovídat zadavatelem stanoveným požadavkům. Stanovení požadavku na dodávku konkrétních produktů pak vedlo nepochybně ke zvýhodnění nebo k vyloučení určitých dodavatelů nebo určitých výrobků. Tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť došlo ke zvýhodnění výrobců nabízejících konkrétní požadované výrobky, respektive dodavatelů nabízejících zboží právě od těchto výrobců. S ohledem na okolnosti daného případu proto lze učinit relevantní závěr, že zadavatel nedefinoval předmětné požadavky na stavební materiály, hmoty a jednotlivé položky mobiliáře prostřednictvím jejich rozměrů či požadavků na jejich vlastnosti, což by byl postup, který by bylo možné označit za souladný se zákonem, resp. za nediskriminační. Z odůvodnění napadeného rozhodnutí vyplývá, že v daném případě byl ze strany Úřadu komplexně posouzen správní delikt, kterého se zadavatel dopustil, a byla zohledněna všechna kritéria zakotvená v ustanovení v § 121 odst. 2 zákona rozhodná pro určení výše pokuty, tedy závažnost správního deliktu, způsob spáchání a jeho následky, a dále i okolnosti jeho spáchání. Mám tak za to, že Úřad stanovil výši pokuty v souladu se zákonem a své rozhodnutí přezkoumatelným způsobem odůvodnil.
37. Ve smyslu ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu jsem rovněž přezkoumal zákonnost napadeného rozhodnutí a jeho věcnou správnost v rozsahu vznesených námitek a současně jsem přezkoumal i zákonnost postupu Úřadu, když jsem napadené rozhodnutí shledal zákonným a věcně správným. Úřad ve správním řízení dostatečně zjistil skutkový stav věci tak, aby mohl posoudit, zda v daném případě zadavatel postupoval v souladu se zákonem či nikoli. Současně Úřad všechny podklady pro vydání rozhodnutí řádně označil a uvedl závěry, které z těchto podkladů zjistil a které ho vedly k závěrům, že se zadavatel dopustil správního deliktu, přičemž zjištěný skutkový stav přezkoumal z hlediska naplnění zákonných ustanovení. Dále Úřad uvedl všechny právní normy, které v dané věci aplikoval a současně dostatečně odůvodnil jejich použití. Závěry Úřadu, obsažené v napadeném rozhodnutí, jsou dostatečně odůvodněny a jsou vnitřně logicky uspořádané. Závěrem tedy shrnuji, že Úřad rozhodl správně a v souladu se zákonem, když rozhodl tak, jak je uvedeno ve výročích napadeného rozhodnutí.

Posouzení z hlediska pozdější právní úpravy

38. Dne 1. 10. 2016 nabyl účinnosti zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“).
39. Podle čl. 40 odst. 6 ústavního zákona č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod (dále jen „Listina“) se trestnost činu posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán. Pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější. Shodný princip je vyjádřen i v § 2 odst. 1 zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „trestní zákoník“). Toto pravidlo zakládá výjimku z jinak obecného zákazu retroaktivity trestních norem, která se uplatní v případě, kdy je pozdější právní úprava pro pachatele příznivější. Tato výjimka se dle konstantní judikatury Nejvyššího správního soudu aplikuje rovněž v oblasti správního trestání.
40. V souvislosti s citovaným článkem Listiny uvádím, že konstantní soudní judikatura (např. rozsudek NSS č. j. 6 A 126/2002-27 ze dne 27. 10. 2004) dospěla k závěru, že „[t]restání za správní delikty musí podléhat stejnému režimu jako trestání za trestné činy a v tomto smyslu je třeba vykládat všechny záruky, které se podle vnitrostátního práva poskytují obviněnému z trestného činu. Je totiž zřejmé, že rozhraničení mezi trestnými (a tedy soudem postižitelnými) delikty a delikty, které stíhají a trestají orgány exekutivy, je výrazem vůle suverénního zákonodárce; není odůvodněno přirozenoprávními principy, ale daleko spíše je výrazem trestní politiky státu (...) Pro české právo to pak znamená, že i ústavní záruka článku 40 odst. 6 Listiny o tom, že je nutno použít pozdějšího práva, je-li to pro pachatele výhodnější, platí jak v řízení soudním, tak v řízení správním (...) Přijetí tohoto principu pak znamená, že nelze trestat podle starého práva v době účinnosti práva nového, jestliže nová právní úprava konkrétní skutkovou podstatu nepřevzala; analogicky to platí i tehdy, jestliže nová právní úprava stanoví mírnější sankce za stejné jednání“. K totožnému závěru dospěl NSS též v rozsudku č. j. 8 Afs 17/2007-135 ze dne 31. 5. 2007 a dalších.
41. K posouzení příznivější právní úpravy ve vztahu ke konkrétním okolnostem případu uvádím následující. Deliktní odpovědnost zadavatele konstatovaná napadeným rozhodnutím se opírá o závěr Úřadu, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 44 odst. 11 zákona v návaznosti na § 6 zákona, když v zadávací dokumentaci na předmět plnění veřejné zakázky uvedl pro příslušné objekty požadavek na dodávku laviček, stojanu na kola apod. s užitím odkazu na konkrétní výrobky, což znevýhodnilo nebo vyloučilo určité dodavatele či určité výrobky, ačkoliv to nebylo odůvodněno předmětem veřejné zakázky, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel smlouvu na realizaci veřejné zakázky. Je tedy zřejmé, že i v případě aplikace ZZVZ by se stále jednalo o porušení ZZVZ, konkrétně o nesplnění podmínky zakotvené v ustanovení § 89 odst. 5 ZZVZ, podle něhož zadavatel nesmí zvýhodnit nebo znevýhodnit určité dodavatele nebo výrobky tím, že technické podmínky stanoví prostřednictvím přímého nebo nepřímého odkazu mj. na určité dodavatele nebo výrobky, není-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky.
42. Z uvedeného vyplývá, že i podle pozdější právní úpravy by se jednalo o správní delikt dle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ, kterým zadavatel porušil § 89 odst. 5 ZZVZ, když v zadávací dokumentaci na předmět plnění uvedl specifická označení zboží, která platí pro určitou osobu za příznačná, což znevýhodnilo nebo vyloučilo určité dodavatele nebo určité výrobky, ačkoliv to nebylo odůvodněno předmětem veřejné zakázky, přičemž tímto postupem mohl ovlivnit výběr dodavatele.

43. Co se výroku II. napadeného rozhodnutí, jakožto výroku o trestu týká, uvádím, že ZZVZ v § 268 odst. 2 stanoví výši pokuty za správní delikt podle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ ve stejné výši jako § 120 odst. 2 zákona. Pozdější právní úprava tak ani ve vztahu k výroku II. napadeného rozhodnutí není pro zadavatele příznivější.
44. Ve světle výše uvedeného konstatuji, že v šetřeném případě nelze aplikovat výjimku ze zákazu retroaktivity, neboť právní úprava dle ZZVZ není pro zadavatele právní úpravou příznivější, tudíž je třeba správní delikt posuzovat podle právní úpravy účinné v době jeho spáchání, tedy dle zákona. Šetřený správní delikt zadavatele naplňuje stejné znaky skutkové podstaty, přičemž i výše sazby pokuty a kritéria závažnosti jsou totožná, jak dle ZZVZ, tak i podle zákona.

VI. Závěr

45. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu zadavatele.
46. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

Město Cheb, náměstí Krále Jiřího z Poděbrad 1/14, 350 02 Cheb

Vypraveno dne:

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