



UOHSX009OIRK

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S338/2012/VZ-17925/2017/513/JLÍ

Brno: 14. června 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 14.6.2012 a dne 28.3.2013 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel – Lesy České republiky, s. p., IČO 42196451, se sídlem Přemyslova 1106/19, 500 08 Hradec Králové, ve správním řízení zastoupený na základě plné moci ze dne 1.3.2012 Mgr. Jakubem Kotrbou, advokátem, ev. č. ČAK 09161, Advokátní kancelář Jansta, Kostka spol. s r. o., IČO 28505913, se sídlem Těšnov 1/1059, 110 00 Praha 1,

ve věci možného spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona zadavatelem – Lesy České republiky, s. p., IČO 42196451, se sídlem Přemyslova 1106/19, 500 08 Hradec Králové – tím, že ve veřejné zakázce „Dodávky osobních ochranných pracovních prostředků (rámcová smlouva)“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách zveřejněno dne 14.5.2010 pod ev. č. 60045006,

- nevymezil předmět veřejné zakázky v souladu s § 44 odst. 1 zákona v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, přičemž dne 25.10.2010 uzavřel s vybraným uchazečem – CANIS PLUS s. r. o., IČO 26846641, U Skály 70/62, 725 26 Ostrava – rámcovou smlouvu, a
- nepostupoval v souladu s § 82 odst. 2 zákona, když dne 25.10.2010 uzavřel rámcovou smlouvu s vybraným uchazečem – CANIS PLUS s. r. o., IČO 26846641, U Skály 70/62, 725 26 Ostrava – v rozporu s návrhem rámcové smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Lesy České republiky, s. p., IČO 42196451, se sídlem Přemyslova 1106/19, 500 08 Hradec Králové – 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 postup stanovený v § 44 odst. 1 citovaného zákona, když nevymezil v zadávací dokumentaci předmět veřejné zakázky „Dodávky osobních ochranných pracovních prostředků (rámcová smlouva)“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách zveřejněno dne 14.5.2010 pod ev. č. 60045006, v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, neboť v zadávací dokumentaci nestanovil konkrétní sortiment, který chtěl poptávat, přičemž v čl. 2 zadávací dokumentace stanovil, že předmětem plnění je *„dodávka osobních ochranných pracovních prostředků v obvyklém sortimentu (pracovní oděvy, pracovní obuv, pracovní rukavice, ochranné pracovní pomůcky) a poskytnutí doplňujících služeb (opatření vybraných předmětů ložem), vše za podmínek stanovených závazným návrhem rámcové smlouvy, který je přílohou č. 2 této zadávací dokumentace, v rozsahu specifikovaném zadavatelem podle jeho potřeb v jednotlivých objednávkách.“* a současně si v čl. 2 zadávací dokumentace vyhradil právo *»objednat zboží v plné šíři sortimentu uvedeného uchazečem v příloze č. 1 rámcové smlouvy „Ceník kompletního sortimentu.“«*, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel – Lesy České republiky, s. p., IČO 42196451, se sídlem Přemyslova 1106/19, 500 08 Hradec Králové – dne 25.10.2010 uzavřel rámcovou smlouvu s vybraným uchazečem – CANIS PLUS s. r. o., IČO 26846641, U Skály 70/62, 725 26 Ostrava.

II.

Zadavatel – Lesy České republiky, s. p., IČO 42196451, se sídlem Přemyslova 1106/19, 500 08 Hradec Králové – 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 postup stanovený v § 82 odst. 2 citovaného zákona, když na plnění veřejné zakázky „Dodávky osobních ochranných pracovních prostředků (rámcová smlouva)“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách zveřejněno dne 14.5.2010 pod ev. č. 60045006, uzavřel dne 25.10.2010 rámcovou smlouvu s vybraným uchazečem – CANIS PLUS s. r. o., IČO 26846641, U Skály 70/62, 725 26 Ostrava – v rozporu s návrhem rámcové smlouvy obsaženým v nabídce tohoto vybraného uchazeče, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

III.

Za spáchání správních deliktů uvedených v bodě I. a II. se zadavateli – Lesy České republiky, s. p., IČO 42196451, se sídlem Přemyslova 1106/19, 500 08 Hradec Králové – podle § 120 odst. 2 písm. a) citovaného zákona o veřejných zakázkách, ukládá pokuta ve výši **430 000 Kč (čtyři sta třicet tisíc korun českých)**.

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

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení

1. Zadavatel – Lesy České republiky, s. p., IČO 42196451, se sídlem Přemyslova 1106/19, 500 08 Hradec Králové, ve správním řízení zastoupený na základě plné moci ze dne 1.3.2012 Mgr. Jakubem Kotrbou, advokátem, ev. č. ČAK 09161, Advokátní kancelář Jansta, Kostka spol. s r. o., IČO 28505913, se sídlem Těšnov 1/1059, 110 00 Praha 1 (dále jen „zadavatel“) – uveřejnil v informačním systému o veřejných zakázkách dne 14.5.2010 pod ev. č. 60045006, oznámení otevřeného řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Dodávky osobních ochranných pracovních prostředků (rámcová smlouva)“ (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Cílem tohoto zadávacího řízení je podle čl. 2 zadávací dokumentace uzavření rámcové kupní smlouvy (dále jen „rámcová smlouva“) s jedním účastníkem na dodávky dále specifikovaného předmětu plnění v období dvou let od podpisu rámcové smlouvy podle potřeb zadavatele.
3. Zadavatel v čl. 11 zadávací dokumentace stanovil základním kritériem pro zadání veřejné zakázky ekonomickou výhodnost nabídky, a to na základě následujících dílčích kritérií:

○ Nabídková cena	70 %
○ Výše uplatnitelného náhradního plnění	20 %
○ Funkční a estetické vlastnosti předmětů	10 %
4. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 26.8.2010 vyplývá, že zadavatel obdržel nabídky celkem pěti uchazečů, přičemž jako nejvýhodnější byla vybrána nabídka uchazeče CANIS PLUS s. r. o., IČO 26846641, U Skály 70/62, 725 26 Ostrava (dále jen „vybraný uchazeč“).
5. Zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem dne 25.10.2010 rámcovou smlouvu (dále jen „rámcová smlouva“).

II. Průběh správního řízení

6. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), jako orgán příslušný podle § 112 zákona k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel podnět k prošetření postupů zadavatele ve veřejné zakázce, na jehož základě získal pochybnosti, zda se zadavatel nedopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nevymezil předmět veřejné zakázky v souladu s § 44 odst. 1 zákona v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, a tedy poptával i plnění blíže nespécifikované v předmětu plnění zadávacího řízení a v nabídce vybraného uchazeče a uzavřel rámcovou smlouvu.
7. Dne 14.6.2012 proto Úřad zahájil správní řízení sp. zn. S338/2012/VZ, v jehož rámci bylo dne 24.9.2012 vydáno rozhodnutí č. j. ÚOHS-S338/2012/VZ-17932/2012/520/JHL (dále jen „původní prvostupňové rozhodnutí“), které bylo zrušeno rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R281/2012/VZ-1905/2013/310/DBa ze dne 1.2.2013 (dále jen „původní druhostupňové rozhodnutí“) a věc byla vrácena Úřadu k novému projednání. Své rozhodnutí předseda Úřadu odůvodnil zejména tím, že výrok původního prvostupňového rozhodnutí je nesrozumitelný, když z části výroku „*poptával plnění nespécifikované v předmětu plnění*“

zadávacího řízení a v nabídce vybraného uchazeče“ není zřejmé, že zadavatel v zadávací dokumentaci nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Z odůvodnění původního druhostupňového rozhodnutí pak vyplývá, že Úřad do výroku I. původního prvostupňového rozhodnutí v podstatě zahrnul dva zcela odlišné správní delikty, a to jednak správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, kterého se měl zadavatel dopustit tím, že nedodržel postup stanovený v § 44 odst. 1 zákona, jelikož v zadávací dokumentaci nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, když v zadávací dokumentaci stanovil, že součástí nabídky bude ceník kompletního sortimentu osobních ochranných pracovních prostředků nabízených uchazečem, aniž by dopředu konkrétně vyznačil, o jaké osobní ochranné pracovní prostředky se má jednat, a jednak správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, kterého se měl zadavatel dopustit tím, že nedodržel postup stanovený v § 82 odst. 2 zákona, když uzavřel rámcovou smlouvu v rozporu s návrhem rámcové smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče.

8. Dopisem č. j. ÚOHS-S338/2012/VZ-3145/2013/512/JHl ze dne 28.2.2013 Úřad oznámil zadavateli, že ve správním řízení se pokračuje. Současně Úřad zadavatele seznámil se skutečnostmi zjištěnými v předmětném správním řízení, které budou podkladem rozhodnutí. Konkrétně se jednalo o to, že z dokumentace o veřejné zakázce získal Úřad pochybnost, zda zadavatel postupoval v souladu s ustanovením § 82 odst. 2 zákona, když uzavřel dne 25.10.2010 rámcovou smlouvu s vybraným uchazečem v rozporu s návrhem rámcové smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče, jelikož na rozdíl od Ceníku kompletního sortimentu přiloženého k rámcové smlouvě v nabídce vybraného uchazeče obsahoval Ceník kompletního sortimentu přiložený k podepsané rámcové smlouvě v podsložce „Speciální komodity LESY ČR“ o 88 položek více. Předmět původně zahájeného správního řízení z moci úřední se tudíž z moci úřední rozšířil i o výše uvedené nové skutečnosti.
9. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností, v souladu se závazným právním názorem předsedy Úřadu, obsaženým v původním druhostupňovém rozhodnutí, vydal Úřad dne 15.7.2013 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S338/2012/VZ-13234/2013/512/JHl (dále jen „prvostupňové rozhodnutí“), ve kterém výrokem I. rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že v rozporu s § 44 odst. 1 citovaného zákona nevymezil v zadávací dokumentaci předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, když předmět veřejné zakázky vyznačil pouze vzorovým košem, avšak měl v úmyslu objednávat i zboží ve vzorovém koši neuvedené, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel dne 25.10.2010 uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem. Dále Úřad výrokem II. rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 82 odst. 2 citovaného zákona, když dne 25.10.2010 uzavřel rámcovou smlouvu s vybraným uchazečem v rozporu s návrhem rámcové smlouvy, obsaženým v nabídce vybraného uchazeče, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Zadavateli za spáchané správní delikty byla výrokem III. uložena pokuta ve výši 500 000 Kč.
10. Proti prvostupňovému rozhodnutí podal zadavatel v zákonné lhůtě rozklad ze dne 30.7.2013, doručený téhož dne Úřadu. Předseda Úřadu svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-R221/2013/VZ-

25246/2014/323/BRy ze dne 1.12.2014 (dále jen „druhostupňové rozhodnutí“) rozklad zadavatele zamítl a napadené rozhodnutí potvrdil.

III. Řízení před soudy

11. Proti druhostupňovému rozhodnutí podal zadavatel žalobu ke Krajskému soudu v Brně (dále jen „krajský soud“). Krajský soud rozsudkem č. j. 62 Af 11/2015 ze dne 16.3.2016 rozhodnutí o rozkladu zrušil a věc vrátil k novému projednání.
12. Proti rozsudku Krajského soudu v Brně podal Úřad kasační stížnost. Nejvyšší správní soud rozhodl o kasační stížnosti Úřadu tak, že rozsudkem č. j. 9 As 63/2016 ze dne 18.8.2016 (dále jen „rozsudek 9 As 63/2016“) zrušil rozsudek krajského soudu č. j. 62 Af 11/2015 ze dne 16.3.2016 a věc vrátil krajskému soudu k dalšímu řízení. Ke zrušení tohoto rozsudku krajského soudu došlo jednak proto, že Nejvyšší správní soud dospěl na rozdíl od krajského soudu k závěru, že stěžovatel není u ohrožovací formy správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona (nezákonným postupem zadavatele mohl být ovlivněn výběr nejvhodnější nabídky) povinen prokazovat, že zde existoval konkrétní dodavatel, který by se, nebýt pochybení zadavatele, zadávacího řízení zúčastnil a mohl podat výhodnější nabídku. Dalším zrušujícím důvodem, byl jiný náhled Nejvyššího správního soudu na kvalitu odůvodnění stěžovatele ve vztahu k naplnění druhého znaku správního deliktu (vliv na výběr nejvhodnější nabídky) spočívajícího v porušení § 82 odst. 2 zákona. Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že z rozhodnutí správních orgánů (i přesto, že se jedná o závěry, které se primárně vztahují k ukládané sankci) srozumitelně a logicky vyplývá, v čem Úřad spatřuje naplnění druhého znaku správního deliktu spočívajícího v porušení § 82 odst. 2 zákona, a Krajský soud zavázal, aby tyto závěry v dalším řízení věcně přezkoumal a posoudil jejich důvodnost.
13. Rozsudkem č. j. 62 Af 11/2015 ze dne 14.9.2016 (dále jen „rozsudek 62 Af 11/2015“) krajský soud prvostupňové rozhodnutí i druhostupňové rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

Obsah rozsudku 62 Af 11/2015 ze dne 14.9.2016

14. Krajský soud shledal žalobu nedůvodnou v části týkající se zadavatelem tvrzeného zákazu sebeobviňování, podle kterého jej Úřad měl poučit o možnosti odepření předložení dokumentace o veřejné zakázce, pokud by mu to mělo přivodit stíhání za správní delikt. Jestliže zadavateli ukládá povinnost předložit dokumentaci o veřejné zakázce výslovně § 114 odst. 6 zákona, pak její předložení v době, po kterou má být tato dokumentace uchovávána (§ 155 odst. 1 zákona), nemůže být pokládáno za jakékoli sebeobviňování.
15. Krajský soud shledal žalobu nedůvodnou v části týkající se porušení § 44 odst. 1 zákona. Krajský soud dospěl k závěru, že úvaha Úřadu o porušení § 44 odst. 1 zákona ob stojí. Předmět veřejné zakázky nebyl stanoven jednotně ve vztahu ke všem dodavatelům, nebyl tedy jednotně vymezen ve vztahu ke všem nabídkám, které dodavatelé podali, a pak jednotlivé nabídky, byť jimi dodavatelé „naceňovali“ tytéž položky odpovídající obsahu vzorového koše, nebyly, pokud jde o předmět plnění, jenž měl být následně promítnut do smlouvy na veřejnou zakázku (a po dobu její účinnosti dodáván), nabídkami vzájemně reálně porovnatelnými.
16. Nesprávná je rovněž argumentace zadavatele ohledně nenaplnění druhého znaku prvního správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona vymezeného slovy „*tím podstatně*

ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.“ Jestliže je prokázána příčinná souvislost mezi postupem zadavatele, který byl nesprávný, a reálnou možností podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, pak krajský soud, vázán právním názorem Nejvyššího správního soudu v rozsudku 9 As 63/2016, musí pokládat ve vztahu k tomuto porušení zákona za splněné jak formální, tak materiální znaky správního deliktu.

17. Krajský soud byl ovšem povinen v dalším řízení přezkoumat závěry Úřadu týkající se naplnění druhého znaku správního deliktu spočívajícího v porušení § 82 odst. 2 zákona, neboť podle rozsudku 9 As 63/2016 Nejvyššího správního soudu z prvostupňového rozhodnutí srozumitelně a logicky vyplývá, v čem Úřad spatřuje naplnění druhého znaku tohoto deliktu.
18. Krajský soud dospěl k závěru, že argumentace zadavatele týkající se nenaplnění znaků druhého správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona je důvodná. Úřad kvalifikoval jednání zadavatele jako vícečinný souběh správních deliktů stejnorodý. Zároveň však naplnění znaků druhého správního deliktu, a to včetně znaku způsobnosti podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, odvíjí od jednání, jež naplnilo znaky prvního správního deliktu, tj. od porušení § 44 odst. 1 zákona. Zadavatel od počátku přesně a určitě nevymezil, co vlastně chce poptávat, přičemž následně uzavřená rámcová smlouva neodpovídala návrhu rámcové smlouvy v nabídce vybraného uchazeče. Ve skutečnosti tak Úřad pojímá spáchání druhého správního deliktu (naplnění jeho znaků, především druhého z nich) coby důsledek spáchání prvního správního deliktu, a pak se tedy o dva samostatné správní delikty stejnorodé spáchané ve vícečinném souběhu jednat nemůže.
19. V prvostupňovém rozhodnutí i v druhostupňovém rozhodnutí byla dovozena dvě samostatná porušení zákona (§ 44 odst. 1 zákona a § 82 odst. 2 zákona – v tom, že tato ustanovení porušena byla, krajský soud s Úřadem souhlasí), avšak naplnění druhého z obou správních deliktů opírá o naplnění prvního správního deliktu (coby jeho důsledek). Pochybení při uzavírání smlouvy, které Úřad dovozuje, je ve skutečnosti argumentem, podle kterého mělo porušení § 44 odst. 1 zákona reálný vliv na výběr nejvhodnější nabídky i následně na uzavření smlouvy, a tedy se materiálně projevilo, nikoli coby samostatný skutek, který by byl samostatným správním deliktem. Na podporu uvedeného krajský soud odkazuje na body 57. a 59. prvostupňového rozhodnutí, které jsou potvrzovány v druhostupňovém rozhodnutí závěrem, že „oba správní delikty jsou odvislé od zadavatelem nesprávně vymezeného předmětu zakázky.“
20. Krajský soud dospěl k závěru, že nemá za prokázané naplnění znaků druhého správního deliktu a že závěry Úřadu nemohou obstát. Krajský soud má za prokázané spáchání prvního správního deliktu, přičemž navazující formální porušení § 82 odst. 2 zákona je již jen jeho důsledkem a nepředstavuje druhý správní delikt, nýbrž jen důkaz ovlivnění navazujícího průběhu zadávacího řízení v důsledku porušení § 44 odst. 1 téhož zákona, a tedy naplnění znaku prvního správního deliktu.
21. Zadávací řízení je procesem, v němž úvodní pochybení zadavatele může ovlivnit celé zadávací řízení a může se projevovat v navazujících řetězcích se dílčími kroci, jež mohou být chybnými právě v důsledku pochybení úvodního. Pro ilustraci kupř. porušení § 44 odst. 3 písm. h) zákona a § 6 zákona tím, že zadavatel v zadávací dokumentaci nestanoví způsob hodnocení nabídek podle hodnotících kritérií, se může projevit např. i v navazujícím porušení § 79 odst. 1 zákona či § 80 odst. 1 a § 6 zákona, neboť to vylučuje řádné a transparentní

hodnocení nabídek, navíc kompletně zachycené odpovídajícím způsobem ve zprávě (podobná situace byla řešena krajským soudem ve věci sp. zn. 62 Af 19/2011, Nejvyšším správním soudem v navazující věci sp. zn. 7 Afs 72/2012). To však ještě neznamená, že obojí by mohlo (a mělo) být samostatným správním deliktem; naopak chyba při hodnocení by byla pouze důsledkem chyby nastavení způsobu hodnotících kritérií a navazující řetězcí se pochybení by mohla dokládat ovlivnění zadávacího řízení (včetně vlivu na výběr nejvhodnější nabídky) pochybením na počátku zadávacího řízení. Obdobně krajský soud na základě skutkových zjištění plynoucích z obsahu správního spisu nahlíží na posuzovanou věc.

22. Z těchto důvodů krajský soud zrušil druhostupňové rozhodnutí i prvostupňové rozhodnutí, neboť obě jsou založena na chybné konstrukci dvou správních deliktů. S ohledem na uvedené se již nezabýval žalobní argumentací týkající se uložené pokuty.
23. Proti rozsudku krajského soudu 62 Af 11/2015 podal Úřad kasační stížnost, která byla rozsudkem Nejvyššího správního soudu č. j. 9 As 252/2016 ze dne 6.4.2017 (dále jen „rozsudek 9 As 252/2016“) zamítnuta.

Obsah rozsudku 9 As 252/2016

24. Nejvyšší správní soud se ztotožnil se závěry krajského soudu, že Úřad opírá naplnění znaků druhého správního deliktu o naplnění prvního správního deliktu (coby jeho důsledek). O tom svědčí samotný obsah prvostupňového i druhostupňového rozhodnutí.
25. Nejvyšší správní soud uvádí, že Úřad *„mimo jiné citoval větu z bodu 58. prvostupňového rozhodnutí, podle níž »[p]rávě rozpor v těchto 88 položkách způsobil, že návrh rámcové smlouvy předložený vybraným uchazečem se stal nezávaznou částí nabídky, když zadavatel nakonec převážně poptával plnění, které nebylo v nabídce uvedeno.« Tato věta má kvalitativně odlišit potencialitu vlivu na výběr nejvhodnější nabídky oproti prvnímu správnímu deliktu. Ačkoliv tato věta je nepochybně vtělena do obsahu prvostupňového rozhodnutí, na které odkazovalo i druhostupňové rozhodnutí, tak tato jediná věta nemůže postačovat k dostatečnému odůvodnění druhého znaku správního deliktu... Ostatní části odůvodnění rozhodnutí totiž opakovaně zdůrazňují, že od prvního správního deliktu se odvíjely následně i další nestandardní kroky žalobce, včetně porušení § 82 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách, kdy toto porušení opětovně směřuje k vymezení předmětu veřejné zakázky.“*
26. Podle Nejvyššího správního soudu *„na výše uvedeném nemůže nic změnit ani odstavec 60. prvostupňového rozhodnutí, podle něhož »[o]bě výše uvedená pochybení jsou natolik závažná, že v jejich důsledku zadavatel na základě uzavřené rámcové smlouvy poptával plnění, které nejenže nebylo specifikováno v zadávacích podmínkách, ale také nebylo součástí nabídky vybraného uchazeče, zadavatel tedy v rámci plnění rámcové smlouvy postupoval, jako by žádné zadávací řízení neproběhlo a plnění (sortiment) stanovil dodatečně (viz uzavření rámcové smlouvy v rozporu s návrhem rámcové smlouvy).«*
27. Nejvyšší správní soud však Úřadu přisvědčuje *„v tom, že v obecné rovině nemusí být porušení § 82 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách jen formálním porušením, tj. jen důsledkem prvního správního deliktu, který představuje pouze důkaz ovlivnění navazujícího průběhu zadávacího řízení v důsledku porušení § 44 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, a tedy naplnění znaků prvního správního deliktu. V tomto smyslu je nutné částečně korigovat příslušnou část odůvodnění rozsudku krajského soudu, které by mohlo být zavádějící. Ne*

každé porušení postupu při zadání veřejné zakázky má za následek řetězení dalších nedostatků, které jsou pouze důsledkem předcházejícího pochybení. Každý případ porušení zákona o veřejných zakázkách je nutno posuzovat zcela individuálně. Uzavření smlouvy v rozporu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče není nevyhnutelným ani přímým následkem prvního správního deliktu. Ani zadavatel totiž nebyl nikterak nucen uzavřít smlouvu, jejíž přílohou byl sortiment vybraného uchazeče rozšířený o 88 položek oproti návrhu smlouvy, kterou předložil v nabídce, ale přesto tak učinil.

Dle § 17 odst. 1 písm. k) zákona o veřejných zakázkách bylo vymezeno, co se rozumí pojmem zadání (veřejné zakázky), přičemž dle uvedeného ustanovení se jím rozumělo rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky a uzavření smlouvy s vybraným uchazečem, uskutečněné v zadávacím řízení.

Dle § 82 odst. 2, věty druhé, zákona o veřejných zakázkách je zadavatel povinen uzavřít smlouvu v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče, popřípadě upraveným podle § 32. Právní úprava stranám nedává žádnou volnost, jelikož výslovně vyžaduje, aby smlouva byla uzavřena v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce daného uchazeče. K tomu srov. důvodovou zprávu k zákonu č. 137/2006 Sb., která uvádí: »[I] když je návrh smlouvy nedílnou součástí nabídky uchazeče, směřuje ustanovení o uzavření smlouvy k tomu, aby byl fyzicky podepsán (a to případně i elektronickými prostředky) jiný, obsahově však vždy shodný (s výjimkou jednacího řízení s uveřejněním), dokument než ten, který uchazeč předložil v nabídce (lze připustit jen změny týkající se některých „formálních“ náležitostí, které nemají dopad na práva a povinnosti stran smlouvy – neomezují je či nerozšiřují a které se netýkají hodnotících kritérií; může se jednat např. o upravené kontaktní údaje či podobné drobné úpravy).« Zadavatel a vybraný uchazeč se po doručení oznámení o výběru nejvhodnější nabídky nachází v situaci, ve které jsou jednoznačně určeny budoucí smluvní strany (pokud nenastane situace, která zadavateli umožní uzavřít smlouvu s uchazečem druhým či třetím v pořadí). Rovněž obsah budoucího smluvního závazku je dán, jelikož § 82 odst. 2, věta druhá, zákona o veřejných zakázkách stanoví, že smlouva bude uzavřena v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce daného uchazeče. Uvedené ustanovení zákona o veřejných zakázkách podtrhuje význam a účel úpravy zákona o veřejných zakázkách, jehož smyslem jistě není, aby bylo umožněno obcházet zadanou veřejnou zakázku tím, že by bylo možné uzavřít jakoukoliv smlouvu bez ohledu na podmínky veřejné zakázky včetně konkrétní nabídky na uzavření smlouvy. Z dikce § 82 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách výslovně plyne, že se jedná o povinnost zadavatele uzavřít smlouvu v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče, kdy porušení takové povinnosti by mělo být následně vymezeno v odpovědnosti za správní delikt, což představuje právě § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách.

Dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že a) nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, b) přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, c) a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.

Pokud by žalobce i přes spáchání prvního správního deliktu následně uzavřel rámcovou smlouvu, která by byla v souladu s nabídkou vybraného uchazeče (tj. nerozšířenou o 88 položek), nedošlo by k porušení § 82 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách, a proto by nebylo

možné logicky dojít k závěru o naplnění skutkové podstaty druhého správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách.

Porušením § 82 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách by např. byla i situace, kdy by v uzavřené smlouvě byla uvedena jiná cena, než která byla stanovena v nabídce vybraného uchazeče. Obdobně by porušením uvedeného ustanovení byl případ, kdyby žalobce uzavřel smlouvu v rozporu s nabídkou vybraného uchazeče i na jiná plnění, než která by bylo možné podřadit pod osobní ochranné pracovní prostředky, např. elektroniku, vybavení kanceláří, apod.“

28. Nejvyšší správní soud proto přisvědčuje Úřadu, „že i kdyby v daném případě nedošlo k prvnímu správnímu deliktu, tak uzavření smlouvy v rozporu s nabídkou vybraného uchazeče by bylo možné postihnout jako samostatný správní delikt. Smlouva musí být vždy uzavřena v souladu s nabídkou vybraného uchazeče, protože v opačném případě by se tak předmětem smlouvy stalo plnění, které nemohlo být ani předmětem posuzování a hodnocení nabídek, a tím také i případně předmětem námitek dalších uchazečů, pokud by jim tato informace z posouzení a hodnocení nabídek byla zřejmá. V obecné rovině zejména nelze vyloučit, že i přes případnou vadu v zadávací dokumentaci by uchazeči podali pouze nabídky, ve kterých by se tato vada nepromítla, a proto by posouzení a hodnocení nabídek mohlo proběhnout řádně. Pokud tedy žalobce uzavřel smlouvu, která obsahovala o 88 položek více oproti nabídce předložené vybraným uchazečem, nebylo těchto 88 položek ani předmětem posouzení a hodnocení nabídek a to bez ohledu na to, že mimo jiné nebylo možné řádnou nabídku v daném zadávacím řízení podat s ohledem na vadu zadávací dokumentace.“
29. Z uvedených důvodů není podle rozsudku 9 As 252/2016 teoreticky vyloučeno, aby i postup zadavatele spočívající v porušení § 82 odst. 2 zákona naplnil znaky správního deliktu podle 120 odst. 1 písm. a) zákona.

IV. Pokračování správního řízení

30. Dopisem č.j. ÚOHS-S338/2012/VZ-13263/2017/513/JLÍ ze dne 25.4.2017 oznámil Úřad zadavateli pokračování správního řízení. Usnesením č.j. ÚOHS-S338/2012/VZ-13290/2017/513/JLÍ ze dne 25.4.2017 Úřad určil zadavateli lhůtu, ve které byl podle § 36 odst. 1 správního řádu oprávněn navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy a podle § 36 odst. 2 oprávněn vyjádřit v řízení své stanovisko. Usnesením č.j. ÚOHS-S338/2012/VZ-13970/2017/513/JLÍ ze dne 4.5.2017 Úřad určil zadavateli lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Zadavatel se na základě výše citovaných usnesení k řízení ve stanovených lhůtách ani později nevyjádřil.

V. Závěry Úřadu

31. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona postup zadavatele a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce a podání předložených zadavatelem ke svému rozhodnutí uvádí následující rozhodné skutečnosti.

K postavení zadavatele

32. V šetřeném případě se Úřad nejprve zabýval otázkou, zda je splněn předpoklad stanovený v § 2 odst. 1 zákona, tedy zda je vůbec dána osoba zadavatele. Ustanovení § 2 odst. 2 zákona

taxativně vymezuje čtyři skupiny subjektů, které spadají pod definici „veřejného zadavatele“. Jedním z těchto subjektů je podle § 2 odst. 2 písm. d) zákona i tzv. jiná právnická osoba.

33. Podle § 2 odst. 2 písm. d) zákona je veřejným zadavatelem jiná právnická osoba, pokud
1. byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a
 2. je financována převážně státem či jiným veřejným zadavatelem nebo je státem či jiným veřejným zadavatelem ovládána nebo stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu.
- Úřad doplňuje, že k tomu, aby bylo možné konkrétní právnickou osobu považovat za veřejného zadavatele ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) zákona, musí být obě výše popsané podmínky splněny kumulativním způsobem.
34. Jestliže jde o naplnění první ze shora předestřených podmínek v šetřeném případě, tj. že daná právnická osoba musí být založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, pak je třeba konstatovat, že zákon nikterak blíže nespecifikuje, co se míní uspokojováním potřeb veřejného zájmu nemající průmyslovou nebo obchodní povahu. Za účelem objasnění předmětné definice je tudíž nutné vycházet z relevantní judikatury Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SDEU“).
35. Z relevantní judikatury SDEU je možno učinit, mimo jiné, tyto závěry:
- a) Při posuzování, zda je určitý subjekt zadavatelem, je třeba posuzovat rovněž aktuální pozici příslušné osoby, zda aktuálně uspokojuje v rámci některé ze svých činností potřeby veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, či nikoliv. Nelze si tedy vystačit s posuzováním těch činností, za jejichž účelem byla daná osoba založena či zřízena. (Rozsudek ze dne 12. prosince 2002, C 470/99 *Universale-Bau AG, Bietergemeinschaft: 1) Hinteregger & Söhne Bauges.m.b.H. Salzburg, 2) ÖSTÜ-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH proti Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH.*)
 - b) Status zadavatele není závislý na relativní důležitosti, kterou má činnost uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, v rámci veškeré činnosti daného subjektu. (Rozsudek ze dne 10. listopadu 1998, C-360/96 *Gemeente Arnhem a Gemeente Rheden vs. BFI Holding BV.*) Jinými slovy řečeno: v případech, kdy určitý subjekt vykonává částečně činnost sloužící k uspokojování potřeb veřejného zájmu a současně i jinou běžnou obchodní činnost, je považován za zadavatele veřejných zakázek v plném rozsahu své činnosti. (Rozhodnutí SDEU C-44/96 ve věci *Mannesmann Angelbau Austria AG and Others vs. Strohal Rotationsdruck GesmbH.*)
 - c) Potřeby veřejného zájmu nemající průmyslovou nebo obchodní povahu jsou chápány mimo jiné jako potřeby, které jsou uspokojovány jinak, než dostupností zboží a služeb na trhu, a (jako druhá varianta) které se stát, z důvodu obecného zájmu, rozhodl poskytovat sám, nebo nad kterými si přeje udržet rozhodující vliv. (Rozsudek ze dne 10. listopadu 1998, C-360/96 *Gemeente Arnhem a Gemeente Rheden vs. BFI Holding BV.*)
36. Ze shora citovaných rozsudků SDEU lze dovodit, že jako potřeby veřejného zájmu je nutno chápat takové potřeby, na jejichž uspokojování má zájem širší okruh osob. Nejde tedy o potřeby, z nichž by měl užitek pouze konkrétní subjekt. V takovém případě by se jednalo

o potřeby ryze soukromého charakteru. Potřeby veřejného zájmu jsou naopak potřeby, jejichž uspokojování slouží relativně neomezenému okruhu subjektů, jež se nacházejí na území konkrétního územního samosprávného celku (v prostředí České republiky na území obce či kraje), či dokonce na území státu jako takového (tzn. potřeby uspokojované fakticky v zájmu všech občanů České republiky). Jinými slovy řečeno, za potřeby veřejného zájmu je třeba považovat ty potřeby, na jejichž řádném a pokojném uspokojování má zájem sám stát, a které sám stát taktéž uspokojuje, případně jejich uspokojování svěřuje od něj odvozeným subjektům. Potřeby veřejného zájmu se projevují v celé řadě oblastí dané společnosti (komunity). Typicky mezi ně lze řadit např. potřeby projevující se v oblasti hospodářské, sociální, kulturní a v neposlední řadě i potřeby týkající se oblasti životního prostředí.

37. Úřad uvádí, že za „uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu“ je pak nutno chápat takové potřeby, které jsou uspokojovány jinak, než dostupností zboží a služeb na trhu anebo které se stát z důvodu obecného, resp. veřejného zájmu, rozhodl poskytovat sám nebo nad kterými si přeje udržet rozhodující vliv. Při posuzování, zda je či není potřeba v obecném, resp. veřejném zájmu nemající průmyslový ani obchodní charakter, musí být vzaty v úvahu relevantní okolnosti převládající v době, kdy byl dotyčný subjekt zřizován (či založen) a podmínky, za nichž vykonává svoji činnost.
38. Zadavatel byl založen Rozhodnutím ministra zemědělství České republiky o založení č. j. 6677/91-100 ze dne 11.12.1991, přičemž základní předmět činnosti zadavatele byl v předmětném rozhodnutí ministra zemědělství České republiky vymezen následovně:
- „a) spravuje lesní půdní fond a lesní porosty na něm rostoucí (lesy), lesní cesty, provozní budovy, stavby a jiné pozemky sloužící lesnímu hospodářství, které jsou ve vlastnictví nebo užívání České republiky a to podle zákona č. 61/1977 Sb., o lesích a navazujících právních předpisů,*
- b) prostřednictvím vybraných podnikatelských subjektů, případně ve vlastní režii, zajišťuje provádění činností zabezpečujících optimální plnění všech funkcí lesů,*
- c) zabezpečuje a kontroluje soulad obecného i podnikatelského užívání spravovaných lesů a jejich infrastruktury s ustanovením zákona o lesích a navazujících právních předpisů,*
- d) ochrana lesního půdního fondu, lesních porostů a výkon ochranné služby v lesích,*
- e) výkon odborné správy lesů,*
- f) lesnickotechnické meliorace, hrazení bystřin a správa určených drobných vodních toků a vodohospodářských děl,*
- g) myslivost v obhospodařovaných honitbách a rybářství v obhospodařovaných rybářských revírech,*
- h) investiční výstavba a projekce, oprava a údržba staveb, strojů a zařízení pro zajištění vlastní činnosti,*
- ch) provoz výpočetního střediska,*
- i) koncepční i operativní činnost směřující k trvalému zlepšování stavu lesů.“*
39. Ze zákona č. 289/1995 Sb., o lesích a o změně a doplnění některých zákonů (lesní zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „lesní zákon“), vyplývá, že zadavatel má stejné povinnosti při hospodaření v lesích jako ostatní vlastníci lesů, kteří hospodaří v soukromých lesích.

40. Oproti vlastníkům soukromých lesů však zadavatel dle § 37 odst. 6 lesního zákona vykonává funkci odborného lesního hospodáře, a to v případech, pokud si vlastník lesa nevybere odborného lesního hospodáře sám a pokud orgán státní správy lesů nerozhodne o pověření jiné právnické nebo fyzické osoby. Je tak zřejmé, že zabezpečení odborné úrovně hospodaření v lese podle lesního zákona (zachování, péče a obnova lesa) představuje činnost vykonávanou ve veřejném zájmu, přičemž zadavatel je povinen dle lesního zákona tuto funkci vykonávat (tj. nesmí odmítnout výkon této funkce) v případech stanovených v § 37 odst. 6 lesního zákona. Lesní zákon neřeší, v jaké míře musí být zadavatel ziskový při výkonu funkce odborného lesního hospodáře či zda vůbec výkon této funkce musí být ziskový.
41. Skutečnost, že zadavatel není v případech předpokládaných v § 37 odst. 6 lesního zákona oprávněn odmítnout výkon funkce odborného lesního hospodáře, značí, že se zadavatel nepohybuje v plně konkurenčním prostředí a že výkonem dané funkce vykonává činnost ve veřejném zájmu. Zadavatel tak vedle své komerční a nekomerční činnosti (např. ochrana lesa, výsadba dřevin, hrazení bystřin, apod.), kterou vykonávají v souladu s lesním zákonem všichni vlastníci lesa, vykonává i činnost odborného lesního hospodáře, která je jednoznačně činností ve veřejném zájmu, a tedy veřejnou službou, kterou by jinak musel vykonávat stát.
42. Z obsahu předmětu činností zadavatele uvedených v rozhodnutí o změně zakládací listiny zadavatele č. j. 14015/2010-13220 ze dne 5.5.2010, platného v době zahájení předmětného zadávacího řízení, taktéž vyplývá, že zadavatel prostřednictvím vybraných podnikatelských subjektů, případně ve vlastní režii, zajišťuje provádění činností zabezpečujících optimální plnění všech funkcí lesů, provádí výkon veškerých vlastnických práv k majetku státu, ke kterému má zadavatel právo hospodařit s podmínkou souhlasu zakladatele při právních úkonech s určeným majetkem, výkon práva hospodařit k lesům, které jsou ve vlastnictví státu, k nimž má zadavatel právo hospodařit, výkon ochranné služby v lesích, apod. Uvedené činnosti nepochybně přesahují rámec „běžného“ podnikání v lesích, které provádějí soukromí vlastníci lesa podle lesního zákona, a které jsou prováděny zejména na základě tržních principů. Tyto činnosti nejsou zaměřeny pouze na plnění ekonomické funkce lesa, ale i na funkce ochrany lesa, funkce kontrolní a funkce vedoucí k zabezpečení optimálního fungování lesa a jeho obnovy, přičemž uvedené lze taktéž dovodit i ze statutu zadavatele č. j. 25330/2008-10000 ze dne 7.8.2008 (dále jen „statut“), v němž je v čl. 3 stanoveno, že hlavní předmět činnosti zadavatele se řídí *„ustanoveními zákona č. 289/1995 Sb., o lesích a o změně a doplnění některých zákonů (lesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, kterým se rozumí zejména řádné obhospodařování lesního majetku ve vlastnictví státu, jeho zachování, zušlechťování a rozvoj.“*, a v čl. 4.3 je pak dále uvedeno, že hlavní činnost zadavatele je *„zaměřena na zachování lesa, jeho ochranu a péči o něj jako o národní bohatství, na plnění všech funkcí lesa a na podporu trvale udržitelného hospodaření v něm.“*
43. Výše uvedené tedy rovněž nasvědčuje tomu, že zadavatel vykonává činnosti, které běžně nevykonávají ostatní soukromí vlastníci lesa a které jsou činnostmi ve veřejném zájmu. K zodpovězení otázky postavení zadavatele jako veřejného zadavatele, resp. k pojmu *„uspokojování potřeb veřejného zájmu“*, lze taktéž odkázat na judikaturu Nejvyššího správního soudu, kdy tento v rozsudku sp. zn. 1 Afs 98/2010 ze dne 31.5.2011 mj. judikoval, že veřejný či obecný zájem je možno chápat *„jako protiklad zájmů soukromých, od nichž se odlišuje tím, že okruh osob, jimž takový zájem svědčí, je vždy neurčitý“*, přičemž současně dospěl k závěru, že *„V případě Lesů ČR, s. p., pak nemůže být pochyb o tom, že svou činností*

potřeby ve veřejném, resp. obecném zájmu, uspokojují. Soud zde sice musí dát za pravdu stěžovateli v tom, že jak krajský soud, tak žalovaný ve svých rozhodnutích při posuzování předmětu činnosti Lesů ČR, s. p., poukazují především na předmět činnosti tohoto subjektu, jak byl definován v rozhodnutí ministra zemědělství z 11.12.1991, ačkoli sám krajský soud ve svém rozsudku uvádí, že rozhodnutím z 12.8.1997 byl hlavní předmět podnikání Lesů ČR, s. p., vymezen nově. Nicméně i na takto nově vymezený předmět činnosti, či alespoň některé jeho oblasti, nelze nahlížet jinak než jako na uspokojování potřeb ve veřejném, resp. obecném zájmu. Nově byl totiž hlavní předmět podnikání tohoto subjektu vymezen mj. také jako: „výkon práva hospodaření k lesům, které jsou ve vlastnictví státu, k nimž má státní podnik Lesy České republiky právo hospodaření, výkon hospodaření k ostatnímu movitému a nemovitému majetku, který je ve vlastnictví státu a byl svěřen k plnění jeho úkolů, (...) činnost odborného lesního hospodáře, výkon ochranné služby v lesích, provádění činností zabezpečujících optimální plnění všech funkcí lesů, (...) koncepční i operativní činnost směřující k trvalému zlepšování stavu lesů, práce spojené se zajištěním uchování genových zdrojů lesních dřevin...“ apod.“

44. Nejvyšší správní soud v uvedeném rozsudku dále judikoval, že „Lesy ČR, s.p., svou činností jednak hospodaří se státním majetkem a spravují ho, což už samo o sobě by mělo být považováno za předmět veřejného, resp. obecného zájmu, jednak je jejich činnost zacílena přímo na správu lesů, nikoli přitom pouze lesů jakožto lesních porostů, ale dokonce celých lesních ekosystémů. Protože jsou pak lesy podstatnou složkou životního prostředí a přírodního bohatství České republiky a plní nezastupitelnou roli v globálním ekosystému, je jejich správa a obhospodařování nepopíratelně také předmětem obecného a celospolečenského zájmu.“
45. U posouzení, zda potřeby veřejného zájmu nemají obchodní či průmyslovou povahu, pak soud dospěl k závěru, že „při zakládání Lesů ČR, s.p., bylo jasně deklarováno, že ty se svou činností mají podílet na uspokojování potřeb veřejného zájmu, když je předmětem jejich činnosti jednak hospodaření s majetkem státu, jednak péče o les za účelem zabezpečení plnění jeho funkcí v životním prostředí. Ze zmiňovaných zakládacích dokumentů či statutu podniku rovněž nevyplývá, že Lesy ČR, s.p., by byl založeny primárně za účelem vytváření zisku. Tyto závěry ve vztahu k soudobě vykonávané činnosti Lesů ČR, s. p., potvrzují také deklarace samotného podniku vyjádřené např. v jeho lesnické strategii. Jak navíc vyplývá ze zákona o lesích, Lesy ČR, s.p., jsou omezeny co do nakládání s předmětem svého podnikání, tj. se státními lesy. Nejenže k právním úkonům, kterými se nakládá se státními lesy, je potřeba předběžný souhlas Ministerstva zemědělství (§ 4), ale některé dispozice se státními lesy jsou zákonem vyloučeny úplně (§ 5)“, a současně, že „lesní zákon Lesům ČR, s.p., výslovně přiznává zcela specifické postavení typicky v případě výkonu činnosti odborného lesního hospodáře. Jak vyplývá z § 37 odst. 6 lesního zákona, Lesy ČR, s.p., vykonávají funkci odborného lesního hospodáře pro lesy, pro které jsou zpracovány osnovy, tedy pro lesy o výměře menší než 50 ha, nevybere-li si sám vlastník lesa jiného odborného lesního hospodáře nebo nepověří-li jiného odborného lesního hospodáře orgán státní správy lesů. Podle odst. 7 téhož ustanovení náklady na tuto činnost Lesů ČR, s.p., nese stát. Ačkoli tak činnost lesního hospodáře mohou vykonávat a vykonávají také jiné subjekty, zákon přímo Lesům ČR, s.p., vyhrazuje zvláštní postavení, když jim svěřuje funkci jakéhosi ‚pojistného lesního hospodáře‘. Za určitých okolností vyplývajících přímo ze zákona tedy pouze Lesy ČR, s.p., budou vykonávat činnost lesního hospodáře. Zákon tak odlišuje jejich postavení

od postavení všech ostatních subjektů na trhu, čímž jasně deklaruje zvláštní zájem na této činnosti, když regulaci výkonu této činnosti nepřenechává pouze tržním mechanismům. Není přitom podstatné, že činnost odborného lesního hospodáře představuje pouze jednu z oblastí činností Lesů ČR, s.p.“

46. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že zadavatel naplňuje podmínku stanovenou v § 2 odst. 2 písm. d) bod 1. zákona, neboť je právnickou osobu, jež byla založena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu. Úřad k právě řečenému dodává, že k tomu, aby bylo možné zadavatele v šetřeném případě označit za veřejného zadavatele podle § 2 odst. 2 písm. d) zákona, proto zbývá ověřit, zda je splněna i druhá z podmínek předvídaných v citovaném ustanovení zákona.
47. K tomu, aby byla splněna druhá z podmínek, obsažených v § 2 odst. 2 písm. d) zákona, pak musí právnická osoba, která uspokojuje potřebu (potřeby) veřejného zájmu, být v určitém vztahu (vzniklém v důsledku jejího financování, ovládnutí, případně v důsledku jmenování jejích orgánů) k veřejnému zadavateli ve smyslu § 2 odst. 2 zákona. Dle čl. 8.1 statutu zadavatele „*V čele podniku je statutární orgán, funkčně označený jako generální ředitel. Generální ředitel organizuje, řídí a odpovídá za činnost podniku a jedná jeho jménem ve všech věcech, pokud nejsou vyhrazeny do působnosti Ministerstva zemědělství jako zakladatele.*“ a dle čl. 8.2 statutu zadavatele „*Generálního ředitele jmenuje a odvolává ministr zemědělství.*“
48. Z čl. 8.1 a čl. 8.2 statutu zadavatele tudíž vyplývá, že stát, tzn. Česká republika – Ministerstvo zemědělství, IČO 00020478, se sídlem Těšnov 65/17, 110 00 Praha 1 (dále jen „Ministerstvo zemědělství ČR“), jakožto zadavatel ve smyslu § 2 odst. 1 písm. a) zákona, resp. ministr zemědělství jmenuje statutární orgán zadavatele, jímž je generální ředitel, a současně z čl. 9.1 statutu zadavatele vyplývá, že stát, tzn. Ministerstvo zemědělství ČR, resp. ministr zemědělství volí 2/3 dozorčí rady zadavatele.
49. Na základě výše popsaných skutečností lze proto učinit závěr, že zadavatel je v šetřeném případě veřejným zadavatelem podle § 2 odst. 2 písm. d) zákona, jelikož uspokojuje potřebu veřejného zájmu (hospodaří s majetkem státu a pečuje o les za účelem zabezpečení plnění jeho funkcí v životním prostředí), přičemž veřejný zadavatel (Ministerstvo zemědělství ČR) volí více než polovinu členů v jeho dozorčím orgánu (v dozorčí radě), čímž jsou kumulativně splněny obě podmínky vymezené ve shora citovaném ustanovení zákona. Osoba „zadavatele veřejné zakázky“ je tudíž zcela prokazatelně dána.

Zjištěné skutečnosti

50. Předmětem plnění veřejné zakázky je podle čl. 2 zadávací dokumentace „*dodávka osobních ochranných pracovních prostředků v obvyklém sortimentu (pracovní oděvy, pracovní obuv, pracovní rukavice, ochranné pracovní pomůcky) a poskytnutí doplňujících služeb (opatření vybraných předmětů logem), vše za podmínek stanovených závazným návrhem rámcové smlouvy, který je přílohou č. 2 této zadávací dokumentace, v rozsahu specifikovaném zadavatelem podle jeho potřeb v jednotlivých objednávkách.*“ Z čl. 2 zadávací dokumentace dále vyplývá, že zadavatel je oprávněn v průběhu plnění veřejné zakázky »*objednávat zboží v plné šíři sortimentu uvedeného uchazečem v příloze č. 1 rámcové smlouvy „Ceník kompletního sortimentu.*“«

51. Podle čl. 9.2 zadávací dokumentace „Příloha č. 1 rámcové smlouvy *Ceník kompletního sortimentu bude zpracována v elektronické podobě ve formátu MS Office nebo kompatibilním (na datovém nosiči CD nebo DVD), v českém jazyce, ve dvou provedeních (po jednom pro originál nabídky a pro kopii nabídky). Nosič bude označen názvem uchazeče, názvem veřejné zakázky a popisem Příloha č. 1 rámcové smlouvy – Ceník kompletního sortimentu. Obsahem přílohy č. 1 rámcové smlouvy Ceník kompletního sortimentu bude kompletní elektronický katalog (s kompletním sortimentem osobních ochranných pracovních prostředků nabízeným uchazečem – tedy nikoliv v rozsahu položek vzorového koše zboží) s uvedením speciálních cen platných pro zadavatele ve všech položkách katalogu. Katalog bude pro každou položku obsahovat označení a popis zboží, katalogové číslo, speciální cenu pro zadavatele bez DPH, vyobrazení zboží, nabízené velikosti a další informace.*“
52. Přílohou č. 1 nabídky vybraného uchazeče byl DVD nosič označený „CANIS PLUS s. r. o. DODÁVKY OOPP PŘÍLOHA č. 1 RÁM. SML. CENÍK KOMPLETNÍHO SORTIMENTU“ tak, jak požadoval zadavatel v zadávací dokumentaci. Výše uvedený *Ceník kompletního sortimentu* obsahoval celkem 998 položek poptávaného sortimentu, přičemž tento ceník zahrnoval podsložky v následujícím pořadí a struktuře:
- „ODĚVY
 - *Montérkové oděvy ORION*
 - *Montérkové oděvy LUX*
 - *Montérkové oděvy*
 - *Dětské montérkové oděvy*
 - *Oděvy do deště*
 - *Pogumované zástěry*
 - *Reflexní oděvy*
 - *Zimní pracovní oděvy*
 - *Speciální oděvy*
 - *Kožené zástěry a doplňky*
 - *Jednorázové overaly*
 - *Oděvy, zástěry, pokr. hlavy – gastronomie, bílé, ostatní*
 - *Zimní bundy*
 - *Nezateplené bundy a kalhoty*
 - *Vesty*
 - *Fleecové vesty a bundy*
 - *Oděvy VENÁTOR*
 - *Mikiny, trička, košile, ostatní*
 - *Funkční termoprádlo*

- *Ponožky*
- *Pokrývky hlavy*
- *Doplňky*
- *OBUV*
 - *Pracovní obuv ROAD*
 - *Pracovní obuv STONE*
 - *Pracovní obuv DOG*
 - *Pracovní obuv SAD*
 - *Pracovní obuv BAŤA*
 - *Pracovní obuv*
 - *Slévárenská pérka*
 - *Pracovní obuv zimní*
 - *Obuv gumová zimní*
 - *Pracovní obuv gumová*
 - *Obuv ISLAND*
 - *Obuv vycházková*
 - *Pracovní obuv PRESTIGE*
 - *Obuv koupelová*
 - *Lehká pracovní obuv CORK*
 - *Obuv pracovní bílá*
 - *Doplňky*
- *RUKAVICE*
- *OCHRANNÉ POMŮCKY*
- *OCHRANA ZRAKU*
- *OCHRANNÉ ŠTÍTY*
- *OCHRANA HLAVY*
- *OCHRANA SLUCHU*
- *OCHRANA DÝCHACÍCH ORGÁNŮ*
- *BEZPEČNOST VE VÝŠKÁCH*
- *DROGERIE, ÚKLID*
- *DOPLŇKY“*

53. Zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem dne 25.10.2010 rámcovou smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky. Součástí této rámcové smlouvy byl také ceník kompletního

sortimentu na přiloženém DVD, který obsahuje celkem 1086 položek, včetně podsložky „Speciální komodity LESY ČR“ (celkem 88 položek), která je podle struktury nabídky vybraného uchazeče dodatečně umístěna mezi podskupiny „Speciální oděvy“ a „Kožené zástěry a doplňky“.

54. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 15.3.2013 uvedl, že celková částka, kterou uhradil vybranému uchazeči na základě rámcové smlouvy uzavřené dne 25.10.2010, činí 28 992 582 Kč bez DPH (34 789 838 Kč včetně DPH). Současně zadavatel zaslal všechny faktury za celou dobu plnění předmětné rámcové smlouvy zaznamenávající jednotlivé objednávky a následné platby a knihu faktur.
55. Ve svém vyjádření ze dne 19.3.2013 k podkladům rozhodnutí zadavatel uvedl, že pochybení vytýkaná mu v rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R281/2012/VZ-1905/2013/310/DBa ze dne 1.2.2013 nejsou správními delikty. K možnosti porušení § 44 odst. 1 zákona zadavatel sdělil, že je mu vytýkán postup stanovený v § 44 odst. 1 zákona, aniž by v § 44 odst. 1 zákona byl nějaký postup stanoven, tudíž ani postup, který by mohl být zadavatelem porušen. Ustanovení § 44 odst. 1 podle zadavatele obsahuje pouze definici zadávací dokumentace. I tak je zadavatel přesvědčen, že předmět veřejné zakázky vymezil v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, když ho v zadávací dokumentaci specifikoval jako „*dodávku ochranných pracovních prostředků v obvyklém sortimentu (pracovní oděvy, pracovní obuv, pracovní rukavice, ochranné pracovní pomůcky) a poskytnutí doplňujících služeb (opatření vybraných předmětů logem)*“, přičemž nejvýznamnější nakupované položky, jejichž nabídková cena byla hodnocena, byly podle zadavatele jednoznačně vymezeny v tzv. vzorovém koši. Všem tak mělo být zřejmé, co zadavatel poptává a co bude předmětem hodnocení, nabídky tak byly porovnatelné. Na výše uvedeném podle zadavatele nemění nic ani skutečnost, že podle smluvních podmínek byl zadavatel oprávněn objednávat položky z celého sortimentu vybraného uchazeče. Zadavatel shledává výše uvedený postup naprosto běžným.
56. K pochybení spočívajícím v uzavření rámcové smlouvy v rozporu s návrhem rámcové smlouvy zadavatel uvedl, že se jednalo pouze o 88 položek z celkového počtu 1086 položek ceníku, takové pochybení tak nemohlo a nemělo mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky, takže není naplněn jeden ze znaků skutkové podstaty. K výše uvedenému zadavatel dále poznamenal, že položky, které nakupoval na základě rámcové smlouvy a které nebyly součástí ceníku předloženého v nabídce vybraného uchazeče, nakupoval na základě předmětné rámcové smlouvy levněji, než následně, kdy tyto položky nakupoval na základě nového zadávacího řízení. Nelze tedy tvrdit, že by zadavatel obdržel výhodnější nabídku, pokud by dané položky řádně vysoutěžil.
57. K výši případné pokuty zadavatel doplnil, že obdobné zakázky se podobným způsobem zadávají naprosto běžně. Současně zmínil dobu trvání rámcové smlouvy, kde 2 roky trvání byly zadavatelem brány jako zkušební, předmětnou veřejnou zakázku nezadával rovnou na 4 roky, jak povoluje zákon. Podle zadavatele je také podstatná skutečnost, že okamžitě ukončil realizaci objednávek na základě rámcové smlouvy, jakmile zde byly pouze náznaky toho, že by daný postup zadání veřejné zakázky mohl být považován za problematický, tj. již v rámci prošetřování podnětu. Na závěr zadavatel doplnil, že při stanovení případné pokuty se má vycházet pouze z ceny plnění, které bylo zadavateli dodáno a které nebylo uvedeno v ceníku kompletního sortimentu předloženém v nabídce vybraného uchazeče, příp. které nebylo

uvedeno v rámci tzv. vzorového koše. Plnění, které bylo zadavateli dodáno a které bylo obsaženo ve vysoutěženém ceníku, resp. vzorovém koši, bylo totiž zadáno zcela v souladu se zákonem.

58. Usnesením č. j. ÚOHS-S338/2012/VZ-5415/2013/512/JHI ze dne 25.3.2013 Úřad určil zadavateli lhůtu, ve které měl zdůvodnit rozdíl celkové částky, kterou uhradil vybranému uchazeči na základě předmětné rámcové smlouvy uzavřené dne 25.10.2010 za doby trvání této rámcové smlouvy, jelikož zadavatelem uváděná celková částka 28 992 582 Kč bez DPH (34 789 838 Kč včetně DPH) se liší od celkově uhrazené částky, 29 162 339,79 Kč bez DPH (34 993 544 Kč včetně DPH), kterou Úřad získal na základě kontrolního součtu jednotlivých faktur.
59. Zadavatel ve své odpovědi ze dne 2.4.2013 uvedl, že důvodem, proč Úřad po sečtení přiložených faktur dospěl k odlišné částce, je skutečnost, že ve vztahu k některým fakturám byl vystaven opravný daňový doklad (některé faktury byly zcela či částečně dobropisovány). Tyto opravné daňové doklady nebyly zahrnuty v přílohách (seznamy jednotlivých faktur) zaslanych Úřadu jako součást vyjádření ze dne 15.3.2013, avšak byly promítnuty do knihy faktur, která tedy obsahuje správný součet, tj. částku 28 992 582 Kč bez DPH (34 789 838 Kč včetně DPH). Současně zadavatel přiložil relevantní podklady (jednotlivé faktury), ze kterých vyplývá, jaká částka byla původně vyfakturována a jaká byla skutečně uhrazena.

Relevantní ustanovení zákona

60. Podle § 44 odst. 1 zákona je zadávací dokumentace soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Za správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá zadavatel.
61. Podle věty druhé § 82 odst. 2 zákona smlouvu uzavře zadavatel v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče, popřípadě upraveným podle § 32 zákona.

Právní posouzení

K výroku I. – nevymezení předmětu veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky

62. K vymezení předmětu veřejné zakázky Úřad obecně uvádí, že nelze-li rozsah potřeb zadavatele stanovit naprosto přesně (tj. zadavatel nezná přesné množství dodávek), je nezbytné, aby zadavatel v podmínkách zadání určil alespoň předpokládaný rozsah plnění veřejné zakázky a dobu trvání smlouvy tak, aby uchazeči mohli v nabídkách předložit nabídkovou cenu. V takovém případě pak může zadavatel v zadávacích podmínkách veřejné zakázky stanovit, že uchazeč bude předmět plnění veřejné zakázky realizovat podle skutečných potřeb zadavatele a že fakturace a platby budou prováděny podle skutečně provedené práce, dodávek nebo služeb, aby vztah mezi zadavatelem a uchazečem při plnění veřejné zakázky odpovídal realitě. To znamená, že zadavatel, nezná-li přesně množství dodávek, které bude v průběhu plnění veřejné zakázky odebírat, definuje v zadávací dokumentaci pouze „model“ dodávek na základě předpokládaného celkového množství. Nicméně, je vždy nezbytné, aby množství bylo jedinou „neznámou proměnou“, neboť

předmět zakázky, tj. specifikace toho, oč se soutěží (poptávaný sortiment), musí být přesně vymezeno. V opačném případě by se totiž jednalo o „imaginární“ soutěž o plnění, které ve skutečnosti nebude realizováno, popř. bude realizovat plnění, které nebylo vysoutěženo, jako se stalo v šetřeném případě.

63. Ze skutkových zjištění uvedených v bodu 50. odůvodnění tohoto rozhodnutí vyplývá, že předmět veřejné zakázky zadavatel vymežil v čl. 2 zadávací dokumentace jako dodávku *„osobních ochranných pracovních prostředků v obvyklém sortimentu (pracovní oděvy, pracovní obuv, pracovní rukavice, ochranné pracovní pomůcky) a poskytnutí doplňujících služeb (opatření vybraných předmětů logem), vše za podmínek stanovených závazným návrhem rámcové smlouvy, který je přílohou č. 2 této zadávací dokumentace, v rozsahu specifikovaném zadavatelem podle jeho potřeb v jednotlivých objednávkách.“*
64. Úřad má za to, že postup, který zadavatele zvolil k vymezení předmětu rámcové smlouvy, provedl takovým způsobem, že v zadávacích podmínkách fakticky nestanovil úplný předmět veřejné zakázky, tedy kompletní sortiment, který měl zadavatel zřejmě následně v úmyslu na základě rámcové smlouvy poptávat. Tento závěr Úřadu potvrzuje již samotný obsah zadávací dokumentace, když v jejím čl. 2 zadavatel dále stanovil, že je oprávněn *»objednávat zboží v plné šíři sortimentu uvedeného uchazečem v příloze č. 1 rámcové smlouvy „Ceník kompletního sortimentu.“«* (viz bod 50. odůvodnění tohoto rozhodnutí, přičemž podle čl. 9.2. zadávací dokumentace *»Obsahem přílohy č. 1 rámcové smlouvy „Ceník kompletního sortimentu“ bude kompletní elektronický katalog (s kompletním sortimentem osobních ochranných pracovních prostředků nabízeným uchazečem nikoliv v rozsahu položek vzorového koše zboží) s uvedením speciálních cen platných pro zadavatele ve všech položkách katalogu.«* (viz bod 51. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z výše citovaných částí zadávací dokumentace je tedy zřejmé, že *Příloha č. 1 rámcové smlouvy – Ceník kompletního sortimentu* byl podkladem pro jednotlivé objednávky zadavatele na základě uzavřené rámcové smlouvy. Zadavatel tedy stanovení úplného předmětu veřejné zakázky nechal na libovůli uchazečů, když následně poptával zboží ze sortimentu uvedeného v příloze nabídky vybraného uchazeče, tedy zboží, které nebylo zadavatelem v zadávacích podmínkách převážně konkretizováno (definováno). Zadavatel v zadávací dokumentaci stanovil, že součástí nabídky bude ceník kompletního sortimentu osobních ochranných pracovních prostředků nabízených uchazečem, aniž by dopředu konkrétně vymežil, o jaké osobní ochranné pracovní prostředky se má jednat.
65. K tvrzení zadavatele, že se jedná o běžný postup i u jiných zadavatelů v jiných zadávacích řízeních, lze jen odkázat na poslední větu § 44 odst. 1 zákona, že *„za správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá zadavatel.“* Nelze tedy protizákonné jednání (zde vymezení předmětu veřejné zakázky) omlouvat tím, že tak činí i jiní zadavatelé v jiných zadávacích řízeních. Úkolem zadavatele je dostát povinnosti stanovené v § 44 odst. 1 zákona, tedy vymežit a charakterizovat předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Zadavatel musí být schopen vymežit v zadávacích podmínkách svoje potřeby, nemůže zahájit zadávací řízení na předmět veřejné zakázky (v tomto případě konkrétní ochranné pracovní prostředky), který v době zahájení zadávacího řízení specifikuje pouze částečně.
66. Na základě výše uvedených skutečností lze učinit dílčí závěr, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 44 odst. 1 zákona, když nevymežil v zadávací dokumentaci předmět veřejné

zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, neboť v zadávací dokumentaci nestanovil konkrétní sortiment, který chtěl poptávat, přičemž v čl. 2 zadávací dokumentace stanovil, že předmětem plnění je „*dodávka osobních ochranných pracovních prostředků v obvyklém sortimentu (pracovní oděvy, pracovní obuv, pracovní rukavice, ochranné pracovní pomůcky) a poskytnutí doplňujících služeb (opatření vybraných předmětů logem), vše za podmínek stanovených závazným návrhem rámcové smlouvy, který je přílohou č. 2 této zadávací dokumentace, v rozsahu specifikovaném zadavatelem podle jeho potřeb v jednotlivých objednávkách.*“ a současně si v čl. 2 zadávací dokumentace vyhradil právo »*objednávat zboží v plné šíři sortimentu uvedeného uchazečem v příloze č. 1 rámcové smlouvy „Ceník kompletního sortimentu.*“«.

67. 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.
68. K naplnění dalších znaků správního deliktu Úřad uvádí, že jednání zadavatele mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že takto zkrusleně konkretizovaný (resp. nevyomezený) předmět veřejné zakázky mohl mít rovněž na potenciální dodavatele odrazující vliv, neboť neměli zájem zpracovávat své nabídky a vynakládat tak finanční prostředky v zadávacím řízení na takto „nestandardně“ vymezený předmět plnění. Nelze rovněž vyloučit, že při řádném vymezení celého předmětu veřejné zakázky by zadavatel získal výhodnější nabídku, než byla nabídka vybraného uchazeče, resp. výhodnější ceny jednotlivých položek. Pro ilustraci uvádí Úřad příklad, kdy zadavatel v rámci zadávacího řízení vymezí předmět veřejné zakázky na dodávku automobilů pouze automobily o obsahu motoru 1,2 a 1,4 (či nižší třídy), tyto také jsou předmětem hodnocení, ale pak v rámci plnění poptává i automobily o obsahu motoru např. 1,6 a 2,0 (či vyšší třídy), což jistě může podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, jelikož pokud by zadavatel v zadávacích podmínkách přesně vymezil všechny sortiment (všechna auta či všechny ochranné pracovní prostředky), potenciální dodavatelé by si mohli udělat konkrétní představu o předmětu plnění veřejné zakázky a zvážit tak svou účast. Pro některé dodavatele je například dodávka aut o objemu motoru 1,2 a 1,4 (či nižší třídy) méně zajímavá, než kdyby mohli dodávat také automobily vyšší třídy (a také dražší) o objemu 1,6 a 2,0. Stejně tak to platí i pro ochranné pracovní prostředky, pokud zadavatel vymezí pouze zlomek plnění, a zbytek vymezí obecným odkazem „*dodávka osobních ochranných pracovních prostředků v obvyklém sortimentu (pracovní oděvy, pracovní obuv, pracovní rukavice, ochranné pracovní pomůcky)*“, nelze vyloučit, že takto nedostatečně podrobné vymezení předmětu veřejné zakázky nemusí oslovit či může dokonce odradit potenciální dodavatele od podání nabídky. Skutečnost, že na základě pozdějšího zadávacího řízení jsou ceny podobného sortimentu vyšší než ceny sortimentu poptávaného bez zadávacího řízení, není v tomto správním řízení relevantní, jelikož obě zadavatelem zmíněná zadávací řízení dělila od sebe 2 roky, a tudíž přesvědčení Úřadu o možném podstatném vlivu na výběr nejvhodnější nabídky stále trvá.
69. Nabídky podané jednotlivými uchazeči v předmětném zadávacím řízení mohl zadavatel vzájemně hodnotit, jelikož vzorový koš (jehož ocenění bylo předmětem hodnocení) byl jasně vymezený. Jednotlivé nabídky nicméně nebyly vzájemně porovnatelné z hlediska „reálně“ poptávaného předmětu plnění, jelikož zadavatel si v zadávacích podmínkách vymínil právo

poptávat i zboží, které si sám explicitně nevymezil v zadávacích podmínkách, ale které uchazeč „nabídne“ nad rámec zadavatelem vymezeného zboží.

70. K otázce prokazování podstatného vlivu na výběr nejvhodnější nabídky Úřad odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu 9 As 63/2016 zabývající se přímo šetřenou veřejnou zakázkou, ve kterém tento soud s odkazem na předchozí judikaturu (rozsudky Nejvyššího správního soudu č.j. 9 Afs 78/2012 – 28 ze dne 25.7.2013 a č.j. 4 As 61/2016 – 34 ze dne 28.6.2016) učinil závěr, že Úřad „*není u ohrožovací formy správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách (nezákonným postupem zadavatele mohl být ovlivněn výběr nejvhodnější nabídky) povinen prokazovat, že zde existoval konkrétní dodavatel, který by se, nebýt pochybení zadavatele, zadávacího řízení zúčastnil a mohl podat výhodnější nabídku*“. Dále tento soud pokračuje, že postačí, aby Úřad „*v rozhodnutí učinil kvalifikovanou úvahu, z níž bude logickým a srozumitelným způsobem vyplývat, proč v důsledku pochybení zadavatele mohlo dojít k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, tj. k ohrožení soutěže o veřejnou zakázku*“.
71. Úřad se ve správním řízení rovněž zabýval otázkou, zda nová právní úprava zadávání veřejných zakázek provedená zákonem č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, není v otázce odpovědnosti zadavatele za správnost a úplnost zadávací dokumentace tak, jak ji upravuje § 44 odst. 1 zákona („*zadávací dokumentace je soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Za správnost a úplnost zadávacích podmínek odpovídá zadavatel*“), pro zadavatele příznivější. Podle § 36 odst. 3 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, „*zadávací podmínky zadavatel stanoví a poskytne dodavatelům v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení. Zadavatel nesmí přenášet odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek na dodavatele*“. Po porovnání obou výše uvedených ustanovení citovaných zákonů Úřad dospěl k závěru, že ustanovení obou zákonů vždy kladou důraz na to, že předmět veřejné zakázky musí být vymezen v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení, přičemž odpovědnost za takové vymezení nese vždy zadavatel.
72. Úřad dále zjistil, že zadavatel smlouvu na veřejnou zakázku uzavřel dne 25.10.2010, čímž došlo k naplnění posledního znaku správního deliktu zadavatele podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 44 odst. 1 zákona, když nevymezil v zadávací dokumentaci předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, neboť v zadávací dokumentaci nestanovil konkrétní sortiment, který chtěl poptávat, přičemž v čl. 2 zadávací dokumentace stanovil, že předmětem plnění je „*dodávka osobních ochranných pracovních prostředků v obvyklém sortimentu (pracovní oděvy, pracovní obuv, pracovní rukavice, ochranné pracovní pomůcky) a poskytnutí doplňujících služeb (opatření vybraných předmětů logem), vše za podmínek stanovených závazným návrhem rámcové smlouvy, který je přílohou č. 2 této zadávací dokumentace, v rozsahu specifikovaném zadavatelem podle jeho potřeb v jednotlivých objednávkách.*“ a současně si v čl. 2 zadávací dokumentace vyhradil právo »objednávat zboží v plné šíři sortimentu uvedeného uchazečem v příloze č. 1 rámcové smlouvy „*Ceník kompletního sortimentu.*“«, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit

výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel dne 25.10.2010 uzavřel rámcovou smlouvu s vybraným uchazečem.

K uzavření smlouvy v rozporu s návrhem smlouvy v nabídce vybraného uchazeče

73. Z čl. 9.2 zadávací dokumentace ve vztahu k čl. 2 zadávací dokumentace vyplývá, že součástí nabídky uchazeče, konkrétně návrhu rámcové smlouvy, má být jako příloha č. 1 na datovém nosiči Ceník kompletního sortimentu, označený jako „Příloha č. 1 rámcové smlouvy – Ceník kompletního sortimentu“.
74. Vybraný uchazeč ve své nabídce předložil i podepsaný návrh smlouvy, jehož přílohou bylo DVD s popiskem „CANIS PLUS s. r. o. DODÁVKY OOPP PŘÍLOHA č. 1 RÁM. SML. CENÍK KOMPLETNÍHO SORTIMENTU“. Není tedy pochyb o tom, že se jedná o přílohu č. 1 obsahující Ceník kompletního sortimentu tak, jak vyžadoval zadavatel v čl. 2 a 9.2 zadávací dokumentace. Obsahem tohoto DVD přiloženého k návrhu rámcové smlouvy v nabídce vybraného uchazeče je Ceník kompletního sortimentu nabízeného vybraným uchazečem, obsahující 998 položek, členění jednotlivých podsložek je uvedeno v bodu 52. odůvodnění tohoto rozhodnutí.
75. Úřad zjistil, že rámcová smlouva uzavřená mezi zadavatelem a vybraným uchazečem dne 25.10.2010 obsahuje přílohu č. 1, konkrétně DVD s popiskem „Příloha č. 1 – Ceník kompletního sortimentu CANIS“. Tento ceník obsahuje celkem 1086 položek, tedy o 88 položek více, než nabídl vybraný uchazeč v příloze své nabídky. Úřad po přezkoumání obsahu obou ceníků kompletního sortimentu (tedy jak ceníku přiloženého v nabídce vybraného uchazeče, tak ceníku přiloženého k uzavřené rámcové smlouvě) konstatuje, že Ceník kompletního sortimentu přiložený k uzavřené rámcové smlouvě jako příloha č. 1 obsahuje na rozdíl od Ceníku kompletního sortimentu přiloženého v nabídce vybraného uchazeče o 88 položek více, přičemž tyto položky jsou obsaženy v podsložce „Speciální komodity LESY ČR“, kterou při uzavření smlouvy zadavatel a vybraný uchazeč „vklínili“ mezi podskupiny „Speciální oděvy“ a „Kožené zástěry a doplňky“. Tato nově přidaná podskupina (na rozdíl od Ceníku kompletního sortimentu) pak obsahuje položky jako Lesy-58 (Bunda LOVEC – cena 1390 Kč bez DPH), Lesy-59 (Kalhoty LOVEC – cena 831 Kč bez DPH), Lesy-60 (Bunda LESY s membránou – cena 2780 Kč bez DPH), Lesy-61 (Bunda LESY s membránou zimní – cena 2950 Kč bez DPH), Lesy-62 (Kalhoty LESY – cena 1217 Kč bez DPH), Lesy-63 (Kalhoty LESY s membránou – cena 2214 Kč bez DPH), Lesy-51 (Funkční prádlo, triko krátký rukáv – cena 815 Kč bez DPH), Lesy-52 (Funkční prádlo, triko dlouhý rukáv – cena 945 Kč bez DPH), Lesy-53 (Funkční prádlo, kalhoty dlouhé nohavice – cena 945 Kč bez DPH), 0920-VV (TORBAT S3, kotníková celokožená obuv, S3, GORE-TEX, standartní šířka W – cena 2399 Kč bez DPH), a dalších 78 položek.
76. Úřad zjistil, že výše uvedené položky Lesy-58 (Bunda LOVEC – cena 1390 Kč bez DPH), Lesy-59 (Kalhoty LOVEC – cena 831 Kč bez DPH), Lesy-60 (Bunda LESY s membránou – cena 2780 Kč bez DPH), Lesy-61 (Bunda LESY s membránou zimní – cena 2950 Kč bez DPH), Lesy-62 (Kalhoty LESY – cena 1217 Kč bez DPH), Lesy-63 (Kalhoty LESY s membránou – cena 2214 Kč bez DPH), Lesy-51 (Funkční prádlo, triko krátký rukáv – cena 815 Kč bez DPH), Lesy-52 (Funkční prádlo, triko dlouhý rukáv – cena 945 Kč bez DPH), Lesy-53 (Funkční prádlo, kalhoty dlouhé nohavice – cena 945 Kč bez DPH), 0920-VV (TORBAT S3, kotníková celokožená obuv, S3, GORE-TEX, standartní šířka W – cena 2399 Kč bez DPH), a dalších 78 položek nejsou

v Ceníku kompletního sortimentu v nabídce vybraného uchazeče obsaženy ani pod jiným označením, ani pod jiným kódem, zjednodušeně řečeno, v nabídce vybraného uchazeče není žádná položka, která by se jak cenou, nebo označením shodovala se zbožím uvedeným v rámcové smlouvě následně objednaným a zadavatelem proplaceným z podsložky „Speciální komodity LESY ČR“. Rámcová smlouva uzavřená mezi zadavatelem a vybraným uchazečem dne 25.10.2010 se tedy od rámcové smlouvy přiložené vybraným uchazečem v nabídce lišila v obsahu přílohy č. 1 rámcové smlouvy Ceník kompletního sortimentu.

77. Úřad se neztotožňuje s tvrzením zadavatele, že se jednalo o marginální část předmětu plnění. Úřad z předložených faktur zjistil, že zadavatel objednával sortiment, který nebyl součástí nabídky vybraného uchazeče ve značné míře, tedy „nevysoutěžené“ plnění. Úřad navíc doplňuje, že i kdyby změna rozsahu plnění v uzavírané smlouvě oproti nabídce vybraného uchazeče byla menšího rozsahu, vždy by šlo o nedodržení postupu stanoveného v § 82 odst. 2 zákona.
78. Úřad na základě výše uvedených skutečností konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 82 odst. 2 zákona, když uzavřel v rozporu s návrhem smlouvy uvedeným v nabídce vybraného uchazeče rámcovou smlouvu na sortiment, který vybraný uchazeč ve své nabídce vůbec nenabízel. Lze tudíž konstatovat, že 88 položek nebylo podrobena výběrovému řízení; pokud by tomu tak bylo, nelze vyloučit, že zadavatel mohl obdržet výhodnější nabídky od uchazečů, kteří podali nabídky, a také nabídky i jiných dodavatelů, a jako nejvhodnější mohla být vybrána nabídka jiného dodavatele než vybraného uchazeče. Právě rozpor v těchto 88 položkách způsobil, že návrh rámcové smlouvy předložený vybraným uchazečem se fakticky stal pouze nezávaznou částí nabídky vybraného uchazeče, když zadavatel nakonec převážně poptával plnění, které nebylo v nabídce uvedeno.
79. Deliktní jednání zadavatele je tak nutno vztahovat k rámcové smlouvě jako celku, nikoliv pouze k výše zmíněným 88 položkám. Správního deliktu se zadavatel dopustil tím, že dne 25.10.2010 uzavřel rámcovou smlouvu v rozporu s návrhem rámcové smlouvy předložené v nabídce vybraného uchazeče, nikoliv tím, že následně vybíral a objednával z 88 položek, které nebyly součástí nabídky.
80. K otázce vznesené krajským soudem, zda správní delikt, kterého se zadavatel dopustil nedodržením povinnosti stanovené v § 82 odst. 2 zákona uzavřít smlouvu v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče, není důsledkem správního deliktu, kterého se zadavatel dopustil nedodržením § 44 odst. 1 zákona, když nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro podání nabídky, Úřad uvádí následující. Uzavření smlouvy v rozporu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče není nevyhnutelným ani přímým následkem nevymezení předmětu veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro podání nabídky, neboť zadavatel měl možnost postupovat při uzavření smlouvy v souladu se zákonem a nebyl ničím nucen uzavřít smlouvu, jejíž přílohou byl sortiment vybraného uchazeče rozšířený o 88 položek oproti návrhu smlouvy, kterou vybraný uchazeč předložil v nabídce. Škodlivý následek správního deliktu uvedeného ve výroku I. tak vždy končí nejpozději v okamžiku výběru nejvhodnější nabídky, neboť v důsledku nesprávného vymezení předmětu veřejné zakázky zadavatel obdrží neporovnatelné nabídky, z nichž jednu vybere jako nejvhodnější. Jestliže ovšem zadavatel uzavřel smlouvu, která se lišila od návrhu smlouvy, která byla obsažena v nabídce vybraného uchazeče, pak tímto úkonem nedodržel povinnost stanovenou v § 82 odst. 2 zákona. To

v konečném důsledku vedlo k tomu, že potenciální dodavatelé neměli žádnou možnost nabídnout zboží, které zadavatel chtěl poptávat, a které tedy nakonec fakticky tvořilo předmět veřejné zakázky. I kdyby tedy nedošlo ke spáchání správního deliktu nevymezením předmětu veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro podání nabídky, je neuzavření smlouvy v souladu s návrhem obsaženým v nabídce vybraného uchazeče samostatným správním deliktem.

81. K otázce prokazování podstatného vlivu na výběr nejvhodnější nabídky Úřad odkazuje na bod 70. odůvodnění tohoto rozhodnutí. K tomu Úřad doplňuje, že uzavření smlouvy na plnění, o které vůbec neproběhla soutěž, mohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť pokud by takové plnění předmětem soutěže bylo, mohla by být vybrána nabídka jiného dodavatele, neboť nabídka vybraného uchazeče vystavená konkurenčnímu tlaku nemusela být nejvýhodnější.
82. Úřad se ve správním řízení rovněž zabýval otázkou, zda nová právní úprava zadávání veřejných zakázek provedená zákonem č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, není v otázce povinnosti zadavatele stanovené v § 82 odst. 2 zákona „uzavřít smlouvu v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče, popřípadě upraveným podle § 32“ pro zadavatele příznivější. Podle § 124 odst. 4 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, „smlouvu je zadavatel povinen uzavřít v souladu s nabídkou vybraného dodavatele, popřípadě upravenou postupem podle § 69 odst. 8“ (§ 69 odst. 8 se týká soutěžního dialogu, nikoliv otevřeného řízení, ve kterém zadavatel zadával šetřenou veřejnou zakázku, a tudíž jej pro porovnání právních úprav nelze vzít v úvahu). Po porovnání obou výše uvedených ustanovení citovaných zákonů Úřad dospěl k závěru, že nová právní úprava není pro zadavatele příznivější, neboť i podle nové právní úpravy je zadavatel povinen smlouvu uzavřít v souladu s nabídkou vybraného dodavatele.
83. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 82 odst. 2 zákona, když dne 25.10.2010 uzavřel rámcovou smlouvu s vybraným uchazečem v rozporu s návrhem rámcové smlouvy obsaženým v nabídce tohoto vybraného uchazeče, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

VI. Uložení sankce

84. 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.
85. Úřad posoudil postup zadavatele a vzhledem ke zjištěným skutečnostem přistoupil k uložení pokuty podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona, neboť zadavatel svými postupy naplnil skutkovou podstatu správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Úřad totiž v rámci správního řízení shledal
 - ve výroku I. tohoto rozhodnutí, že zadavatel se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 44 odst. 1 zákona, když nevymezil v zadávací dokumentaci předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, neboť v zadávací dokumentaci nestanovil konkrétní sortiment, který chtěl poptávat, přičemž v čl. 2 zadávací

dokumentace stanovil, že předmětem plnění je „*dodávka osobních ochranných pracovních prostředků v obvyklém sortimentu (pracovní oděvy, pracovní obuv, pracovní rukavice, ochranné pracovní pomůcky) a poskytnutí doplňujících služeb (opatření vybraných předmětů logem), vše za podmínek stanovených závazným návrhem rámcové smlouvy, který je přílohou č. 2 této zadávací dokumentace, v rozsahu specifikovaném zadavatelem podle jeho potřeb v jednotlivých objednávkách.*“ a současně si v čl. 2 zadávací dokumentace vyhradil právo »objednat zboží v plné šíři sortimentu uvedeného uchazečem v příloze č. 1 rámcové smlouvy „*Ceník kompletního sortimentu.*“«, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel dne 25.10.2010 uzavřel rámcovou smlouvu s vybraným uchazečem, a

- ve výroku II. tohoto rozhodnutí, že zadavatel se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 82 odst. 2 zákona, když dne 25.10.2010 uzavřel rámcovou smlouvu s vybraným uchazečem v rozporu s návrhem rámcové smlouvy obsaženým v nabídce tohoto vybraného uchazeče, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

86. Před uložením 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 dle konstantní judikatury Nejvyššího správního soudu (např. rozsudek č.j. 6 A 126/2002 ze dne 27.10.2004) aplikuje rovněž v řízeních o sankci za správní delikty.
87. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost právnické osoby za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.
88. V nyní šetřené věci však došlo po zahájení správního řízení s účinností od 6.3.2015 k novelizaci § 121 odst. 3 zákona, resp. dne 1.10.2016 nabytí účinnosti zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZZVZ“), podle kterého (§ 270 odst. 3 ZZVZ) odpovědnost právnické osoby za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil správní řízení do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán. Proto Úřad v šetřeném případě aplikoval princip zakotvený v čl. 40 odst. 6 Listiny a posoudil případ podle pozdější právní úpravy, 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.
89. V návaznosti na výše uvedené Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona (resp. § 270 odst. 3 ZZVZ). V šetřeném případě se Úřad o

spáchání správních deliktů dozvěděl z podnětu, který obdržel dne 8.11.2011, přičemž správní řízení ve věci možného spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí bylo zahájeno dne 14.6.2012 a správní řízení ve věci možného spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku II. tohoto rozhodnutí dne 28.2.2013 (viz bod 8. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Vzhledem k tomu, že ke spáchání správních deliktů vymezených ve výroku tohoto rozhodnutí došlo dne 25.10.2010 uzavřením rámcové smlouvy, lze konstatovat, že k uplynutí lhůty vymezené zákonem pro zahájení správního řízení nedošlo a odpovědnost zadavatele za správní delikty nezanikla, a to ani v případě, kdyby Úřad posuzoval splnění podmínek pro zánik odpovědnosti zadavatele podle pozdější (a vzhledem k tomu, že zakotvuje kratší lhůty, v tomto smyslu pro zadavatele příznivější) právní úpravy.

90. K výše uvedenému závěru Úřad dodává, že okamžik spáchání správních deliktů zadavatelem vztahuje k datu uzavření rámcové smlouvy. Právě toto datum (25.10.2010), kdy se zadavatel v rozporu se zákonem smluvně zavázal k plnění, které nebylo „vysoutěženo“ v souladu se zákonem, je rozhodné pro naplnění podmínky stanovené v § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
91. K uložení pokuty za spáchání správních deliktů uvedených ve výrocih I. a II. tohoto rozhodnutí Úřad předně uvádí, že při stanovení výše sankce je nutné postupovat v souladu se zásadou absorpce, která se uplatní při postihu souběhu správních deliktů a jejíž podstata tkví v absorpci sazeb (*poena maior absorbet minorem* – tedy přísnější trest pohlcuje mírnější). Tento postup Úřadu vychází z konstantní rozhodovací praxe správních soudů, kdy je možné uvést rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 18.6.2009, č. j. 1 As 28/2009 – 62 (publikován ve Sb. NSS 2248/2011), popřípadě rozsudek NSS ze dne 16.9.2016 č. j. 6 As 245/2015 – 33. V prvně uvedeném rozhodnutí Nejvyšší správní soud konstatoval, že *»soud dovodil, že při trestání správních deliktů týmž správním orgánem se přiměřeně uplatní i principy ovládající souběh trestných činů. Nutnost aplikovat tento trestněprávní institut vyplývá z obecné potřeby použít ve prospěch obviněného analogii z trestního práva ve správním trestání 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. K této zásadě se již Nejvyšší správní soud vyslovil např. ve svém rozsudku ze dne 16.4.2008, č. j. 1 As 27/2008 - 67, dle něhož „použití analogie ve správním trestání je přípustné, a to v omezeném rozsahu, pouze tam, kdy to, co má být aplikováno, určitou otázkou vůbec neřeší, nevede-li takový výklad k újmě účastníka řízení a ani k újmě na ochraně hodnot, na jejichž vytváření a ochraně je veřejný zájem.“*« Soud dále pokračuje tak, že *»[t]restněprávní doktrína uvádí, že souběh „je dán tehdy, jestliže se pachatel dopustil dvou nebo více trestných činů dříve, než byl pro některý z nich vyhlášen soudem prvního stupně odsuzující rozsudek za podmínky, že tento rozsudek později nabyl právní moci a že o něm neplatí fikce neodsouzení“* (viz Šámal, P., Púry, F., Rizman, S.: *Trestní zákon. Komentář. I. díl. 6., doplněné a přepracované vydání. C. H. Beck, Praha, 2004, str. 26*).« Pro ukládání trestů za správní delikty se proto musí uplatnit obdobné principy a pravidla jako pro ukládání trestů za trestné činy.
92. 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, jakož ani důsledky, není-li z jakýchkoli důvodů vedeno společné řízení. 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.

93. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky, nebo do 10 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a), c) nebo d).
94. V šetřeném případě se zadavatel dopustil dvou správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, přičemž za spáchání každého z nich lze zadavateli podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona uložit pokutu do 5 % ceny zakázky, nebo do 10 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit.
95. Zadavatel uzavřel dne 25.10.2010 rámcovou kupní smlouvu s vybraným uchazečem s dobou trvání dvou let. Z vyjádření zadavatele ze dne 15.3.2013 a z 2.4.2013 a z jím zaslaných faktur, které zachycují jednotlivé objednávky zadavatele na základě rámcové smlouvy po celou dobu plnění předmětu veřejné zakázky, vyplývá, že celková suma, kterou zadavatel uhradil vybranému uchazeči za celou dobu plnění předmětné rámcové smlouvy, činí 28 992 582 Kč bez DPH (34 789 838 Kč včetně DPH). Uzavřením smlouvy se zadavatel v obou případech (jak při porušení § 44 odst. 1 zákona, tak při porušení § 82 odst. 2 zákona) dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Cena veřejné zakázky, při které se zadavatel dopustil správních deliktů, je 34 789 838 Kč včetně DPH. Horní hranice možné pokuty (5 %) tedy po zaokrouhlení činí částku ve výši 1 739 492 Kč.
96. V souladu se zásadou absorpce v rámci správně právního trestání se ve správním řízení uloží pokuta podle přísněji trestného správního deliktu, a proto se Úřad zabýval i otázkou, jaký správní delikt je v šetřeném případě možné považovat za přísněji trestný, tj. za který z nich je možno uložit přísnější sankci (vyšší pokutu).
97. V daném případě jsou oba správní delikty shodné, resp. za každý z nich by bylo možno uložit pokutu do 5 % ceny zakázky. V souladu se zásadou absorpce v rámci správně právního trestání je ovšem nutné uložit pokutu pouze za jeden ze spáchaných správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona a k druhému přihlídnout v rámci přitěžujících okolností.
98. S ohledem na výše uvedené ukládá Úřad pokutu za správní delikt uvedený ve výroku I. tohoto rozhodnutí. Úřad zde vycházel z úvahy, že pokud by zadavatel v šetřeném případě vymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, tedy pokud by ještě před zahájením zadávacího řízení provedl analýzu svých potřeb a následně jednoznačně specifikoval předmět veřejné zakázky již v zadávací dokumentaci, obdržel by nabídky odpovídající reálně poptávanému předmětu veřejné zakázky.
99. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty právnické osobě přihlídnou k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
100. 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 přihlídnutím 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.

101. Co se týče způsobu spáchání správního deliktu, Úřad uvádí, že nedodržení postupu stanoveného zákonem spočívá v nejednoznačném vymezení předmětu veřejné zakázky, a tudíž se jedná o jedno z nejzávažnějších porušení zákona s potenciálním vlivem na výběr nejhodnější nabídky. Následek spáchání správního deliktu pak spočívá v tom, že zkráceně konkretizovaný (resp. nevymezený) předmět veřejné zakázky mohl mít na potenciální dodavatele odrazující vliv, neboť neměli zájem zpracovávat na takto nestandardně neurčitě vymezený předmět plnění své nabídky, přičemž při řádném vymezení celého předmětu veřejné zakázky nelze vyloučit, že by zadavatel získal výhodnější nabídku, než byla nabídka vybraného uchazeče.
102. Při stanovení konkrétní výše sankce se dále Úřad zabýval i tím, zda lze při úvahách ohledně výše ukládané pokuty zohlednit dobu, která uplynula mezi spácháním deliktu a samotným potrestáním zadavatele za spáchání tohoto správního deliktu. V této souvislosti je nutné poukázat na rozsudek krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 123/2013-85 ze dne 9.4.2015, ve kterém krajský soud uvedl, že: *„(...) 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 veřejností 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.“* Při určení výše pokuty Úřad proto ve prospěch zadavatele zohlednil tu skutečnost, že správní delikt byl zadavatelem spáchán před téměř sedmi lety. Vlivem časové prodlevy mezi spácháním správního deliktu a jeho potrestáním (vydáním rozhodnutí o sankci) totiž dochází k výraznému oslabení smyslu a účelu trestu.
103. Ani časová prodleva mezi spácháním správního deliktu a jeho potrestáním ovšem nemůže být důvodem pro uložení pokuty pouze v symbolické výši. Navíc jako přitěžující okolnost je nutno zohlednit spáchání správního deliktu neuzavřením rámcové smlouvy v souladu s nabídkou vybraného uchazeče.
104. Co se týče tvrzení zadavatele, že rámcová smlouva byla pouze dvouletá místo zákonem povolených 4 let, což by měla být polehčující okolnost, je podle názoru Úřadu potřeba na věc pohlédnout i z druhé strany, a to, že zadavatel po celé dva roky objednával plnění na základě rámcové smlouvy uzavřené v rozporu se zákonem na základě zadávacího řízení, ve kterém

nebyl vymezen předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro podání nabídky; zadavatel tak dva roky odebíral plnění, které řádně nevysoutěžil. Zvolenou dobu trvání rámcové smlouvy tak nelze brát jako polehčující okolnost.

105. K tvrzení zadavatele, že realizace objednávek byla pozastavena hned, jak se objevil náznak, že způsob zadání předmětné veřejné zakázky byl problematický, tj. již v rámci prošetřování podnětu, je třeba uvést, že z jednotlivých faktur lze vyčíst, že ačkoliv se zadavatel o šetření podnětu dozvěděl již na konci listopadu 2011, objednával od vybraného uchazeče plnění ještě v roce 2012, například oděvy Lesy-61 (Bunda LESY s membránou zimní – cena 2 950 Kč bez DPH), Lesy-63 (Kalhoty LESY s membránou – cena 2 214 Kč bez DPH), vše v celkové hodnotě 754 956 Kč bez DPH (905 947 Kč včetně DPH) podle faktury FV94-257/2012 s datem zdanitelného plnění dne 17.1.2012, nebo oděvy Lesy-58 (Bunda LOVEC – cena 1 390 Kč bez DPH), Lesy-59 (Kalhoty LOVEC – cena 831 Kč bez DPH), Lesy-51 (Funkční prádlo, triko krátký rukáv – cena 815 Kč bez DPH), Lesy-52 (Funkční prádlo, triko dlouhý rukáv – cena 945 Kč bez DPH), Lesy-53 (Funkční prádlo, kalhoty dlouhé nohavice – cena 945 Kč bez DPH), vše v celkové hodnotě 74 902 Kč bez DPH (89 882 Kč včetně DPH) podle faktury FV94-997/2012 s datem zdanitelného plnění dne 6.3.2012. Zadavatel tak v realizaci pokračoval i v roce 2012, a tudíž ani v této souvislosti nelze hovořit o polehčující okolnosti.
106. Ve vztahu k další zadavatelem navozované polehčující okolnosti spočívající v jeho nezkušenosti při zadávání veřejné zakázky na ochranné osobní pracovní prostředky, zastává Úřad názor, že zadavatel se této polehčující okolnosti nemůže dovolávat, když jako veřejný zadavatel zadává veřejné zakázky v řadě dalších zadávacích řízení (těžba dřeva, nákup vozidel, úklid atd.).
107. Dále se Úřad zabýval otázkou, zda delikt, za který je zadavateli nyní ukládán trest, není ještě v souběhu s dalšími delikty zadavatele. Tento postup Úřadu vychází z konstantní rozhodovací praxe správních soudů (viz bod 91. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad však neshledal, že by delikt, za který je v tomto správním řízení ukládán trest, byl v souběhu s dalšími delikty zadavatele.
108. S ohledem na výše uvedené Úřad rekapituluje, že zadavateli uložil za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí pokutu ve výši 430 000 Kč, a to při respektování absorpční zásady ve formě analogického použití institutu souhrnného trestu.
109. Při stanovení výše pokuty Úřad rovněž zvažoval, zda pokuta uložená ve výši 430 000 Kč nemůže nepříznivě ovlivnit hospodaření zadavatele, který je státním podnikem, přičemž dospěl k závěru, že pokuta uložená v této výši není způsobilá hospodaření ani působení zadavatele negativně ovlivnit. Skutečnost, že se uložená pokuta nemůže jevit jako vysoká, vyplývá také z výše maximální hranice pokuty za zadavatelem spáchaný správní delikt, tj. 1 739 492 Kč. S ohledem na její výši je pokuta 430 000 Kč uložena v dolní polovině zákonné sazby.
110. 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. Uložená pokuta pak dle názoru Úřadu naplňuje obě základní funkce právní odpovědnosti.

111. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech výše uvedených hledisek a stanovenou pokutu ve výši 430 000 Kč považuje vzhledem k závažnosti správního deliktu za dostačující a přiměřenou okolnostem, které Úřad zohlednil při úvahách výši pokuty.
112. Pokuta uložená ve výroku III. tohoto rozhodnutí je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO zadavatele.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží:

Mgr. Jakub Kotrba, advokát, Advokátní kancelář Jansta, Kostka spol. s r. o., Těšnov 1/1059, 110 00 Praha 1

Vypraveno dne:

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