



UOHSX00EN9PL

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0040/2021/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-12295/2021/161/JSu

Brno 13.04.2021

V řízení o rozkladu ze dne 16. 2. 2021, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne a podaném obviněným -

- **město Český Krumlov**, IČO 00245836, se sídlem náměstí Svornosti 1, 381 01 Český Krumlov, v řízení o přestupku zastoupeným JUDr. Olgou Strakovou, advokátkou, ev. č. ČAK 09673, Jarušek, Straková & Partners, advokátní kancelář, se sídlem Radniční 489/7, 370 01 České Budějovice,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0243/2020/VZ, č. j. ÚOHS-03324/2021/500/Alv ze dne 28. 1. 2021, vydanému ve správním řízení zahájeném dne 22. 6. 2020 z moci úřední ve věci možného spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů při postupu výše označeného obviněného v souvislosti s veřejnou zakázkou s názvem „**Výměna svítidel veřejného osvětlení v Českém Krumlově č. 2**“, uveřejněnou na profilu výše označeného obviněného pod evidenčním číslem zadavatele VZCK 0004/2020,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise jmenované dle § 152 odst. 3 téhož zákona rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0243/2020/VZ, č. j. ÚOHS-03324/2021/500/Alv ze dne 28. 1. 2021

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jako orgán příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹, k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených zákonem a zadávacími podmínkami, k projednávání přestupků podle zákona a k ukládání pokut za jejich spáchání, obdržel dne 20. 5. 2020 podnět stěžovatele k přezkoumání postupu zadavatele - město Český Krumlov, IČO 00245836, se sídlem náměstí Svornosti 1, 381 01 Český Krumlov, v řízení o přestupku zastoupeno JUDr. Olgou Strakovou, advokátkou, ev. č. ČAK 09673, Jarušek, Straková & Partners, advokátní kancelář, se sídlem Radniční 489/7, 370 01 České Budějovice (dále jen „**obviněný**“), při zadání veřejné zakázky s názvem „Výměna svítidel veřejného osvětlení v Českém Krumlově č. 2“, uveřejněné na profilu obviněného jako zadavatele dne 17. 1. 2020 pod evidenčním číslem zadavatele VZCK 0004/2020 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Z „Výzvy k podání nabídky včetně zadávacích podmínek“ ze dne 17. 1. 2020 (dále jen „**výzva**“) vyplývá, že obviněný zadával veřejnou zakázku jako veřejnou zakázku malého rozsahu na stavební práce postupem mimo zadávací řízení. Předpokládanou hodnotu veřejné zakázky stanovil obviněný v bodě 2 výzvy v částce 4 736 549 Kč bez DPH, přičemž současně uvedl, že se jedná o maximálně přípustnou nabídkovou cenu.
3. V bodě 3 výzvy obviněný uvedl, že předmětem veřejné zakázky je „*výměna svítidel v rozsahu dle technické dokumentace tak, aby výsledná instalace zajistila splnění požadavků normy ČSN EN 13 201, ČSN EN 12 464-2 a splnění požadavku poskytovatele dotace. Technická dokumentace obsahuje konkretizaci rozsahu zakázky s využitím čísel stožáru veřejného osvětlení uvedených v pasportu veřejného osvětlení.*“
4. Předmět veřejné zakázky byl dále specifikován v příloze č. 7 výzvy „Návrh smlouvy o dílo“ (dále jen „**návrh smlouvy**“) a v jeho přílohách - v příloze č. 1 (dále jen „**položkový rozpočet**“), v příloze č. 2 „Technická dokumentace“ a v příloze č. 3 „Technické požadavky na svítidla“, a dále v závazném stanovisku orgánu památkové péče, které tvořilo jako „Závazné stanovisko na vzhled svítidla“ přílohu č. 9 výzvy. Položkový rozpočet rozdělil obviněný na tři části, a to materiál (silniční LED svítidla dle specifikace, nastavení CLO a regulace příkonu, redukce do výložníku pr. 60 mm), montážní práce (demontáž svítidla, montáž redukce,

¹ Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, ve vztahu k posouzení odpovědnosti za přestupek a určení druhu a výměry sankce, resp. správního trestu se jedná o znění zákona účinné ke dni spáchání přestupku.

montáž svítidla, vypnutí hlavního vedení včetně zajištění, vyzkoušení a označení) a ostatní (pronájem montážní plošiny, ekologická likvidace demontovaného materiálu, revizní zpráva RVO, odvoz a likvidace demontovaných svítidel).

5. Ke specifikaci předmětu obviněný doplnil označení CPV kódů veřejné zakázky na stavební práce, konkrétně 45316100-6 Instalace a montáž zařízení pro venkovní osvětlení a 45316110-9 Instalace a montáž zařízení pro osvětlení silnic (dále též jen „**CPV kódy stavebních prací**“).
6. Na základě obdrženého podnětu si Úřad vyžádal od obviněného dokumentaci pořízenou v souvislosti s veřejnou zakázkou a písemné vyjádření k podnětu, načež v návaznosti na přezkoumání shromážděných podkladů získal pochybnost o tom, zda se obviněný nedopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku, aniž by předtím postupoval v některém z druhů zadávacího řízení podle § 3 zákona.
7. Zahájení správního řízení z moci úřední oznámil Úřad obviněnému přípisem č. j. ÚOHS-18695/2020/544/EPr ze dne 19. 6. 2020 (dále jen „**oznámení o zahájení správního řízení**“), který byl obviněnému doručen dne 22. 6. 2020. Dnem doručení oznámení o zahájení správního řízení obviněnému došlo podle § 78 odst. 2 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon o přestupcích**“), ve spojení s § 249 zákona k zahájení řízení ve věci možného spáchání přestupku obviněným.

II. Napadené rozhodnutí

8. Dne 28. 1. 2021 vydal Úřad ve správním řízení z moci úřední na základě posouzení všech rozhodných skutečností rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0243/2020/VZ, č. j. ÚOHS-03324/2021/500/Alv (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
9. Ve výroku I. napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel pravidlo pro zadávání veřejných zakázek stanovené v § 2 odst. 3 zákona, když veřejnou zakázku zahrnující více druhů veřejných zakázek v rozporu s § 15 odst. 1 a 3 zákona druhově podřadil pod veřejnou zakázku na stavební práce a s ohledem na předpokládanou hodnotu veřejné zakázky pak tuto zadal jako veřejnou zakázku malého rozsahu (dále též jen „**VZMR**“) mimo režim zákona, ačkoliv se s ohledem na hlavní předmět veřejné zakázky (výměna LED svítidel) jednalo o podlimitní veřejnou zakázku na dodávky, kterou měl obviněný zadat v některém z druhů zadávacích řízení uvedených v § 3 zákona, přičemž uvedený postup mohl ovlivnit výběr dodavatele a obviněný uzavřel dne 12. 3. 2020 na plnění veřejné zakázky s vybraným dodavatelem smlouvu.
10. Výrok o spáchání přestupku odůvodnil Úřad (v bodech 67 - 80 odůvodnění napadeného rozhodnutí) v návaznosti na provedené šetření na trhu zejména tím, že základním účelem veřejné zakázky ve smyslu § 15 odst. 3 zákona byla dodávka LED svítidel, nikoliv stavební práce, neboť obviněným současně poptávané elektroinstalační práce představovaly toliko nutný předpoklad k zajištění funkčnosti svítidel. Úřad proto dospěl k závěru, že veřejná zakázka z hlediska předpokládané hodnoty představovala podlimitní veřejnou zakázku

na dodávky, kterou byl obviněný povinen zadat v některém z druhů zadávacího řízení podle zákona, přičemž pokud by tak učinil, nelze vyloučit, že by obdržel i výhodnější nabídku.

11. Ve výroku II. napadeného rozhodnutí uložil Úřad obviněnému za zjištěný přestupek podle § 268 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 50 000 Kč.
12. Výrok o uložení pokuty odůvodnil Úřad (v bodech 81 - 99 odůvodnění napadeného rozhodnutí) především tím, že nezákonný postup mimo zadávací řízení patří bez ohledu na úmysl obviněného k typově nejzávažnějším porušením zákona. Úřad však současně přihlédl ke skutečnosti, že problematika vymezení hlavního předmětu veřejné zakázky se může v praxi jevit jako komplikovaná, a po vyloučení likvidačního účinku uložil obviněnému pokutu při spodní hranici zákonné sazby, neboť již takovou výši pokuty shledal jako dostatečnou pro naplnění preventivní i represivní funkce správního trestání.
13. Ve výroku III. napadeného rozhodnutí uložil Úřad obviněnému dle § 95 odst. 1 zákona o přestupcích, v návaznosti na § 79 odst. 5 správního řádu a § 6 odst. 1 vyhlášky č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení, povinnost k úhradě nákladů řízení ve výši 1 000 Kč.

III. Námitky rozkladu

14. Dne 16. 2. 2021 podal obviněný proti napadenému rozhodnutí rozklad z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo obviněnému doručeno dne 1. 2. 2021. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
15. Obviněný v rozkladu namítá nesprávné posouzení věci Úřadem, které odůvodňuje tím, že postupoval jako zadavatel zcela v souladu s § 14 a 15 zákona, neboť na základě posouzení základního účelu veřejné zakázky, spočívajícího v revitalizaci veřejného osvětlení, a skutečnosti, že předmět veřejné zakázky zahrnuje jak pořízení věcí (dodávku svítidel), tak stavební práce (instalace a montáž osvětlení), dospěl k jednoznačnému závěru, že se jedná o veřejnou zakázku na stavební práce. Obviněný je přesvědčen, že v rozporu se zákonem by jednal naopak v případě, kdy by dospěl k závěru, že se jedná o veřejnou zakázku na dodávky.
16. K Úřadem provedenému šetření na trhu obviněný namítá, že z odpovědí oslovených dodavatelů v reakci na dotazovanou standardnost poptávaných elektroinstalačních prací nevyplývá přesvědčivý podklad pro závěr napadeného rozhodnutí, že předmět veřejné zakázky spočíval v prosté výměně lamp. Úřad dle názoru obviněného dále neposuzoval odpovědi oslovených dodavatelů komplexně, nýbrž toliko z hlediska dílčích tvrzení, která hodnotil selektivně v závislosti na tom, zda podporují závěry Úřadu, či nikoliv. K vypovídací hodnotě provedeného šetření na trhu obviněný doplňuje, že oslovení dodavatelé ve svých odpovědích vycházeli z omezených informací o veřejné zakázce a vyjádřili toliko své subjektivní hodnocení.
17. Obviněný rovněž namítá, že Úřad porušil § 2 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), neboť se odchýlil od právních závěrů vyjádřených v rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0163/2018/VZ-18889/2018/522/NRi ze dne 25. 6. 2018 (dále jen „**porovnávaný případ**“), a svou související námitku má za nesprávně vypořádanou.

18. Obviněný dále vysvětluje, že k revitalizaci stávajícího veřejného osvětlení přistoupil s cílem zajistit normativní osvětlení při současném snížení energetické náročnosti soustavy veřejného osvětlení a snížení světelného znečištění, v souladu s cíli dotačního programu v rámci výzvy Ministerstva životního prostředí č. 6/2018 k předkládání žádostí o poskytnutí podpory v rámci Národního programu Životní prostředí (dále jen „výzva „MŽP““). Uvedeného cíle pak lze dle názoru obviněného dosáhnout jen prostřednictvím komplexního výsledku montážních a instalačních prací, které zajistí též funkčnost veřejného osvětlení v souladu s požadovanými technickými parametry.
19. Obviněný je proto přesvědčen, že ke spáchání přestupku nedošlo, za chybné má však i odůvodnění výše uložené pokuty, v jehož rámci nebylo přihlédnuto k tomu, že veřejná zakázka byla zadána ve výběrovém řízení, způsobem obdobným zjednodušenému podlimitnímu řízení, a tedy zpřístupněna předem neurčenému okruhu dodavatelů.

Závěr rozkladu

20. Obviněný závěrem rozkladu navrhuje napadené rozhodnutí zrušit a správní řízení zastavit.

IV. Řízení o rozkladu

21. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis spolu se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

22. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 98 odst. 1 zákona o přestupcích přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí, načež jsem s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
23. Úřad rozhodl ve všech výrocích napadeného rozhodnutí správně a v souladu s právními předpisy. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k zamítnutí rozkladu obviněného a k potvrzení napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

K výroku I. napadeného rozhodnutí

K vymezení hlavního předmětu veřejné zakázky

24. Obviněný v rozkladu namítá, že při vymezení hlavního předmětu veřejné zakázky postupoval zcela v souladu s § 14 a § 15 zákona, načež dospěl k jednoznačnému závěru, že základním účelem veřejné zakázky jsou stavební práce (instalace a montáž osvětlení dle CPV kódů stavebních prací), neboť veřejná zakázka nespočívala v prosté výměně lamp, nýbrž v celkové revitalizaci veřejného osvětlení. Obviněný je proto přesvědčen, že byl oprávněn zadávat veřejnou zakázku jako VZMR postupem mimo zadávací řízení dle zákona.

25. Vymezení hlavního předmětu veřejné zakázky ve smyslu § 15 zákona představuje klíčovou spornou otázku v nyní řešené věci, neboť je rozhodné pro určení režimu veřejné zakázky. K tomu poukazují nejprve na relevantní právní ustanovení a základní skutkové okolnosti dané věci.
26. Podle § 24 zákona se režim veřejné zakázky určí podle její předpokládané hodnoty. Zákon rozlišuje v ustanoveních § 25 až § 27 podle předpokládané hodnoty mezi nadlimitní veřejnou zakázkou (§ 25), podlimitní veřejnou zakázkou (§ 26) a veřejnou zakázkou malého rozsahu (§ 27).
27. Obviněný ve výzvě uvedl, že veřejná zakázka představuje VZMR podle § 27 zákona, neboť se jedná o veřejnou zakázku na stavební práce. V bodě 2 výzvy stanovil obviněný předpokládanou hodnotu veřejné zakázky v částce 4 736 549 Kč bez DPH.
28. Podle § 27 zákona je veřejnou zakázkou malého rozsahu veřejná zakázka, jejíž předpokládaná hodnota je rovna nebo nižší částce a) 2 000 000 Kč u veřejné zakázky na dodávky nebo na služby, nebo b) 6 000 000 Kč u veřejné zakázky na stavební práce.
29. Z citované právní úpravy § 27 zákona vyplývá, že závěr obviněného o tom, že veřejná zakázka představuje z hlediska předpokládané hodnoty VZMR, bude správný pouze v případě, že obviněný současně správně určil druh (hlavní předmět) veřejné zakázky ve smyslu § 14 a § 15 zákona jako veřejnou zakázku na stavební práce, neboť v případě, že by se objektivně jednalo o veřejnou zakázku na dodávky nebo na služby, limit pro VZMR by byl překročen.
30. Druhy veřejných zakázek (na dodávky, na služby a na stavební práce) upravuje ustanovení § 14 zákona. Podle § 14 odst. 1 zákona je veřejnou zakázkou na dodávky veřejná zakázka, jejímž předmětem je pořízení věcí, zvířat nebo ovladatelných sil, pokud nejsou součástí veřejné zakázky na stavební práce podle § 14 odst. 3 zákona. Podle § 14 odst. 2 zákona je veřejnou zakázkou na služby veřejná zakázka spočívající v poskytnutí jiných činností než stavebních prací dle § 14 odst. 3 zákona.
31. Podle § 14 odst. 3 zákona je veřejnou zakázkou na stavební práce veřejná zakázka, jejímž předmětem je a) poskytnutí činnosti uvedené v oddílu 45 hlavního slovníku jednotného klasifikačního systému pro účely veřejných zakázek podle přímo použitelného předpisu Evropské unie, b) zhotovení stavby, nebo c) poskytnutí souvisejících projektových činností, pokud jsou zadávány společně se stavebními pracemi podle § 14 odst. 3 písm. a) nebo b) zákona.
32. Podle § 15 odst. 1 zákona se veřejné zakázky, které v sobě zahrnují více druhů veřejných zakázek, zadávají v souladu s pravidly platnými pro druh veřejné zakázky odpovídající **hlavnímu předmětu veřejné zakázky**. Podle § 15 odst. 2 zákona se u veřejných zakázek, které obsahují dodávky i služby a nejedná se o veřejnou zakázku na stavební práce, určí hlavní předmět podle části předmětu veřejné zakázky s vyšší předpokládanou hodnotou. Podle ustanovení § 15 odst. 3 zákona se v ostatních případech určí hlavní předmět podle **základního účelu veřejné zakázky**.
33. Předmět veřejné zakázky vymezil obviněný zejména v položkovém rozpočtu, který tvoří přílohu č. 1 návrhu smlouvy (srov. bod 63 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Z položkového rozpočtu vyplývá, že předmět veřejné zakázky tvoří jak dodávky (zejména

dodávka LED svítidel), tak stavební práce (zejména instalační a montážní služby) a související služby (například pronájem montážní plošiny).

34. Skutečnost, že předmět veřejné zakázky zahrnuje vedle dodávek i stavební práce, však bez dalšího neznamená, že dodávky představují součást veřejné zakázky na stavební práce, neboť naopak stavební práce mohou tvořit vedlejší předmět veřejné zakázky na dodávky. Obviněný je v takovém případě povinen pro účely stanovení režimu veřejné zakázky postupovat podle § 15 odst. 3 zákona a určit hlavní předmět veřejné zakázky podle jejího základního účelu.
35. V této souvislosti poukazují na důvodovou zprávu k zákonu, která k ustanovení § 15 zákona uvádí: *„V případě kombinace veřejné zakázky na dodávky nebo služby a veřejné zakázky na stavební práce se uplatní tzv. ‚princip základního účelu‘, který stanoví, že o veřejnou zakázku na dodávky nebo služby se jedná tehdy, pokud současně poskytované stavební práce nejsou základním účelem veřejné zakázky, avšak jejich provedení je nezbytné ke splnění veřejné zakázky na dodávky nebo služby. ‚Princip těžiště‘ se zde však neuplatní, tzn. že veřejná zakázka na stavební práce zahrnuje i dodávku stavebního materiálu, a to bez ohledu na poměr její hodnoty v rámci ceny stavby. Za hlavní předmět **se nepovažují například umístění nebo instalační práce v rámci dodávek**. Může tedy jít o situaci, kdy zadavatel pořídí přístroj, k jehož plné funkčnosti je nutno jej umístit na určené místo, popř. upevnit. **Hlavním předmětem je tedy dodávka tohoto přístroje a vedlejším předmětem jsou stavební práce (umístění a upevnění v zemi) nutné k jeho plné funkčnosti, a to na základě principu základního účelu.**“²*
36. Z důvodové zprávy k zákonu jednoznačně vyplývá, že instalační práce nezbytné k zajištění funkčnosti dodávek se obecně za základní účel veřejné zakázky nepovažují. Obdobně čl. 2 odst. 8 směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2014/24/EU ze dne 26. 2. 2014, o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES (dále jen „**zadávací směrnice**“), k definici veřejných zakázek na dodávky doplňuje, že tyto zakázky mohou jako vedlejší předmět zahrnovat umístění stavby nebo instalační práce.
37. V nyní řešené věci je tak rozhodné, zda základním účelem veřejné zakázky je dodávka svítidel či montážní a instalační práce veřejného osvětlení.
38. Zcela v intencích shora označených východisek přistoupil k posouzení věci též Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí, v němž se podrobně zabýval konkrétním rozsahem položkového rozpočtu a obviněným požadovaných stavebních prací a posouzením toho, nakolik se tyto práce bezprostředně vztahují k výměně svítidel a k zajištění jejich požadované funkčnosti a nakolik případně vypovídají o obviněným deklarované komplexní revitalizaci soustavy veřejného osvětlení. V návaznosti na provedené šetření mezi dodavateli na trhu pak Úřad dospěl k závěru, že předmět veřejné zakázky spočíval v konkrétním případě ve faktické výměně stávajících svítidel za nová v požadované specifikaci, bez současné realizace širšího okruhu stavebních prací, které by případně ve svém souhrnu mohly představovat základní účel veřejné zakázky.
39. S posouzením věci v bodech 67 - 80 odůvodnění napadeného rozhodnutí se zcela ztotožňují, považují jej za správné, a v podrobnostech na něj proto odkazují.

² Zvýraznění provedeno předsedou Úřadu.

40. Obviněný v rozkladu uvádí, že postupoval při stanovení druhu veřejné zakázky podle jejího základního účelu v souladu s § 14 a § 15 zákona, přičemž tímto účelem není dodávka svítidel, nýbrž výsledek činnosti revitalizace spočívající zejména ve snížení světelného znečištění a energetické náročnosti. Z argumentace obviněného tak vyplývá, že deklarovaného cíle veřejné zakázky – revitalizace soustavy veřejného osvětlení – bude dosaženo prostřednictvím dodávky technologicky vyspělejších svítidel v požadované specifikaci, včetně zajištění jejich definované funkčnosti prostřednictvím bezprostředně souvisejících instalačních a montážních prací. Instalační a montážní práce dodávek pak ve shodě se shora citovanou důvodovou zprávou k zákonu, jakož i v souladu se zadávací směrnicí, představují vedlejší předmět veřejné zakázky na dodávky. Za daných okolností není rozhodné, jak obviněný základní účel veřejné zakázky označí – zde jako revitalizaci soustavy veřejného osvětlení, nýbrž je třeba se v konkrétním případě zabývat tím, jaké položky jakého druhu předmět veřejné zakázky zahrnuje.
41. V této souvislosti akcentuji, že není nijak zpochybňováno, že předmět veřejné zakázky zahrnuje z hlediska druhu též stavební práce. Jak však bylo výše poukázáno, stavební práce obecně mohou tvořit součást předmětu veřejné zakázky na dodávky, a to v případě, že je pořízení těchto dodávek, včetně jejich instalace a uvedení do provozu (prostřednictvím nutných stavebních prací a služeb) a zajištění jejich funkčnosti (ve smyslu zajištění lepší kvality osvětlení a snížení energetické náročnosti), hlavním předmětem veřejné zakázky. Ze zadávacích podmínek ani z dalších vyjádření, včetně rozkladu, obviněného pak nelyne, že by obviněným současně poptávané montážní a instalační práce přesahovaly rámec výměny svítidel a zajištění jejich řádné funkčnosti. V nyní řešené věci tak absentují skutkové okolnosti pro učinění závěru, že poptávané stavební práce měly tvořit dominující předmět veřejné zakázky definující její základní účel.
42. Ztotožňuji se proto se závěrem Úřadu, že stavební práce poptávané obviněným v rámci veřejné zakázky směřují k zabezpečení řádné výměny a zajištění správné funkce svítidel, načež samy o sobě základní účel, potažmo hlavní předmět veřejné zakázky nepředstavují. Revitalizace soustavy veřejného osvětlení lze obecně dosáhnout rovněž prostřednictvím výměny svítidel (pořízením energeticky úspornějšího zařízení v požadované technické specifikaci), která však představuje veřejnou zakázku na dodávky. Skutečnost, že řádné uvedení svítidel do provozu vyžaduje též provedení stavebních prací, uvedený závěr nijak nezpochybňuje.
43. K tomu doplňuji, že o veřejnou zakázku na stavební práce by se z hlediska jejího základního účelu mohlo jednat například v případě, že by výměna (dodávka) svítidel tvořila součást veřejné zakázky na opravu (rekonstrukci) elektroinstalace v daném místě (ulici) či veřejné zakázky, která by zahrnovala širší okruh stavebních prací (například opravu komunikace, výkopové práce či stavbu sloupů veřejného osvětlení). V takovém případě by dodávka (výměna) svítidel mohla představovat součást (vedlejší předmět) širšího rozsahu stavebních prací poptávaných obviněným. Úřad se šetřením relevantních skutkových okolností v napadeném rozhodnutí zabýval, načež dospěl k závěru, že obviněným současně poptávané stavební práce směřovaly toliko k výměně svítidel, načež nelze důvodně usuzovat na jiný základní účel veřejné zakázky.
44. S tímto závěrem jsem se již výše ztotožnil, přičemž současně opětovně sděluji, že i prostřednictvím veřejné zakázky na dodávky lze dosáhnout obviněným deklarovaného

účelu spočívajícího v revitalizaci veřejného osvětlení. **Tvrzení obviněného o tom, že základním účelem veřejné zakázky jsou instalační a montážní práce mám proto za nesprávné, neboť předmětné práce představují přirozený vedlejší předmět pořizované dodávky svítidel.** Neztotožňuji se proto ani s rozkladovým tvrzením obviněného, že při vymezení hlavního předmětu veřejné zakázky postupoval v souladu s § 14 a § 15 zákona.

45. K výše uvedenému shrnuji, že jsem na základě posouzení věci dospěl k závěru, že **základním účelem a hlavním předmětem veřejné zakázky ve smyslu § 15 odst. 3 zákona je dodávka svítidel v požadované specifikaci.** Současně poptávané montážní a instalační práce pak bezprostředně směřují k zajištění funkčnosti těchto svítidel.
46. Veřejná zakázka tak nepředstavuje VZMR, neboť z hlediska předpokládané hodnoty přesahuje limit pro VZMR na dodávky podle § 27 písm. a) zákona. Obviněný proto nebyl oprávněn pro její zadání využít výjimku podle § 31 zákona, dle které zadavatel není povinen zadat VZMR v některém z druhů zadávacích řízení dle § 3 zákona. Ztotožňuji se proto též se závěrem Úřadu, že obviněný tím, že zadal veřejnou zakázku postupem mimo zadávací řízení, porušil ustanovení § 2 odst. 3 zákona, přičemž tímto postupem mohl ovlivnit výběr dodavatele.
47. Rovněž závěr Úřadu o spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona mám proto za správný a plně v souladu se zákonem. Související rozkladové námitky obviněného tak souhrnně odmítám jako nedůvodné. K principům vymezení hlavního předmětu veřejné zakázky se dále vyjádřím v souvislosti s vypořádáním dílčích rozkladových námitek obviněného.

K dalším námitkám obviněného

48. Obviněný v uvedené souvislosti dále poukazuje, že odborné provedení instalace osvětlení bylo nezbytné pro naplnění cílů výzvy MŽP, v jejímž rámci veřejnou zakázku realizuje.
49. Uvedenou námitku mám za nedostatečně odůvodněnou, neboť z argumentace obviněného opětovně nijak nevyplývá, z jakých důvodů by nemohl dosáhnout cílů sledovaných výzvou MŽP prostřednictvím veřejné zakázky na dodávky (pořizování a montáží energeticky úspornějších svítidel), ani jak mohou podmínky dotačního programu svědčit o základním účelu veřejné zakázky ve smyslu § 15 odst. 3 zákona.
50. Výzva MŽP v čl. 10 „Podmínky výzvy“ písm. h) naopak výslovně stanoví, že žadatel je povinen v zadávacím řízení pro výběr dodavatele služeb, stavebních prací nebo dodávek postupovat podle zákona. Konkrétní požadavky na vlastnosti poptávaných svítidel (například energetická úspornost, správné nastavení světelně-technických parametrů, dodržení technických norem) si obviněný mohl vymínit v zadávacích podmínkách, což učinil (zejména v návrhu smlouvy a jeho přílohách). Zájem obviněného na odborném a kvalitním provedení souvisejících montážních a instalačních prací je nepochybně legitimní a není nijak zpochybňován, lze ho však dosáhnout i v rámci veřejné zakázky na dodávky definováním vhodných zadávacích podmínek. Argumentaci výzvou MŽP mám proto rovněž za nedůvodnou.
51. Obviněný v rozkladu též namítá, že v rozporu se zákonem by postupoval naopak v případě, že by dospěl k závěru, že veřejná zakázka představuje z hlediska hlavního předmětu veřejnou zakázku na dodávky.

52. Zde připomínám, že správné určení hlavního předmětu veřejné zakázky (v případě, že předmět zahrnuje více druhů veřejných zakázek dle § 14 zákona) má význam zejména pro správné určení („přísnosti“) režimu veřejné zakázky, v jehož rámci je zadavatel v návaznosti na stanovení předpokládané hodnoty povinen při zadání veřejné zakázky postupovat.
53. Pokud by tedy obviněný veřejnou zakázku (obdobně jako Úřad v bodu 76 odůvodnění napadeného rozhodnutí) správně kvalifikoval jako podlimitní veřejnou zakázku ve smyslu § 26 zákona na dodávky, musel by dospět k závěru o nezbytnosti postupovat v souladu s § 2 odst. 3 zákona při jejím zadání v zadávacím řízení. Pokud by obviněný v návaznosti na takto učiněný závěr v zadávacím řízení podle § 3 zákona postupoval, zjištěného přestupku dle výroku I. napadeného rozhodnutí by se nedopustil. Naopak nesprávným určením veřejné zakázky jako VZMR na stavební práce (a neoprávněným využitím výjimky pro zadání VZMR dle § 31 zákona) obviněný toliko obešel svou zákonnou povinnost postupovat v zadávacím řízení. V postupu obviněného tedy nelze shledat žádnou legitimní snahu o předejití (závažnějšímu) porušení zákona. Námitku mám proto za zcela nedůvodnou.
54. Obviněný dále v rozkladu zpochybňuje vypovídací hodnotu Úřadem provedeného šetření na trhu, což odůvodňuje zejména tím, že rozsah stavebních prací není pro posouzení základního účelu veřejné zakázky rozhodný, že Úřad formuloval irelevantní dotazy a k subjektivním hodnocením oslovených dodavatelů přihlížel izolovaně.
55. K uvedeným námitkám sděluji, že rozsah současně prováděných stavebních prací v souvislosti s výměnou svítidel byl významný pro posouzení toho, nakolik tyto práce bezprostředně souvisí s dodávkou a montáží svítidel a nakolik mohou tyto práce případně vypovídat o širším předmětu veřejné zakázky definujícím též její základní účel. Tomu odpovídají i Úřadem formulované dotazy pro účely provedení šetření na trhu, směřující jak k minimálnímu rozsahu instalačních prací při výměně svítidel, tak k posouzení nezbytnosti obviněným identifikovaných činností (srov. bod 17 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
56. Z odpovědí oslovených dodavatelů (shrnutých Úřadem v bodech 18 - 32 odůvodnění napadeného rozhodnutí) pak vyplývá, že většina obviněným definovaných činností tvoří běžnou součást výměny svítidel, bez kterých nelze jejich funkčnost zajistit. Z odpovědí oslovených dodavatelů naopak nevyplynuly žádné skutečnosti, které by mohly relevantním způsobem svědčit o jiném základním účelu veřejné zakázky, který Úřad identifikoval jako prostou výměnu svítidel. Takové relevantní skutečnosti neuvádí ani obviněný.
57. Obviněný poukazuje na odchylky ve vyjádřeních některých oslovených dodavatelů, například na vyjádření dodavatelů THOME Lighting s.r.o. a XENIUM Europe s.r.o., kteří k položce *„výroba redukce, povrchová úprava redukce, vyvrtání otvoru do výložníku pr.10mm pro upevnění redukce a montáž redukce do výložníku“* (srov. body 21 a 31 odůvodnění napadeného rozhodnutí) uvedli, že montáž redukce netvoří běžnou součást výměny svítidel. V uvedené souvislosti je třeba akcentovat, že rovněž dodávka redukce, včetně její montáže, by ve shodě se shora uvedenými principy vymezení hlavního předmětu veřejné zakázky, představovala veřejnou zakázku na dodávky, protože výskyt označených položek v položkovém rozpočtu nesměřuje k posílení významu stavebních prací v kontextu celého předmětu veřejné zakázky.
58. Odkazované odchylky vyjádření oslovených dodavatelů tak nemají na učiněné závěry Úřadu zásadní vliv, neboť Úřad hodnotil získané poznatky komplexně, nikoliv ve významu

závaznosti dílčích sdělení. Současně je třeba zmínit, že rozšíření dodávky svítidel o dodávku redukce také ještě zásadním způsobem neposouvá základní účel veřejné zakázky, neboť konkrétní způsob realizace výměny svítidel se může v detailech případ od případu lišit. K námitce, že oslovení dodavatelé předložili k položeným dotazům toliko svá subjektivní hodnocení, doplňuji, že Úřad k nim odpovídajícím způsobem též přistupoval, neboť k nim přihlížel podpůrně a v kontextu společných závěrů.

59. K významu sledovaného cíle veřejné zakázky - revitalizace veřejného osvětlení (ve smyslu snížení světelného znečištění a snížení energetické úspory) pro stanovení hlavního předmětu veřejné zakázky, a možnosti tohoto cíle dosáhnout prostřednictvím veřejné zakázky na dodávky jsem se vyjádřil již výše. Námitky týkající se provedení šetření na trhu mám proto rovněž za nedůvodné.
60. Obviněný v rozkladu opětovně odkazuje na porovnávaný případ, v němž Úřad dle jeho názoru rozhodl na základě obdobných skutkových okolností odlišně.
61. K uvedené námitce předně akcentuji, že nijak nezpochybňuji význam zásady v § 2 odst. 4 správního řádu, dle které Úřad dbá, aby při rozhodování skutkově shodných nebo podobných případů nevznikaly nedůvodné rozdíly. Považuji však za důležité současně doplnit, že Úřad je povinen při své rozhodovací činnosti postupovat zejména v souladu se zákonem a dalšími právními předpisy, přičemž z ojedinelého rozhodnutí Úřadu, které nadto ani neprošlo přezkumem v rámci řízení o rozkladu, obecně nelze spolehlivě usuzovat na rozhodovací praxi Úřadu, případný odklon je však Úřad povinen řádně odůvodnit (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. Afs 50/2009 - 233 ze dne 16. 3. 2010 nebo usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu č. j. 6 Ads 88/2006 - 132 ze dne 21. 7. 2009).
62. K významu porovnávaného případu připouštím, že porovnávaný případ vykazuje na první pohled ve vztahu k nyní projednávané věci řadu podobností. Každý případ je však nutno posuzovat individuálně v kontextu všech relevantních okolností dané věci, přičemž nelze přehlédnout, že oproti nyní řešené věci má porovnávaný případ též svá specifika.
63. Zde především poukazuji, že předmětem veřejné zakázky v porovnávaném případě byl vedle dodávky (výměny) svítidel širší okruh stavebních prací, které zahrnovaly vedle elektroinstalačních prací též další stavební práce, zejména výkopové práce a povrchové úpravy terénu, včetně výměny některých sloupů veřejného osvětlení. Jakkoliv posouzení některých dílčích odlišností (například výměny několika málo sloupů veřejného osvětlení) izolovaně by ještě nemuselo nutně vést k závěru o tom, že hlavním předmětem veřejné zakázky jsou stavební práce, v kontextu dalších skutkových okolností (zejména rozsah dalších stavebních prací, v daném případě elektroinstalačních prací) již Úřad v porovnávaném případě dospěl k závěru, že výměna svítidel představuje podstatnou, nikoliv však dominující součást předmětu veřejné zakázky, neboť základním účelem je komplexní revitalizace soustavy veřejného osvětlení, zahrnující širší spektrum činností.
64. V této souvislosti lze citovat bod 60 odůvodnění rozhodnutí v porovnávaném případě, v němž Úřad uvedl: *„Jinými slovy, podstatnou součástí veřejné zakázky nepochybně je i dodávka LED svítidel. V šetřeném případě lze potvrdit, že faktický účel bude zcela naplněn právě kombinací dodávek a stavebních prací. Základní účel, který Úřad vnímá jako celkovou revitalizaci a rekonstrukci soustavy veřejného osvětlení, bude nicméně dle Úřadu naplněn zejména **komplexem elektroinstalačních a dalších stavebních prací.**“*

65. Naproti tomu v nyní řešené věci nebyly zjištěny skutkové okolnosti, které by nasvědčovaly tomu, že předmětem veřejné zakázky by byl širší okruh stavebních prací, které by směřovaly k rekonstrukci (revitalizaci) soustavy veřejného osvětlení nad rámec výměny svítidel, včetně souvisejících elektroinstalačních prací nutných k zajištění požadované funkčnosti. Nelze tak usuzovat ani na závěr, že základní účel veřejné zakázky je definován komplexem elektroinstalačních a dalších stavebních prací jako v porovnávaném případě, ani například na to, že základním účelem veřejné zakázky jsou elektroinstalační práce, neboť výměna svítidel tvoří vedlejší předmět širší obnovy elektroinstalace v daném místě.
66. Ztotožňuji se proto s posouzením věci Úřadem v bodě 74 odůvodnění napadeného rozhodnutí, že se jedná o skutkově odlišné případy, a námitku porušení legitimního očekávání obviněného ve smyslu § 2 odst. 4 správního řádu mám za nedůvodnou.
67. K výše uvedenému shrnuji, že jsem žádnou z rozkladových námitek obviněného proti výroku I. napadeného rozhodnutí neshledal důvodnou a závěr Úřadu o spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona mám za správný a učiněný v souladu se zákonem.

K výroku II. napadeného rozhodnutí

68. Obviněný v rozkladu nesouhlasí se závěrem Úřadu o spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona dle výroku I. napadeného rozhodnutí, za chybné má však i odůvodnění výroku II. napadeného rozhodnutí o uložení pokuty, v jehož rámci Úřad nepřihlédl ke skutečnosti, že veřejná zakázka byla zadána ve výběrovém řízení, způsobem obdobným zjednodušenému podlimitnímu řízení podle § 53 a násl. zákona, načež byla zpřístupněna předem neurčenému okruhu dodavatelů.
69. K uvedené námitce obviněného poukazuji, že Úřad výši uložené pokuty odůvodnil v bodech 81 - 99 odůvodnění napadeného rozhodnutí, v nichž vysvětlil, že nezákonný postup obviněného mimo zadávací řízení patří k typově nejzávažnějším porušením zákona, přičemž odpovědnost obviněného za zjištěný přestupek současně spočívá na principech odpovědnosti objektivní. Úřad však zásadním způsobem zohlednil jako polehčující okolnost skutečnost, že problematika vymezení hlavního předmětu veřejné zakázky je z právního hlediska komplikovaná a uložil obviněnému pokutu při spodní hranici zákonné sazby. Se zde uvedeným posouzením se zcela ztotožňuji.
70. K významu skutečnosti, že obviněný zadal veřejnou zakázku ve výběrovém řízení, uveřejněném na profilu zadavatele, připomínám, že obviněný ani při zadávání VZMR není oprávněn postupovat zcela libovolně, nýbrž je povinen v souladu s § 31 zákona dodržet zásady transparentnosti, přiměřenosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace dle § 6 zákona. Skutečnost, že obviněný při zadání veřejné zakázky postupoval způsobem „obdobným“ zadávacímu řízení tak nijak nezlehčuje škodlivost jeho jednání, neboť obviněný byl jako zadavatel oprávněn postupovat jen zákonem dovoleným způsobem. K tomu doplňuji, že postup v zadávacím řízení podle zákona má význam nejenom pro uveřejňovací povinnosti zadavatele, které mohou mít za následek širší okruh účastníků zadávacího řízení, nýbrž též pro právní jistotu účastníků ve vztahu k předvídatelnosti dalšího postupu zadavatele a možnosti uplatnění opravných prostředků (zejména námitek ve smyslu § 241 zákona). Zjištěný nezákonný postup obviněného tak v žádném případě nelze hodnotit jako bagatelní.

71. V odkazované skutečnosti proto neshledávám zásadní polehčující okolnost, kterou by byl Úřad povinen výslovně zohlednit. S ohledem na konkrétní výši uložené pokuty a funkce správního trestání (srov. bod 98 odůvodnění napadeného rozhodnutí) pak již nevidím prostor pro její další snižování. Úřad postupoval zcela v mezích svého správního uvážení a uložil obviněnému pokutu ve výši přiměřené závažnosti a okolnostem zjištěného přestupku.
72. Výrok II. napadeného rozhodnutí o uložení pokuty jsem proto shledal rovněž jako správný, zákonný a dostatečně odůvodněný a související námitku obviněného mám za nedůvodnou.

K zákonnosti napadeného rozhodnutí

73. Napadené rozhodnutí jsem přezkoumal z hlediska zákonnosti, načež sděluji, že jsem dospěl k závěru, že Úřad rozhodl zcela v souladu se zákonem, správním řádem, zákonem o přestupcích a dalšími právními předpisy. K zákonnosti napadeného rozhodnutí konstatuji, že Úřad v napadeném rozhodnutí zjistil takový skutkový stav, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a na zjištěný skutkový stav aplikoval relevantní ustanovení zákona, která interpretoval ve světle příslušné judikatury. Úřad řádně označil všechny podklady, z nichž při vydání napadeného rozhodnutí vycházel, načež uvedl závěry, které z těchto podkladů zjistil a na jejichž základě dospěl k závěru, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona. Úřad uvedl všechny právní normy, které v dané věci aplikoval, řádně odůvodnil jejich použití a výsledné napadené rozhodnutí mám za logické, srozumitelné a plně přezkoumatelné. Současně konstatuji, že jsem nezjistil procesní vadu, která by měla za následek nezákonnost napadeného rozhodnutí.

VI. Závěr

74. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem, správním řádem a zákonem o přestupcích, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci k novému projednání.
75. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů ve spojení s § 152 odst. 5 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

JUDr. PhDr. Petr Mlsna, Ph.D.
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

JUDr. Olga Straková, advokátka, ev. č. ČAK 09673, Jarušek, Straková & Partners, advokátní kancelář, Radniční 489/7, 370 01 České Budějovice

Vypraveno dne

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