



UOHSX008E0VL

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



PŘÍKAZ

Č. j.: ÚOHS-S0281/2016/VZ-18296/2016/513/JLÍ

Brno: 28. dubna 2016

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, k výkonu dohledu nad postupem zadavatele při zadávání veřejných zakázek a soutěži o návrh, ve věci správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) citovaného zákona, jehož se dopustil

- zadavatel – Masarykova základní škola, IČO 42727511, se sídlem Obecnice 255, 262 21 Obecnice,

při zadávání veřejné zakázky „Studentské sociální minipodniky – příležitost pro spolupráci a rozvoj venkovské oblasti pod Brdy“ zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném dne 19.9.2014 odesláním výzvy k podání nabídek, oznámení o zadání veřejné zakázky bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 12.11.2014 pod ev. č. 401760,

vydává podle § 150 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, tento

příkaz:

I.

Zadavatel – Masarykova základní škola, IČO 42727511, se sídlem Obecnice 255, 262 21 Obecnice – **se dopustil správního deliktu** podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že nedodržel zásadu zákazu diskriminace stanovenou v § 6 odst. 1 citovaného zákona, když v rámci předmětu plnění veřejné zakázky „Studentské sociální minipodniky – příležitost pro spolupráci a rozvoj venkovské oblasti pod Brdy“ zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném dne 19.9.2014 odesláním výzvy k podání nabídek,

oznámení o zadání veřejné zakázky bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 12.11.2014 pod ev. č. 401760, poptával současně vedle plnění spočívajícího v dodávce zboží pro „*Studentský minipodnik – cukrárna/pekárna*“, blíže vymezeného položkami „*pekárna, hnětač, trouba, lednička, mlýnek, kráječ, vál, váleček, rádýlka, forma na bábovku, forma na dort, forma srdcová, forma na muffiny, mašlovačka, vařečka, obracečka, odměrka na potraviny, láhev na šlehačku, miska na šlehání, miska na zadělávání, mísa na zadělávání 6l, plech pečící 36x25, plech pečící 31x24, pekárenský vozík policový, váha, výrobek zmrzliny*“, plnění blíže vymezené položkami „*notebook, myš, tiskárna*“, a plnění blíže vymezené položkami „*laminátor, řezačka*“ a plnění „*publikace*“, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel dne 6.11.2014 s vybraným uchazečem – Roman Novotný, IČO 12248801, se sídlem Dubno 49, 261 01 Dubno – smlouvu na plnění předmětné části výše specifikované veřejné zakázky.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto příkazu se podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, zadavateli – Masarykova základní škola, IČO 42727511, se sídlem Obecnice 255, 262 21 Obecnice – ukládá,

pokuta ve výši 8 000 Kč (osm tisíc korun českých).

Pokuta je splatná do **jednoho měsíce** ode dne nabytí právní moci tohoto příkazu.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení

1. Zadavatel – Masarykova základní škola, IČO 42727511, se sídlem Obecnice 255, 262 21 Obecnice (dále jen „zadavatel“) – zahájil dne 19.9.2014 zadávací řízení na veřejnou zakázku „*Studentské sociální minipodniky – příležitost pro spolupráci a rozvoj venkovské oblasti pod Brdy*“ zadávanou ve zjednodušeném podlimitním řízení odesláním výzvy ze dne 19.9.2014 k podání nabídek“ (dále jen „veřejná zakázka“); oznámení o zadání zakázky bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 12.11.2014 pod ev. č. 401760.

II. Podnět

2. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), který je podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“) příslušný k výkonu dohledu nad postupem zadavatele při zadávání veřejných zakázek a soutěži o návrh, obdržel podnět k přezkoumání postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky. V podnětu bylo mj. uvedeno, že zadavatel stanovil předmět veřejné zakázky příliš široce, když sloučil do jednoho předmětu plnění, jež spolu věcně nesouvisí (IT technika, pomůcky na pečení, publikace...), čímž došlo k nedodržení § 6 odst. 1 zákona a v důsledku toho ke spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

III. Postup Úřadu

3. V rámci šetření podnětu si Úřad vyžádal od zadavatele vyjádření k podnětu a dále dokumentaci o předmětné veřejné zakázce. Po přezkoumání relevantních podkladů, které tvoří obsah spisu v této věci vedené pod sp. zn. S0281/2016/VZ, Úřad konstatuje, že jsou

dostatečně zjištěny skutkové okolnosti pro vydání příkazu, kdy podle § 150 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), lze povinnost v řízení z moci úřední a ve sporném řízení uložit formou písemného příkazu, přičemž příkaz může správní orgán vydat, považuje-li skutkové zjištění za dostatečné; vydání příkazu může být prvním úkonem v řízení.

IV. Závěry Úřadu

K výroku I. příkazu

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o veřejné zakázce

4. Předmět plnění veřejné zakázky pro vybavení studentských sociálních minipodniků podle bodu 3.2. výzvy k podání nabídek ze dne 19.9.2014 je specifikován v příloze „soupis zařízení“, a to pro studentské sociální minipodniky: „*Studentský minipodnik – redakce*“, „*Studentský minipodnik – cukrárna/pekárna*“, „*Studentský minipodnik – keramika*“, „*Studentský minipodnik – nahrávací studio*“, „*Studentský minipodnik – zahradnictví*“, „*IT vybavení pro 1 ZŠ – kanceláře studentských minipodniků*“, „*MAS Brdy, z.ú. – IT vybavení*“ a „*publikace*“. Bližší specifikace vybavení byla uvedena v přílohách zadávací dokumentace.
5. Vybavení pro „*Studentský minipodnik – cukrárna/pekárna*“, bylo blíže specifikováno v příloze zadávací dokumentace jako položky „*pekárna, hnětač, trouba, lednička, mlýnek, kráječ, vál, váleček, rádýlka, forma na bábovku, forma na dort, forma srdcová, forma na muffiny, mašlovačka, vařečka, obracečka, odměrka na potraviny, láhev na šlehačku, miska na šlehání, miska na zadělávání, mísa na zadělávání 6l, plech pečící 36x25, plech pečící 31x24, pekárenský vozík policový, váha, výrobek zmrzliny*“.
6. Vybavení pro „*IT vybavení pro 1 ZŠ – kanceláře studentských minipodniků*“ bylo blíže specifikováno mj. jako položky „*notebook, myš, tiskárna*“ a také položkami „*laminátor, řezačka*“.
7. „*Publikace*“ byly v příloze zadávací dokumentace specifikovány nakladatelstvími, autory a názvy publikací.
8. Zadavatel smlouvu na plnění veřejné zakázky uzavřel s vybraným uchazečem – Roman Novotný, IČO 12248801, se sídlem Dubno 49, 261 01 Dubno (dále jen „vybraný uchazeč“), dne 6.11.2014 s cenou 2 547 280 Kč bez DPH, 3 082 209 Kč včetně DPH.

I. Vyjádření zadavatele ze dne 8.4.2016 k podnětu

9. Zadavatel mj. uvádí, že původně měl v úmyslu veřejnou zakázku rozdělit na části, jejichž předměty by byla věcně související plnění. Jelikož se však zadavatel nechtěl dopustit zbytečné chyby, které by jej mohly o část dotace připravit, konzultoval přesně tuto otázku dne 10.10.2014 se zaměstnanci MŠMT – koordinátorkou projektu a s projektovým manažerem OP VK, kteří sdělili, že pokud by byla zakázka rozdělena, dopustil by se zadavatel nezákonného dělení zakázek ve smyslu § 13 odst. 3 zákona a uložení sankce. V souladu s tímto poučením proto zadavatel postupoval tak, jak je mu vytýkáno. Jednání se za zadavatele zúčastnili manažer projektu a ředitel školy, kteří mohou výše označené pokyny zaměstnanců MŠMT dosvědčit. Nebýt tedy nekompetentních rad poskytovatele dotace, předmět veřejné zakázky by určil jinak. Zpracovatel výběrového řízení, společnost LEGRO CONSULT s.r.o., chtěla předmět výběrového řízení rozdělit na části, avšak zadavatel právě

z důvodů výše uvedených, aby neudělal zbytečnou chybu, následoval rad poskytovatele dotace.

10. K předmětnému zadávacímu řízení zadavatel uvádí, že do něj podaly nabídku tři subjekty, z čehož plyne, že jakkoliv byl předmět zakázky stanoven široce, byl realizovatelný, a to nikoliv pouze jedním uchazečem. Navíc zadavatel zdůrazňuje, že žádným způsobem nevyločil ani neomezil možnosti uchazečů využít subdodávek, v důsledku čehož se mohlo ve skutečnosti účastnit uchazečů daleko více.

Právní posouzení

Relevantní ustanovení zákona

Relevantní ustanovení zákona

11. Podle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

Závěry Úřadu

12. Jak vyplývá z § 6 odst. 1 zákona, zadavatel je vždy povinen postupovat v souladu se zásadami transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace, což je nutné aplikovat rovněž na vymezení předmětu plnění veřejné zakázky, jehož příliš široké vymezení může mít za následek neoprávněné vyloučení některých dodavatelů z možné účasti na zadávacím řízení a jejich diskriminaci, čímž dochází k omezení hospodářské soutěže.
13. O jedinou veřejnou zakázku se jedná tehdy, jestliže plnění, která v ní jsou zahrnuta, jsou plněními, jež se svým charakterem vzájemně neodlišují, tedy plnění stejného nebo srovnatelného druhu. V šetřeném případě zadavatel v rámci veřejné zakázky (jako jeden předmět plnění) pořizoval zboží (viz body 5, 6 a 7 odůvodnění tohoto rozhodnutí), které nelze klasifikovat jako plnění stejného nebo srovnatelného druhu. V této souvislosti Úřad poznamenává, že dalšími částmi předmětu plnění veřejné zakázky (viz bod 4 odůvodnění tohoto rozhodnutí) se nezabýval, neboť na posouzení zákonnosti postupu zadavatele by to nemělo žádný vliv.
14. K problematice široce vymezeného předmětu veřejné zakázky se vyjádřil Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 7/2010-135 ze dne 2.3.2010 takto: „...v případě, kdy zadavatel vymezí předmět veřejné zakázky příliš široce (tzn. v rámci jedné veřejné zakázky požaduje plnění, která spolu vzájemně nesouvisejí) a v důsledku toho podalo nabídku méně dodavatelů než v situaci, kdy by byla tato jednotlivá plnění poptávána samostatně, může se zadavatel dopouštět skryté diskriminace. Diskriminováni jsou zde ti dodavatelé, kteří by mohli podat nabídku na jednotlivá plnění, nicméně nejsou schopni nabídnout plnění všechna.“ Zadavatel se tedy může dopustit porušení zásady zákazu diskriminace v jeho skryté podobě, pokud vymezí předmět plnění veřejné zakázky příliš široce, v důsledku čehož může podat nabídku méně dodavatelů než v situaci, kdy by tato jednotlivá plnění byla poptávána samostatně. Diskriminováni jsou pak dodavatelé, kteří by mohli podat nabídku na jednotlivá plnění, nicméně nejsou schopni nabídnout plnění všechna, což má za následek omezení konkurenčního prostředí.
15. V souvislosti s problematikou skryté diskriminace Úřad odkazuje na závěr Nejvyššího správního soudu, který učinil v rozsudku č. j. 1 Afs 20/2008-152 ze dne 5.6.2008. Nejvyšší

správní soud v citovaném rozsudku ohledně výkladu ustanovení § 6 zákona mimo jiné uvedl, že „v *prvé řadě směřuje k cíli samotného zákona o veřejných zakázkách, kterým je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Zákon tohoto cíle dosahuje především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli. ...smysl a cíl zakazu diskriminace nutně vede interpreta § 6 ZVZ k závěru, že tento zákaz zahrnuje jednak zákaz diskriminace zjevné, tedy odlišného zacházení s jednotlivcem ve srovnání s celkem, jednak též zákaz diskriminace skryté, pokud tato vede v podstatě k obdobným právem zakázaným důsledkům (v oblasti veřejných zakázek tedy poškozování hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli).*“ Úřad dodává, že skrytá diskriminace dopadá i na situace, kdy zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku právě širokým vymezením předmětu veřejné zakázky.

16. Vzhledem k tomu, že zadavatel zadával veřejnou zakázku jako celek, lze konstatovat, že dodavatel, který nemá svou podnikatelskou činnost zaměřenou tak široce, že by současně zajistil plnění jak pro „*Studentský minipodnik – cukrárna/pekárna*“, tak současně i plnění pro „*IT vybavení pro 1 ZŠ – kanceláře studentských minipodniků*“ a „*publikace*“, nemohl se šetřeného zadávacího řízení účastnit vůbec, nebo pouze ve spolupráci se subdodavateli. Pro úplnost Úřad dodává, že v případě, kdy je široce koncipovaný předmět veřejné zakázky možné plnit pouze ve spolupráci se subdodavateli, není rovněž zajištěna efektivní hospodářská soutěž, neboť ta může být účinná pouze v případě, kdy dodavatelé mohou soutěžit nezávisle a na sobě a jsou tak zároveň vystaveni konkurenčnímu tlaku. Pokud by tedy zadavatel nezadával veřejnou zakázku jako celek (resp. pokud by umožnil podávání nabídek na jednotlivé části veřejné zakázky stejného nebo srovnatelného druhu), mělo by více dodavatelů dodávajících pouze určitou část ze zadavatelem poptávaných plnění šanci v těchto částech mezi sebou soutěžit, což by se také mohlo projevit v jejich nabídkových cenách, přičemž nejnižší nabídková cena byla zadavatelem stanovena jako základní hodnotící kritérium pro výběr nejvhodnější nabídky.
17. V šetřeném případě předmět veřejné zakázky zahrnoval jednak zcela nesourodé části („*Studentský minipodnik – redakce*“, „*Studentský minipodnik – cukrárna/pekárna*“, „*Studentský minipodnik – keramika*“, „*Studentský minipodnik – nahrávací studio*“, „*Studentský minipodnik – zahradnictví*“, „*IT vybavení pro 1 ZŠ – kanceláře studentských minipodniků*“, „*MAS Brdy, z.ú. – IT vybavení*“ a „*publikace*“) a například dokonce v rámci části „*IT vybavení pro 1 ZŠ – kanceláře studentských minipodniků*“ i svým charakterem zcela různorodé položky když vedle IT vybavení „*notebook, myš, tiskárna*“ požadoval současně i položky charakteru kancelářských potřeb „*laminátor, řezačka*“.
18. Z jednotlivých částí veřejné zakázky tak vyplývá, že předmětem plnění bylo zboží, které spolu nesouvisí a je svým charakterem navzájem zjevně odlišné, byť bylo všechno poptáváno za účelem pořízení vybavení pro studentské sociální minipodniky. V konkrétním šetřeném případě se jedná např. o formu na bábovku, notebook a publikace. Z výše uvedeného je zřejmé, že zadavatel v rámci jednoho předmětu plnění poptával zboží, které nelze klasifikovat jako plnění stejného, obdobného či srovnatelného druhu.
19. Úřad konstatuje, že ze zadávacích podmínek veřejné zakázky vyplývá, že zadavatel vymezil předmět plnění příliš široce a požadoval plnění (současně vybavení pro „*Studentský*

minipodnik – cukrárna/pekárna“, IT vybavení *„notebook, myš, tiskárna“* požadoval také kancelářské vybavení *„laminátor, řezačka“* a *„publikace“*), které se zřetelem na povinnost dodržení zásady zakazu diskriminace podle ustanovení § 6 odst. 1 zákona neměl poptávat jako jednu veřejnou zakázku nerozdělenou na části.

20. V důsledku široce koncipovaného předmětu plnění se mohl zadávacího řízení zúčastnit pouze omezený okruh dodavatelů a byli diskriminováni ti dodavatelé, kteří nebyli schopni vzhledem k takto široce stanovenému předmětu plnění podat nabídku v celém rozsahu požadavků zadavatele.
21. K vyjádření zadavatele, že původně měl v úmyslu veřejnou zakázku rozdělit na části, jejichž předměty by byla věcně související plnění, ale že po konzultaci se zaměstnanci MŠMT se rozhodl zadat poptávané plnění jako jednu veřejnou zakázku (viz bod 9. odůvodnění tohoto rozhodnutí), Úřad uvádí, že je to pouze zadavatel, který je podle § 44 odst. 1 zákona odpovědný za správnost a úplnost zadávacích podmínek. Pouze Úřad je pak podle § 112 příslušný k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek podle zákona (myšleno zákona o veřejných zakázkách). Správní řízení ve věci spáchání správního deliktu podle zákona o veřejných zakázkách tedy nelze zaměňovat s jinými správními či jinými řízeními vedenými dotačními orgány či orgány finanční správy podle jiných právních předpisů.
22. Zadavatel ve svém vyjádření rovněž uvedl, že přestože byl předmět veřejné zakázky stanoven široce, podaly nabídku tři subjekty, a že nevyločil ani neomezil možnost dodavatelů využít subdodávek, v důsledku čehož se mohlo ve skutečnosti účastnit uchazečů daleko více (viz bod 10. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad skutečnosti uváděné zadavatelem nezpochybňuje, avšak v šetřeném případě je relevantní, zda příliš širokým vymezením předmětu plnění nedochází k diskriminaci potencionálních dodavatelů a k omezení hospodářské soutěže, ne pouze to, zda na trhu existují dodavatelé schopní realizace veřejné zakázky jako celku. Úřad uvádí, že porušení zákona nelze zhojit možnostmi využití subdodavatelského systému a odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 9 Afs 37/2011-82 ze dne 7. 12. 2011, v němž Nejvyšší správní soud jednoznačně konstatoval, že *„na dodavatelích nelze spravedlivě požadovat, aby plnily požadavek, který je v rozporu se zákonem o veřejných zakázkách, natož aby tak činili formou subdodavatelskou, která jim zpravidla zvyšuje náklady a snižuje zisk.“*
23. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že pokud by zadavatel při stanovení předmětu plnění veřejné zakázky postupoval v souladu se zákonem, tedy tak, že by předmět veřejné zakázky rozdělil na části s plněním stejného nebo srovnatelného druhu, které spolu vzájemně souvisí, a nestanovil by jej příliš široce jako jeden předmět plnění, mohlo by dojít k rozšíření okruhu potencionálních dodavatelů o dodavatele, jež by byli zadavateli schopni dodat pouze určitou část požadovaného plnění (např. publikace) a zároveň předložit zadavateli v této části předmětu plnění cenově výhodnější nabídku než vybraný uchazeč, což mohlo vést k celkově nižší ceně celé veřejné zakázky, a proto tento postup zadavatele mohl ovlivnit výběr nejhodnější nabídky.
24. S ohledem na výše uvedené dílčí závěry považuje Úřad za nezbytné zabývat se i otázkou naplnění i dalšího znaku skutkové podstaty správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, a to vlivem na výběr nejhodnější nabídky, neboť podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto

zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

25. K potencialitě vlivu nezákonného postupu zadavatele na výběr nejvhodnější nabídky Úřad konstatuje, že v šetřeném případě, kdy k zahájení zadávacího řízení došlo téměř před dvěma roky (září 2014), nelze provést takový průzkum trhu, který by poskytl objektivní informace o stavu dotčených oblastí trhu v té době, jelikož není možné získat informace potřebného charakteru o každém dodavateli, který v daném období působil na dotčených trzích a který mohl být v daném případě považován za potenciálního uchazeče o předmětnou veřejnou zakázku. Takováto analýza by šla nad rámec dostupných možností v procesu vedeného řízení a zjevně by překračovala požadavek na doložení potenciality vlivu, jak je definován ve skutkové podstatě podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
26. Úřad má ovšem za prokázané, že lze konstatovat alespoň potenciální vliv nezákonného jednání zadavatele na výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že by v případě rozdělení veřejné zakázky na části stejného nebo srovnatelného druhu, resp. samostatného zadání částí stejného nebo srovnatelného druhu, nepodali nabídku jiní dodavatelé, přičemž jejich nabídka mohla být výhodnější než nabídka vybraného uchazeče. Úřadu je totiž z jeho činnosti známo, že např. na dotčených trzích existovala řada dodavatelů, kteří se zabývají výhradně dodávkami „IT techniky“ (např. Mironet.cz a.s., IČO 28189467, se sídlem Nad Kajetánkou 1478/26, 169 00 Praha 6 – Břevnov, AGEM.CZ s.r.o., IČO 27370208, se sídlem Pospíchalova 1093, 198 00 Praha 9, COMIMPEX spol. s r.o., IČO 46972439, se sídlem Haškova 153/17, 638 00 Brno), „kancelářských potřeb“ (např. SMERO, spol. s r.o., IČO 25527886, se sídlem Odbojářů 695, 664 61 Rajhrad, ACTIVA spol. s r.o., IČO 48111198, se sídlem Veselská 686, 199 00 Praha 9 – Letňany) či „publikací“ (např. DOBROVSKÝ s.r.o., IČO 26432668, se sídlem Květnového vítězství 332/31, 149 00 Praha 4, Středisko společných činností AV ČR, v. v. i., IČO 60457856, se sídlem Národní 1009/3, 110 00 Praha 1, jejímž předmětem jiné činnosti je mj. provozování knihkupectví, KNIHCENTRUM.CZ s.r.o., IČO 27854507, se sídlem Smetanovo náměstí 222/8, 702 00 Ostrava - Moravská Ostrava), kterým však nebyla dána žádná šance, aby se vůbec mohli příslušné části veřejné zakázky zúčastnit. V důsledku široce koncipovaného předmětu plnění se totiž mohl zadávacího řízení zúčastnit pouze omezený okruh dodavatelů, přičemž diskriminováni byli ti dodavatelé, kteří se v rámci své činnosti zabývají jen dodávkami části zadavatelem poptávaného spektra výrobků.
27. Úřad dále k potencialitě vlivu na výběr nejvhodnější nabídky uvádí, že zákon k naplnění skutkové podstaty správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona nevyžaduje prokázání vlivu na výběr nejvhodnější nabídky, postačí takové jednání zadavatele, které mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky, jak ostatně dokládá i ustálená rozhodovací praxe Úřadu i soudů.
28. K potencialitě vlivu jako znaku skutkové podstaty správního deliktu mj. uvedl předseda Úřadu v rozhodnutí č. j. ÚOHS-R180/2008/VZ- 1837/2009/310/ASc ze dne 12.2.2009 *„Skutková podstata správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona je navíc naplněna, i pokud jednání zadavatele má pouze potenciál podstatně ovlivnit výběr nabídky, tedy je pouze schopno tohoto ovlivnění, aniž by k němu nutně došlo. Z dikce zákona jasně plyne, že slovo „podstatně“ se vztahuje jak na skutečné ovlivnění (ovlivnil) tak i na potenciální možnost ovlivnění (mohl ovlivnit) výběru nabídky. ...k uložení pokuty Úřadem postačí pouze potenciální možnost ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Úřad tedy není nucen zkoumat,*

zda k ovlivnění skutečně došlo či nedošlo, neboť z hlediska ustanovení § 120 zákona stačí pouhá možnost tohoto ovlivnění.“. Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 7. 10. 2011 č. j. 62 Af 41/2010-72, dovodil, že „pro spáchání správního deliktu podle tohoto ustanovení [Pozn. Úřadu: § 120 odst. 1 písm. a)] (a pro uložení pokuty podle § 120 odst. 2 ZVZ) musí být prokázáno, že zadavatel porušil ZVZ, přitom k porušení ZVZ ze strany zadavatele došlo kvalifikovaným způsobem. Tento kvalifikovaný způsob porušení ZVZ (závažnější, „nebezpečnější“ porušení ZVZ) je dán tehdy, pokud kromě samotného nedodržení pravidla podávaného z některého z ustanovení ZVZ již došlo k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku a zároveň pokud samotné nedodržení pravidla podávaného z některého z ustanovení ZVZ buď podstatně ovlivnilo, nebo mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.“

29. Dále i Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 31 Af 23/2012-40 ze dne 26.9.2012 k materiální stránce deliktu uvedl, že „z dikce „podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit“ vyplývá, že může jít o poruchový nebo i ohrožovací správní delikt. Zákonodárce tedy (za běžných okolností) spatřuje společenskou škodlivost již v tom, že mohlo dojít, nikoli nutně muselo, k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Není tedy pravdou, že nedošlo k naplnění materiálního znaku správního deliktu....již pouhá existence takové možnosti je společensky škodlivá, a došlo tedy k naplnění materiálního znaku (společenské škodlivosti) správního deliktu uvedeného v ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách“.
30. Úřad s ohledem na popsané skutečnosti považuje za prokázané, že zadavatel se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že v šetřeném případě nedodržel zásadu zákazu diskriminace stanovenou v § 6 odst. 1 zákona, když v rámci jednoho předmětu plnění veřejné zakázky poptával současně vedle plnění spočívajícího v dodávce zboží, vybavení, pro „*Studentský minipodnik – cukrárna/pekárna*“, blíže vymezeného položkami „*pekárna, hnětač, trouba, lednička, mlýnek, kráječ, vál, váleček, rádýlka, forma na bábovku, forma na dort, forma srdcová, forma na muffiny, mašlovačka, vařečka, obracečka, odměrka na potraviny, láhev na šlehačku, miska na šlehání, miska na zadělávání, mísa na zadělávání 6l, plech pečící 36x25, plech pečící 31x24, pekárenský vozík policový, váha, výrobník zmrzliny*“, plnění blíže vymezené mj. položkami „*notebook, myš, tiskárna*“, a mj. také položkami „*laminátor, řezačka*“ a plnění „*publikace*“, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel dne 6.11.2014 s vybraným uchazečem smlouvu na plnění veřejné zakázky.
31. S ohledem na výše uvedené Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto příkazu.

K výroku II. příkazu – uložení pokuty

32. Úřad posoudil postup zadavatele a vzhledem k tomu, že zadavatel nedodržel postup stanovený zákonem, jak vyplývá z výše uvedeného, přistoupil k uložení pokuty podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona, neboť zadavatel svým postupem naplnil skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
33. Před uložení pokuty se ovšem Úřad nejprve zabýval délkou subjektivní a objektivní lhůty pro zánik odpovědnosti zadavatele za spáchání správního deliktu a konstatuje následující. Podle ustanovení čl. 40 odst. 6 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. Ústavní pravidlo zakotvené v ustanovení čl. 40 odst. 6 Listiny, tak 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 podle konstantní judikatury Nejvyššího správního soudu aplikuje rovněž v řízeních o sankci za správní delikty.

34. V šetřené věci došlo před zahájením správního řízení s účinností od 6.3.2015 ke změně ustanovení § 121 odst. 3 zákona, který nově uvádí, že „*odpovědnost právnické osoby za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm ne zahájil řízení do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán*“. Úřad proto v šetřeném případě aplikoval výjimku zakotvenou v ustanovení čl. 40 odst. 6 Listiny a posoudil případ podle pozdějšího zákona (zákona účinného v době zahájení správního řízení), neboť došel k závěru, že je pro zadavatele příznivější. Při posuzování příznivosti právní úpravy vycházel Úřad zejména ze skutečnosti, že zákon účinný v době zahájení zadávacího řízení umožňoval oproti stávající právní úpravě zahájit správní řízení s delším časovým odstupem od okamžiku spáchání správního deliktu či od okamžiku, kdy se o něm Úřad dozvěděl.
35. V návaznosti na § 121 odst. 3 zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v citovaném ustanovení zákona. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl na základě podnětu, který obdržel dne 29.3.2016. Správní delikt uvedený ve výroku I. tohoto rozhodnutí byl spáchán dne 6.11.2014. Správní řízení ve věci spáchání správního deliktu je zahájeno doručením tohoto příkazu. Z uvedených údajů vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.
36. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a), c) nebo d).
37. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu, a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí 3 082 209 Kč včetně DPH. Horní hranice možné pokuty tedy činí částku 308 220,9 Kč.
38. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty právnické osobě přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
39. Hlavním kritériem, které je podle výše citovaného ustanovení rozhodné pro určení výměry pokuty, je závažnost správního deliktu. Jde o obecnou kategorii poměřující rozsah dopadu konkrétního deliktního jednání na specifický právem chráněný zájem s přihlédnutím k významu tohoto chráněného zájmu. Zákon pak demonstrativním výčtem vymezuje, co lze pod pojem závažnost správního deliktu podřadit (způsob jeho spáchání, jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchán). Úřad nad rámec uvedených kritérií pak může přihlédnout i k jiným okolnostem, pokud jsou svojí povahou podstatné pro posouzení závažnosti správního deliktu, a které by s ohledem na skutkové okolnosti konkrétního případu mohly být kvalifikovány jako polehčující či přitěžující.
40. Při posuzování stupně závažnosti spáchaného správního deliktu vzal Úřad v úvahu skutečnost, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky nedodržel jednu ze základních zásad zadávacího řízení, a to zásadu zákazu diskriminace zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona, když poptával dohromady různorodé zboží, které nebylo možné považovat za plnění stejného nebo srovnatelného druhu. Následkem této skutečnosti bylo znevýhodnění dodavatelů, kteří

mohli podat nabídku na jednotlivá srovnatelná plnění, pakliže by zadavatel taková plnění poptával samostatně, avšak nikoliv na plnění souhrnné, tedy na dodávku veškerého zadavatelem poptávaného zboží. Zadavatel tedy de facto potlačil hospodářskou soutěž založenou na vzájemné konkurenci prostřednictvím omezeného okruhu potenciálních dodavatelů. Lze oprávněně předpokládat, že pokud by zadavatel předmět plnění veřejné zakázky rozčlenil podle charakteru poptávaného zboží a tato plnění poptával samostatně, mohl obdržet více nabídek, přičemž vliv zvýšené konkurence dodavatelů se mohl projevit ve vyšším počtu podaných nabídek i v celkové nižší ceně veřejné zakázky.

41. Jako polehčující okolnost Úřad ve prospěch zadavatele zohlednil skutečnost, že na plnění veřejné zakázky obdržel celkem tři nabídky, a tudíž lze učinit závěr, že soutěž o veřejnou zakázku nebyla zcela eliminována.
42. Žádné další přitěžující ani polehčující okolnosti, které by měly vliv na výši uložené pokuty, Úřad neshledal.
43. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech výše uvedených hledisek a stanovenou pokutu ve výši 8 000 Kč vzhledem k souvislostem případu posoudil jako dostačující.
44. Úřad vychází z premisy, že pokuta uložená zadavateli za spáchání správního deliktu má obecně plnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní, tj. postih za porušení povinností stanovených zákonem, a funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Po zvážení všech okolností případu Úřad stanovenou výši pokuty považuje za dostačující a konstatuje, že výše uložené pokuty v šetřeném případě stanovená při dolní hranici její maximální možné výše naplňuje obě základní funkce právní odpovědnosti.
45. Při stanovení výše pokuty Úřad rovněž zvažoval, zda pokuta uložená ve výši 8 000 Kč nemůže nepříznivě ovlivnit hospodaření zadavatele, přičemž dospěl k závěru, že pokuta uložená v této výši není způsobila negativně ovlivnit hospodaření ani působení zadavatele, který je příspěvkovou organizací, jejímž zřizovatelem je obec Obecnice, a to i přes nedostatek finančních prostředků v oblasti školství.
46. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele rozhodl o uložení pokuty zadavateli tak, jak je uvedeno ve výroku II. příkazu.
47. Pokuta je splatná do jednoho měsíce od nabytí právní moci tohoto příkazu na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj – pracoviště Brno, zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO zadavatele.

POUČENÍ

Proti tomuto příkazu lze podle § 150 odst. 3 správního řádu do 8 dní ode dne jeho doručení podat odpor k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Podáním odporu se příkaz ruší a řízení ve věci pokračuje. Lhůty pro

vydání rozhodnutí začínají znovu běžet dnem podání odporu. Zpětvzetí odporu není přípustné. Lhůta pro podání odporu běží ode dne následujícího po dni doručení tohoto příkazu. Příkaz, proti němuž nebyl podán odpor, se stává pravomocným a vykonatelným rozhodnutím.

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží

Masarykova základní škola, IČO 42727511, se sídlem Obecnice 255, 262 21 Obecnice

Vypraveno dne

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