



UOHSX00ADENE

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0591/2016/VZ-24075/2017/521/MŽi

Brno: 18. srpna 2017

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 8. 9. 2016 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel – obec Jílovice, IČO 00245038, se sídlem 373 32 Jílovice 170,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, citovaným zadavatelem při zadávání veřejné zakázky „Zlepšení nakládání s bioodpady v obci Jílovice“ ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném na základě výzvy k podání nabídky a prokázání kvalifikace odeslané dne 26. 6. 2015 a uveřejněné na profilu zadavatele téhož dne, přičemž oznámení o zadání zakázky bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 14. 9. 2015 pod ev. č. zakázky 522219 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 16. 9. 2015 pod ev. č. 2015/S 179-325166,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – obec Jílovice, IČO 00245038, se sídlem 373 32 Jílovice 170 – **se dopustil správního deliktu** podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že postupoval při zadávání veřejné zakázky „Zlepšení nakládání s bioodpady v obci Jílovice“ ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném na základě výzvy k podání nabídky a prokázání kvalifikace odeslané dne 26. 6. 2015 a uveřejněné na profilu zadavatele téhož dne, přičemž oznámení o zadání zakázky bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 14. 9. 2015 pod ev. č. zakázky 522219 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 16. 9. 2015 pod ev. č. 2015/S 179-325166, v rozporu se zásadou zákazu diskriminace zakotvenou

v ustanovení § 6 odst. 1 citovaného zákona, když v článku IX. bodu 1. písm. a) návrhu kupní smlouvy, který tvoří Přílohu č. 5 zadávací dokumentace a výzvy k podání nabídky a k prokázání splnění kvalifikace na předmětnou veřejnou zakázku, stanovil smluvní pokutu za prodlení dodavatele s termínem dodání zboží a jeho instalace a uvedení do provozu ve výši 2 250 000,- Kč bez DPH, kdy výše smluvní pokuty byla dle cit. článku IX. bodu 1. písm. a) návrhu kupní smlouvy odvozena od možnosti ztráty dotace v případě nedodržení podmínek poskytovatele dotace – České republiky – Ministerstva životního prostředí, IČO 00164801, se sídlem Vršovická 1442/65, 100 00 Praha – Vršovice, avšak z Rozhodnutí o poskytnutí dotace ze dne 16. 11. 2015, č. j. 115D242004337/2 vyplývá, že samotné překročení termínu pro dokončení realizace předmětu veřejné zakázky o méně než 1 měsíc by nebylo cit. poskytovatelem dotace považováno za neoprávněné použití prostředků dotace, a že by tudíž nebylo z jeho strany postíženo žádným odvodem z celkové částky dotace, přičemž maximálně (v případě překročení termínu plnění o více než 6 měsíců) by bylo možno překročení termínu pro dokončení realizace předmětu veřejné zakázky postihnout odvodem ve výši 5 % z celkové částky dotace (tj. odvodem ve výši 118 004,- Kč), čímž mohlo dojít k bezdůvodnému omezení okruhu potenciálních dodavatelů, neboť stanovená výše smluvní pokuty je vůči skutečně hrozícím finančním ztrátám cit. zadavatele způsobeným krácením dotace (tj. odvodem z celkové částky dotace) pro nedodržení podmínky poskytovatele dotace související s termínem pro ukončení realizace akce (tj. dodání předmětu plnění veřejné zakázky) zjevně nepřiměřená, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a zadavatel dne 28. 8. 2015 uzavřel kupní smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky s obchodní společností ENERGREEN PROJEKT s.r.o., IČO 26880342, se sídlem Sladkovského 659/40, 779 00 Olomouc.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí **se zadavateli** – obec Jílovice, IČO 00245038, se sídlem 373 32 Jílovice 170 – **ukládá** podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

pokuta ve výši 44 000,- Kč (čtyřicet čtyři tisíc korun českých).

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

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – obec Jílovice, IČO 00245038, se sídlem 373 32 Jílovice 170 (dále jen „zadavatel“) – zahájil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“) dne 26. 6. 2015 odesláním „Zadávací dokumentace a výzvy k podání nabídky a k prokázání splnění kvalifikace na podlimitní veřejnou zakázku“ (dále jen „zadávací dokumentace“) zjednodušené podlimitní řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Zlepšení nakládání s bioodpady v obci Jílovice“, přičemž oznámení o zadání zakázky bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 14. 9. 2015 pod ev. č. zakázky 522219 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 16. 9. 2015 pod ev. č. 2015/S 179-325166 (dále jen „veřejná zakázka“).

2. Ze zadávací dokumentace vyplývá, že zadavatel se při výkonu práv a povinností souvisejících se zadávacím řízením nechal v souladu s § 151 odst. 1 zákona zastoupit obchodní společností SU-CONSULT s.r.o., IČO 27970175, se sídlem Dvořákova 2249/21, 350 02 Cheb.
3. Zadavatel v čl. 2) zadávací dokumentace vymezil předmět plnění veřejné zakázky jako „pořízení komunální techniky pro zřízení separovaného sběru bioodpadu v obci Jílovice“.
4. Předpokládanou hodnotu veřejné zakázky zadavatel v čl. 5) zadávací dokumentace stanovil ve výši 2 080 000,- Kč bez DPH.
5. Dne 28. 8. 2015 zadavatel uzavřel s obchodní společností ENERGREEN PROJEKT s.r.o., IČO 26880342, se sídlem Sladkovského 659/40, 779 00 Olomouc (dále jen „vybraný uchazeč“), kupní smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky.

II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

6. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), jako orgán příslušný podle § 112 zákona k výkonu dohledu nad postupy zadavatelů při zadávání veřejných zakázek a soutěží o návrh, obdržel podnět k přezkoumání postupu zadavatele v souvislosti se zadáváním předmětné veřejné zakázky, přičemž v rámci šetření podnětu si Úřad vyžádal od zadavatele vyjádření k podnětu, dokumentaci o veřejné zakázce a další relevantní podklady. Po přezkoumání předložených podkladů Úřad dospěl k závěru, že zadavatel nepostupoval v souladu se zákonem, a proto dne 7. 9. 2016 vydal podle § 150 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), příkaz č. j. ÚOHS-S0591/2016/VZ-37221/2016/521/KMz z téhož dne. Dnem 8. 9. 2016, kdy byl příkaz zadavateli doručen, došlo dle § 150 odst. 1 v návaznosti na § 46 odst. 1 správního řádu k zahájení předmětného správního řízení. Proti uvedenému příkazu zadavatel podal dne 14. 9. 2016 odpor, který byl Úřadu doručen prostřednictvím systému datových schránek téhož dne.

Námítky odporu

7. Zadavatel ve svém odporu uvádí, že z citovaného příkazu nevyplývá nic, co Úřad dle své úvahy uvádí jako příklad „zjevného excesu“. Zadavatel poukazuje na skutečnost, že už jen samotný gramatický výklad spojený s užitím sousloví „zjevný exces“ působí tak, že se musí jednat o zásah vysoké intenzity. Úřad tuto intenzitu nachází ve výši smluvní pokuty přesahující předpokládanou hodnotu veřejné zakázky, aniž by tento svůj závěr opřel o jakékoliv dokazování. Hodnota veřejné zakázky činila 2 516 800,- Kč včetně DPH. Zadavatel v této souvislosti pokládá otázku, zda Úřad zjišťoval, jestli zadavatel uplatnil DPH, přičemž konstatuje, že nikoliv a je tedy nutno konstatovat, že zadavatel si DPH uplatnit nemohl, neboť k tomu dle příslušných právních předpisů nebyl oprávněn, a tudíž uhradil vybranému uchazeči celkovou vysoutěženou kupní cenu 2 497 440,- Kč vč. DPH. Na jedné straně tedy máme kupní cenu ve výši 2 497 440,- Kč či hodnotu veřejné zakázky 2 516 800,- Kč a na druhé straně smluvní pokutu ve výši 2 225 000,- s dovětkem bez DPH. Zadavatel dále dodává, že právní předpisy nijak institut smluvní pokuty nezatěžují DPH, neboť smluvní pokuta představuje zajišťovací instrument, který plní dále funkci sankční, příp. odškodňovací. Titulem k nároku na smluvní pokutu je zásadně porušení smlouvy, nejde o úplatu za dodání zboží či poskytnutí služby. Úhrada smluvní pokuty dle zadavatele tedy obecně není úplatou za plnění, které by bylo předmětem DPH.

8. Podle názoru zadavatele Úřad tedy vycházel z premisy, že smluvní pokuta přesahovala hodnotu veřejné zakázky, což, jak je výše uvedeno, není pravdou, neboť 2 497 440,- Kč (event. 2 516 800,- Kč) je pochopitelně více než 2 2250 000,- Kč, předpokládáme-li, že smluvní pokuta byla sjednána platně, neboť dovětek o DPH může činit dohodu o smluvní pokutě i absolutně neplatnou pro neurčité právní jednání. Nelze totiž dle zadavatele bez dalšího tvrdit, že hodnota veřejné zakázky je 2 080 000,- Kč bez DPH, a proto brát tuto částku jako hodnotu veřejné zakázky v rámci tohoto řízení jako neměnnou. Dle názoru zadavatele je nutné pro hodnocení, zda zadavatel stanovil smluvní pokutu vyšší než hodnotu veřejné zakázky, vycházet z konkrétních kroků této veřejné zakázky a uhradil-li (bez vratky DPH, na kterou neměl nárok) zadavatel cenu včetně DPH, je nutno posuzovat vedle výše smluvní pokuty kupní cenu vč. DPH, neboť o takovou částku přesně se snížil majetek zadavatele.
9. Zadavatel dále konstatuje, že Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 9 Afs 21/2013-39 ze dne 30. 4. 2014, na který Úřad v příkazu odkazoval, konkrétně shledal jako „zjevný exces“ např. požadavek zadavatele, který je jednoznačně v rozporu s kogentním ustanovením zákona či požadavek vyvolávající nemožnost plnění předmětu zakázky, kdy přitom nejde o pravidlo při posuzování kvalifikace či samotného hodnocení nabídek. Zadavatel k tomuto poznamenává, že jeho „provinění“ není jednoznačně v rozporu s kogentními normami a nevyvolává nemožnost plnění, a upozorňuje, že v odůvodnění příkazu Úřad tuto část rozsudku zcela pomínul a nahradil jej vlastní interpretací zjevného excesu, a to takovou, že má toliko „dopad do soutěžního prostředí“. I kdyby Úřad trval na tom, že smluvní pokuta je vyšší než hodnota veřejné zakázky, ani poté by se dle zadavatele nejednalo o rozpor s kogentními normami či o požadavek vyvolávající nemožnost plnění.
10. Zadavatel dále poukazuje na skutečnost, že obec, a zvláště pak malá obec, je specifickým okruhem zadavatelů. Stojí často na jednom, dvou lidech, kteří jsou ochotni pracovat pro veřejné blaho a riskují tím akorát postih od správních orgánů (mimo jiné). Starosta musí být zemědělec, účetní, právník, daňář atp. Zadavatel uvádí, že v tomto konkrétním případě si obec za nemalé finanční prostředky najala specializovanou firmu, znalou problematiky veřejných zakázek. Přestože se tato firma zaručila za průběh veřejné zakázky (vč. dle Úřadu sporného návrhu smlouvy), přestože se obec řídila zákonem, kdy je na zadavateli, aby určil, za jakých podmínek chce smlouvu uzavřít, je nyní sankcionován, ačkoli pouze chtěl nakoupit stroje pro řádnou správu svých nemovitých věcí.
11. Zadavatel dodává, že diskriminace je termínem, který asociuje jakési rozlišování. Zadavatel zde nikoho nediskriminoval, soutěžitelé měli naprosto shodné podmínky. Přesto Úřad naslouchal těm firmám, které si na zakázku nevěřily a předpokládaly, doufejme, že nikoli a priori, že by smlouvu nemusely dodržet, neboť se obávaly sankce. Sankce, která byla stejná pro všechny soutěžitele.

Další průběh správního řízení

12. Usnesením č. j. ÚOHS-S0591/2016/VZ-38027/2016/521/KMz ze dne 14. 9. 2016 určil Úřad zadavateli lhůtu, v níž mohl navrhopat důkazy, činit jiné návrhu a vyjádřit své stanovisko v řízení. Zadavatel tohoto svého oprávnění ve stanovené lhůtě ani později nevyužil.

13. Usnesením č. j. ÚOHS-S0591/2016/VZ-40636/2016/521/KMz ze dne 4. 10. 2016 určil Úřad zadavateli lhůtu, v níž se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Zadavatel tohoto svého oprávnění ve stanovené lhůtě ani později nevyužil.

Rozhodnutí ve věci

14. Rozhodnutím Úřadu č. j. ÚOHS-S0591/2016/VZ-43506/2016/521/KMz ze dne 25. 10. 2016 (dále jen „původní rozhodnutí“) rozhodl Úřad následovně:
- ve výroku I. původního rozhodnutí Úřad rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že postupoval při zadávání veřejné zakázky v rozporu se zásadou zákazu diskriminace zakotvenou v ustanovení § 6 odst. 1 zákona, když v článku IX. bodu 1. písm. a) návrhu kupní smlouvy, který tvoří Přílohu č. 5 zadávací dokumentace, stanovil smluvní pokutu za prodlení dodavatele s termínem dodání zboží a jeho instalace a uvedení do provozu ve výši 2 250 000 Kč bez DPH, ačkoli předpokládanou hodnotu veřejné zakázky stanovil v čl. 5) zadávací dokumentace ve výši 2 080 000 Kč bez DPH, čímž mohlo dojít k bezdůvodnému omezení okruhu potenciálních dodavatelů, neboť stanovená výše smluvní pokuty je vůči předpokládané hodnotě veřejné zakázky zjevně nepřiměřená, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel dne 28. 8. 2015 uzavřel kupní smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky s obchodní společností ENERGREEN PROJEKT s.r.o., IČO 26880342, se sídlem Sladkovského 659/40, 779 00 Olomouc
 - ve výroku II. původního rozhodnutí Úřad uložil zadavateli za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. původního rozhodnutí pokutu ve výši 46 000 Kč.

Další skutečnosti

15. Dne 9. 11. 2016 obdržel Úřad nedatované podání zadavatele, označené jako „Rozklad proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0591/2016/VZ-43506/2016/521/KMz ze dne 25. 10. 2016“ (dále jen „podání“), ve kterém zadavatel rozporoval závěr Úřadu o zjevné excesivnosti smluvní pokuty, ke kterému Úřad dle zadavatele dospěl neoprávněným posuzováním přiměřenosti smluvní pokuty. Závěrem předmětného podání zadavatel předsedovi Úřadu navrhl, aby přezkoumávané rozhodnutí zrušil a řízení ve věci zastavil.
16. Přípisem č. j. ÚOHS-S0591/2016/VZ-46417/2016/521/KMz/MŽi ze dne 21. 11. 2016 Úřad sdělil zadavateli, že předmětné podání, byť označené jako rozklad, nebylo opatřeno uznávaným elektronickým podpisem, pročež na ně nemohlo být pohlíženo jako na řádně podaný rozklad. S ohledem na to, že ve lhůtě pro podání rozkladu tento nebyl v zákonem předvídané formě podán, a to přestože zadavatel byl řádně poučen o možnosti podat rozklad i o zákonných náležitostech a formě podání rozkladu dle § 117c odst. 1 písm. b) zákona, nabylo původní rozhodnutí dne 11. 11. 2016 právní moci.
17. Dne 5. 12. 2016 obdržel Úřad od zadavatele „Žádost o prominutí pokuty“ č. j. 1137/2016 z téhož dne, ve kterém zadavatel žádá předsedu Úřadu o prominutí pokuty uložené mu původním rozhodnutím. Přípisem č. j. ÚOHS-48294/2016/321/EDy odeslaným zadavateli prostřednictvím datové schránky dne 8. 12. 2016 sdělil předseda Úřadu zadavateli, že jeho žádosti není možno vyhovět, neboť správní orgán může dle § 2 odst. 2 správního řádu

uplatňovat svoji pravomoc pouze k těm účelům, k nimž mu byla zákonem či na jeho základě svěřena, a to v rozsahu, v jakém mu byla svěřena, přičemž zákon institut prominutí pokuty nezná.

Přezkumné řízení

18. Předseda Úřadu vydal ve zkráceném přezkumném řízení dle § 98 správního řádu zahájeném z moci úřední o původním rozhodnutí dne 6. 6. 2017 rozhodnutí č. j. ÚOHS-V0106/2017/VZ-17007/2017/323/KKŘ z téhož dne (dále jen „druhostupňové rozhodnutí“), kterým zrušil původní rozhodnutí a vrátil věc Úřadu k dalšímu řízení. Druhostupňové rozhodnutí nabylo právní moci dne 22. 6. 2017.

Druhostupňové rozhodnutí

19. Předseda Úřadu v druhostupňovém rozhodnutí dospěl k závěru, že původní rozhodnutí je nesprávné, nezákonné a nepřezkoumatelné, neboť „*jím Úřad konstatoval spáchání správního deliktu zadavatelem na základě svých mylných úvah, nemajících oporu v objektivním srovnání hodnot, které by mohly vypovídat o hypotetické excesivnosti posuzované smluvní pokuty.*“ V podrobnostech pak předseda Úřadu uvedl následující.
20. Předseda Úřadu se v první řadě zabýval otázkou toho, zda je možno v posuzované věci provést zkrácené přezkumné řízení, přičemž dospěl k závěru, že pro to byly splněny všechny podmínky.
21. Předseda Úřadu dále obecně vyjádřil souhlas s úvahami Úřadu, že by v důsledku nastavení příliš vysoké smluvní pokuty za opožděné plnění předmětu veřejné zakázky mohlo dojít k omezení okruhu potenciálních dodavatelů a označil za přílehlavou i aplikaci rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 9 Afs 21/2013-39 ze dne 30. 4. 2014, který „*obecně zapovídá Úřadu zkoumání vhodnosti či přiměřenosti soukromoprávních podmínek zadavatele stanovených v zadávacím řízení, avšak s výjimkou zjevných excesů, které by nadto mohly mít dopady na soutěžní prostředí*“, nicméně konkrétní závěry Úřadu o zjevné excesivnosti smluvní pokuty porovnávané s předpokládanou hodnotou veřejné zakázky označil za nesprávné a v rozporu s dotčenými právními předpisy.
22. Předseda Úřadu dále uvedl, že neshledává za správné a zákonné srovnání smluvní pokuty vůči sumě předpokládané hodnoty z následujících důvodů. Předpokládanou hodnotou je oceňována domnělá výše peněžitého závazku vyplývajícího z plnění veřejné zakázky a jejím smyslem je především určení režimu veřejné zakázky. Smluvní pokuta je pak zajišťovacím institutem soukromého práva, který mj. slouží „*k pokrytí či reparaci rizika škody způsobené řádným a včasným nesplněním smluvní pokutou zajištěné povinnosti*“. Smluvní pokuta se tudíž dle předsedy Úřadu odvíjí od výše škody, kterou lze v konkrétním případě očekávat, nikoliv tedy od výše předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Z uvedených důvodů pak nelze tyto dvě hodnoty srovnávat a z jejich srovnání odvozovat zjevnou excesivnost předmětné soukromoprávní podmínky.
23. Předseda Úřadu v druhostupňovém rozhodnutí uvedl, že „*[p]řípadnou excesivnost nebo naopak přiměřenost výše smluvní pokuty je nutno zkoumat zejména ve vztahu k celkovým okolnostem právního úkonu smluvních stran, pohnutkám zadavatele, účelu, který zadavatel ukotvením smluvní pokuty do návrhu smlouvy sledoval, případně k charakteru smluvní pokuty a k hodnotě a významu zajišťované povinnosti. Výše předpokládané hodnoty je přitom*

v tomto případě druhotná, jelikož přesně nevypovídá o tom, jakou výši újmy může u zadavatele případné nesplnění zajišťované povinnosti způsobit. Předpokládaná hodnota toliko vyjadřuje částku, kterou zadavatel považuje za odpovídající poskytnutí plnění veřejné zakázky, přičemž jejím primárním smyslem je rozlišení toho, zda jde o veřejnou zakázku nadlimitní, podlimitní nebo malého rozsahu“, a dále doplnil, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky „nic nevypovídá o skutečné hodnotě pořizovaného plnění a už vůbec nemá vliv na možné škody vzniknuvší na straně zadavatele opožděnou dodávkou plnění, proto se nejvíce vhodné v jejím světle výši smluvní pokuty komparovat. Přiměřenost či nepřiměřenost (dosahující intenzity excesu) smluvní pokuty je nutné porovnávat vůči souhrnu eventuálně v úvahu přicházejících škod, které mohou zadavateli v důsledku prodlení s dodáním a instalací zboží a jeho uvedením do provozu vzniknout.“

24. *K otázce možné škody předseda Úřadu uvedl, že „[z]a možnou škodu lze v daném případě považovat především částku, o kterou by zadavatel v důsledku prodlení dodavatele přišel v rámci odvodů z dotace poskytnuté na pořízení předmětu veřejné zakázky“ a poukázal na to, že se Úřad otázkou možnosti ztráty dotace či částečných odvodů z dotace zabýval v bodě 38. a násl. odůvodnění původního rozhodnutí, nicméně již „neučinil nezbytný závěr ohledně skutečně hrozících finančních ztrát zadavatele způsobených krácením dotace pro nedodržení podmínek poskytovatele dotace souvisejících s opožděným plněním předmětu veřejné zakázky, (...)“ a namísto toho poměřoval výši smluvní pokuty s předpokládanou hodnotou veřejné zakázky, což dle předsedy Úřadu „zakládá nepřezkoumatelnost a nezákonnost přezkoumávaného rozhodnutí v tomto rozsahu.“ Předseda Úřadu dále uvádí, že „právě skutečně hrozící finanční ztráty zadavatele způsobené krácením dotace (apod.) jsou onou rozhodnou hodnotou, vůči níž lze porovnávat proporcionalitu smluvní pokuty a učinit případný závěr o zjevném excesu při jejím stanovení.“*
25. *Dále předseda Úřadu v druhostupňovém rozhodnutí opakuje, že pokud měl Úřad konkrétní pochybnosti o postupu zadavatele, pak „byl povinen případnou excesivnost smluvní pokuty hodnotit ve vztahu ke skutečně hrozící škodě způsobené prodlením na straně dodavatele s plněním předmětu veřejné zakázky, neboť právě toto je hodnota způsobitelná k poměrování proporcionality výše smluvní pokuty. Tím, že tak Úřad neučinil, když jako komparační přijal nevhodnou a nic nevypovídající hodnotu, postupoval nesprávně a v rozporu s příslušnými právními předpisy.“ Předseda Úřadu poukazuje na to, že „Úřad má především povinnost v souladu s § 2 odst. 4 správního řádu dbát mimo jiné na to, aby jím přijaté řešení odpovídalo okolnostem daného případu, což se v nyní šetřené věci zcela evidentně nestalo. Úřad totiž konstatoval spáchání správního deliktu zadavatelem na základě nesprávných úvah, nekorespondujících skutečností (resp. okolností) posuzované otázky, vzhledem k čemuž je nutné tento stav narovnat tím, že Úřad provede nové posouzení dané věci, a to v rámci níže uvedených intencí.“ Předseda Úřadu dále vyjadřuje svoji domněnku, že „vedle rozporu přezkoumávaného rozhodnutí s ustanovením § 2 odst. 4 správního řádu je možné shledat zřejmý nesoulad rovněž s § 6 odst. 1 zákona. Úřad totiž v přezkoumávaném rozhodnutí dovedl, že zadavatelem nastavená podmínka v podobě údajně excesivní smluvní pokuty je diskriminační vůči dodavatelům, pro něž představuje nepřiměřené podnikatelské riziko a ve svém důsledku tak omezuje soutěžní prostředí. Porušení § 6 odst. 1 zákona však bylo dovozeno na základě nesprávných úvah či spíše porovnáním ‚neporovnatelných‘ hodnot. Proto tedy není možné za daných podmínek shledat porušení zásady zákazu diskriminace způsobem, jak jej dovedl Úřad, nýbrž je třeba znovu nejdříve posoudit případnou excesivnost*

předmětné smluvní pokuty (ve vztahu k případné škodě, kterou má dle vůle smluvních stran pokrývat) a teprve následně dovodit či vyvrátit možnou diskriminaci podle § 6 odst. 1 zákona. Za současného stavu však nelze zpochybnit fakt, že přezkoumávané rozhodnutí je ve zřejmém rozporu i s § 6 odst. 1 zákona.“ S ohledem na uvedené pak předseda Úřadu uzavírá, že „přezkoumávané rozhodnutí je evidentně rozporné s právními předpisy, konkrétně s ustanovením § 2 odst. 4 správního řádu a § 6 odst. 1 zákona.“

26. Vzhledem k výše uvedenému předseda Úřadu přistoupil ke zrušení původního rozhodnutí a vrátil věc Úřadu k novému projednání, přičemž uvedl, že „Úřad se v novém projednání předmětné věci bude zabývat tím, zda zadavateli skutečně mohla vzniknout v souvislosti s opožděným plněním předmětu veřejné zakázky škoda způsobená krácením, popřípadě ztrátou dotace. Takovou zjištěnou možnost či hrozbu škody nechť Úřad posoudí z hlediska její v úvahu přicházející výše, neboť ta představuje hodnotu, vůči níž lze objektivně porovnávat přiměřenost či nepřiměřenost (excesivnost) smluvní pokuty, jak tato byla zakotvena v závazném návrhu kupní smlouvy. Pokud Úřad opětovně dojde k závěru, že zadavatel pochybil při určení částky a způsobu aktivace smluvní pokuty a shledá ji excesivní a diskriminační vůči drobným dodavatelům, což ve svém výsledku může vést až k omezení soutěžního prostředí, pak je povinen znovu přezkoumatelným způsobem odůvodnit, proč má za to, že je smluvní pokuta excesivně vysoká, a to ve vztahu k možnému riziku vzniku škody na straně zadavatele, kterou má reparovat. Svůj závěr může Úřad podpořit dalšími skutečnostmi, které potvrdí či vyvrátí hypotetickou možnost vzniku finančních ztrát způsobených krácením (ztrátou) dotace, což dá prostor pro možnost porovnání takto dovozené hodnoty s vyšší smluvní pokuty. Naopak je třeba, aby se Úřad napříště vyvaroval jakékoliv komparace výše smluvní pokuty s částkou představující předpokládanou hodnotu, neboť tyto dvě veličiny jsou vzájemně neporovnatelné (...)“.

Nové projednání věci Úřadem

27. Úřad oznámil zadavateli pokračování správního řízení přípisem č. j. ÚOHS-S0591/2016/VZ-19907/2017/521/MŽi ze dne 3. 7. 2017 a současně zadavateli usnesením č. j. ÚOHS-S0591/2016/VZ-19915/2017/521/MŽi z téhož dne stanovil lhůtu, ve které byl oprávněn navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko.
28. Dne 11. 7. 2017 obdržel Úřad prostřednictvím datové schránky vyjádření zadavatele ze dne 10. 7. 2017, v němž zadavatel uvádí, že se neztotožnil s původním rozhodnutím. Dále zadavatel cituje část rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 9 Afs 21/2013-39 ze dne 30. 4. 2014, podle kterého není úkolem Úřadu při přezkoumání úkonů zadavatele hodnotit vhodnost, přiměřenost nebo vymahatelnost soukromoprávní podmínky, a poukazuje na to, že Úřad hodnotil přiměřenost smluvní pokuty. V závěru svého vyjádření zadavatel uvádí, že „[n]ové skutečnosti nejsou“ a dodává, že zadavatel jednal v dobré víře, proto doufá v řádné projednání a navrácení vyměřené pokuty.
29. Usnesením č. j. ÚOHS-S0591/2016/VZ-22661/2017/521/MŽi ze dne 7. 8. 2017 určil Úřad zadavateli lhůtu, v níž se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Ve stanovené lhůtě (ani později) Úřad od zadavatele žádné další vyjádření neobdržel.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

30. Úřad – vázán právními názory předsedy Úřadu učiněnými v druhostupňovém rozhodnutí – přezkoumal na základě § 112 a násl. ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce a vyjádření dotázaných obchodních společností, dospěl k závěru, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že postupoval při zadávání veřejné zakázky v rozporu se zásadou zákazu diskriminace zakotvenou v ustanovení § 6 odst. 1 zákona, když v článku IX. bodu 1. písm. a) návrhu kupní smlouvy, který tvoří Přílohu č. 5 zadávací dokumentace a výzvy k podání nabídky a k prokázání splnění kvalifikace na předmětnou veřejnou zakázku (dále jen „návrh kupní smlouvy“), stanovil smluvní pokutu za prodlení dodavatele s termínem dodání zboží a jeho instalace a uvedení do provozu ve výši 2 250 000,- Kč bez DPH, kdy výše smluvní pokuty byla dle cit. článku IX. bodu 1. písm. a) návrhu kupní smlouvy odvozena od možnosti ztráty dotace v případě nedodržení podmínek poskytovatele dotace – České republiky – Ministerstva životního prostředí, IČO 00164801, se sídlem Vršovická 1442/65, 100 00 Praha – Vršovice (dále jen „poskytovatel dotace“), avšak Rozhodnutí o poskytnutí dotace ze dne 16. 11. 2015, č. j. 115D242004337/2 (dále jen „Rozhodnutí o poskytnutí dotace“) vyplývá, že samotné překročení termínu pro dokončení realizace předmětu veřejné zakázky o méně než 1 měsíc by nebylo poskytovatelem dotace považováno za neoprávněné použití prostředků dotace, a že by tudíž nebylo z jeho strany postiženo žádným odvodem z celkové částky dotace, přičemž maximálně (v případě překročení termínu plnění o více než 6 měsíců) by bylo možno překročení termínu pro dokončení realizace předmětu veřejné zakázky postihnout odvodem ve výši 5% z celkové částky dotace (tj. odvodem ve výši 118 004,- Kč), čímž mohlo dojít k bezdůvodnému omezení okruhu potenciálních dodavatelů, neboť stanovená výše smluvní pokuty je vůči skutečně hrozícím finančním ztrátám zadavatele způsobeným krácením dotace (tj. odvodem z celkové částky dotace) pro nedodržení podmínky poskytovatele dotace související s termínem pro ukončení realizace akce (tj. dodání předmětu plnění veřejné zakázky) zjevně nepřiměřená, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel dne 28. 8. 2015 uzavřel s vybraným uchazečem kupní smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky.
31. Pro odstranění veškerých pochybností Úřad v souvislosti s relevantní právní úpravou uvádí, že nepřešlehl, že ode dne 1. 10. 2016 nabyl účinnosti zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“). V této souvislosti Úřad poukazuje na čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod, podle něhož 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. S ohledem na skutečnost, že současná právní úprava není v předmětné věci pro zadavatele příznivější [konkrétně zásada zákazu diskriminace je upravena v § 6 odst. 1 zákona a též v § 6 odst. 2 ZZVZ, přičemž horní hranice pokuty, která může být uložena dle § 268 odst. 2 písm. a) ZZVZ za spáchání správního deliktu dle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ je stanovena totožně, jako horní hranice pokuty ukládané dle § 120 odst. 2 písm. a) zákona za spáchání správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona], Úřad

posuzoval postup zadavatele dle právní úpravy účinné v době, kdy se zadavatel dopustil správního deliktu¹ (k tomu blíže viz bod 84. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

32. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující.

K právnímu postavení zadavatele

33. Před zkoumáním samotného postupu zadavatele v zadávacím řízení se Úřad nejprve zabýval otázkou, zda obec Jílovice naplňuje definici zadavatele podle zákona.
34. Podle čl. 99 ústavního zákona č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, ve znění pozdějších předpisů, se Česká republika člení na obce, které jsou základními územními samosprávnými celky, a kraje, které jsou vyššími územními samosprávnými celky.
35. Podle § 2 odst. 2 písm. c) zákona je veřejným zadavatelem územní samosprávný celek nebo příspěvková organizace, u níž funkci zřizovatele vykonává územní samosprávný celek.
36. S ohledem na uvedené lze konstatovat, že zadavatel naplňuje definici veřejného zadavatele uvedenou v § 2 odst. 2 písm. c) zákona, neboť je územním samosprávným celkem.

Relevantní ustanovení zákona

37. Podle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
38. 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, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.

Skutečnosti zjištěné z dokumentace o veřejné zakázce

39. V přezkoumávané věci zadavatel v čl. 4. 1. zadávací dokumentace stanovil termín dodání předmětu plnění veřejné zakázky do 30. 10. 2015.
40. Zadavatel dále v článku IX. odst. 1. písm. a) návrhu kupní smlouvy uvedl: „*Smluvní strany se dohodly, že prodávající zaplatí kupujícímu smluvní pokutu za prodlení prodávajícího s termínem dodání zboží a jeho instalace a uvedení do provozu ve výši 2 250 000,- Kč (slovy: dva miliony dvěstěpadesát tisíc korun českých) bez DPH. Výše pokuty je odvozena od možnosti ztráty dotace v případě nedodržení podmínek poskytovatele dotace.*“

Další zjištěné skutečnosti

41. Úřad přípisem č. j. ÚOHS-P1060/2016/VZ-32544/2016/521/KMz ze dne 3. 8. 2016 požádal zadavatele o doplnění podkladů, konkrétně o doložení rozhodnutí o poskytnutí dotace vztahující se k předmětu plnění veřejné zakázky a případně dalších souvisejících podkladů. Dne 8. 8. 2016 Úřad obdržel v odpovědi na uvedenou žádost Rozhodnutí o poskytnutí dotace.

¹ V této souvislosti Úřad pro úplnost podotýká, že právní úprava obsažená v § 6 odst. 1 zákona, jakož i v § 120 odst. 1 písm. a) a odst. 2 písm. a) zákona, nedoznala od uzavření kupní smlouvy na plnění předmětné veřejné zakázky dne 28. 8. 2015 do 30. 9. 2016, tj. do posledního dne účinnosti zákona, žádných změn (tj. nebyla novelizována).

42. Z Rozhodnutí o poskytnutí dotace vyplývá následující:

- podle oddílu A „Základní podmínky poskytnutí dotace“ písm. c) Přílohy č. 1 k Rozhodnutí o poskytnutí dotace „*[a]kce bude provedena v souladu s předloženou žádostí. Akce bude realizována v předpokládaném rozsahu, tj. vybudování systému odděleného sběru v obci Jílovice o celkové projektované kapacitě 140,000 t/rok (tj. navýšení kapacity o 140,000 t/rok) včetně následného provozu (...)*“;
- podle oddílu A „Základní podmínky poskytnutí dotace“ písm. e) Přílohy č. 1 k Rozhodnutí o poskytnutí dotace „*[t]ermín pro ukončení realizace akce se stanovuje na 30.10.2015*“;
- podle oddílu C „Důsledky nesplnění podmínek tohoto rozhodnutí“ odst. 2 Přílohy č. 1 k Rozhodnutí o poskytnutí dotace „*(...) Nedodržení povinností stanovených v oddílu A písm. e) bude postiženo takto: překročení termínu do 1 měsíce nebude postiženo [nepovažuje se za neoprávněné použití prostředků dle § 3 písm. e) rozpočtových pravidel], překročení termínu o 1 až 3 měsíce bude postiženo odvodem ve výši 1 % z celkové částky dotace, překročení termínu o 3 až 6 měsíců bude postiženo odvodem ve výši 3 % z celkové částky dotace, překročení termínu o více než 6 měsíců bude postiženo odvodem ve výši 5 % z celkové částky dotace*“;
- z Přílohy č. 2 „Technická a finanční příloha k Rozhodnutí o poskytnutí dotace na financování akce“ vyplývá, že dotace byla poskytnuta na projekt nazvaný „*Zlepšení nakládání s bioodpady v obci Jílovice*“;
- z Přílohy č. 2 „Technická a finanční příloha k Rozhodnutí o poskytnutí dotace na financování akce“ vyplývá, že výše poskytnuté podpory bude činit 2 360 080,20 Kč.

43. Úřad se přípisem č. j. ÚOHS-P1060/2016/VZ-32534/2016/521/KMz ze dne 10. 8. 2016 dotázal obchodní společnosti MTM Tech, s.r.o. (která byla zadavatelem vyzvána k podání nabídky a k prokázání splnění kvalifikace), zda obchodní podmínka zadavatele uvedená v části IX. bodu 1 písm. a) návrhu kupní smlouvy (tedy smluvní pokuta ve výši 2 250 000,- Kč za prodlení prodávajícího s termínem dodání zboží, jeho instalací a uvedením do provozu) byla důvodem, pro který nebyla ze strany uvedené obchodní společnosti podána nabídka, pokud nikoliv, jaký byl konkrétní důvod, pro který nepodala nabídku v předmětném zadávacím řízení, a dále, zda by obecně výše uvedená obchodní podmínka mohla být důvodem, pro který by v jiném zadávacím řízení uvedená společnost nepodala nabídku.

44. Úřad se s totožnými dotazy obrátil i na obchodní společnost STS Prachatice, a.s. (přípisem č. j. ÚOHS-P1060/2016/VZ-33455/2016/521/KMz ze dne 10. 8. 2016) a obchodní společnost UNIAGRA CZ a.s. (přípisem č. j. ÚOHS-P1060/2016/VZ-33461/2016/521/KMz ze dne 10. 8. 2016). Obě uvedené společnosti byly zadavatelem také vyzvány k podání nabídky a k prokázání splnění kvalifikace.

45. Úřad dále oslovil obchodní společnosti AGROCENTRUM ZS, s.r.o. (přípisem č. j. ÚOHS-P1060/2016/VZ-33469/2016/521/KMz ze dne 10. 8. 2016), LIEBHERR-STAVEBNÍ STROJE CZ s.r.o. (přípisem č. j. ÚOHS-P1060/2016/VZ-33780/2016/521/KMz ze dne 11. 8. 2016), MALCOM CZ s.r.o. (přípisem č. j. ÚOHS-P1060/2016/VZ-33814/2016/521/KMz ze dne 11. 8. 2016); CARGO AGRO s.r.o. (přípisem č. j. ÚOHS-P1060/2016/VZ-33819/2016/521/KMz

ze dne 11. 8. 2016) a SOME Jindřichův Hradec s.r.o. (přípisem č. j. ÚOHS-P1060/2016/VZ-33793/2016/521/KMz ze dne 11. 8. 2016), u kterých z veřejně dostupných zdrojů vyplývá, že jsou dodavateli obdobného plnění, které požadoval zadavatel v předmětné veřejné zakázce s dotazem, zda by předmětná obchodní podmínka v kontextu vymezeného předmětu plnění veřejné zakázky a její předpokládané hodnoty mohla být důvodem, pro který by v zadávacím řízení na veřejnou zakázku nepodaly nabídku, a mohla tak mít vliv na zvažování jejich potenciální účasti v daném zadávacím řízení.

46. Obchodní společnost MTM Tech, s.r.o. ve svém podání ze dne 12. 8. 2016 uvedla, že uvedená obchodní podmínka byla jedním z důvodů, pro který nepodala nabídku v předmětném zadávacím řízení. Dalším důvodem byla absence požadovaného předmětu plnění veřejné zakázky. V jiném zadávacím řízení by uvedená obchodní podmínka taktéž mohla být důvodem, pro který by uvedená obchodní společnost nepodala nabídku, neboť smluvní pokuta je ve vztahu k předmětu plnění veřejné zakázky neadekvátně vysoká.
47. Obchodní společnost STS Prachatice, a.s. ve svém podání ze dne 11. 8. 2016 uvedla, že uvedená obchodní podmínka nebyla důvodem, pro který nepodala nabídku v předmětném zadávacím řízení, nýbrž oním důvodem byla skutečnost, že požadované plnění neměla skladem. V jiném zadávacím řízení by uvedená obchodní podmínka mohla být důvodem, pro který by uvedená obchodní společnost nepodala nabídku.
48. Obchodní společnost UNIAGRA CZ a.s. se k dotazu Úřadu nevyjádřila.
49. Obchodní společnost AGROCENTRUM ZS, s.r.o. ve svém podání ze dne 12. 8. 2016 uvedla, že uvedená obchodní podmínka by mohla být důvodem k tomu, aby se neúčastnila daného zadávacího řízení. Nabídku by byla ochotna podat pouze v případě, že by požadované plnění předmětu veřejné zakázky měla skladem a dopředu by věděla, že nemůže dojít k naplnění podmínky pro placení smluvní pokuty.
50. Obchodní společnost LIEBHERR-STAVEBNÍ STROJE CZ s.r.o. ve svém podání ze dne 15. 8. 2016 uvedla, že by se neúčastnila veřejné zakázky především na základě skutečnosti, že požadované plnění předmětu veřejné zakázky nemá v portfoliu. I kdyby tomu tak nebylo, tak by se neúčastnila kvůli uvedené obchodní podmínce, jelikož dodavatel nemůže platit penále za něco, co nemůže ovlivnit, nemůže nést odpovědnost za ztrátu dotace.
51. Obchodní společnost MALCOM CZ s.r.o. ve svém podání ze dne 15. 8. 2016 uvedla, že by se s největší pravděpodobností zadávacího řízení neúčastnila, neboť výše smluvní pokuty je neadekvátní a nekoresponduje s předpokládanou hodnotou veřejné zakázky. Výše smluvní pokuty, a tedy riziko pro tuto obchodní společnost by zásadně převyšovalo možný ekonomický efekt celé veřejné zakázky.
52. Obchodní společnost CARGO AGRO s.r.o. ve svém podání ze dne 18. 8. 2016 uvedla, že by z vlastních zkušeností na výzvu k podání nabídky ani nereagovala, neboť sankce převyšující celkovou cenu veřejné zakázky a v uvedeném rozsahu by pro ni byla likvidační.
53. Obchodní společnost SOME TECHNIKA s.r.o. ve svém podání datovaném dne 19. 8. 2015² uvedla, že rozhodování o podání nabídky ovlivňuje více faktorů, mj. též obchodní podmínky stanovené ve smlouvě, a dále poukázala na to, že výše smluvní pokuty je vyšší než

² Uvedený rok 2015 považuje Úřad za zřejmou nesprávnost – pozn. Úřadu

předpokládaná hodnota veřejné zakázky a její výše není odstupňovaná dle doby zpoždění, kdy dodala, že se mohou objevit problémy ve výrobě, které nedokáže ovlivnit. Závěrem uvedla, že po přehodnocení rizik by se mohla rozhodnout nabídku nepodat.

K výroku I. tohoto rozhodnutí

54. V šetřené věci se Úřad zabýval otázkou, zda stanovení smluvní pokuty za prodlení s termínem dodání zboží a jeho instalace a uvedení do provozu ve výši 2 250 000,- Kč bez DPH není zjevně nepřiměřené, a zda tedy jejím stanovením v této výši nemohlo dojít ke skryté diskriminaci potenciálních zájemců, a v tomto důsledku k omezení hospodářské soutěže o předmětnou veřejnou zakázku, přičemž při posouzení výše uvedené otázky Úřad v souladu s právním názorem předsedy Úřadu obsaženým v druhostupňovém rozhodnutí, jímž je vázán, hodnotil, zda zadavatelem stanovená smluvní pokuta není excesivní „*ve vztahu ke skutečně hrozící škodě způsobené prodlením na straně dodavatele s plněním předmětu veřejné zakázky (...)*“.
55. Úřad nejprve v obecné rovině uvádí, že účelem zásady zákazu diskriminace se zabýval Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 1 Afs 20/2008-152 ze dne 5. 6. 2008, když mimo jiné uvedl, že „*[t]oto ustanovení (zakotvující zásadu zákazu diskriminace – pozn. Úřadu) totiž v první 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 (...) tento zákaz zahrnuje jednak zákaz diskriminace zjevné, tedy odlišného zacházení s jednotlivcem, jednak též zákaz diskriminace skryté, pokud tato vede v podstatě k obdobným právem zakázaným důsledkům (v oblasti práva veřejných zakázek tedy poškozování hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli).*“
56. Úřad připomíná, že smluvní pokuta je občanskoprávním institutem sloužícím k utvrzení dluhu v případě, že jedna ze smluvních stran poruší smlouvenou povinnost. K posouzení toho, zda je smluvní pokuta nepřiměřená, a k jejímu případnému snížení je pravomocný soud v občanském soudním řízení, a to na návrh dlužníka [srov. ustanovení § 2048 a násl. zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník (dále jen „občanský zákoník“)].
57. Smyslem přezkumu výše smluvní pokuty ze strany Úřadu však není snaha nahrazovat úlohu soudů v občanském soudním řízení, nýbrž zhodnotit vliv takto koncipovaného utvrzení dluhu na účast v zadávacím řízení na předmětnou veřejnou zakázku. Úřad nemůže rezignovat na svou povinnost přezkumu postupu zadavatele v zadávacím řízení za situace, kdy smluvní podmínky (které jsou obsahem zadávací dokumentace a pro zájemce o veřejnou zakázku závazné) mohou být vzhledem k rozsahu a složitosti plnění předmětu veřejné zakázky natolik nepřiměřené, že v jejich důsledku dojde k omezení hospodářské soutěže. Pokud v obdobné věci judikoval Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 9 Afs 21/2013-39 ze dne 30. 4. 2014 tak, že „*(...) není úkolem Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, aby při přezkoumání úkonů zadavatele hodnotil vhodnost, přiměřenost či vymahatelnost soukromoprávní podmínky stanovené zadavatelem v zadávací dokumentaci, nejedná-li se o zjevný exces (...)*“, Úřad se v tomto správním řízení plně ve shodě s odkazovaným názorem Nejvyššího správního soudu zabývá posouzením toho, zda se v případě stanovené smluvní pokuty nejedná o takový

zjevný exces, který má dopad do soutěžního prostředí (v tom smyslu, že se o veřejnou zakázku de facto nemohou ucházet všichni dodavatelé, kteří by byli k jejímu plnění objektivně způsobilí).

58. Na tomto místě považuje Úřad za nutné uvést, že smluvní pokuta patří dle systematiky občanského zákoníku mezi zajišťovací a utvrzovací instituty, přičemž je třeba akcentovat, že plní celou řadu funkcí. Právní věda, ale i rozhodovací praxe soudů označily v minulosti některé základní funkce smluvní pokuty, a to např. preventivní, uhrazovací, ale i sankční. To se také projevuje do soutěžní oblasti v rámci zadávacího řízení, kdy dodavatelé po seznámení se s podmínkami, které zadavatel mimo jiné i ohledně smluvních pokut stanovil, zvažují, zda se takového zadávacího řízení budou účastnit, resp. zda nejsou podmínky nastaveny diskriminačně.
59. Úřad dále v obecné rovině k jednotlivým funkcím smluvní pokuty dodává, že utvrzovací funkcí smluvní pokuty se rozumí zvyšování právní jistoty věřitele, že smluvená povinnost bude splněna [neboť dlužník je hrozbou další povinnosti (povinnosti k sankčnímu plnění) více motivován k splnění prvotní povinnosti], a tedy posiluje postavení věřitele vůči dlužníkovi. O především sankční funkci smluvní pokuty půjde v případě, kdy si strany dohodnou, že vedle práva na smluvní pokutu zůstává zachováno i plné právo na náhradu škody. Smluvní pokuta má samozřejmě také charakter (paušalizované) náhrady škody.
60. Smluvní pokuta a její přiměřenost musí být zadavatelem stanovena tak, aby plnila zadavatelem požadovanou funkci (funkce) a přitom nepředstavovala excesivní, tj. diskriminační překážku řádnému soutěžnímu prostředí. Uvedené ostatně vyplývá i z druhostupňového rozhodnutí, ve kterém předseda Úřadu uvádí, že *„případnou excesivnost nebo naopak přiměřenost výše smluvní pokuty je nutno zkoumat zejména ve vztahu k celkovým okolnostem právního úkonu smluvních stran, pohnutkám zadavatele, účelu, který zadavatel ukotvením smluvní pokuty do návrhu smlouvy sledoval, případně k charakteru smluvní pokuty a k hodnotě a významu zajišťované povinnosti.“*
61. Posouzení otázky excesivní nepřiměřenosti smluvní pokuty závisí na okolnostech konkrétního případu. Vždy musí zadavatel a následně i Úřad postupovat tak, že každý individuální případ bude posuzován podle konkrétních okolností případu (zadavatel samozřejmě v tom, jak smluvní pokutu nastaví, a Úřad při hodnocení, zda tato smluvní pokuta vyhovuje požadavkům uvedeným v zákoně a související judikatuře). Velmi trefně toto vyjádřil Nejvyšší soud ČR již ve svém letitém rozhodnutí ze dne 24. února 2009, sp. zn. 23 Cdo 4784/2008, v němž ve vztahu k přiměřenosti (Úřad přitom má řešit jen excesivní nepřiměřenost s dosahem na férové soutěžní prostředí) konstatoval, že *„[p]řiměřenost výše smluvní pokuty je třeba posoudit v každém případě individuálně s ohledem na všechny zvláštnosti daného případu; závěry o přiměřenosti či nepřiměřenosti výše smluvní pokuty lze jen velmi obtížně zobecnit.“*
62. Úřad zdůrazňuje, že v přezkoumávané věci je rozhodné, jakým způsobem zadavatel nastavil podmínky v zadávací dokumentaci a zda konkrétně výše smluvní pokuty mohla mít negativní vliv na rozhodování potenciálních dodavatelů ohledně jejich účasti v zadávacím řízení, tj. zda zadavatel nastavil podmínky zadávací dokumentace tak, že mohly diskriminovat ty dodavatele, pro něž by smluvní pokuta představovala nepřiměřené podnikatelské riziko za předpokladu, že nedodání kompletního plnění předmětu veřejné zakázky by bylo

způsobeno okolností, na kterou by dotyčný dodavatel neměl vliv. Je nutno podotknout, že smluvní pokuta je v současné právní úpravě koncipována tak, že dlužník je povinen k její úhradě i v takové situaci, kdy porušení smluvní povinnosti nezavinil.

63. Z článku IX. odst. 1. písm. a) návrhu kupní smlouvy vyplývá, že zadavatel stanovil výši smluvní pokuty s ohledem na možnost ztráty dotace (viz bod 40. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z uvedeného vyplývá, že smluvní pokuta byla v šetřeném případě zakotvena ve smluvních podmínkách z toho důvodu, aby byla zajištěna případná škoda, která by zadavateli vznikla tím, že by v důsledku opožděného plnění předmětu veřejné zakázky neobdržel dotaci.
64. Úřad se tudíž v první řadě zabýval otázkou, zda zadavateli mohla v souvislosti s opožděným plněním předmětu veřejné zakázky vzniknout škoda spočívající ve ztrátě dotace na předmět plnění veřejné zakázky.
65. Z Rozhodnutí o poskytnutí dotace, které se vztahuje, jak vyplývá z oddílu A „Základní podmínky poskytnutí dotace“ písm. c) Přílohy č. 1 k Rozhodnutí o poskytnutí dotace a z Přílohy č. 2 „Technická a finanční příloha k Rozhodnutí o poskytnutí dotace na financování akce“, k plnění předmětné veřejné zakázky, vyplývá, že v případě prodlení dodavatele s realizací kompletního předmětu plnění veřejné zakázky, které by trvalo méně než jeden měsíc, by nedošlo k žádnému odvodu (tj. dotace by byla poskytovatelem dotace poskytnuta v plné výši). Pokud by předmět plnění veřejné zakázky byl dodavatelem realizován s prodlením o 1 až 3 měsíce, byl by zadavatel postižen odvodem ve výši 1% z celkové částky dotace (tj. obdržel by dotaci nižší po zaokrouhlení o 23 601,- Kč). V případě prodlení s realizací předmětu veřejné zakázky o 3 až 6 měsíců by byl zadavatel postižen odvodem ve výši 3% z celkové částky dotace (tj. obdržel by dotaci nižší po zaokrouhlení o 70 802,- Kč). Odvodem ve výši 5 % z celkové části dotace (tj. ve výši 118 004,- Kč) by byl zadavatel postižen za situace, kdy by prodlení s realizací předmětu veřejné zakázky přesáhlo 6 měsíců.
66. Z výše uvedeného vyplývá, že zadavateli v souvislosti s opožděným plněním předmětu veřejné zakázky do jednoho měsíce nemohla vzniknout škoda spočívající v neposkytnutí, resp. zkrácení dotace poskytovatelem dotace. Maximální výše škody, která zadavateli mohla vzniknout v souvislosti s opožděným plněním předmětu veřejné zakázky, a to až za situace, kdy by délka prodlení přesahovala 6 měsíců, činila dle Rozhodnutí o poskytnutí dotace 118 004,- Kč.
67. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že předmětná smluvní podmínka obsažená v článku IX. odst. 1. písm. a) návrhu kupní smlouvy je zjevně excesivní vzhledem k možné či hrozící škodě zadavateli, neboť je několikanásobně vyšší, než maximální výše škody, která by zadavateli mohla vzniknout v souvislosti s opožděným plněním předmětu veřejné zakázky v důsledku krácení poskytnuté dotace a nadto nezohledňuje dobu prodlení prodávajícího s dodáním plnění, přičemž je stanovena bez jakéhokoli objektivního důvodu, protože nekoresponduje s obsahem Rozhodnutí o poskytnutí dotace, jejíž možnou ztrátou zadavatel výši smluvní pokuty odůvodňoval, neboť nedodáním kompletního předmětu plnění veřejné zakázky ve stanoveném termínu by nedošlo k neposkytnutí dotace v plné výši, nýbrž k odvodům v řádu jednotek procent, a to odstupňovaným dle délky prodlení (viz výše). Dodavatel by tak za situace, kdy by mu vznikla povinnost uhradit smluvní pokutu za prodlení s dodáním kompletního předmětu plnění veřejné zakázky, de facto plnil dvakrát – jednou dodáním předmětu plnění veřejné zakázky a podruhé zaplacením smluvní pokuty prakticky

v hodnotě této veřejné zakázky (a to za situace, což je nutno opakovaně zdůraznit, kdy zadavatel vzhledem k obsahu Rozhodnutí o poskytnutí dotace žádné obdobně závažné riziko nemusel řídit).

68. Úřad dodává, že mu není zřejmé, z čeho zadavatel vychází, když konstatuje, že „*hodnota VZ činila 2 516 800,00 Kč vč. DPH*“, neboť z kupní smlouvy vyplývá, že kupní cena byla sjednána ve výši 2 497 440,- Kč vč. DPH. Pokud zadavatel do celkově vynaložených finančních prostředků v souvislosti s předmětnou veřejnou zakázkou zahrnul také cenu, kterou uhradil administrátorovi veřejné zakázky, Úřad konstatuje, že z pohledu Úřadu je v obecné rovině rozhodující ta částka, která byla uhrazena vybranému uchazeči za plnění předmětu veřejné zakázky. Úřad však připomíná, že v přezkoumávané věci nebyla při posuzování výše smluvní pokuty rozhodující skutečně uhrazená cena, nýbrž skutečně hrozící škoda způsobená prodlením dodavatele při plnění předmětu veřejné zakázky.
69. Úřad dále uvádí, že nepřehlédl, že Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 9 Afs 21/2013-39 ze dne 30. 4. 2014, který Úřad citoval v bodě 57. odůvodnění tohoto rozhodnutí, za zjevný exces označil „*např. požadavek zadavatele, který je jednoznačně v rozporu s kogentním ustanovením zákona, či požadavek vyvolávající nemožnost plnění předmětu zakázky, a nejde-li o pravidlo při posuzování kvalifikace či samotného hodnocení nabídek*“. Výčet uvedený Nejvyšším správním soudem je však příkladný, reagující na konkrétní skutkové okolnosti dané věci, kterou Nejvyšší správní soud posuzoval. V přezkoumávané věci totiž není předmětem přezkumu to, zda zadavatel nastavil v zadávací dokumentaci takové podmínky, které by vyvolávaly nemožnost plnění či byly v rozporu s kogentním ustanovením (ostatně v občanském zákoníku není uveden konkrétní návod, jak má být výše smluvní pokuty stanovena, nýbrž toto je ponecháno zcela na dohodě smluvních stran, přičemž však je nutno podotknout, že v případě veřejných zakázek dodavatelé nemohou ve svých nabídkách měnit zadavatelem nastavené smluvní ujednání), nýbrž to, zda výše smluvní pokuty je přiměřená či nikoli a zda v této souvislosti způsobuje omezení hospodářské soutěže.
70. Úřad vzhledem k výše uvedeným skutečnostem konstatuje, že výši smluvní pokuty považuje i ve světle citovaného rozsudku Nejvyššího správního soudu za zjevně excesivní, neboť po zhodnocení všech individuálních okolností přezkoumávané věci je zřejmé, že výše smluvní pokuty (tj. sankce dodavateli) nekoresponduje se škodou, která by zadavateli v souvislosti s opožděným plněním předmětu veřejné zakázky mohla vzniknout.
71. Úřad si je vědom skutečnosti, že je zadavatel povinen stanovit takové smluvní podmínky, aby zajistil splnění předmětu veřejné zakázky (a postupoval jako řádný hospodář). Úřad také reflektuje, že řádnou realizací předmětu plnění veřejné zakázky je podmíněno poskytnutí dotačních prostředků v plné výši. Uvedené skutečnosti však nemohou při vytváření smluvních ujednání vést úvahy zadavatele k absurdním závěrům a stanovením zcela excesivních (a reálně bezdůvodně excesivních) obchodních podmínek, které budou pro dodavatele představovat až příliš vysoké ekonomické riziko. Důsledek stanovení takových obchodních podmínek je totiž v zásadě dvojitý: mnoho potenciálních dodavatelů, zcela způsobilých pro plnění dané veřejné zakázky, na účast v zadávacím řízení rezignuje (přičemž není vyloučeno, že právě tito dodavatelé by při stanovení přiměřených obchodních podmínek nabídli zadavateli výhodnější podmínky plnění), a ti, co případně nabídku podají, zohlední nepřiměřené riziko v nabídkové ceně (logicky s důsledkem menší výhodnosti

nabízených podmínek plnění pro samotného zadavatele). Na úrovni čistě spekulativní je pak dokonce možno vést úvahu, že se takového zadávacího řízení zúčastní pouze takoví dodavatelé, kteří budou (z nejrůznějších důvodů) předpokládat, že k uplatnění daných excesivních smluvních podmínek ve skutečnosti nedojde, a to ani za situace, kdy by podmínky pro jejich uplatnění byly splněny.

72. Úřad nezpochybňuje skutečnost, že chod malé obce je často řízen menším počtem osob, které jsou odpovědné za dodržování povinností vyplývajících z poměrně široké oblasti právních předpisů, které se obce dotýkají, z tohoto faktu však jistě nelze bez výslovné úpravy v zákoně dovodit závěr, že by se některé zákonné povinnosti neměly na takové obce vztahovat. Stejně tak není pro konstatování naplnění znaků skutkové podstaty správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) rozhodné, zda k jejich naplnění došlo úmyslným jednáním zadavatele či nikoli. Z pohledu zákona je rozhodné, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem. Odpovědnost za dodržení zákona pak nese výlučně zadavatel, bez ohledu na to, zda k zadání veřejné zakázky případně využil služeb specializované obchodní společnosti, tzv. „administrátora“ [k tomu srov. § 151 odst. 1 zákona, podle kterého se zadavatel může při výkonu práv a povinností podle tohoto zákona souvisejících se zadávacím řízením nebo soutěží o návrh nechat zastoupit jinou osobou, a odst. 3 téhož ustanovení, podle kterého ustanovením odstavce 1 není dotčena odpovědnost zadavatele za dodržování tohoto zákona]. Je pak pochopitelně na zadavateli, zda v situaci, kdy je mu činností takového administrátora způsobena škoda (např. v důsledku toho, že je postihován za nezákonný průběh zadávacího řízení), uplatní příslušné instituty soukromého práva (náhrada škody apod.).
73. Úřad dále uvádí, že mu je známo, že občanský zákoník dává dlužníkovi možnost podat návrh na snížení výše smluvní pokuty u soudu v občanském soudním řízení, nicméně nelze po dodavateli požadovat, aby zhojil nepřiměřeně nastavené smluvní ujednání zadavatele podáním tohoto návrhu. Nadto Úřad připomíná, že zájemci jsou vázáni návrhem smlouvy a případná změna smluvních ujednání z jejich strany by byla důvodem pro vyřazení jejich nabídky z důvodu dle § 76 odst. 1 zákona pro nesplnění požadavků zadavatele. Za takové situace Úřad konstatuje, že výše citovaná smluvní podmínka mohla mít vliv na výběr nejhodnější nabídky, neboť v případě, že by ji zadavatel stanovil s přihlédnutím k rozsahu předmětu plnění veřejné zakázky a např. k případné době prodlení, je vysoce pravděpodobné, že by se zadávacího řízení zúčastnili i další zájemci, což vyplývá z průzkumu, který v rámci šetření podnětu provedl Úřad u zadavatelem oslovených dodavatelů, jakožto i u dalších relevantních dodavatelů. Stěžejní však je, že stanovení této excesivní výše smluvní pokuty má dosah do soutěžního prostředí, protože pak logicky klesá zájem dodavatelů se takového zadávacího řízení účastnit.
74. Úřad se konkrétně dotázal obchodních společností MTM Tech, s.r.o.; STS Prachatice, a.s. a UNIAGRA CZ a.s. (které byly zadavatelem vyzvány k podání nabídky a k prokázání splnění kvalifikace), zda uvedená obchodní podmínka byla důvodem, pro který nepodaly tyto obchodní společnosti nabídku v předmětném zadávacím řízení, v případě záporné odpovědi na tuto otázku pak požadoval Úřad uvést konkrétní důvod, pro který nepodaly nabídku v předmětném zadávacím řízení. Úřad se dále dotázal, zda by v obecné rovině bez ohledu na předmětné zadávací řízení mohla být daná smluvní pokuta důvodem, pro který by tyto

obchodní společnosti nepodaly nabídku (viz k tomu bod 43. a 44. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

75. Jedna z výše uvedených obchodních společností, které Úřad oslovil a které byly současně zadavatelem vyzvány k podání nabídky a k prokázání splnění kvalifikace, konkrétně obchodní společnost MTM Tech, s.r.o. uvedla, že uvedená obchodní podmínka byla jedním z důvodů, proč nepodala v předmětném zadávacím řízení nabídku (viz k tomu bod 46. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
76. Úřad nadto oslovil další obchodní společnosti, které jsou dodavateli obdobného plnění, které požadoval zadavatel v předmětné veřejné zakázce, s dotazem, zda by předmětná obchodní podmínka v kontextu vymezeného předmětu plnění veřejné zakázky a její předpokládané hodnoty mohla být důvodem, pro který by v zadávacím řízení na veřejnou zakázku nepodaly nabídku, a mohla tak mít vliv na zvažování jejich potenciální účasti v daném zadávacím řízení (viz bod 45. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
77. Z odpovědí obchodních společností zaslanych Úřadu pak vyplývá, že uvedená obchodní podmínka by u některých obchodních společností měla, příp. mohla mít vliv na rozhodnutí dodavatelů ohledně jejich účasti v zadávacím řízení (konkrétně v případě obchodní společnosti AGROCENTRUM ZS, s.r.o.; obchodní společnosti LIEBHERR-STAVEBNÍ STROJE CZ s.r.o.; obchodní společnosti MALCOM CZ s.r.o.; obchodní společnosti CARGO AGRO s.r.o. a obchodní společnosti SOME TECHNIKA s.r.o. – viz k tomu bod 49. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
78. Úřad uzavírá, že z vyjádření oslovených obchodních společností lze dovodit, že předmětná smluvní podmínka má vliv na rozhodování dodavatelů ohledně jejich účasti na zadávacím řízení. Ačkoli smluvní pokuta byla nastavená pro všechny dodavatele ve stejné výši, diskriminovala ty dodavatele, pro které výše smluvní pokuty představovala příliš vysoké podnikatelské riziko (Úřad zde pro stručnost opětovně pouze odkazuje na Nejvyšším správním soudem aprobovaný koncept skryté diskriminace, kdy – skrytě – diskriminačním může být i podmínka, která na první pohled působí vůči všem dodavatelům shodně; k tomu srov. bod 55. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad pro úplnost dodává, že snahou Úřadu není aprobovat jednání dodavatelů, kteří nejsou ochotní vynaložit dostatečné úsilí k tomu, aby dodrželi podmínky smlouvy, nýbrž zajistit soutěžní prostředí pro všechny dodavatele, kteří jsou k plnění předmětu veřejné zakázky způsobilí. Úřad zde opětovně poukazuje na skutečnost, že smluvní pokuta je v současné právní úpravě koncipována tak, že dlužník je povinen k její úhradě i v takové situaci, kdy porušení smluvní povinnosti nezavinil. Jak bylo uvedeno výše, v přezkoumávané věci zadavateli nehrozila ztráta dotace v plné výši, tudíž zde nebyl dán důvod pro takto nastavenou výši smluvní pokuty.
79. Úřad dodává, že v přezkoumávané věci „*nenaslouchal těm dodavatelům, kteří si na zakázku nevěřili*“, nýbrž se dotázal vyzvaných zájemců, kteří nepodali nabídku, a dalších pěti obchodních společností, které podnikají s obdobným plněním, jaké zadavatel poptával, a na základě jejich odpovědí dovodil vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Úřad ve svém rozhodnutí neopomněl uvést žádnou obchodní společnost, které se dotázal, jak vyplývá také ze správního spisu vedeného pod sp. zn. S0591/2016/VZ.

80. Úřad pro úplnost doplňuje, že zadavatele nijak neomezuje v možnosti stanovit smluvní pokutu pevnou částkou, ta však musí být – stejně jako jakákoli jiná obchodní podmínka – přiměřená, resp. nikoli excesivní v tom směru, aby ve výsledku působila ve vztahu k určitému okruhu dodavatelů diskriminačně. Tyto maximy však v předmětné věci splněny nebyly, jak je odůvodněno výše.

Shrnutí

81. S ohledem na vše výše uvedené Úřad konstatuje, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že postupoval při zadávání předmětné veřejné zakázky v rozporu se zásadou zákazu diskriminace zakotvenou v ustanovení § 6 odst. 1 zákona, když v článku IX. bodu 1. písm. a) návrhu kupní smlouvy, který tvoří Přílohu č. 5 zadávací dokumentace a výzvy k podání nabídky a k prokázání splnění kvalifikace na předmětnou veřejnou zakázku, stanovil smluvní pokutu za prodlení dodavatele s termínem dodání zboží a jeho instalace a uvedení do provozu ve výši 2 250 000,- Kč bez DPH, kdy výše smluvní pokuty byla dle cit. článku IX. bodu 1. písm. a) návrhu kupní smlouvy odvozena od možnosti ztráty dotace v případě nedodržení podmínek poskytovatele dotace, avšak z Rozhodnutí o poskytnutí dotace vyplývá, že samotné překročení termínu pro dokončení realizace předmětu veřejné zakázky o méně než 1 měsíc by nebylo poskytovatelem dotace považováno za neoprávněné použití prostředků dotace, a že by tudíž nebylo z jeho strany postiženo žádným odvodem z celkové částky dotace, přičemž maximálně (v případě překročení termínu plnění o více než 6 měsíců) by bylo možno překročení termínu pro dokončení realizace předmětu veřejné zakázky postihnout odvodem ve výši 5% z celkové částky dotace (tj. odvodem ve výši 118 004,- Kč), čímž mohlo dojít k bezdůvodnému omezení okruhu potenciálních dodavatelů, neboť stanovená výše smluvní pokuty je vůči skutečně hrozícím finančním ztrátám zadavatele způsobeným krácením dotace (tj. odvodem z celkové částky dotace) pro nedodržení podmínky poskytovatele dotace související s termínem pro ukončení realizace akce (tj. dodání předmětu plnění veřejné zakázky) zjevně nepřiměřená, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel dne 28. 8. 2015 uzavřel kupní smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky s vybraným uchazečem.

K uložení pokuty

82. Úřad posoudil postup zadavatele a vzhledem ke zjištěným skutečnostem 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.
83. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost právnické osoby za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán. Úřad dodává, že dle ust. § 270 odst. 5 zákona č. 134/2016 Sb. účinného v době vydání tohoto rozhodnutí činí promlčecí doba přestupku 5 let³.

³ Ode dne nabytí účinnosti zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (dále jen „zákon č. 250/2016 Sb.“), tj. ode dne 1. 7. 2017, se mj. na dosavadní jiné správní delikty, s výjimkou disciplinárních deliktů, dle ust. § 112 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb. hledí jako na přestupky podle cit. zákona, přičemž odpovědnost se posoudí (pokud k jednání zakládajícímu odpovědnost došlo přede dnem nabytí účinnosti zákona č. 250/2016 Sb.) podle dosavadních zákonů.

84. 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 3. 6. 2016, přičemž správní řízení ve věci spáchání správního deliktu bylo zahájeno doručením příkazu zadavateli dne 8. 9. 2016. Ke spáchání správního deliktu došlo dne 28. 8. 2015, kdy zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem kupní smlouvu na předmět plnění veřejné zakázky. Z uvedených údajů tedy vyplývá, že odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla, přičemž posouzení podmínky pro zánik odpovědnosti zadavatele podle pozdější právní úpravy obsažené v zákoně č. 134/2016 Sb. by (s ohledem na to, že nezakotvuje kratší lhůty pro zánik odpovědnosti) nebylo pro zadavatele příznivější. Pro úplnost Úřad v této souvislosti uvádí, že na případný zánik odpovědnosti zadavatele nemá v šetřeném případě vliv ani nabytí účinnosti zákona č. 250/2016 Sb.
85. 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).
86. V šetřené věci se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, za něž lze v souladu s citovaným ustanovením § 120 odst. 2 písm. a) zákona uložit pokutu do 10 % ceny zakázky. Vzhledem k tomu, že kupní cena za plnění předmětu veřejné zakázky byla v článku II. odst. 1 kupní smlouvy sjednána ve výši 2 497 440,- Kč včetně DPH, činí horní hranice možné pokuty 249 744,- Kč.
87. 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.
88. Hlavním kritériem, které je dle 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 přihlídnout 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.
89. Pokud jde o způsob spáchání správního deliktu, Úřad především uvádí, že za nejzávažnější stupeň intenzity porušení zákona považuje postup zadavatele spočívající v úplné ignoraci ustanovení zákona a základních zásad, na nichž je tento zákon postaven, neboť takový postup zpravidla zcela vylučuje soutěžní prostředí, které je základním předpokladem dosažení efektivního vynakládání veřejných prostředků (coby hlavního účelu zákona). Ačkoli zadavatel v šetřeném případě zcela neignoroval existenci zákona, když při zadávání veřejné zakázky postupoval v jednom z druhů zadávacích řízení, výrazně omezil konkurenční prostředí, když nastavením výše smluvní pokuty porušil zásadu zákazu diskriminace, tedy základního principu provázejícího postup zadavatele v celém zadávacím řízení (a to s následky popsány níže). Úřad dále uvádí, že k porušení zásady zákazu diskriminace

došlo v samotném prvopočátku zadávacího řízení, přičemž tato skutečnost měla vliv na celý průběh zadávacího řízení.

90. Úřad při zvažování výše pokuty přihlédl k následkům spáchání správního deliktu. V daném případě porušení základního principu provázejícího postup zadavatele vedlo k omezení soutěžního prostředí, o čemž svědčí mimo jiné i skutečnost, že nabídku podali pouze dva zájemci z pěti oslovených dodavatelů, kdy minimálně jeden ze zbylých dodavatelů nepodal nabídku právě také z důvodu neadekvátně vysoké smluvní pokuty, přičemž též z vyjádření jiných obchodních společností vyplývá, že i pro ně by byla taková smluvní podmínka nejspíše neakceptovatelná.
91. Na základě výše uvedeného Úřad dospěl k závěru, že zadatelovo jednání mohlo výrazně narušit základní princip zadávání veřejných zakázek – zachování soutěžního prostředí, které má umožnit z co možná nejširšího okruhu podaných nabídek vybrat pro zadavatele nabídku nejvhodnější. Úřad proto okolnosti a následky spáchání správního deliktu zadavatelem posoudil jako závažné.
92. Úřad při stanovení výše pokuty zohlednil rovněž i skutečnost, že od spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí uplynuly již téměř dva roky, neboť jak Krajský soud v rozsudku č. j. 62 Af 123/2013-85 ze dne 9. 4. 2015 dovodil, *„je-li základním požadavkem na zákonnost uložené pokuty její proporcionalita, pak hledisko doby, jež uplynula mezi spácháním správního deliktu a jeho potrestáním, je možným (a někdy nutným) korektivem při úvahách ohledně výše pokuty, k němuž má být přihlédnuto na závěr těchto úvah; aplikace tohoto korektivu má zamezit, aby výše pokuty, jinak řádně stanovena podle zákonem předepsaných kritérií a kritérií nutně aplikovatelných i bez jejich výslovného vyjádření v zákoně (kritérium přiměřenosti s ohledem na míru, ve které výše pokuty může působit pro delikventa likvidačně), celkově nejevila znaky nepřiměřenosti s ohledem na prodlevu, která nastala mezi porušením právní povinnosti a trestem, který za to byl uložen. V rámci správního trestání je totiž třeba dostatečně silně vnímat, že časový horizont toho, kdy se účastníkovi řízení (delikventovi) dostává konečného rozhodnutí ve věci, je neoddělitelnou součástí měřítek celkové spravedlnosti řízení, a že čím je tento časový horizont delší, tím více se rozostřují kontury spravedlnosti jak v očích účastníka řízení, tak i v obecném vnímání veřejnosti a veřejného mínění, což celkově oslabuje důvěryhodnost státní moci. Je nepochybné, že s prodlužujícím se okamžikem potrestání se relativizuje základní vztah mezi spáchaným deliktem a ukládanou sankcí a že doba mezi porušením právní povinnosti a rozhodnutím o sankci má i bezprostřední vliv na účel trestu, jehož má být uložením konkrétní sankce dosaženo.“*
93. K uložení pokuty za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad dále uvádí, že při stanovení výše sankce je nutné postupovat v souladu se zásadou absorpce, která se uplatní při postihu souběhu správních deliktů. Jak již v minulosti dovodil Nejvyšší správní soud (např. v rozsudku č. j. 1 As 28/2009-62 ze dne 18. 6. 2009 nebo v rozsudku č. j. 5 Afs 9/2008-328 ze dne 31. 10. 2008), při trestání správních deliktů tímž správním orgánem se přiměřeně uplatní i principy ovládající souběh trestných činů. Nutnost aplikovat trestněprávní instituty i při trestání správním orgánem vyplývá z obecné potřeby použít ve prospěch obviněného analogii z trestního práva všude tam, kde vzhledem k neexistenci jednotného kodexu správního trestání v českém právním řádu nejsou výslovně upraveny některé základní zásady a instituty, jež by měly být zohledněny v případě

jakéhokoliv veřejnoprávního deliktu. Použití analogie ve správním trestání je v omezeném rozsahu přípustné tehdy, pokud právní předpis, který má být aplikován, určitou otázku vůbec neřeší, a nevede-li výklad za pomoci analogie ani k újmě účastníka řízení, ani k újmě na ochraně hodnot, na jejichž vytváření a ochraně je veřejný zájem (viz rozsudky Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 27/2008-67 ze dne 16. 4. 2008 a č. j. 8 As 17/2007-135 ze dne 31. 5. 2007). Pro ukládání trestů za správní delikty se proto musí uplatnit obdobné principy a pravidla jako pro ukládání trestů za trestné činy.

94. Úprava zákona o veřejných zakázkách je ve vztahu k trestání souběhu správních deliktů na rozdíl od úpravy trestněprávní neúplná. Zejména pak neřeší moment, do kdy je správní delikty možno považovat za sbíhající se ani způsob trestání sbíhajících se správních deliktů. Souhrnné či úhrnné tresty, jimiž se postihuje souběh trestných činů, přitom představují pro pachatele výhodnější postup, neboť je v nich zohledněna skutečnost, že pachatel se dopustil dalšího trestného činu, aniž byl varován odsuzujícím rozsudkem týkajícím se dřívějšího trestného činu.
95. Při aplikaci zásady absorpce je proto nutné vycházet z příslušných ustanovení trestního zákoníku⁴, avšak je zřejmé, že pro důsledné použití pravidel obsažených v daných ustanoveních (např. současné zrušení výroku o trestu uloženém pachateli dřívějším rozhodnutím) chybí dostatečný právní základ. Úřad je však povinen při ukládání sankce za spáchání správního deliktu v souladu se zásadou absorpce přihlídnout k tomu, zda by neměl být – dle pravidel trestního práva – ukládán úhrnný či souhrnný trest a zohlednit tuto skutečnost při stanovení výše pokuty za spáchání správního deliktu.
96. V souladu s již citovanou zásadou absorpce v rámci správněprávního trestání Úřad proto posoudil, zda se zadavatel nedopustil právě projednávaného správního deliktu dříve, než bylo vydáno rozhodnutí, jímž mu byla uložena pokuta za spáchání jiného správního deliktu.
97. Jak již bylo uvedeno v bodě 84. odůvodnění tohoto rozhodnutí, ke spáchání právě projednávaného správního deliktu došlo dne 28. 8. 2015. Z úřední činnosti je Úřadu známo, že dne 5. 8. 2016 vydal ve správním řízení vedeném pod sp. zn. S0550/2016/VZ příkaz z téhož dne, kterým zadavateli uložil pokutu za spáchání správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. b) zákona, kterého se zadavatel dopustil tím, že v rozporu s ust. § 147a odst. 1 písm. a) ve spojení s ust. § 147a odst. 2 zákona neuveřejnil celé znění smlouvy o dílo uzavřené na plnění předmětu veřejné zakázky „Jílovice - modernizace místních komunikací, CZ.1.14/1.5.00/31.02999“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 6. 3. 2015 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 9. 3. 2015 pod ev. č. zakázky 507020, na profilu zadavatele do 15 dnů od jejího uzavření, tj. nejpozději do 13. 5. 2015, když dne 6. 5. 2015 uveřejnil část smlouvy o dílo sestávající z lichých stran smlouvy (tj. strana 1, 3, 5, 7, 9, 11 a 13) a z kompletních příloh (tj. příloha č. 1 smlouvy a příloha č. 2 smlouvy), přičemž zbylou část předmětné smlouvy o dílo sestávající ze sudých stran smlouvy (tj. strana 2, 4, 6, 8, 10 a 12) zadavatel na svém profilu v době vydání předmětného příkazu neuveřejnil, jehož se zadavatel dopustil dne 14. 5. 2015. Za daný správní delikt byla zadavateli dle § 120 odst. 2 písm. b) zákona uložena pokuta ve výši 4 000,- Kč.

⁴ viz ust. § 43 odst. 1 a odst. 2 zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů

98. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že správní delikt uvedený v bodě 97. odůvodnění tohoto rozhodnutí a právě projednávaný správní delikt jsou sbíhajícími se správními delikty, za jejichž spáchání by bylo na místě dle principů trestního práva uložit souhrnný trest. Jelikož však (jak již bylo uvedeno výše) k takovému postupu nemá Úřad dostatečnou právní oporu v příslušných právních předpisech (tj. zejména ve správním řádu), Úřad postupoval při aplikaci zásady absorpce *per analogiam* tak, že přihlédl k již uložené pokutě a tuto zohlednil při ukládání pokuty za právě projednávaný správní delikt.
99. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci zadavatele, neboť vychází z maximy, že není přípustné uložit takovou pokutu, která má likvidační charakter v tom smyslu, že by „zmařila“ samu ekonomickou podstatu zadavatele. V této souvislosti Úřad přihlédl i k finančním možnostem zadavatele a stanovenou pokutu posoudil vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel disponuje. Z rozpočtu zadavatele na rok 2017⁵ vyplývá, že zadavatel v roce 2017 hospodaří s přebytkem 3 637 756,- Kč. Vzhledem k této skutečnosti Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze považovat nejen za likvidační (viz výše), ale ani za nepřiměřeně zasahující jeho ekonomickou podstatu (a v tomto smyslu nespravedlivou).
100. V souvislosti s právě uvedeným je třeba mít dále na paměti, že 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 funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Úřad uvádí, že peněžitá sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do majetkové sféry pachatele správního deliktu, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinam. Korektivem tu tedy nemůže být tento nepříznivý zásah samotný, ale až situace, kdy by tento zásah nabyl likvidačního charakteru. Kromě toho se v konečném důsledku nemusí uložená sankce projevit (výlučně jen) ve sféře zadavatele, neboť je na něm, aby případně využil jiné právní nástroje, pomocí kterých je možno uplatnit nárok na náhradu škody proti konkrétním osobám, které zavinily protiprávní stav, jenž vyústil v uložení sankce. Závěrem tedy Úřad k výši pokuty konstatuje, že uložená pokuta naplňuje dostatečně obě shora zmíněné funkce, aniž by se zároveň jednalo o pokutu likvidační.
101. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech výše uvedených hledisek a stanovenou pokutu ve výši 44 000,- Kč vzhledem k souvislostem případu posoudil jako dostačující. S ohledem na tuto skutečnost bylo rozhodnuto, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
102. 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. Jako variabilní symbol zadavatel uvede své identifikační číslo.

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 –

⁵ veřejně dostupné na <http://www.obecjilovice.cz/file.php?nid=1414&oid=5405781>

Sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Podle § 117c odst. 1 písm. b) zákona se rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu činí v elektronické podobě podepsané uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

v z. Mgr. Michal Kobza

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží
obec Jílovice, 373 32 Jílovice 170