



UOHSX009Z2ME

## PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R76/2013/VZ-17554/2017/321/MMI

Brno 12. června 2017

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 19. 3. 2013 (doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne), který podal zadavatel –

- **Statutární město Ústí nad Labem**, IČO 00081531, se sídlem Velká Hradební 2336/8, 401 00 Ústí nad Labem,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S683/2012/VZ-4155/2013/523/OPi ze dne 6. 3. 2013, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných ve veřejné zakázce s názvem „**Městské sady – aktivní park**“, zadávané v užším řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 10. 8. 2009 pod ev. č. 6003487502001 a opraveno dne 14. 9. 2009 pod ev. č. 6003487502002,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S683/2012/VZ-4155/2013/523/OPi ze dne 6. 3. 2013

**potvrzují**

a podaný rozklad

**zamítám.**

## ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)<sup>1</sup>, k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel dne 12. 6. 2012 podnět týkající se postupu zadavatele – Statutární město Ústí nad Labem, IČO 00081531, se sídlem Velká Hradební 2336/8, 401 00 Ústí nad Labem (dále jen „**zadavatel**“), při zadávání podlimitní veřejné zakázky „Městské sady – aktivní park“ v užším řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 10. 8. 2009 pod ev. č. 6003487502001 a opraveno dne 14. 9. 2009 pod ev. č. 6003487502002 (dále jen „**veřejná zakázka**“). Smlouvu o dílo na předmětnou veřejnou zakázku zadavatel s vybraným uchazečem uzavřel dne 26. 10. 2009.
2. Na základě obdrženého podnětu si Úřad vyžádal dokumentaci o veřejné zakázce a stanovisko zadavatele k obsahu podnětu. Z předložené dokumentace Úřad zjistil, že součástí kvalifikační dokumentace je mimo jiné také příloha č. 2a) Čestné prohlášení o bezdlužnosti vůči městu Ústí nad Labem, jehož předložení zadavatel požadoval po zájemcích o účast v užším řízení k prokázání splnění kvalifikace.
3. Vzhledem k tomu, že Úřad na základě posouzení dokumentace o šetřené veřejné zakázce získal pochybnosti, zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky postupoval v souladu se zákonem, zahájil správní řízení z moci úřední. V návaznosti na oznámení zahájení správního řízení a stanovení lhůty, v níž mohl zadavatel navrhnout důkazy, činit jiné návrhy a lhůty, v níž se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí, zadavatel zaslal Úřadu své vyjádření ze dne 30. 11. 2012.

### II. Napadené rozhodnutí

4. Dne 6. 3. 2013 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S683/2012/VZ-4155/2013/523/OPi (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), v jehož výroku I. konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 50 odst. 1 a § 50 odst. 3 zákona tím, že v bodu 5. kvalifikační dokumentace požadoval, aby zájemci v žádosti o účast v užším řízení a k prokázání splnění kvalifikace předložili čestné prohlášení o bezdlužnosti vůči zadavateli, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad zadavateli za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. napadeného rozhodnutí uložil pokutu ve výši 50 000 Kč.
5. Z odůvodnění napadeného rozhodnutí vyplývá, že kvalifikace uchazeče představuje způsobilost dodavatele realizovat zadavatelem požadovanou veřejnou zakázku. Zákon vymezuje čtyři typy kvalifikačních předpokladů, a to základní kvalifikační předpoklady, finanční, ekonomické a technické předpoklady. Dodavatel je tedy posuzován jednak v obecné rovině bez přímého vztahu k předmětu plnění dané zakázky na základě

---

<sup>1</sup> Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu § 26 zákona v návaznosti na § 158 odst. 1 a 2 zákona. Zákon č. 134/2016 Sb. o zadávání veřejných zakázek se nepoužije s ohledem na ustanovení § 273 odst. 1 tohoto zákona.

zákonem taxativně vymezených požadavků, ale také ve vztahu k předmětu plnění veřejné zakázky, a to na základě zadavatelem vymezených předpokladů, jejichž výčet musí být v souladu s ustanoveními zákona.

6. Úřad konstatoval, že požadavek na doložení „bezdlužnosti“ vůči zadavateli v zákoně uveden není. V § 55 odst. 2 zákona je uvedeno, že zadavatel může požadovat i jiné doklady prokazující splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů, ale zároveň ustanovení § 50 odst. 3 zákona říká, že rozsah požadované kvalifikace musí být omezen pouze na informace a doklady bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky. Úřad však dovodil, že bezdlužnost dodavatele vůči zadavateli nemá žádnou souvislost s předmětem veřejné zakázky a ani nemá žádnou vypovídající hodnotu, a to z toho důvodu, že může nastat situace, kdy dodavatel, který nemá dluh vůči zadavateli, může být v horší ekonomické situaci, než ten, který by tento požadavek nesplňoval, ale neměl by jiný finanční závazek.
7. Na základě zadavatelem předloženého seznamu subjektů, které byly ke dni lhůty pro podání žádosti o účast v užším řízení předmětné veřejné zakázky evidovány v účetnictví zadavatele jako subjekty mající dluh vůči zadavateli, Úřad zjistil, že v tomto seznamu byly zahrnuty subjekty, které by předmět plnění veřejné zakázky mohly splnit.
8. Na základě výše uvedených skutečností Úřad dospěl k závěru, že jednání zadavatele mohlo mít vliv na výběr nejhodnější nabídky a konstatoval spáchání správního deliktu. Za jeho spáchání Úřad zadavateli uložil pokutu, přičemž přihlédl k závažnosti správního deliktu, a to zejména ke způsobu jeho spáchání, k jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.

### **III. Námitky rozkladu**

9. Proti napadenému rozhodnutí podal zadavatel rozklad, který byl Úřadu doručen dne 19. 3. 2013. Napadené rozhodnutí zadavatel převzal dne 7. 3. 2013. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
10. Zadavatel v rozkladu odmítá, že požadavkem na doložení čestného prohlášení naplnil skutkovou podstatu správního deliktu, neboť jeho vliv na omezení okruhu potenciálních dodavatelů, a tím i na výběr nejhodnější nabídky, byl nulový. Zadavatel namítá, že požadavek na bezdlužnost vůči zadavateli byl autoritami v oboru zadávání veřejných zakázek dlouhodobě aprobován. Ke změně výkladové praxe došlo nedlouho před zahájením zadávacího řízení, zadavatel tedy neměl možnost se seznámit s nově přijatou výkladovou praxí.
11. Zadavatel argumentuje tím, že požadavek na doložení čestného prohlášení se stal součástí kvalifikační dokumentace na základě setrvačnosti. Dle jeho tvrzení se nejednalo o nástroj sloužící k účelové eliminaci okruhu potenciálních dodavatelů či k jejich diskriminaci. Čestné prohlášení mělo pro zadavatele vždy pouze informativní charakter a nikdy nenastala situace, kdy by některý z uchazečů byl vyloučen na základě nepředložení čestného prohlášení. Zadavatel v této souvislosti zdůraznil, že žádný z uchazečů nepodal proti postupu zadavatele námitky, či jinak proti uvedenému postupu nebrojil, a to ani v případě předmětné veřejné zakázky ani kdykoliv v minulosti. Z uvedeného zadavatel dovozuje, že uchazeči o veřejné zakázky v čestném prohlášení o bezdlužnosti nikdy nespatořovali diskriminaci, nerovné zacházení, netransparentnost, či jinou obdobnou formu nekalého jednání ze strany zadavatele.

12. Zadavatel konstatuje, že komise v rámci posouzení kvalifikace jednotlivými uchazeči nekontrolovala doložení čestného prohlášení o bezdlužnosti vůči zadavateli, což je patrné z přílohy „Protokolu z kontroly kvalifikace“ – „Tabulka kvalifikace dodavatelů“. Zadavatel tímto dovozuje, že se nemohl dopustit správního deliktu, neboť svým nekonáním neovlivnil a ani nemohl ovlivnit výběr nevhodnější nabídky.
13. V další námitce zadavatel uvádí, že k prokázání správního deliktu je nezbytné prokázat reálné ovlivnění či reálnou možnost ovlivnění výběru nevhodnější nabídky, nikoli pouze setrvat na hypotetické konstrukci takového ovlivnění. V této souvislosti zadavatel odkazuje na rozhodnutí Úřadu sp. zn. ÚOHS-S149/2008/VZ ze dne 4. 8. 2008, ve kterém se Úřad kromě konstatování rozporu požadavku na doložení čestného prohlášení, zabýval dopadem takového požadavku na soutěžní prostředí, tedy zda reálně existoval subjekt, který požadavkem zadavatel byl anebo mohl být omezen v možnosti podat nabídku. Zadavatel opakuje, že žádný takový subjekt, který by se mohl o veřejnou zakázku ucházet, neexistuje.
14. Zadavatel upozorňuje na znění § 6 zákona a uvádí, že s ohledem na skutečnost, že čestné prohlášení bylo vyžadováno ode všech uchazečů bez rozdílu, kdy zadavatel uveřejnil kvalifikační dokumentaci po celou dobu trvání lhůty pro podání žádosti o účast, nemohlo dojít k porušení zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Zadavatel argumentuje tím, že s touto okolností se napadené rozhodnutí žádným způsobem nevypořádává. Zadavatel je přesvědčen, že nastavení soutěžního prostředí všem uchazečům ve stejné podobě nemohlo založit narušení soutěžního prostředí, neb byly zachovány obecné zásady a principy celého zákona.
15. Odkazem na § 55 odst. 2 zákona zadavatel dovozuje, že je oprávněn požadovat i jiné doklady prokazující splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů dodavatele. Dle jeho názoru čestné prohlášení představovalo naplnění této zákonem dané možnosti. Zadavatel tedy nemohl porušit § 55 odst. 1 zákona, když čestné prohlášení spadalo do kategorie ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů dle § 55 odst. 2 zákona.
16. Zadavatel se neztotožňuje se závěrem Úřadu, že čestné prohlášení o bezdlužnosti představuje vyjádření vztahu mezi zadavatelem a dodavatelem nemající žádný vztah k ekonomické schopnosti uchazeče plnit předmět veřejné zakázky, a to z toho důvodu, že v případě státu se nedoplatky vůči němu řadí mezi základní kvalifikační předpoklady. Tím je dle názoru zadavatele založena diskriminace obecních samosprávných celků oproti České republice.
17. Závěrem zadavatel uvádí, že je v rozporu s principem právní jistoty, aby Úřad obdobnou záležitost rozhodoval v nepříliš vzdáleném časovém horizontu různě. Tento princip porušuje pravidlo legitimního očekávání a je v rozporu s obecnými právními principy.

#### **Závěr rozkladu**

18. Závěrem rozkladu zadavatel požaduje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil.

#### IV. Řízení o rozkladu

19. Úřad neshledal důvody pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), a v souladu s ustanovením § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.

#### V. Původní rozhodnutí o rozkladu a řízení před soudy

20. Dne 2. 12. 2013 vydal předseda Úřadu rozhodnutí o rozkladu č. j. ÚOHS-R76/2013/VZ-23309/2013/310/PMa (dále jen „**rozhodnutí o rozkladu**“), jímž napadené rozhodnutí potvrdil. Proti rozhodnutí o rozkladu podal zadavatel žalobu ke Krajskému soudu v Brně (dále jen „**krajský soud**“), jenž rozsudkem č. j. 31 Af 6/2014-49 ze dne 27. 1. 2016 žalobu zamítl. Krajský soud konstatoval, že požadavek na neexistenci nedoplatků vůči zadavateli nelze zařadit mezi ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady (ve smyslu ustanovení § 55 zákona), jelikož dluh uchazeče vůči zadavateli nenese objektivní znak ekonomické a finanční schopnosti uchazeče realizovat požadované plnění dané zakázky. Krajský soud shrnul, že zákon neumožňuje zadavateli požadovat po uchazeči takovéto prohlášení „bezdlužnosti“ vůči zadavateli.
21. Proti výše uvedenému rozsudku krajského soudu podal zadavatel kasační stížnost k Nejvyššímu správnímu soudu. Nejvyšší správní soud rozsudkem č. j. 8 As 52/2016-46 ze dne 26. 4. 2017 rozsudek krajského soudu ze dne 27. 1. 2016, č. j. 31 Af 6/2014-49, zrušil a dále zrušil rozhodnutí o rozkladu a věc vrátil k dalšímu řízení. Nejvyšší správní soud v rozsudku konstatoval, že *„zákon o veřejných zakázkách byl v době po zadání veřejné zakázky a před vydáním obou správních rozhodnutí, opakovaně novelizován. Pro věc významná byla jeho novelizace provedená zákonem č. 55/2012 Sb., který nabyl účinnosti ode dne 1. 4. 2012. Tímto zákonem byl totiž mimo jiné novelizován i § 50 odst. 1 ZVZ, jehož porušení správní orgány obou stupňů stěžovateli vytýkaly.“* Nejvyšší správní soud uzavřel, že rozhodnutí o rozkladu, které bez dalšího trestalo zadavatele za správní delikt vyplývající z § 120 odst. 1 písm. a) zákona podle starého práva, aniž se vyjádřilo k tomu, zda je toto jednání trestné („postižitelné“) stejně i podle práva nového, resp. zda nová právní úprava není pro zadavatele z hlediska trestnosti výhodnější, je nepřezkoumatelné. Již z uvedeného důvodu měl krajský soud rozhodnutí o rozkladu zrušit, a to i bez návrhu. Jelikož tak neučinil, nýbrž jej meritorně přezkoumal, je stejnou vadou zatížen i jeho rozsudek.

#### 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 § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise a rovněž k rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 8 As 52/2016-46 ze dne 26. 4. 2017 jsem dospěl k následujícímu závěru.
23. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S683/2012/VZ-4155/2013/523/OPi ze dne 6. 3. 2013 rozhodl tak, jak je uvedeno výše, nerozhodl v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem přesto nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí. Napadené rozhodnutí bylo Úřadem vydáno dne 6. 3. 2013. Před vydáním napadeného

rozhodnutí nabyt dne 1. 4. 2012 účinnosti zákon č. 55/2012 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů. Úřad správně vycházel ze znění zákona účinného v době zahájení zadávacího řízení, avšak byl povinen posoudit, zda na daný případ nelze aplikovat příznivější právní úpravu, když touto novelou byl změněn § 50 odst. 1 zákona, na kterém je založen výrok I. napadeného rozhodnutí. Tím, že Úřad neposoudil, zda je právní úprava po této novele příznivější pro zadavatele, zatížil napadené rozhodnutí vadou spočívající v nezákonnosti. Mám však za to, že tuto vadu lze odstranit v tomto rozhodnutí předsedy Úřadu, neboť se jedná o vadu v právním posouzení, přičemž skutkový stav věci byl zjištěn správně. Z tohoto důvodu mám tedy za to, že napadené rozhodnutí není třeba rušit a vracet Úřadu k novému projednání, a to rovněž s ohledem na judikaturu Nejvyššího správního soudu, podle které platí, že rozhodnutí prvního stupně a rozhodnutí o rozkladu podaném proti takovému rozhodnutí, tvoří jeden celek (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 26. 1. 2011 č. j. 2 Afs 132/2009-275).

## VI. K námitkám rozkladu

24. V odůvodnění tohoto rozhodnutí se nejprve vyjádřím k námitkám rozkladu a následně posoudím příznivost pozdější právní úpravy.
25. Stěžejní námitka zadavatele směřující proti závěru Úřadu o spáchání správního deliktu spočívá v argumentaci zadavatele, že požadavek na předložení čestného prohlášení uchazečů o jejich bezdlužnosti vůči zadavateli neměl vliv na zúžení okruhu potenciálních dodavatelů, a tím pádem ani na výběr nejvhodnější nabídky. Zadavatel dále uvádí, že ke změně výkladové praxe týkající se přípustnosti uvedeného požadavku došlo nedlouho před zahájením předmětného zadávacího řízení.
26. K uvedené námitce zadavatele podotýkám, že toto tvrzení zadavatele Úřad vyvrátil v bodu 28. napadeného rozhodnutí, v němž konstatoval, že na základě seznamu subjektů, které byly ke dni lhůty pro podání žádosti o účast v užším řízení předmětné veřejné zakázky evidovány v účetnictví zadavatele jako subjekty mající dluh vůči zadavateli, předloženého zadavatelem na výzvu Úřadu, zjistil, že ke dni lhůty pro podání žádosti o účast v užším řízení byly v účetnictví zadavatele evidovány subjekty, které by předmět plnění veřejné zakázky mohly s ohledem na předmět svého podnikání splnit, ať už přímo či společně s pomocí subdodavatelů. Z uvedeného je zřejmé, že zadavatel svým požadavkem omezil okruh případných uchazečů, a tím i výběr nejvhodnější nabídky. Popsaným jednáním tak naplnil skutkovou podstatu správního deliktu. Nelze přihlídnout ani k argumentu, že ke změně výkladové praxe došlo teprve nedávno před zahájením zadávacího řízení. Rozhodnutí č. j. ÚOHS-S149/2008/VZ-13309/2008/540/PV ze dne 4. 8. 2008, kterým Úřad konstatoval porušení zákona stanovením požadavku na doložení čestného prohlášení, jímž by dodavatelé prokázali, že nemají vůči zadavateli nesplacené finanční závazky po lhůtě splatnosti, nabylo právní moci dne 26. 8. 2008, tedy celý rok předtím než zadavatel oznámil zahájení užšího řízení v informačním systému o veřejných zakázkách. Zadavatel měl tedy dostatečně dlouhou dobu, aby se před zpracováním kvalifikační dokumentace s rozhodovací praxí Úřadu seznámil. Navzdory tomu, že se jednalo o první rozhodnutí Úřadu, kterým se Úřad vyjádřil k dané problematice, nelze usuzovat, že před jeho vydáním byl postup zadavatelů, kteří požadovali doložení bezdlužnosti, v souladu se zákonem. Nelze ani dovodit, že by Úřad uvedené jednání

zadavatelů aproboval tím, že se před vydáním uvedeného rozhodnutí ve své rozhodovací praxi k této otázce nevyjádřil.

27. Zadavatel zlehčuje důsledek svého pochybení tvrzením, že ustanovení týkající se požadavku na předložení předmětného čestného prohlášení bylo užito „setrvačností ve formulacích“ bez úmyslu diskriminace uchazečů a jako takové mělo pro zadavatele vždy pouze informativní charakter a nikdy nenastala situace, kdy by některý z uchazečů byl vyloučen na základě nepředložení čestného prohlášení. Úmysl nebo pohnutka zadavatele či okolnosti, za kterých byl požadavek do zadávací dokumentace včleněn, nelze považovat za důvody opravňující zadavatele k porušení povinnosti stanovené v § 50 odst. 3 zákona, dle kterého je zadavatel povinen omezit rozsah požadované kvalifikace pouze na informace a doklady bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky. Skutečnost, že dosud v praxi zadavatele nedošlo k vyloučení uchazeče z důvodu nedoložení čestného prohlášení, rovněž není relevantní, neboť zájemci o účast v užším řízení nemohou v době podání písemné žádosti o účast spoléhat na to, že pokud nesplní jeden z kvalifikačních předpokladů stanovených v zadávací dokumentaci, nebudou z tohoto důvodu vyloučeni ze zadávacího řízení. Zadavatel svým jednáním mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť určitý okruh dodavatelů, kteří měli v době uplynutí lhůty pro podání žádosti o účast v užším řízení dluh vůči zadavateli, mohl z důvodu požadavku na předložení čestného prohlášení o bezdlužnosti nepodat žádost o účast v užším řízení.
28. K námitce zadavatele, že komise v rámci posouzení kvalifikace nekontrolovala doložení čestného prohlášení o bezdlužnosti vůči zadavateli, opakují, že posouzení splnění kvalifikačních podmínek komisí bylo provedeno až po uplynutí lhůty k podání žádosti o účast v užším řízení. Ke dni uplynutí této lhůty tedy zájemci o účast v užším řízení nemohli mít informaci o tom, že komise ke kvalifikační podmínce o bezdlužnosti nebude přihlížet a z důvodu nesplnění této podmínky se mohli rozhodnout žádost o účast v užším řízení nepodat, což mohlo podstatným způsobem ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
29. Nelze se ztotožnit ani s námitkou zadavatele, kterou napadenému rozhodnutí vytýká, že k prokázání správního deliktu je nezbytné prokázat reálné ovlivnění či reálnou možnost ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, nikoli pouze setrvat na hypotetické konstrukci takového ovlivnění. V této souvislosti zadavatel odkazuje na rozhodnutí Úřadu sp. zn. ÚOHS-S149/2008/VZ ze dne 4. 8. 2008, zabývající se obdobnou věcí. Jak jsem již uvedl výše, Úřad se i v předmětné věci zabýval skutečností, zda protiprávní jednání zadavatele mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky a na základě zadavatelem předloženého seznamu subjektů, které byly ke dni lhůty pro podání žádosti o účast v užším řízení předmětné veřejné zakázky evidovány v účetnictví zadavatele jako subjekty mající dluh vůči zadavateli a které byly s ohledem na předmět svého podnikání schopny veřejnou zakázku splnit, jsem dospěl k závěru, že existovala reálná možnost ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. K tomuto odkazuji na bod 27. napadeného rozhodnutí, kde Úřad konstatoval, že nelze vyloučit, že v případě, kdy by zadavatel požadavek na doložení bezdlužnosti nestanovil, mohl obdržet nabídky od dalších uchazečů, kteří by mu nabídli výhodnější podmínky plnění předmětu veřejné zakázky. V případě, na který odkazuje zadavatel, Úřad rozhodoval ve skutkově odlišné věci, neboť zadavatel kvůli nepředložení prohlášení o bezdlužnosti některými uchazeči tyto uchazeče vyloučil a na základě této skutečnosti Úřad dospěl k závěru,

že vyloučením některých uchazečů došlo k omezení počtu hodnocených nabídek, což mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky, a to i přesto, že Úřad v odkazované věci provedl šetření, kterým se neprokázalo, že by požadavek bezdlužnosti vůči dodavateli ovlivnil počet podaných nabídek, neboť žádný z dotázaných dodavatelů, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci a nepodali nabídku, nepotvrdil, že by pro něj byl požadavek bezdlužnosti důvodem pro nepodání nabídky. V posuzovaném případě však Úřad zjistil, že existovaly subjekty, které neoprávněný požadavek zadavatele nesplňovaly, přičemž by byly schopny předmět veřejné zakázky splnit. Úřad proto správně dospěl k závěru, že jednání zadavatele mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky, aniž by prováděl další dokazování, zda skutečně byl tento požadavek důvodem pro nepodání žádosti o účast v užším řízení. Vzhledem k tomu, že dle zákona postačuje pouhá možnost, že postup zadavatele měl vliv na výběr nejvhodnější nabídky, je další dokazování v tomto směru nadbytečné z toho důvodu, že Úřad nemusí znát přesné důvody, proč jednotliví zájemci žádost nepodali. Krajský soud v rozsudku v této věci (č. j. 31 Af 6/2014-49 ze dne 27. 1. 2016) uvedl, že *„V daném případě (pro spáchání deliktu) je důležité, že k ní vůbec mohlo dojít, jelikož potenciální uchazeč se o veřejnou zakázku vůbec ucházet nemusel právě z důvodu, že mu bylo známo, že má dluh vůči žalobci, a tedy by byl ze zakázky stejně vyloučen, a proto svou žádost ani nepodal.“*

30. Dále je potřeba odmítnout námitku zadavatele, že s ohledem na skutečnost, že předmětné čestné prohlášení bylo vyžadováno ode všech uchazečů bez rozdílu, nemohl zadavatel porušit zásadu transparentnosti, rovného zacházení a zákaz diskriminace. Zadavatel se domnívá, že nastavením soutěžního prostředí všem potenciálním uchazečům ve stejné podobě nemohlo založit narušení soutěžního prostředí, neboť byly zachovány obecné zásady a principy zákona. Vzhledem k tomu, že zadavatel porušil zákon tím, když po uchazečích o veřejnou zakázku požadoval čestné prohlášení nad rámec zákona, nelze z okolnosti, že tato podmínka se vztahovala na všechny uchazeče, usuzovat, že zadavatel postupoval v souladu se zásadami vymezenými zákonem. Na tomto místě rovněž zdůrazňuji, že v daném případě se nezkoumá vliv na výběr nejvhodnější nabídky mezi dodavateli, kteří podali nabídky do zadávacího řízení a kterýžto vliv by bylo možné prokazovat, ale o vliv vůči blíže neurčenému okruhu dodavatelů, kde podle současné judikatury není potřeba vliv na výběr nejvhodnější nabídky prokazovat a postačí kvalifikovaná úvaha Úřadu, proč v důsledku pochybení zadavatele mohlo dojít k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, neboť se jedná o ohrožovací správní delikt. Nesprávně nastavené kvalifikační předpoklady mají primární vliv na tu fázi zadávacího řízení, kdy se dodavatelé rozhodují, zda podají nabídku.
31. Zadavatel v rozkladu opakovaně namítá, že čestné prohlášení patří do kategorie ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů dle § 55 odst. 2 zákona. S touto námitkou zadavatele se Úřad vypořádal v bodu 26. napadeného rozhodnutí, kde uvedl, že § 55 odst. 2 zákona je nutno vykládat v souvislosti s § 50 odst. 3 zákona, dle kterého rozsah požadované kvalifikace musí být omezen pouze na informace a doklady bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky. Jak jsem již uvedl výše, bezdlužnost dodavatele vůči zadavateli se nevztahuje k předmětu veřejné zakázky a nevykazuje ani znak objektivní ekonomické a finanční schopnosti dodavatele realizovat požadované plnění dané zakázky, tudíž nemůže být požadavek na doložení



čestného prohlášení o bezdlužnosti dodavatele považován za přípustný ekonomický či finanční kvalifikační předpoklad.

32. Na výše uvedených závěrech nic nemění ani námitka zadavatele, že nedoplatky vůči státu zakotvené v § 53 zákona zakládají neodůvodněnou diskriminaci obecních samosprávných celků oproti České republice. Požadavek na doložení bezdlužnosti dodavatele vůči zadavateli, tak jak si jej stanovil zadavatel v zadávací dokumentaci, nelze svým obsahem ztotožňovat s neexistencí nedoplatků vůči státu vymezených v § 53 odst. 1 písm. f) až písm. h) zákona, mezi které patří daňové nedoplatky, nedoplatky na pojistném (a penále) na veřejné zdravotní pojištění, sociální zabezpečení a příspěvku na státní politiku zaměstnanosti. Dluh vůči státu vzniklý v souvislosti s porušováním zákonem stanovených povinností je a priori vnímán jako nezákonné jednání, ovšem dluh vůči subjektu vzniklý na základě smluvního vztahu je pouze obchodním závazkem, jehož existenci nelze dávat do souvislosti se schopností uchazeče plnit předmět nového smluvního závazku. Nelze hovořit o zvýhodnění státu oproti samosprávným obcím, neboť zákonem požadovanou absencí dluhů na daních, veřejném zdravotním pojištění atd. nelze ztotožnit s konkrétními obchodními závazky, které jednotliví uchazeči o veřejnou zakázku mohou mít vůči zadavateli České republiky, příp. příslušnému státnímu orgánu, který veřejnou zakázku zadává. I pokud by určitý dodavatel neměl žádné nedoplatky ve smyslu § 53 odst. 1 písm. f) až písm. h) zákona, neznamená to, že vůči státu nemůže mít jiné dluhy plynoucí například z obchodní činnosti.
33. Nezbyvá, než odmítnout tvrzení zadavatele o rozdílném rozhodování Úřadu v obdobných věcech z toho důvodu, že v předmětné věci Úřad rozhodl v souladu se svou dřívější rozhodovací praxí, dle které se zadavatel dopustí správního deliktu, pokud nedodrží postup stanovený v § 50 odst. 1 a § 50 odst. 3 zákona tím, že v zadávací dokumentaci požaduje, aby uchazeči o veřejnou zakázku předložili čestné prohlášení o bezdlužnosti vůči zadavateli, pokud tento postup může podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
34. Ve vztahu k uložené sankci, nemohu přihlídnout ani k námitce zadavatele, že míra intenzity eventuálního pochybení zadavatele je natolik mizivá, že by bylo nespravedlivé zadavatele za tuto skutečnost sankcionovat, když samotné osoby z reálného soutěžního prostředí nikdy proti uvedenému formálnímu požadavku informativního charakteru žádným způsobem nebrojily, neboť žádný ze zájemců o veřejnou zakázku nepodal námitky proti postupu zadavatele ani nepodal žádost o poskytnutí dodatečných informací. Zadavatelem uváděné okolnosti nemají vliv na skutečnost, že zadavatel při zadání veřejné zakázky porušil zákon stanovením požadavku nad rámec zákonem povolených dokumentů, jejichž předložení je zadavatel oprávněn požadovat. Nepodání námitek proti požadavku na předložení čestného prohlášení nevede k závěru, že některý ze zájemců o účast v užším řízení nepodal žádost o účast právě z důvodu protiprávně stanovené podmínky v kvalifikační dokumentaci, neboť dodavatelé nemusí svého práva podat námitky využít. Vzhledem k tomu, že Úřad, jakožto orgán příslušný k dohledu nad postupem zadavatelů při zadávání veřejných zakázek dle § 112 a násl. zákona, správně konstatoval, že zadavatel spáchal správní delikt, byl oprávněn mu za spáchání správního deliktu udělit pokutu.
35. Vzhledem k tomu, že zadavatel v podaném rozkladu nevznášel žádné další námitky proti výši nebo způsobu odůvodnění uložené pokuty, přezkoumal jsem výrok

II. napadeného rozhodnutí ve smyslu § 89 odst. 2 správního řádu z hlediska jeho zákonnosti a z hlediska zákonnosti postupu Úřadu, který jeho vydání předcházelo. Po přezkoumání tohoto výroku mám za to, že Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí správně vymezil horní hranici pro uložení pokuty v souladu s § 120 odst. 2 zákona a současně při určení výše pokuty přihlédl ke všemu, k čemu ve smyslu § 121 odst. 2 zákona přihlédnout měl, když posoudil jak závažnost a následky správního deliktu, způsob jeho spáchání, tak i okolnosti, za nichž byl správní delikt spáchán, přičemž své úvahy srozumitelně odůvodnil. Současně se Úřad přezkoumatelným způsobem vypořádal i s tím, že uložená pokuta není v daném případě likvidační. Mám tak za to, že Úřad stanovil výši pokuty v souladu se zákonem a své rozhodnutí přezkoumatelným způsobem odůvodnil.

### **K posouzení příznivosti pozdější právní úpravy**

36. Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku „nepřehlédl, že zákon o veřejných zakázkách byl v době po zadání veřejné zakázky a před vydáním obou správních rozhodnutí, opakovaně novelizován. Pro věc významná byla jeho novelizace provedená zákonem č. 55/2012 Sb., který nabyl účinnosti ode dne 1. 4. 2012. Tímto zákonem byl totiž mimo jiné novelizován i § 50 odst. 1 ZVZ, jehož porušení správní orgány obou stupňů stěžovateli vytýkaly.“ Nejvyšší správní soud proto zavázal předsedu Úřadu zabývat se „tím, zda nové právo účinné v době rozhodování není pro stěžovatele příznivější (z hlediska zániku trestnosti, či případného mírnějšího trestu) a úvahy o volbě použitého práva (ať již starého či nového), je třeba v rozhodnutí řádně vyložit. Nejvyšší správní soud přitom nevylučuje, že i poté žalovaný dospěje ke shodnému závěru jako v napadeném rozhodnutí a setrvá na trestnosti vytýkaného jednání a uložení sankce.“
37. Podle čl. 40 odst. 6 Listiny 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. Shodný princip je vyjádřen i v § 2 odst. 1 zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**trestní zákoník**“). Toto pravidlo 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 aplikuje rovněž v oblasti správního trestání.
38. V souvislosti s citovaným článkem Listiny uvádím, že konstantní soudní judikatura (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 6 A 126/2002-27 ze dne 27. 10. 2004) dospěla k závěru, že „[t]restání za správní delikty musí podléhat stejnému režimu jako trestání za trestné činy a v tomto smyslu je třeba vykládat všechny záruky, které se podle vnitrostátního práva poskytují obviněnému z trestného činu. Je totiž zřejmé, že rozhraničení mezi trestnými (a tedy soudem postižitelnými) delikty a delikty, které stíhají a trestají orgány exekutivy, je výrazem vůle suverénního zákonodárce; není odůvodněno přirozenoprávními principy, ale daleko spíše je výrazem trestní politiky státu (...) Pro české právo to pak znamená, že i ústavní záruka článku 40 odst. 6 Listiny o tom, že je nutno použít pozdějšího práva, je-li to pro pachatele výhodnější, platí jak v řízení soudním, tak v řízení správním (...) Přijetí tohoto principu pak znamená, že nelze trestat podle starého práva v době účinnosti práva nového, jestliže nová právní úprava konkrétní skutkovou podstatu nepřevzala; analogicky to platí i tehdy, jestliže nová právní úprava stanoví mírnější sankce za stejné jednání“. K totožnému závěru dospěl

Nejvyšší správní soud též v rozsudku č. j. 8 Afs 17/2007-135 ze dne 31. 5. 2007 a dalších.

39. Jakkoliv se ustanovení článku 40 Listiny věnuje procesní garanci trestního řízení, nelze jeho účinnost vztahovat toliko na řízení trestní, neboť stejnými principy jsou ovládána i řízení přestupková a řízení o jiných správních deliktech, do jejichž skupiny se řadí i delikty dle zákona. Nálezem Ústavního soudu sp. zn. III. ÚS 611/01 ze dne 13. 6. 2002 tento soud potvrzuje, že „[k] základním principům vymezujícím kategorii právního státu, kterým je i Česká republika (srov. čl. 1 Ústavy), patří princip ochrany důvěry občanů v právo a s tím související princip zákazu zpětné účinnosti (retroaktivity) právních norem. Přestože zákaz retroaktivity právních norem je v čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod výslovně upraven jen pro oblast trestního práva (podle uvedeného ustanovení trestnost činu se posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán, a pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější), je nutno z čl. 1 Ústavy dovodit působení tohoto zákazu i pro další odvětví práva...“.
40. Z četné judikatury tedy dovozují jednoznačný imperativ aplikovat zásadu vyjádřenou v čl. 40 odst. 6 Listiny i na posuzovanou věc. V daném případě je nutno zabývat se otázkou, zda je aplikace pozdější právní úpravy, v tomto případě novely č. 55/2012 Sb. nebo ZZVZ pro účastníka řízení příznivější.
41. Při určení postupu, jak zjistit, která úprava je pro pachatele příznivější, lze přeneseně využít závěrů přijatých ve vztahu k § 2 odst. 1 trestního zákoníku, případně k § 16 odst. 1 již zrušeného zákona č. 140/1961 Sb., trestního zákona, které pro trestné činy obsahují úpravu obdobnou úpravě v čl. 40 odst. 6 Listiny. Poukázat lze např. na komentář ke zmíněnému § 2 odst. 1 trestního zákoníku, kde se uvádí: „Jestliže byl čin spáchán za účinnosti zákona už zrušeného, je podmínkou toho, aby pachatel mohl být uznán vinným činem, který je předmětem trestního řízení, že takový čin naplňuje všechny znaky jak některého ustanovení zákona účinného v době spáchání, tak některého ustanovení zákona pozdějšího (srov. R 44/1970). Rozhodující není pojmenování trestného činu, nýbrž materiální obsah jednání pachatele (srov. R 32/1962). [...] Použití nového práva je tehdy pro pachatele příznivější, jestliže jeho ustanovení – posuzována jako celek – skýtají výsledek pachateli příznivější než právo dřívější (R 73/1951, shodně R 76/1951).“ K tomu viz Šámal, P. a kol. Trestní zákoník. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012. s. 48, případně usnesení Nejvyššího soudu ze dne 23. 2. 2011, sp. zn. 8 Tdo 134/2011.
42. Podmínkou pro to, aby po změně právní úpravy mohla být zadavateli uložena sankce, je skutečnost, že jeho jednání představovalo nějaký správní delikt jak za účinnosti minulé právní úpravy, tak nějaký správní delikt za účinnosti nové právní úpravy. Na překážku však není, pokud by se právní kvalifikace daného jednání podle staré a nové právní úpravy lišila, tj. že by skutková podstata těchto deliktů nebyla stejná. Daný závěr je ostatně aplikován i ve vztahu k trestným činům (k tomu srov. Jelínek, J. a kol. Trestní právo hmotné. Obecná část. Zvláštní část. 2. aktualizované vydání. Praha: Linda Praha. 2006, s. 50, případně rozhodnutí publikované jako R 43/1970 Sbírky soudních rozhodnutí a stanovisek – část trestní). Podstatné je posouzení činu a závěr o jeho trestnosti jak z hlediska některé normy práva účinného v okamžiku činu, tak dle normy následně novelizovaného práva, nikoli dokonalá shoda původní a nové skutkové podstaty. Uvedené ostatně jen podporuje komentářová literatura, judikatura

Ústavního soudu jakož i Nejvyššího soudu, která stojí na požadavku porovnání trestnosti vůči souhrnu norem práva (vůči právu jako celku).

43. Zadavatel byl napadeným rozhodnutím shledán vinným spácháním správního deliktu kvalifikovaného dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách ve znění do 31. 3. 2012, kterého se dopustil tím, že nedodržel postup stanovený v § 50 odst. 1 a § 50 odst. 3 zákona tím, že v bodu 5. kvalifikační dokumentace požadoval, aby zájemci v žádosti o účast v užším řízení a k prokázání splnění kvalifikace předložili čestné prohlášení o bezdlužnosti vůči zadavateli, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku. Je tedy třeba zkoumat, zda v tomto odstavci uvedená ustanovení zákona byla novelizována a jak tyto novely dopadají na posouzení jednání zadavatele.
44. Vzhledem k výše uvedenému jsem přistoupil ke srovnání, zda jednání zadavatele vymezené napadeným rozhodnutím, představuje správní delikt i po novele č. 55/2012 Sb. a i za současné právní úpravy obsažené v ZZVZ, neboť pouze v těchto dvou případech došlo ke změně právní úpravy, která se týká postupu, jež byl popsán ve výroku I. napadeného rozhodnutí.
45. Před vydáním napadeného rozhodnutí nabyt dne 1. 4. 2012 účinnosti zákon č. 55/2012 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**novela č. 55/2012 Sb.**“).
46. Po vydání napadeného rozhodnutí a rozhodnutí o rozkladu nabyt ke dni 1. 10. 2016 účinnosti zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „**ZZVZ**“).
47. Podle § 50 odst. 1 zákona účinného v době zahájení zadávacího řízení kvalifikaci splní dodavatel, který prokáže splnění
  - a) základních kvalifikačních předpokladů podle § 53,
  - b) profesních kvalifikačních předpokladů podle § 54,
  - c) ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů podle § 55 a
  - d) technických kvalifikačních předpokladů podle § 56.
48. Podle § 50 odst. 1 zákona po novele č. 55/2012 Sb. kvalifikovaným pro plnění veřejné zakázky je dodavatel, který
  - a) splní základní kvalifikační předpoklady podle § 53,
  - b) splní profesní kvalifikační předpoklady podle § 54,
  - c) předloží čestné prohlášení o své ekonomické a finanční způsobilosti splnit veřejnou zakázku a
  - d) splní technické kvalifikační předpoklady podle § 56.
49. Podle § 50 odst. 3 zákona účinného v době zahájení zadávacího řízení je veřejný zadavatel povinen omezit rozsah požadované kvalifikace pouze na informace a doklady bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky. Toto ustanovení nebylo dotčeno novelou č. 55/2012 Sb. a ani žádnou další.
50. Ze srovnání znění § 50 odst. 1 zákona účinného v době zahájení zadávacího řízení a znění po novele č. 55/2012 Sb., lze učinit závěr, že přestože toto ustanovení bylo

změněno, tato změna však nebyla ku prospěchu zadavatele, neboť ani znění po novele č. 55/2012 Sb. neopravňuje zadavatele požadovat předložení čestného prohlášení o bezdlužnosti. Zároveň § 50 odst. 3 zákona po novele č. 55/2012 Sb. nedoznal žádné změny.

51. Důvodem pro výše uvedený závěr je fakt, že přezkoumávaný požadavek zadavatele nelze nalézt mezi základními kvalifikačními předpoklady a ani jej nelze podřadit pod požadavek na předložení čestného prohlášení o ekonomické a finanční způsobilosti splnit veřejnou zakázku, neboť jak již bylo odůvodněno jak v napadeném, tak v tomto rozhodnutí, nelze skutečnost, že dodavatel není dlužníkem vůči zadavateli považovat za informaci či doklad bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky. Pro úplnost uvádím, že ani sám zadavatel tento svůj požadavek nezahrnul mezi kvalifikační předpoklady podle zákona, ale jako samostatnou zadávací podmínku. V kvalifikační dokumentaci jsou pod bodem 4. uvedeny „*Požadavky na kvalifikaci*“, kde požadavek na bezdlužnost vůči zadavateli obsažen není. V doporučeném členění žádosti o účast jsou bod písmenem „*c) Doklady prokazující splnění kvalifikace v pořadí podle bodu 4 této KD*“ a pod bodem „*d) Čestné prohlášení o bezdlužnosti vůči zadavateli (příloha č. 2 a) této KD*“.
52. Ve vztahu k ZZVZ je třeba nejprve uvést, že oproti zákonu zde došlo k významné změně struktury. Je tedy třeba zkoumat, která ustanovení na jednání zadavatele dopadají. Zadavatel zadával veřejnou zakázku v užším řízení, přičemž se jednalo o podlimitní veřejnou zakázku. Podle § 52 ZZVZ zadavatel může pro zadání veřejné zakázky v podlimitním režimu použít zjednodušené podlimitní řízení s výjimkou veřejné zakázky na stavební práce, jejíž předpokládaná hodnota přesáhne 50 000 000 Kč, nebo druhy zadávacích řízení pro nadlimitní režim; v takovém případě zadavatel postupuje podle části čtvrté obdobně. V daném případě předpokládaná hodnota veřejné zakázky činila 65 000 000 Kč bez DPH. Veřejnou zakázku by tedy nebylo možno zadat ve zjednodušeném podlimitním řízení. Na danou veřejnou zakázku, neboť byla zadávaná v užším řízení čili v druhu zadávacího řízení pro nadlimitní režim, se tedy použije obdobně část čtvrtá ZZVZ, která upravuje základní a profesní způsobilost a ekonomickou a technickou kvalifikaci.
53. Podle § 74 odst. 1 ZZVZ není způsobilým dodavatel, který
- a) byl v zemi svého sídla v posledních 5 letech před zahájením zadávacího řízení pravomocně odsouzen pro trestný čin uvedený v příloze č. 3 k tomuto zákonu nebo obdobný trestný čin podle právního řádu země sídla dodavatele; k zahlazeným odsouzením se nepřihlíží,
  - b) má v České republice nebo v zemi svého sídla v evidenci daní zachycen splatný daňový nedoplatek,
  - c) má v České republice nebo v zemi svého sídla splatný nedoplatek na pojistném nebo na penále na veřejné zdravotní pojištění,
  - d) má v České republice nebo v zemi svého sídla splatný nedoplatek na pojistném nebo na penále na sociální zabezpečení a příspěvku na státní politiku zaměstnanosti,
  - e) je v likvidaci, proti němuž bylo vydáno rozhodnutí o úpadku, vůči němuž byla nařízena nucená správa podle jiného právního předpisu nebo v obdobné situaci podle právního řádu země sídla dodavatele.

54. Podle § 78 odst. 1 ZZVZ může zadavatel v rámci kritéria ekonomické kvalifikace požadovat, aby minimální roční obrat dodavatele nebo obrat dosažený dodavatelem s ohledem na předmět veřejné zakázky dosahoval zadavatelem určené minimální úrovně, a to nejdéle za 3 bezprostředně předcházející účetní období; jestliže dodavatel vznikl později, postačí, předloží-li údaje o svém obratu v požadované výši za všechna účetní období od svého vzniku.
55. Podle § 73 odst. 6 ZZVZ, pokud zadavatel požaduje prokázání ekonomické nebo technické kvalifikace, musí v zadávací dokumentaci přiměřeně vzhledem ke složitosti a rozsahu předmětu veřejné zakázky stanovit, která kritéria ekonomické nebo technické kvalifikace požaduje a minimální úroveň pro jejich splnění.
56. Z výše uvedených ustanovení zákona a ZZVZ je zřejmé, že kritérium ekonomické kvalifikace je staronově zavedeno do ZZVZ poté, co bylo prokazování ekonomických a finančních předpokladů odstraněno ze zákona novelou č. 55/2012 Sb. Zadavateli po této novele muselo postačovat k prokázání ekonomické a finanční způsobilosti pouze předložení čestného prohlášení ze strany dodavatele o skutečnosti, že tento dodavatel je ekonomicky a finančně způsobilý splnit veřejnou zakázku. ZZVZ vymezuje podmínky pro ekonomickou kvalifikaci podstatně úžeji, než tomu bylo v zákoně před novelou č. 55/2012 Sb. ZZVZ zavádí pouze kritérium určité minimální úrovně obratu pro prokázání ekonomické kvalifikace.
57. V daném případě zadavatel požadoval, aby uchazeči předložili čestné prohlášení o bezdlužnosti vůči zadavateli. Avšak takovéto čestné prohlášení nebyl zadavatel oprávněn požadovat ani podle právní úpravy účinné v době zahájení zadávacího řízení, ani podle pozdější právní úpravy.
58. Z toho je nutno učinit jediný závěr, a sice že pozdější právní úprava ať už po novele č. 55/2012 Sb. nebo v ZZVZ není příznivější, neboť za žádné z těchto právních úprav nebyl a není zadavatel oprávněn požadovat předložení čestného prohlášení o bezdlužnosti vůči zadavateli.
59. 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. Toto ustanovení nebylo dotčeno novelou č. 55/2012 Sb.
60. Podle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží pravidla stanovená ZZVZ pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele a zadá veřejnou zakázku.
61. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona účinného v době zahájení zadávacího řízení 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).
62. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona po novele č. 55/2012 Sb. se za správní delikt uloží pokuta do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a), c) nebo d).
63. Podle § 268 odst. 2 písm. a) ZZVZ se za správní delikt podle odstavce 1, nepoužije-li se postup podle odstavce 3, uloží pokuta do 10 % ceny veřejné zakázky, nebo

do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a) až c).

64. Šetřený správní delikt zadavatele naplňuje stejné znaky skutkové podstaty, avšak výše sazby pokuty je podle zákona po novele č. 55/2012 Sb. a rovněž dle ZZVZ vyšší, nejedná se tedy o příznivější právní úpravu ani co se týče výše možné sankce.
65. Ve světle výše uvedeného konstatuji, že v šetřeném případě nelze aplikovat výjimku ze zákazu retroaktivity, neboť právní úprava po novele č. 55/2012 Sb. a ani podle ZZVZ není pro zadavatele právní úpravou příznivější, tudíž je třeba správní delikt posuzovat podle právní úpravy účinné v době jeho spáchání, tedy dle zákona účinného v době zahájení zadávacího řízení. ZZVZ zakotvuje správní delikty zadavatelů, a to v § 268, přičemž dle odst. 1 písm. a) tohoto ustanovení se zadavatel dopustí spáchání správního deliktu tím, že nedodrží zákonná pravidla zadání veřejné zakázky, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele a uzavře smlouvu. Skutková podstata správního deliktu (ani sankce za jeho spáchání) tak v nové úpravě nedoznala takové změny, aby bylo možno označit novou úpravu za příznivější pro zadavatele.
66. Ve smyslu § 89 odst. 2 správního řádu jsem tedy přezkoumal zákonnost napadeného rozhodnutí a jeho věcnou správnost v rozsahu vznesených námitek a současně jsem přezkoumal i zákonnost postupu Úřadu, když napadené rozhodnutí jsem shledal sice nezákonným z důvodu absence posouzení pozdější právní úpravy, ale věcně správným. Úřad ve správním řízení dostatečně zjistil skutkový stav věci tak, aby mohl posoudit, zda se v daném případě zadavatel dopustil porušení zákona a zda toto porušení bylo způsobilé ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Současně Úřad všechny podklady pro vydání rozhodnutí řádně označil a uvedl závěry, které z těchto podkladů zjistil a které ho vedly k závěru, že byly splněny podmínky pro uložení sankce, přičemž zjištěný skutkový stav přezkoumal z hlediska naplnění zákonných ustanovení. Dále Úřad uvedl všechny právní normy, které v dané věci aplikoval a současně odůvodnil jejich použití, avšak neposoudil pozdější právní úpravu z hlediska příznivosti pro zadavatele. Jak již bylo uvedeno výše, mám za to, že tímto způsobenou nezákonnost napadeného rozhodnutí jsem zhojil tak, že jsem provedl posouzení pozdějších právních úprav, přičemž jsem dospěl k závěru, že žádná není pro zadavatele příznivější, jak bylo odůvodněno výše.

## **VII. Závěr**

67. Po zvážení všech aspektů dané věci a po doplnění posouzení pozdějších právních úprav, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
68. 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 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. 4 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
Předseda  
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

**Obdrží:**

Statutární město Ústí nad Labem, Velká Hradební 2336/8, 401 00 Ústí nad Labem

**Vypraveno dne:**

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