



UOHSX0012X3P

Rozhodnutí nabylo právní moci dne 13.1.2009

Č. j.: R143,145/2008/VZ-215/2009/310/JHa

V Brně dne 9. ledna 2009

Ve správním řízení o rozkladu doručeném dne 21. 7. 2008 zadavatelem

- **statutárním městem České Budějovice, IČ 00244732, se sídlem nám. Přemysla Otakara II. 1/1, 370 92 České Budějovice**, zast. primátorem Mgr. Jurajem Thomou, ve správním řízení dále zast. na základě plné moci ze dne 3. 1. 2008 [REDACTED] P [REDACTED] J. [REDACTED]
[REDACTED]

a dále o rozkladu doručeném dne 22. 7. 2008 účastníky sdružení, založeného na základě Smlouvy o sdružení ze dne 12. 11. 2007, kterému byla veřejná zakázka přidělena, a to právníckými a fyzickými osobami

- **CZECH RADAR a. s., IČ 27164900, se sídlem Anglické nábřeží 2434/1, 305 45 Plzeň**, zast. předsedou představenstva Milanem Bednářem a místopředsedou představenstva Ing. Danielem Fuskou,
- **Burke & Freeman Czech, s. r. o., IČ 27595340, se sídlem Berounská 404, 104 00 Praha 10**, zast. jednatelem Michaelem Šturmou a
- **JUDr. Květoslavem Hlínou, advokátem se sídlem AK Novák, Hlína, Schenk, Příkazská a partneři, IČ 66209137, Čechova 2, 750 02 Přerov**,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 2. 7. 2008 č. j. S092/2008/VZ-12510/2008/530/LB, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – statutárního města České Budějovice, IČ 00244732, se sídlem nám. Přemysla Otakara II. 1/1, 370 92 České Budějovice, učiněných při zadání veřejné zakázky „**Měření rychlosti a monitorování průjezdů na červené světlo**“ formou otevřeného řízení podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jejíž oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách pod ev. č. 60011820 dne 12. 10. 2007, ve znění oprav uveřejněných dne 19. 10. 2007 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 13. 10. 2007 pod ev. č. 2007/S 198-240589, ve znění oprav uveřejněných dne 20. 10. 2007, jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 2. 7. 2008, č. j. S092/2008/VZ-12510/2008/530/LB,

p o t v r z u j i

a podané rozklady

z a m í t á m.

O d ů v o d n ě n í

I. Zadávací řízení a řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Statutární město České Budějovice, IČ 00244732, se sídlem nám. Přemysla Otakara II. 1/1, 370 92 České Budějovice, zast. primátorem Mgr. Jurajem Thomou, ve správním řízení dále zast. na základě plné moci ze dne 3. 1. 2008 [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] (dále jen „zadavatel“), vyhlásil zadání veřejné zakázky „Měření rychlosti a monitorování průjezdů na červené světlo“ formou otevřeného řízení podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách pod ev. č. 60011820 dne 12. 10. 2007, ve znění oprav uveřejněných dne 19. 10. 2007 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 13. 10. 2007 pod ev. č. 2007/S 198-240589, ve znění oprav uveřejněných dne 20. 10. 2007.
2. Dne 6. 12. 2007 Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), zahájil na základě návrhu společnosti OMNIPOL a. s. správní řízení, které však pro zpětvzetí návrhu zastavil. Protože však po přezkoumání předložené dokumentace získal pochybnosti o správnosti úkonů zadavatele, dopisem ze dne 17. 3. 2008 zahájil ve věci správní řízení z moci úřední, ve kterém jako účastníka správního řízení označil zadavatele.
3. Rozhodnutím č. j. S092/2008/VZ-05958/2008/530/LB ze dne 18. 3. 2008 Úřad jako předběžné opatření uložil zadavateli zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení, a to až do doby nabytí právní moci rozhodnutí, kterým bude správní řízení ukončeno. Usnesením č. j. S092/2008/VZ-08064/2008/530/LB ze dne 17. 4. 2008 pak Úřad přibral jako účastníky správního řízení fyzické a právnické osoby – účastníky sdružení založeného Smlouvou o sdružení ze dne 12. 11. 2007, jehož nabídka byla vybrána jako nejvhodnější, a to společnosti CZECH RADAR a. s., IČ 27164900, se sídlem Anglické nábřeží 2434/1, 305 45 Plzeň, zast. předsedou představenstva Milanem Bednářem a místopředsedou představenstva Ing. Danielem Fuskou, společnost Burke & Freeman Czech, s. r. o., IČ 27595340, se sídlem Berounská 404, 104 00 Praha 10, zast. jednatelem Michaelem Šturmou a advokáta JUDr. Květoslava Hlínu, se sídlem AK Novák, Hlína, Schenk, Příkazská a partneři, IČ 66209137, Čechova 2, 750 02 Přerov, všichni zast. na základě čl. IV. Smlouvy o sdružení společností CZECH RADAR a. s., ve správním řízení právně zast. advokátem JUDr. Zdeňkem Novákem, se sídlem AK Novák, Hlína, Schenk, Příkazská a partneři, IČ 66209137, se sídlem Čechova 2, 750 02 Přerov (dále jen „vybraný uchazeč“).

Napadené rozhodnutí

4. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 2. 7. 2008 rozhodnutí č. j. S092/2008/VZ-12510/2008/530/LB, ve kterém konstatoval, že zadavatel při zadání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 50 odst. 3 zákona v návaznosti na § 54 písm. d) zákona, když v rámci profesního kvalifikačního předpokladu stanovil povinnost předložit doklad osvědčující odbornou způsobilost uchazeče, která však není pro plnění veřejné zakázky nezbytná podle zvláštních právních předpisů. Zadavatel porušil rovněž postup stanovený dle § 56 odst. 7 zákona, když požadoval doložení platného atestu v souladu se Standardem ISVS, ačkoli v době konání soutěže byly tyto standardy zrušeny, a dále požadavek na specialistu vymáhání pohledávek neodpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění. Zadavatel konečně porušil rovněž postup podle § 67 odst. 1 zákona, když požadoval poskytnutí jistoty pouze formou bankovní záruky. Vzhledem k tomu, že postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad jako opatření k nápravě zrušil zadávací řízení. Ve výroku II. pak Úřad uložil zadavateli uhradit náklady řízení ve výši 30 000,- Kč.
5. V odůvodnění svého rozhodnutí Úřad uvádí, že v rámci kvalifikace měli dodavatelé předkládat rovněž autorizaci k výkonu úředního měření v oboru měření rychlosti silničních vozidel podle § 13 odst. 1 písm. c) a § 21 zákona č. 505/1990 Sb., o metrologii, ve znění pozdějších předpisů. Ze zadávací dokumentace současně vyplynulo, že veškerá měření bude provádět městská policie výlučně měřicími zařízeními ve vlastnictví vybraného uchazeče na jeho účet a riziko. Úřad s odkazem na stanovisko Úřadu pro technickou normalizaci, metrologii a státní zkušebnictví ze dne 23. 4. 2008, které si vyžádal v rámci správního řízení, dovodil, že pokud uchazeči jako dodavatelé zařízení a souvisejících služeb měření neprovádí, není požadavek na předmětnou autorizaci nutný, a tedy se v rozporu se zákonem jedná o požadavek na prokázání odborné způsobilosti, která pro plnění veřejné zakázky není nezbytná.
6. K atestu použitého programového vybavení Úřad v odůvodnění svého rozhodnutí uvedl, že zadavatelem požadovaný atest byl v době zadávání veřejné zakázky novelou č. 81/2006 Sb., zákona o informačních systémech veřejné správy zrušen. Uchazeči, jejichž výrobky jsou v souladu s aktuální právní úpravou a nemají požadovaný atest, tak dle názoru Úřadu nemohli podat nabídku.
7. K požadavku na předložení seznamu významných služeb poskytnutých dodavatelem v posledních 3 letech s uvedením jejich rozsahu a doby poskytnutí Úřad konstatoval, že vymezení tohoto kritéria vedlo k zúžení okruhu potenciálních uchazečů v podstatě na jednoho, neboť koncepce měření rychlosti zajišťovaná pomocí soukromých dodavatelů je novou záležitostí, proto neexistuje mnoho dodavatelů nabízejících v minulosti tuto službu v rozsahu požadovaném zadavatelem. To vedlo k omezení možnosti účasti dodavatelů dosud neetablovaných na tomto trhu, avšak schopných splnit předmět veřejné zakázky. Požadavky zadavatele by tak dle názoru Úřadu bylo možno za normálních okolností shledat přiměřenými, avšak vzhledem k tomu, že dosud existuje v podstatě jediný subjekt disponující přesně totožnou referencí, je požadavek zadavatele nepřiměřený předmětu veřejné zakázky.
8. Zadavatel dále požadoval, aby specialista vymáhání pohledávek byl advokát disponující minimálně 10-ti lety advokátní praxe, který současně formou referenční listiny prokáže

zkušenost s minimálně jednou zakázkou na vymáhání pohledávek v exekučním řízení, kdy celková hodnota vymáhaných pohledávek v rámci zakázky činila minimálně 50 000 000,- Kč. K tomu Úřad uvádí, že vymáhání pokut za přestupky v dopravě není natolik specializovanou činností, která by opravňovala požadavek výhradně na advokáta, a tedy tento požadavek není přiměřený předmětu plnění, kterým je příprava podkladů pro exekuční řízení. Úřad připomíná, že exekučním správním orgánem je v daném případě sám zadavatel, přičemž pokud by exekuce měla být prováděna prostřednictvím soudu, není v takovém případě dána povinnost být zastoupen advokátem.

9. K požadavku na poskytnutí jistoty Úřad pouze uvádí, že formu složení jistoty ponechává § 67 odst. 1 zákona na uchazečích, a tedy pokud zadavatel požadoval pouze formu bankovní záruky, porušil zákon.

Petit rozkladů

10. Zadavatel i vybraný uchazeč shodně žádají, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil, respektive aby přehodnotil právní závěry Úřadu.

II. Námitky rozkladů

11. Dne 21. 7. 2008 podal zadavatel proti výše uvedenému rozhodnutí rozklad a namítá, že rozhodnutí je příliš subjektivně laděné a neopírá se důkazy. Zadavatel polemizuje s názorem Úřadu na požadavek autorizace k výkonu úředního měření rychlosti silničních vozidel, který dle jeho názoru měl být posuzován jako opatření k zajištění jakosti dle § 56 odst. 2 písm. c) zákona. Zadavatel se dovolává i stanoviska Úřadu pro technickou normalizaci, metrologii a státní zkušebnictví, v němž je uvedeno, že „odborné znalosti úředního měřiče jsou pro uvedené činnosti výhodou“.
12. Dne 22. 7. 2008 podal rozklad proti uvedenému rozhodnutí rovněž vybraný uchazeč. I on uvádí, že požadavek na autorizaci k výkonu úředního měření rychlosti silničních vozidel měl za cíl minimalizovat obchodně-právní riziko související s předmětem veřejné zakázky, jejímž předmětem je řada odborných činností, jež jsou předpokladem či souvisejí s výkonem úředního měření, a to i v případě, že samotné úřední měření neprovádí.
13. Vybraný uchazeč v rozkladu připustil, že atest se Standardem ISVS sice zadavatel v zadávacích podmínkách požadoval, ačkoli byl novelou zákona zrušen, ale Úřad dle jeho názoru nevzal v úvahu, že tento atest byl současně nahrazen jinými atesty a právní předpisy řeší i přechodné období. Pokud by některý z potencionálních uchazečů nemohl nový atest např. pro krátkost doby získat, měl možnost ho nahradit jinými rovnocennými doklady ve smyslu ustanovení § 56 odst. 7 a 8 zákona.
14. Zadavatel v této souvislosti rovněž připomíná, že příslušná novela sice zrušila pojem atest ISVZ, ale současně ho nahradila novými typy atestů. Součástí úpravy je i přechodné období, ve kterém budou původní atesty nahrazovány novými. Nesprávnost rozhodnutí Úřadu spatřuje zadavatel v tom, že nebylo prokázáno, že neexistuje vztah mezi atesty ISVZ a novými typy atestů, a pokud taková kontinuita existuje, mohl kterýkoli uchazeč předložit nové typy atestu. Konečně zadavatel namítá, že neexistuje

- důkaz o tom, že by nějakému konkrétnímu uchazeči bylo tímto postupem skutečně zamezeno v podání nabídky.
15. Další námitka vybraného uchazeče spočívá v nesouhlasu s výkladem § 56 odst. 7 zákona týkající se kvalifikačního předpokladu. Závěr Úřadu o tom, že koncepce měření rychlosti je novou záležitostí, a proto neexistuje mnoho soukromých dodavatelů, které ji mají, považuje vybraný uchazeč za nepodložený a hypotetický.
 16. Zadavatel v rozkladu uvádí, že závěr Úřadu o vymezení kvalifikačního předpokladu „seznam významných služeb“ způsobem neodpovídajícím druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, považuje za překvapivý. Vyslovuje přesvědčení, že je nesmyslné zkoumat okruh uchazečů, kteří jsou schopni splnit určitý kvalifikační předpoklad, neboť zadavatel chce pouze získat jistotu, že předmět zakázky bude plněn takovým uchazečem, který je k tomu schopen. V daném případě je tato schopnost dána dle názoru zadavatele předchozími zkušenostmi, když jeho úvaha spočívala v tom, že jestliže někdo v minulosti takový předmět zakázky plnil, byť v menším rozsahu, existuje vysoká pravděpodobnost kvalitního plnění i této zakázky. Důsledkem toho, že Úřad nutí zadavatele k nastavení nižší míry kvalifikačního předpokladu, je vyšší míra realizačního rizika zadavatele. Úřad tím de facto supluje myšlenkové pochody zadavatele a nahrazuje je svými. K vyřešení této otázky by bylo třeba se zabývat otázkou analýzy rizik, a vzhledem k tomu, že se tím Úřad v rozhodnutí nezabýval, není jeho rozhodnutí správné.
 17. Vybraný uchazeč dále ve svém rozkladu vyslovil názor, že se zadavatel nedopustil porušení § 67 odst. 1 zákona, když požadoval složení jistoty výhradně bankovní zárukou. Uvádí, že z dikce „jistotu poskytne uchazeč formou složení peněžní částky na účet zadavatele (dále jen „peněžní jistota“), nebo formou bankovní záruky“ nelze dovodit závěr Úřadu, že její forma záleží na uchazeči. Rozhodovací praxe Úřadu je v tomto ohledu příliš extenzivní, nesprávná a nerelevantní.
 18. Zadavatel je pak v této otázce přesvědčen, že podstatné je to, co zákon deklaruje, přičemž on ve svých stanoviscích prokázal, že postupoval v plném souladu s těmito ustanoveními. Namítá, že Úřad operoval s nerelevantními podklady, nedoložil, že by postupem zadavatele byla nějakému dodavateli způsobena újma a konečně je zadavatel přesvědčen, že peněžní částku nebylo možno složit v hotovosti na účet zadavatele i z důvodu omezení hotovostních plateb.
 19. Vybraný uchazeč konečně jednoznačně odmítá závěr Úřadu o porušení § 56 odst. 7 zákona nepřiměřeností požadavku na specialistu (advokáta) k zabezpečení vymáhání pohledávek při tomto druhu, rozsahu a složitosti zakázky. Dle tvrzení vybraného uchazeče je mu totiž svěřena řada úkonů a služeb, z nichž jednu tvoří komplexní vymáhání pohledávek u dlužníků – pachatelů přestupků. Je zcela vyloučené, aby právní pomoc vykonávala jiná osoba než ta, která disponuje zvláštní způsobilostí a speciálními znalostmi a má povinnost mlčenlivosti, kdyby se setkala s citlivými údaji, tj. advokát zapsaný u ČAK. Výkon takovéto činnosti prováděný jinak by byl dle tvrzení vybraného uchazeče nedovolený a protiprávní.
 20. Zadavatel v této souvislosti nesouhlasí s názorem Úřadu, že v exekučním řízení není třeba zastoupení advokátem s desetiletou praxí, neboť osoba advokáta – specialisty by měla sloužit pouze k podpoře vzájemného vztahu zadavatele s exekučním úřadem. Zadavatel je názoru, že předmětný kvalifikační předpoklad byl stanoven zcela

v kontextu potřeb veřejné zakázky a v požadavcích na osobu advokáta nejsou obsaženy žádné požadavky, které by nekopírovaly skutečný obsah činnosti tohoto pracovníka v rámci plnění veřejné zakázky.

III. Řízení o rozkladu

21. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
22. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. S092/2008/VZ-12510/2008/530/LB ze dne 2. 7. 2008 zrušil zadávací řízení, neboť zadavatel při zadání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený zákonem, což mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se ztotožnil.

IV. K námitkám rozkladu

Autorizace k výkonu úředního měření rychlosti

23. Vybraný uchazeč opětovně namítá, že požadavek zadavatele na autorizaci k výkonu úředního měření rychlosti silničních vozidel měl za cíl minimalizovat obchodně-právní riziko související s předmětem veřejné zakázky a tyto specializované činnosti vyžadují osobu disponující autorizací k měření. K tomu uvádím, že vybraný uchazeč tak pouze opakuje svou dřívější argumentaci, která však již byla vyvrácena v napadeném rozhodnutí Úřadu. K novému argumentu vybraného uchazeče, že „odborné znalosti úředního měřiče jsou pro uvedené činnosti výhodou“, který vybraný uchazeč opírá o stanovisko Úřadu pro technickou normalizaci, metrologii a státní zkušebnictví, pak mohu konstatovat, že toto tvrzení prokazuje právě jen zisk „výhody“, nikoli nezbytnou potřebu autorizačního osvědčení na straně soutěžitele. Ustanovení § 54 odst. d) zákona však požadavek na prokazování odborné způsobilosti omezuje pouze na případy, kdy je podle zvláštních právních předpisů tato odbornost pro plnění veřejné zakázky „nezbytná“, nikoliv pouze „výhodná“. Vybraný uchazeč tak předmětnou námitkou sám vyvrací svou předchozí argumentaci.
24. Zadavatel v této souvislosti namítá, že předmětný požadavek měl být posuzován jako opatření k zajištění jakosti dle § 56 odst. 2 písm. c) zákona. K tomu uvádím, že i kdyby byl tento požadavek uveden v jiné části zadávací dokumentace, jednalo by se i v takovém případě o porušení zákona, neboť k realizaci předmětu této veřejné zakázky není předmětná autorizace nezbytně nutná, jak bylo uvedeno výše. „Přesunutí“ požadavku do jiné části zadávací dokumentace by totiž nemělo vliv na jeho faktický obsah, neboť by i nadále byla na uchazeče kladena povinnost prokázat odbornou způsobilost, která není pro plnění veřejné zakázky nezbytná.“
25. Požadavek pak nelze považovat ani za opatření k zajištění jakosti. Zadavatel totiž svým požadavkem směřuje nikoliv k dosažení určitého stavu faktické kvality, ale akcentuje vydání mocenského aktu (autorizace). Takový akt pak příslušnou kvalitu sice

předpokládá, avšak současně nelze vyloučit, že totožnou kvalitu služeb může poskytnout i subjekt, který tímto mocenským aktem nedisponuje. Požadavek zadavatele je tedy třeba označit za nepřiměřený a z hlediska zákona diskriminující.

Atest použitého programového vybavení

26. V souvislosti s požadavkem zadavatele na předložení atestu použitého programového vybavení uvádím, že již v rozkladu samotném je připuštěno, že zadavatel požadoval atest, který byl v době zadání veřejné zakázky neplatný. Zadavatel pak ve své argumentaci dovozuje, že právní úprava řeší eventuální možnost jeho nahrazení jiným dokladem, avšak tuto argumentaci nelze přijmout jako relevantní. Předmětem posouzení zde totiž není právní úprava standardů ISVS a jiných typů atestů, ale úroveň kvalifikačního předpokladu v posuzovaném případě. Jakkoli totiž platná právní úprava v sobě zahrnuje přechodná ustanovení, nelze z této skutečnosti dovodit, že žádný dodavatel nebyl tímto požadavkem poškozen, když se na zadavatele neobrátil nikdo, kdo by potřeboval tuto otázku konzultovat. Skutečnost, že v této souvislosti nebyly vzneseny dodatečné dotazy, nemůže být průkazná, neboť mezi těmito dvěma fakty neexistuje přímá příčinná souvislost. Dále je třeba zdůraznit, že jestliže zadavatel měl povědomí o těchto otázkách v době zadávání zakázky, pak je více než s podivem, že je nepromítl do zadávací dokumentace. Dodatečné úvahy prováděné v této věci až v rozkladu je třeba označit za opožděné a účelové.
27. Za účelovou a tedy irelevantní je pak třeba označit rovněž argumentaci vybraného uchazeče, který za zadavatele prohlašuje, že by se zadavatel spokojil s adekvátním atestem jinak označeným, nebo by dokonce respektoval i jiný způsob prokázání splnění technických předpokladů ve smyslu § 58 odst. 8 zákona. Pokud pomineme logickou nedoložitelnost, resp. neprokazatelnost takového tvrzení (a to dokonce tvrzení jedné právnické osoby ve směru k budoucímu potenciálnímu jednání jiné právnické osoby), pak je nevyvratitelnou skutečností, že se tak nestalo a s ohledem na počet uchazečů o veřejnou zakázku ani prakticky stát nemohlo. Argumentaci vybraného uchazeče tedy z výše uvedených důvodů odmítám.

Seznam významných služeb

28. Z úřední činnosti Úřadu je známo, že problematika koncepce a způsobů měření rychlosti soukromými dodavateli ve městech se teprve vytváří. To samo o sobě dokládá, že pokud zadavatel požadoval po uchazečích poměrně rozsáhlou předchozí zkušenost na tomto trhu (požadavkem na předložení seznamu významných služeb), má takový požadavek potenciál omezit soutěž uchazečů o veřejnou zakázku ve směru k omezení možnosti účasti dalších nových dodavatelů. Zadávací podmínky je totiž nutno vždy formulovat s přihlédnutím k předmětu veřejné zakázky, protože podmínka, která je na jednom trhu zcela odůvodněná a v souladu se zákonem, může na jiném trhu vykazovat výrazně diskriminační charakter, jako je tomu v šetřeném případě. Je sice pravda, že se jednalo o otevřené řízení náležitě zveřejněné v informačních systémech (jak zdůrazňuje vybraný uchazeč), avšak tato skutečnost nedává odpověď na otázku, proč se právě do veřejné zakázky tohoto typu (s předpokládanou hodnotou v řádu desítek milionů Kč) přihlásil prakticky jeden uchazeč, respektive pouze jeden uchazeč byl schopen splnit zadávací podmínky.

29. Nelze proto paušálně souhlasit s tvrzením zadavatele, že nemá povinnost zkoumat, kolik potenciálních uchazečů je schopno splnit zadávací podmínky, neboť podobné tvrzení by umožňovalo volit výrazně diskriminační podmínky v takto výjimečných případech. Současně nelze přehlédnout, že zadavatel si mohl jednoduchým způsobem ověřit, že předmětný trh je fakticky ovládán pouze jediným subjektem. Tato skutečnost je Úřadu známa z jeho úřední činnosti (jak bylo uvedeno výše), ale současně je i pro zadavatele jednoduše zjiřitelná např. z informačního systému o veřejných zakázkách, podle kterého veškeré zakázky s obdobným předmětem plnění (monitorování silničního provozu) byly zadány téměř výhradně společnosti Czech Radar, a. s., případně sdružením, kde byla tato společnost vedoucím účastníkem. V rámci přípravy zadávacích podmínek tak zadavatel s péčí řádného hospodáře byl povinen zohlednit i specifika relativně nového trhu a adekvátním způsobem na ně reagovat.
30. V této souvislosti nelze souhlasit s argumentací, že by striktním dodržováním tohoto pravidla docházelo až k nemožnosti realizace nových moderních technologií a progresivních výrob, neboť jak již bylo uvedeno výše; pokud zadavatel požaduje poskytnutí nové moderní technologie, kterou po technické stránce je schopno poskytnout více subjektů, avšak vzhledem k dosud krátkému období její aplikace s ní má reálnou zkušenost např. pouze jeden subjekt, pak požadavek na prokázání referenčních zakázek v nezanedbatelném rozsahu je zjevně diskriminační.
31. K námitce zadavatele, že posouzení věci je v tomto bodě ze strany Úřadu založeno pouze na domněnkách a spekulacích, uvádím, že cílem správního řízení je posouzení, zda byla či nebyla dodržena příslušná zákonná ustanovení. Úřad v tomto řízení nepostupuje subjektivně s cílem nahrazovat myšlenkové pochody zadavatele, nebo dokonce zadavatele nutit k tomu, aby při realizaci a plnění zakázky přistoupil na vyšší míru rizika. Takový postup by bylo jednoznačně v rozporu se zákonem. V daném případě však správní uvážení Úřadu bylo nutno vést ve směru, zda je požadavek zadavatele přiměřený okolnostem zakázky či nikoliv, a to především ve vztahu k druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění. Úřad pak dopěl k závěru (jak již bylo prezentováno výše), že předmět veřejné zakázky není natolik obtížný a neproveditelný, aby odůvodňoval přísné požadavky zadavatele na odbornost a především zkušenost uchazečů. Zadavatel tedy nevymezil minimální úroveň těchto „kvalifikačních předpokladů, odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky“ adekvátně, a ve smyslu dikce i smyslu ustanovení zákona, čímž porušil zásadu rovnosti a nediskriminačního přístupu k uchazečům o veřejnou zakázku.

Poskytnutí jistoty

32. K problematice omezení formy poskytnutí jistoty uvádím, že souhlasím s tím, že při řešení této otázky je nezbytné vycházet ze zákonného znění § 67 odst. 1 zákona in fine, podle kterého „jistotu poskytne uchazeč formou složení peněžní částky na účet zadavatele (dále jen „peněžní jistota“), nebo formou bankovní záruky.“ Z této citace je nade vší pochybnost zřejmé, že zákonodárce zde zakotvil dvě formy (možnosti, způsoby) jistoty, a to složení na účet, nebo bankovní zárukou. Námitku obsaženou v rozkladu, že jazykovým výkladem nelze dovodit, že formu poskytnutí jistoty ponechává zákon na uchazečích (jak v rozhodnutí vyslovil Úřad) nemohu považovat za logicky postavenou. Zákon dává dvě varianty formy jistoty a je nerozhodné, jakou interpretaci lze použít k jejímu vysvětlení. Buď tedy, že zadavatel je povinen stanovit dvě varianty, a nebo že uchazeč je oprávněn si vybrat, kterou formu záruky zvolí, což se

z hlediska formální logiky jeví jako správnější. Zákon nedává zadavateli možnost vyloučit některou ze zákonných možností složení jistoty, přičemž v této souvislosti je třeba se držet zásady, že zadavatel je oprávněn činit pouze to, co mu zákon umožňuje.

33. K námitkám zadavatele o nemožnosti hotovostní platby dodávám, že „složit na účet“ zadavatele je možné bezhotovostní formou. Současně není sporu o tom, že bankovní záruka představuje technicky a ekonomicky náročnější instrument pro splnění peněžní jistoty, a proto svou omezující podmínkou zadavatel svévolně vyloučil ze dvou zákonných možností pro uchazeče tu příznivější. Uzavírám tedy, že se zadavatel svým postupem dopustil porušení zákona.

Specialista na vymáhání pohledávek

34. Konečně ani námitku ohledně nezbytnosti specialisty pro komplexní právní zastoupení, zejména při vymáhání pohledávek, při zastupování před soudy a v exekučním řízení, nepovažuji za důvodnou. Dle § 1 a násl. zákona o advokacii mohou soustavně a za úplatu poskytovat právní služby, tedy zastupovat v řízení před soudy a jinými orgány, obhajovat v trestních věcech, udělovat právní porady, sepisovat listiny, zpracovávat právní rozborů a poskytovat další formy právní pomoci, nejen advokáti (dle písm. a) předmětného ustanovení), ale rovněž dle písm. d) citovaného ustanovení „zaměstnanci právnické nebo fyzické osoby, členové družstva nebo příslušníci ozbrojených sborů, kteří poskytují právní služby osobě, k níž jsou v pracovněprávním nebo pracovním vztahu anebo ve služebním poměru, pokud je poskytování právních služeb součástí jejich povinností vyplývajících z tohoto pracovněprávního nebo pracovního vztahu anebo služebního poměru“.
35. V této souvislosti je možno konstatovat, že předmětem činnosti specialisty na vymáhání pohledávek dle zadávací dokumentace je právní zastoupení zadavatele v exekučním řízení, které zahrnuje sepsání návrhu na nařízení exekuce a právní zastoupení v celém exekučním řízení až do jeho pravomocného ukončení. Jak je uvedeno v napadeném rozhodnutí, podle ustanovení § 106 správního řádu je exekučním správním orgánem sám zadavatel, resp. obecný správce daně podle zvláštního předpisu. Lze tedy uznat, že v případě soustavného zastupování za úplatu před soudy jsou k takové činnosti oprávněni jen advokáti, resp. osoby uvedené ve výše uvedeném ustanovení zákona o advokacii. V šetřeném případě však zadavatel nestanovil, že exekuce má být prováděna výhradně soudem, neboť v daném případě lze provádět exekuci rovněž prostřednictvím celních orgánů (obecný správce daně), pokud exekuci neprovede sám správní orgán (zde zadavatel). V takovém případě zadavatel nebude před soudem zastupován a dodavatel nemusí být nutně advokátem. Lze tedy uzavřít, že není nutné, aby vykonavatel předmětné části plnění veřejné zakázky byl nutně právníkem zapsaným u ČAK, resp. zákonné znaky nezbytnosti „právní služby“ vzhledem k předmětu veřejné zakázky zde absentují. Úvahy, který odborník by pak pravděpodobně mohl tuto činnost vykonávat lépe, efektivněji apod., postrádají z hlediska základního posouzení, zda byl či nebyl porušen zákon, smysl, neboť Úřad správně uzavřel, že požadavek zadavatele byl v rozporu se zákonem. Posuzování dalších doplňkových podmínek (délka praxe a referenční zakázky) je proto pro účely správního řízení již nadbytečné.
36. Uzavírám tedy, že Úřad postupoval správně, když rozhodl tak, že se zadavatel dopustil porušení ustanovení § 50 odst. 3 zákona v návaznosti na § 54 písm. d), ustanovení § 56 odst. 7 a ustanovení § 67 odst. 1 zákona. Vzhledem k tomu, že tento postup zadavatele

mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, pokládám za správný i výrok o zrušení zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 118 zákona.

V. Závěr

37. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
38. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody pro zrušení či změnu napadeného rozhodnutí, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

Poučení

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 správního řádu dále odvolat.

Ing. Martin Pecina, MBA
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. [REDACTED]
2. JUDr. Zdeněk Novák, advokát se sídlem AK Novák, Hlína, Schenk, Příkazská a partneři, Čechova 2, 750 02 Přerov
3. spis.

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce