



UOHSX007PZ2B

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R197/2014/VZ-00566/2016/323/KKř

Brno 7. ledna 2016

V řízení o rozkladu ze dne 10. 6. 2014, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, jež podal zadavatel –

- **ČESKÁ TELEVIZE**, IČO 00027383, se sídlem Kavčí hory, 140 70 Praha 4, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 28. 3. 2012 Mgr. Josefem Vackem, advokátem, TOMAN, DEVÁTÝ & PARTNEŘI advokátní kancelář, s.r.o., IČO 28497333, se sídlem Trojanova 12, 120 00 Praha 2,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 27. 5. 2014, č. j. ÚOHS-S191/2013/VZ-11230/2014/511/MKl/PMc, vydanému ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, výše specifikovaným zadavatelem při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Právní služby a zastupování České televize ve sporech**“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 29. 3. 2012 a v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 30. 3. 2012 pod ev. č. 211923,

jsem podle ustanovení § 152 odst. 5 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na ustanovení § 90 odst. 1 písm. a) citovaného zákona, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle ustanovení § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S191/2013/VZ-11230/2014/511/MKI/PMc ze dne 27. 5. 2014,

r u š í m

a správní řízení ve věci spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném ke dni zahájení zadávacího řízení, zadavatelem při zadávání veřejné zakázky „Právní služby a zastupování České televize ve sporech“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 29. 3. 2012 a v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 30. 3. 2012 pod ev. č. 211923,

z a s t a v u j i

podle § 117a odst. d) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném ke dni zahájení zadávacího řízení, neboť v řízení zahájeném z moci úřední nebyly zjištěny důvody pro uložení sankce podle § 120 citovaného zákona.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. ČESKÁ TELEVIZE, IČO 00027393, se sídlem Kavčí hory, 140 70 Praha 4 (dále jen „**zadavatel**“), zahájila otevřené zadávací řízení na veřejnou zakázku s názvem „Právní služby a zastupování České televize ve sporech“, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 29. 3. 2012 a v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 30. 3. 2012 pod ev. č. 211923 (dále jen „**veřejná zakázka**“). Předmětem veřejné zakázky, jejíž předpokládaná hodnota byla stanovena v částce 35.000.000 Kč bez DPH, bylo dle oznámení o zakázce řádné poskytování právních služeb dle pokynů zadavatele.
2. Jako základní hodnotící kritérium pro zadání veřejné zakázky zadavatel stanovil ekonomickou výhodnost nabídky s tím, že jako dílčí hodnotící kritéria označil: cenu za jednu hodinu právních služeb bez DPH s váhou 50 %, vypracování vzorového zadání s váhou 30 % a odbornost v dané problematice s váhou 20 %. V rámci hodnotícího kritéria „Odbornost v dané problematice“ pak zadavatel stanovil, že dodavatel je povinen předložit popis odbornosti členů jeho týmu, který měl obsahovat zejména délku odborné praxe jednotlivých advokátů, kteří se budou podílet na plnění veřejné zakázky, jejich odborné zaměření a zkušenosti v dané oblasti práva. Zároveň však zadavatel stanovil v technických kvalifikačních předpokladech požadavek na předložení seznamu členů realizačního týmu podle § 56 odst. 2 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění

pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹, s uvedením jmen advokátů a koncipentů spolu s délkou a popisem praxe každého uvedeného advokáta.

3. Veřejnou zakázku zadavatel rozdělil na tři části, z nichž první část byla zaměřena na generální praxi a obecné právo, druhá část na trestní právo a poslední na výstavbu. Dne 19. 11. 2012 zadavatel rozhodl v souladu s doporučením hodnotící komise o výběru nejvhodnějších nabídek pro všechny tři části veřejné zakázky, načež následně byly dne 29. 1. 2013 s vybranými uchazeči uzavřeny na plnění předmětu veřejné zakázky rámcové smlouvy.
4. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle ustanovení § 112 zákona k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, zahájil na základě prošetření obdrženého podnětu dne 9. 4. 2013 správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona zadavatelem v souvislosti s veřejnou zakázkou, neboť získal pochybnost o tom, zda zadavatel neporušil svým postupem zákon.

II. Napadené rozhodnutí

5. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S191/2013/VZ-11230/2014/511/MKI/PMc ze dne 27. 5. 2014 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým ve výroku I. konstatoval spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona zadavatelem tím, že tento nedodržel postup stanovený v § 50 odst. 4 zákona, když jako dílčí hodnotící kritérium ekonomické výhodnosti nabídky stanovil „Odbornost v dané problematice“ pro účely jehož hodnocení požadoval předložení popisu odbornosti týmu uchazeče, který měl obsahovat zejména délku odborné praxe jednotlivých advokátů, kteří se budou podílet na plnění veřejné zakázky, jejich odborné zaměření a zkušenosti v dané oblasti práva, tedy aspekt, který je současně jedním z technických kvalifikačních předpokladů uvedených v § 56 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách, a zároveň postup stanovený v § 78 odst. 4 téhož zákona, když dílčí hodnotící kritérium „Odbornost v dané problematice“ stanovil tak, že se vztahovalo nikoli k nabízenému plnění veřejné zakázky, ale k osobě dodavatele (uchazeče), přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel dne 29. 1. 2013 pro každou část veřejné zakázky rámcové smlouvy s vybranými uchazeči. Výrokem II. byla zadavateli uložena za spáchání shora označeného správního deliktu pokuta ve výši 50.000 Kč.
6. Úřad v napadeném rozhodnutí dospěl k závěru, že zadavatel v zadávací dokumentaci jako dílčí hodnotící kritérium určil aspekt, který je předmětem prokazování splnění kvalifikace, konkrétně prokazování splnění technického kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 2 zákona, což odporuje striktnímu zákonnému rozlišování požadavků na kvalifikaci dodavatele od hodnotících kritérií. Aspekty týkající se požadavků na prokázání splnění kvalifikace proto nemohou být dle Úřadu zaměňovány s hodnotícími kritérii pro zadání veřejné zakázky, neboť posouzení kvalifikace (§ 59 zákona) musí zadavatel provést odděleně od hodnocení nabídek, které provádí hodnotící komise podle hodnotících kritérií uvedených v zadávacích podmínkách (§ 79 zákona). Zadavatel v zadávacím řízení tedy nejprve na základě prokázání

¹ 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.

splnění kvalifikačních předpokladů posoudí kvalifikaci uchazečů, a teprve následně, je-li uchazeč shledán jako způsobilý k plnění předmětu veřejné zakázky, provede hodnocení nabídek z hlediska ekonomické výhodnosti samotné nabídky.

7. Ze znění zákona Úřad dále dovodil, že se posouzení kvalifikace uchazečů či zájemců vždy vztahuje k „osobě“ uchazeče či zájemce, resp. že jde o vyhodnocení jejich obecné způsobilosti či schopnosti plnění veřejné zakázky. Naproti tomu v rámci hodnocení nabídek podle předem stanovených kritérií se zadavatel již nezabývá „osobou“ uchazeče, popřípadě zájemce, ale hodnotí vlastní ekonomickou výhodnost jeho nabídky, tj. zabývá se hodnocením konkrétních podmínek obsažených v nabídce, za nichž uchazeč zadavateli nabízí splnění předmětné veřejné zakázky.
8. S ohledem na požadavky zadavatele vztahující se k předmětnému dílčímu hodnotícímu kritériu Úřad shledal jako nepochybným fakt, že zadavatel hodnotil způsobilost dodavatele předmětnou veřejnou zakázku splnit a nikoliv vlastní ekonomickou výhodnost nabídky na plnění předmětu veřejné zakázky. Takto zadavatelem zvolené hodnotící kritérium je tedy nepřípustné a v rozporu s § 50 odst. 4 a § 78 odst. 4 zákona, neboť při stanovení kvalitativního dílčího hodnotícího kritéria nelze směřovat nabízené plnění veřejné zakázky (právní služby) a osoby dodávající tyto služby (právníky jako předmětné dodavatele, resp. uchazeče). Tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, neboť zadavatel nezákonným nastavením hodnotících kritérií mohl omezit okruh potencionálních zájemců o plnění veřejné zakázky.
9. Úřad se neztotožnil s námitkou zadavatele, že by délka doby, po níž byl šetřen podnik, jakkoliv narušila zadavatelovu právní jistotu. Stejně tak uvádí, že přijetí napadeného rozhodnutí nemohlo být pro zadavatele nepředvídatelné, neboť Úřad opakovaně ve své rozhodovací praxi upozorňuje, že předmětem hodnocení nemohou být údaje a skutečnosti vztahující se k osobě dodavatele (uchazeče). Negativně se Úřad vyjádřil i k zadavatelově argumentu, že správní řízení je v souvislosti s uzavřením smluv na plnění veřejné zakázky bezpředmětné, a to proto, že naopak uzavření smlouvy na veřejnou zakázku je jedním ze znaků skutkové podstaty správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Úřad v souvislosti s další argumentací zadavatele uvedl, že z žádného jím citovaného (ani jiného) soudního rozhodnutí neplyne, že by právní služby byly vyňaty z působnosti § 50 odst. 4 zákona.
10. Uloženou pokutu Úřad odůvodnil tak, že při stanovení výše sankce za spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona zadavatelem vzal v úvahu závažnost správního deliktu, spočívající v možnosti podstatným způsobem ovlivnit výsledek zadávacího řízení. Z hlediska následků Úřad přihlédl zejména k tomu, že předmětné technické kvalifikační předpoklady byly jakýmsi „předhodnocením“ následného podrobnějšího posuzování v rámci hodnocení na základě dílčích hodnotících kritérií. Při zvažování výše sankce Úřad přihlédl v neprospěch zadavatele i ke skutečnosti, že zadavatel byl na nezákonné stanovení hodnotících kritérií upozorněn námitkami stěžovatele, ale sám nepřijal žádné nápravné opatření, aby závadný stav odstranil. Stran polehčujících okolností Úřad zohlednil složitost zadávání veřejných zakázek na služby a specifický charakter veřejné zakázky na odběr právních služeb. Žádné další přitěžující ani polehčující okolnosti v souvislosti se spácháním správního deliktu nebyly Úřadem shledány. Při stanovení výše pokuty Úřad rovněž přihlédl, vedle obsahu obou obecných funkcí právní odpovědnosti (tj. represivní a preventivní),

také k ekonomické situaci zadavatele, když uložená pokuta ve výši 50.000 Kč není, s ohledem na výši finančních prostředků, kterými zadavatel v rámci svého rozpočtu disponuje, likvidační. Nadto se pohybuje v dolní polovině možné sazby.

III. Námitky rozkladu

11. Dne 10. 6. 2014 obdržel Úřad rozklad zadavatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 27. 5. 2014. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
12. Rozklad zadavatele popírá napadené rozhodnutí v celém rozsahu. Předně zadavatel namítá, že postup Úřadu byl nesprávný, resp. nezákonný, neboť se přičil základním zásadám činnosti správních orgánů, a to zejména požadavku na rozhodování orgánů veřejné moci v přiměřeném čase a bez zbytečných průtahů či odkladu. Zadavatel v této souvislosti odkazuje na příslušná ustanovení zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a na doléhající soudní rozhodnutí, přičemž shrnuje časovou souslednost jednání od doby, kdy Úřad obdržel podnět k prošetření úkonů zadavatele.
13. Za absurdní označil zadavatel tvrzení Úřadu, že provedl intenzivní šetření a teprve poté, na základě najevo vyšlých skutečností a okolností, zapochyboval o souladnosti postupu zadavatele se zákonem. Takové tvrzení označil zadavatel za zjevně nepravdivé, neboť měl Úřad dostatek informací o tom, jakým způsobem zadavatel stanovil posuzované dílčí hodnotící kritérium „Odbornost v dané problematice“ již z obsahu zadávací dokumentace, kterou Úřad obdržel nejpozději dne 31. 7. 2012.
14. Zadavatel z § 42 spolu s § 80 odst. 2 správního řádu dovozuje, že je Úřad povinen zahájit správní řízení ve věci nejpozději do 30 dnů ode dne, kdy se dozvěděl o skutečnostech odůvodňujících zahájení řízení z moci úřední, jinak je nečinný. S ohledem na délku doby, která uběhla od zaslání vyjádření zadavatele k podanému podnětu, přistoupil zadavatel k hodnocení nabídek v legitimním očekávání, že když i přes několik telefonických dotazů nebylo ve 30 denní lhůtě (resp. v 3 měsíční lhůtě, po níž zadavatel přerušil zadávací řízení) zahájeno správní řízení, tak že Úřad neshledal k jeho zahájení dostatečné důvody.
15. Úřad v rozporu se zásadou rozhodování v přiměřeném čase, resp. bez zbytečných průtahů, zahájil správní řízení po více než 8 měsících od doby, kdy obdržel předmětný podnět k prošetření úkonů zadavatele v zadávacím řízení. Dle zadavatele pak svou neodůvodněnou nečinností zapříčinil, že došlo k uzavření smluv na veřejnou zakázku, neboť pokud by správní řízení Úřad zahájil ve lhůtě (zadavatelem dovozených) 30 dní, zadávací řízení by se nedostalo ani do fáze hodnocení nabídek a bylo by tak nemožné, aby zadavatel spáchal jakýkoliv správní delikt.
16. Podle názoru zadavatele Úřad porušil rovněž § 2 odst. 3 a 4 správního řádu, když nešetřil dobrou víru zadavatele, že nastavil hodnotící kritéria pro veřejnou zakázku tak, aby odpovídala rozhodovací praxi soudů. Přitom před i v průběhu správního řízení zadavatel poskytl Úřadu veškerou vyžádanou součinnost. Postup Úřadu proto nebyl transparentní a předvídatelný, neboť opomíjel zadavatelův oprávněný zájem na tom, aby veřejnou zakázku zadal zákonným a právně nepochybnitelných způsobem. Tento postup pak předseda Úřadu nemůže přejít prostým konstatováním, že dle § 89 odst. 2 správního řádu je povinen přezkoumat pouze soulad samotného správního řízení se zákonem.

17. Úřad dle zadavatele zůstal nečinný, přestože měl dostatek podkladů pro zahájení správního řízení, v němž by mohl vydat rozhodnutí, kterým by zrušil zadávací řízení nebo alespoň vydal předběžné opatření dle § 117 zákona, jímž by uložil zadavateli zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení nebo toto zadávací řízení pozastavil. Přesto Úřad zahájil správní řízení až po uzavření smluv na plnění předmětu veřejné zakázky a trvalo ještě více než rok, než v této věci vydal napadené rozhodnutí. S ohledem na uvedené se zadavatel domnívá, že to byl Úřad, kdo dopustil, aby lhůta pro vydání rozhodnutí uplynula ještě dříve, než se začal návrhem věcně zabývat a svou nečinností nepřípustně prodloužil délku daného správního řízení.
18. Uvedeným postupem pak vznikla zadavateli škoda, a to ve výši uložené pokuty. Tento nesprávný úřední postup spočívající v nečinnosti, kdy Úřad neučinil odpovídající procesní kroky, kterými by řádně zajistil účel řízení, vedl k tomu, že zadavatel pokračoval v zadávacím řízení a uzavřel na plnění předmětu veřejné zakázky rámcové smlouvy s vybranými uchazeči. Kdyby však k průtahům ze strany Úřadu nedošlo, mohlo být případné pochybení zadavatele napraveno ještě před uzavřením rámcových smluv a zároveň by zadavateli nevznikla ani škoda ve výši uložené pokuty.
19. Další okruh rozkladových námitek atakuje správnost právního posouzení věci. Podle zadavatele Úřad nezohlednil zvláštní povahu veřejných zakázek na právní služby, nevypořádal se s argumenty uvedenými ve vyjádření zadavatele a rozhodl v rozporu s právním názorem Krajského soudu v Brně i Nejvyššího správního soudu.
20. Co se týče povahy veřejných zakázek na právní služby, zadavatel uvedl, že je obecně třeba zajistit, aby takové služby poskytovali specializovaní odborníci, neboť požadované služby pravděpodobně přesáhnou rámec běžné agendy, přičemž jakékoliv pochybení může zapříčinit závažné ekonomické následky. Z tohoto důvodu je proto pro zadavatele, vedle výše nabídkové ceny, zásadní také úroveň odborných znalostí a zkušeností uchazeče, resp. kvalita poskytovaných služeb, neboť u právních služeb je ve vztahu k ceně služeb kvalita často důležitější, než úspora financí. V takovém případě je tedy zřejmé, že dílčí hodnotící kritéria zaměřená na kvalitu poskytovaných služeb a odbornost uchazeče se svou podstatou týkají zajištění ekonomicky nejvýhodnější nabídky.
21. Zadavatel v rozkladu dále uvedl, že zatímco prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dle článku 5.4. zadávací dokumentace cílilo k zajištění určité minimální akceptovatelné odborné úrovně uchazečů, stanovení dílčího hodnotícího kritéria „Odbornost v dané problematice“ mělo odhalit odbornost týmu v konkrétní oblasti práva dle jednotlivých částí veřejné zakázky. Předmětem hodnocení pak v rámci uvedeného dílčího kritéria byla především délka odborné praxe jednotlivých advokátů, jejich odborné zaměření a zkušenosti v dané oblasti, případně další relevantní skutečnosti, nikoliv však technické kvalifikační předpoklady uchazečů, prostřednictvím nich je zkoumána pouze skutečnost, zda uchazeč technické kvalifikační předpoklady splnil či nikoliv. To plyne i ze skutečnosti, že kritéria odbornosti v dané problematice byla stanovena odlišně od technických kvalifikačních předpokladů, z čehož vyplývá, že nemohlo dojít k porušení § 78 odst. 4 ve spojení s § 50 odst. 4 zákona.

22. Kvalita právních služeb je dle zadavatele přímo závislá na osobních vlastnostech uchazeče, což vyplývá též z rozhodovací praxe správních soudů, například z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 11. 2011 č. j. 8 Afs 31/2011-252, kde bylo konstatováno, že je zcela v dispozici zadavatele stanovit kritéria hodnocení nabídek, mezi něž lze zahrnout i příslušnou odbornost. Ve světle takového závazného názoru nemůže obstát formalistické odůvodnění Úřadu v napadeném rozhodnutí, že hodnotící kritéria nemohou být zvolena k osobám uchazeče. Zadavatel se domnívá, že obdobné závěry vyplývají též ze směrnic Evropského parlamentu a Rady, proto jím uplatněné zohlednění specifické povahy veřejných zakázek na právní služby odpovídá eurokonformnímu výkladu vnitrostátních předpisů.
23. Vzhledem k povaze veřejných zakázek na právní služby, kdy zadavatel zpravidla předem nezná, jaké konkrétní služby bude potřebovat, není schopen v rámci hodnotících kritérií požadovat Úřadem uváděné předložení nejvhodnějšího řešení zadavatelem předem konkretizovaného parametru. Přesto by však měl mít, jakožto zadavatel, možnost rozlišit, který z advokátů má předpoklady splnit veřejnou zakázku ve vyšší kvalitě.
24. Zadavatel rovněž nesouhlasí s názorem Úřadu, podle něž nelze směšovat nabízené plnění veřejné zakázky a osoby dodávající tyto služby, neboť takový závěr znemožňuje zadavateli chovat se jako řádný hospodář, což je zároveň v naprostém rozporu s cíli zákona. V této souvislosti zadavatel v rozkladu dodává, že kvalita plnění veřejné zakázky na právní služby je přímo závislá na odbornosti osob dodávajících tyto služby, a pokud má být zadavatel schopen posuzovat kvalitativní předpoklady pro plnění veřejné zakázky, musí neodmyslitelně přihlížet k osobám dodávajícím předmětné služby.
25. Poslední okruh rozkladových námitek směřuje k výši uložené pokuty, která se zadavateli jeví nepřiměřenou a uloženou v rozporu se zásadou legitimního očekávání. Své námítky zadavatel navazuje na neodůvodněné průtahy v rámci prověřování podnětu a správního řízení, když v této souvislosti uvádí, že účinnost trestu koreluje s rychlostí jeho uložení. Úřad měl dle zadavatele při stanovení výše pokuty přihlídnout k délce řízení a vlastním průtahům při prošetřování podnětu. Kromě toho se zadavateli jeví uložená pokuta jako nepřiměřená i z pohledu dlouhodobé rozhodovací praxe Úřadu.

Závěr rozkladu

26. S ohledem na uvedené, jakož i s ohledem na obsah svých předchozích vyjádření, zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí změnil tak, že se řízení podle § 117a písm. d) zákona zastavuje, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření dle § 118 zákona nebo pro uložení sankce podle § 120 nebo 120a zákona nebo, aby napadené rozhodnutí v plném rozsahu zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

IV. Řízení o rozkladu

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

Stanovisko předsedy Úřadu

28. 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 a řízení, které mu předcházelo, s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
29. Úřad tím, že v napadeném rozhodnutí rozhodl tak, jak je uvedeno v jeho výroku I. a II., sice rozhodl správně a v souladu se zákonem, nicméně s ohledem na novou právní úpravu napadené rozhodnutí nemůže obstát. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení řízení podle ustanovení § 152 odst. 5 písm. a) správního řádu v návaznosti na ustanovení § 90 odst. 1 písm. a) správního řádu, spolu s § 117a písm. d) zákona.

V. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení správního řízení

30. Podle čl. 10 Ústavy, vyhlášené mezinárodní smlouvy, k jejichž ratifikaci dal Parlament souhlas a jimiž je Česká republika vázána, jsou součástí právního řádu; stanoví-li mezinárodní smlouva něco jiného než zákon, použije se mezinárodní smlouva.
31. Na mezinárodní úrovni lze poukázat na čl. 15 odst. 1 Mezinárodního paktu o občanských a politických právech publikovaného ve Sbírce zákonů jako vyhláška ministra zahraničních věcí č. 120/1976 Sb. (dále jen „**Mezinárodní pakt o občanských a politických právech**“), jímž je Česká republika vázána, kde je uvedeno, že nikdo nesmí být potrestán za čin, který nebyl trestný podle zákona v době, kdy byl spáchán. Pachateli nelze uložit vyšší trest, než dovoluje uložit zákon účinný v době, kdy byl trestný čin spáchán. Nový zákon má zpětnou působnost pouze tehdy, jestliže je pro pachatele příznivější. Na vnitrostátní úrovni úpravy ochrany základních lidských práv je nutno upozornit na čl. 40 odst. 6 ústavního zákona - usnesení předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**Listina**“), kde je stanoveno, že trestnost činu se posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán. Pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější.
32. V Listině uvedený pojem „trestnost“ činu se v doktríně českého trestního práva vykládá jako souhrn všech podmínek, které jsou trestněprávně relevantní pro výrok o vině a trestu. Mezi takové podmínky patří například okolnosti vylučující protiprávnost či podmínky promlčení trestného činu (Jelínek, J. a kol.: Trestní právo hmotné. 2. Vydání. Praha: Leges, 2010, 912 s., s. 61). Byť se ve správním právu obvykle neužívá pojem trestnost, lze dovodit, že ustanovení výše uvedených lidskoprávních pramenů dopadají přímo i na úpravu odpovědnosti za správní delikty.

33. „Evropská úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod v čl. 6 odst. 1 větě první uvádí, že každý má právo na to, aby jeho záležitost byla spravedlivě, veřejně a v přiměřené lhůtě projednána nezávislým a nestranným soudem, zřízeným zákonem, který rozhodne o jeho občanských právech a závazcích nebo o oprávněnosti jakéhokoli trestního obvinění proti němu. Zároveň z judikatury Evropského soudu pro lidská práva vyplývá, že pod pojem „trestní obvinění“ nelze zařadit pouze taková jednání, která jsou trestným činem ve smyslu vnitrostátní právní úpravy. Trestním obviněním, které projednává a rozhodne o něm soud v plné jurisdikci, jsou i jednání, která jsou podle vnitrostátní úpravy přestupkem. Plnou jurisdikci je podle judikatury Evropského soudu pro lidská práva třeba chápat tak, že čl. 6 odst. 1 nerozlišuje skutkové okolnosti a právní otázky; stejně jako právní otázky mají i skutkové okolnosti význam pro výsledek řízení. Právo na soud a na jurisdikční řešení sporu platí jak pro právní, tak i pro skutkové otázky (Rozsudek ve věci *Le Compte et al.* z roku 1961)“. Výše uvedené nalezneme v rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 12. 2005, č. j. 3 As 57/2004-42, a podstatný je pro nyní šetřenou věc závěr, že pokud se hovoří o trestním obvinění, lze pod tento pojem podřadit i přestupky. Pokud lze pod pojem trestního obvinění podřadit přestupky, tím spíše pod tento pojem bude možno podřadit i tzv. jiné správní delikty, potažmo správní delikty podle § 120 a násl. zákona.
34. Ve stejném duchu se vyslovil i Nejvyšší správní soud např. ve svém rozsudku ze dne 13. 6. 2008 č. j. 2 As 9/2008-88, kde konstatoval, že „jakkoliv totiž *Listina* výslovně hovoří pouze o trestných činech, stejně jako český překlad *Mezinárodního paktu*, podle ustálené judikatury českých soudů a mezinárodních soudních orgánů, stejně jako podle převažujících doktrinárních názorů, lze aplikovat zásady trestního práva i pro účely správního práva trestního. V současné doktríně sice existují i názory odmítající použití analogie v případě norem správního práva trestního v otázce posuzování viny a trestu, nicméně většina autorů se na přípustnosti takového použití analogie (za předpokladu, že jde o analogii ve prospěch pachatele) shodne. Toto stanovisko potvrzuje i judikatura Ústavního soudu a Nejvyššího správního soudu (viz např. nálezy Ústavního soudu sp. zn. III. ÚS 611/01 a II. ÚS 192/05 nebo rozsudky Nejvyššího správního soudu sp. zn. 6 A 126/2002, 2 A 1018/2002-OL-29 a 2 As 69/2003)“.
35. Z časového hlediska je nutné v rámci správního trestání považovat za stěžejní pravidlo, že trestnost správního deliktu se posuzuje podle zákona účinného v době, kdy byl spáchán; podle pozdějšího zákona se posuzuje pouze tehdy, jestliže je to pro pachatele příznivější, jak vyplývá z výše uvedených lidskoprávních pramenů práva.
36. Důvodem uplatňování pravidla použití pozdější právní úpravy v případě, že je pro pachatele (v tomto správním řízení pro zadavatele) správního deliktu výhodnější, je závazek České republiky vyplývající z *Mezinárodního paktu o občanských a politických právech*, a tomu odpovídající základní právo pachatele dle *Listiny*, řídit se v případě, že pozdější právní úprava hodnotí správní delikt příznivěji než úprava dřívější, právě touto pozdější právní úpravou a nikoli trvat na předchozím přísnějším posouzení. Úřad je tedy nejprve povinen čin zadavatele subsumovat pod relevantní ustanovení zákona a zjistit, zda nedošlo k jejich změně či zrušení. Pokud došlo ke změně právní úpravy, je třeba porovnat, která úprava je pro zadavatele příznivější.
37. Z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 7. 4. 2011, č. j. 1 As 24/2011-79 vyplývá, že „na rozdíl od občanského soudního řádu (§ 154 odst. 1) a soudního řádu správního

(§ 75 odst. 1) neobsahuje správní řád konkrétní ustanovení, jež by zakotvovala zásadu, že pro rozhodování správního orgánu je rozhodující skutkový a právní stav v době vydání rozhodnutí [...] Rozhodování správního orgánu podle skutkového stavu v době vydání rozhodnutí tedy vyplývá přímo z povahy správního řízení, které směřuje k vydání konstitutivního správního rozhodnutí. Teprve právní mocí takového rozhodnutí vzniká, mění se či zaniká právo a povinnost. Tento postup je brán jako samozřejmý a zavedený v historii správního řízení". Změna právní úpravy je relevantní v době rozhodování Úřadu v prvním stupni i ve správním řízení o rozkladu, protože správní řízení tvoří jeden celek a správní orgán je povinen rozhodovat podle právního předpisu účinného v době svého rozhodování. Úřad je zároveň povinen až do vydání pravomocného rozhodnutí ve věci z moci úřední zkoumat, zda nenastaly okolnosti vylučující protiprávnost určitého jednání.

38. V době, kdy probíhalo správní řízení před Úřadem, byla platná a účinná právní úprava, která nestanovila žádné podstatnější odchylky či výjimky pro zadávání veřejných zakázek, jejichž cílem bylo získat odpovídající plnění, na něž má nebo může mít významný dopad kvalita či odbornost osob, které jej fakticky realizují (mimo jiné se tedy jedná i o poptávané právní služby). Podané nabídky do jednotlivých veřejných zakázek, v rámci nichž bylo poptáváno v tomto duchu specifické plnění (nejčastěji pak tzv. intelektuální služby), byly hodnoceny dle hodnotících kritérií za stejných podmínek, přestože kvalita plnění nepopíratelně byla bezprostředně závislá na schopnostech a zkušenostech konkrétních fyzických osob. Ustanovení § 50 odst. 4 zákona rovněž „paušálně“ ve vztahu ke všem druhům veřejných zakázek stanovilo zákaz učinit předmětem hodnotících kritérií ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady a technické kvalifikační předpoklady, jako jsou s dopadem na daný případ ku příkladu způsobilost, zkušenost, délka odborné praxe, zaměření či struktura advokátního týmu. Jinými slovy, zákon striktně rozlišoval požadavky na kvalifikaci dodavatele, resp. na způsobilost k plnění předmětu veřejné zakázky od hodnotících kritérií nejnižší nabídkové ceny nebo ekonomické výhodnosti nabídky. Proto tyto nebylo možné prolínat či zaměňovat, jinak se zadavatel dopustil porušení kogentních ustanovení zákona. Za takto nastavených podmínek tedy Úřad vydal napadené rozhodnutí, které odpovídalo tehdejší platné a účinné právní úpravě (tj. úpravě neumožňující posuzovat v rámci dílčího hodnotícího kritéria odbornost, zkušenosti a znalosti dodavatele, neboť tyto aspekty spadaly výlučně pod způsobilost dodavatele předmětnou veřejnou zakázku plnit, resp. pod technické kvalifikační předpoklady uvedené v § 56 odst. 2 zákona).
39. Během řízení o rozkladu však byl zákon novelizován prostřednictvím zákona č. 40/2015 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**novela zákona**“), a to s účinností od 6. 3. 2015. Touto novelou zákona dochází k částečné implementaci směrnice Evropského parlamentu a Rady (2014/24/EU) ze dne 26. 2. 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES (dále jen „**směrnice**“). Mimo další změny zavádí směrnice určité novum v kritériích pro zadání veřejné zakázky, a to v článku 67 odst. 2 písm. b) směrnice, který zní následovně: „*Ekonomicky nejvýhodnější nabídka z hlediska veřejného zadavatele se stanoví na základě ceny nebo nákladů prostřednictvím nákladové efektivnosti, například podle nákladů životního cyklu v souladu s článkem 68, a může zahrnovat nejlepší poměr mezi cenou a kvalitou, který je posuzován na základě kritérií, jež zahrnují kvalitativní, environmentální a sociální hlediska spojená s předmětem dané veřejné zakázky. Mezi tato kritéria může patřit například: organizace, kvalifikace a zkušenosti pracovníků pověřených realizací dané veřejné zakázky*

v případě, že na úroveň plnění veřejné zakázky může mít významný dopad kvalita zapojených pracovníků.“

40. Novela zákona pak (rovněž mimo jiné změny) vložila za větu třetí § 78 odst. 4 zákona formulaci *„Díličmi hodnotícími kritérii mohou být také organizace, kvalifikace a zkušenosti osob zapojených do realizace veřejné zakázky, pokud mají významný dopad na její plnění.“* Citovaná věta tak v souladu se zněním směrnice rozšířila předmět dílčích hodnotících kritérií o možnost zadavatele hodnotit organizaci, kvalifikaci a zkušenosti osob zapojených do realizace veřejné zakázky, avšak pouze za podmínky, že na plnění veřejné zakázky může mít významný dopad právě ona kvalita osob, které ji provádějí. To znamená, že uvedené neplatí univerzálně, neboť nově pojaté dílčí hodnotící kritérium se bude vztahovat toliko na případy, kdy je kvalita plnění bezprostředně závislá na schopnostech a zkušenostech konkrétních fyzických osob fakticky realizujících předmět veřejné zakázky. Zpravidla se tak jedná o veřejné zakázky na služby, byť není vyloučeno, že může být tato úprava aplikována i na jiné druhy veřejných zakázek, dojde-li k naplnění dané podmínky.
41. V této souvislosti je pak nutno upozornit na to, že předmětné opatření zakotvené v § 78 odst. 4 zákona ve znění novely je pravidlem speciálním vůči ustanovení § 50 odst. 5 zákona ve znění novely, resp. při znění účinném ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení vůči ustanovení § 50 odst. 4 zákona, podle něž ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady a technické kvalifikační předpoklady nemohou být předmětem hodnotících kritérií.
42. Co se týče právních služeb, pak je nepochybné, že se toto opatření vztahuje i na oblast poskytování právního poradenství či jiných činností (a to vedle například služeb projektantů, architektů či specializovaných řemeslníků nebo restaurátorů). Možnost hodnotit kvalitu týmu, ať už právního nebo jemu obdobného, by měla přispět k posílení kvality výstupů služeb. Je totiž nutno připustit, že v některých případech veřejných zakázek na služby, kde byla předmětem hodnocení pouze nabídková cena, docházelo k „nucenému“ opomíjení kvalitativní stránky plnění, což mohlo mít v konečném důsledku za následek určitou nehospodárnost. Novela zákona, vycházející ze směrnice, pak takový nedostatek narovná.
43. V tomto případě je předmětem veřejné zakázky *„řádné poskytování právních služeb dle pokynů zadavatele“*. Zadavatel v šetřeném případě v bodě 10. 3. 3. zadávací dokumentace stanovil, že bude hodnotit délku odborné praxe jednotlivých advokátů, kteří se budou podílet na plnění veřejné zakázky, jejich odborné zaměření a zkušenosti v dané oblasti. Z logiky věci je zřejmé, že právě délka odborné praxe, zaměření a zkušenosti v dané oblasti osob, které se fakticky budou podílet na plnění předmětu veřejné zakázky, bude mít významný dopad na kvalitu plnění. Mimo jiné lze očekávat, že advokát s 20letou praxí v oboru např. trestní právo splní pokyny zadavatele ve vyšší kvalitě než např. advokát s 4letou praxí v tomtéž oboru. Je tedy odůvodněné, aby zadavatel hodnotil kvalitu požadovaného plnění, resp. v rámci dílčího kritéria konkrétně délku odborné praxe, zaměření a zkušenosti. Předmětné dílčí hodnotící kritérium zadavatel stanovil v souladu s § 78 odst. 4, resp. 50 odst. 5 zákona ve znění novely, neboť zadavatelem požadovaná délka praxe a zkušenosti v oboru mají významný dopad na plnění veřejné zakázky, jelikož kvalita plnění veřejné zakázky je bezprostředně závislá na odborné praxi, zaměření a zkušenostech konkrétních fyzických osob, které budou realizovat předmět veřejné zakázky.

44. Z hlediska dnešní právní úpravy je tedy obecně možné, aby zadavatel podrobil hodnocení například kvalitu a organizaci týmu, způsobilost, zkušenosti i odbornou praxi osob zapojených do realizace veřejné zakázky, mají-li tyto vlastnosti významný dopad na plnění předmětu veřejné zakázky. Z uvedeného tedy plyne, že zadával-li by zadavatel veřejnou zakázku za účinnosti novely zákona, mohl by dílčí hodnotící kritérium „Odbornost v dané problematice“ nastavit tak, jak učinil tehdy (viz bod 5.4.2 a bod 10.3.3 zadávací dokumentace nebo též body 43. a 44. napadeného rozhodnutí), neboť požadované aspekty je možno za výše popsaných okolností hodnotit v rámci dílčího hodnotícího kritéria. Mohu tedy uzavřít, že zadavatel může napříště v souladu s novelizovaným § 78 odst. 4 zákona po dodavatelích požadovat předložení popisu odbornosti členů týmu dodavatele, jenž bude obsahovat například délku odborné praxe jednotlivých advokátů, kteří se mají podílet na plnění veřejné zakázky, jejich odborné zaměření a zkušenosti v dané oblasti práva.
45. V této souvislosti, nad rámec uvedeného, považuji za nutné upozornit na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 10. 2004, č. j. 6 A 126/2002 - 27, v němž zdejší soud mimo jiné uvedl: *„[t]o, že žalobce se podle zjištění správních orgánů dopustil deliktu za účinnosti starého práva, ještě eo ipso neznamena, že mu také za tyto delikty podle starého práva může být bez dalšího uložena sankce. Takový názor by ve svých důsledcích znamenal, že tu může dojít k uložení trestu za něco, co nové právo vůbec nesankcionuje, a tedy i k přímému porušení zásady vyslovené v čl. 40 odst. 6 in fine Listiny základních práv a svobod.“*
46. Na základě výše uvedeného jsem tedy povinen aplikovat výjimku zakotvenou v čl. 40 odst. 6 Listiny a posoudit případ podle § 78 odst. 4 ve znění novely zákona, neboť jsem po posouzení obou právních úprav dospěl k závěru, že je pro zadavatele příznivější. Při zvažování příznivosti právní úpravy jsem vycházel ze skutečnosti, že se zřetelem na novelu zákona, která nabyla účinnosti v době po vydání napadeného rozhodnutí, ale současně před vydáním druhostupňového rozhodnutí, zadavatel již může v rámci dílčího hodnotícího kritéria hodnotit (ve smyslu § 78 odst. 4 zákona ve znění novely) organizaci, kvalifikaci a zkušenosti osob zapojených do realizace veřejné zakázky, pokud mají takové aspekty významný dopad na plnění předmětu veřejné zakázky.
47. Zadavatel tedy dílčí hodnotící kritérium „Odbornost v dané problematice“ stanovil tak, že se vztahovalo k osobě dodavatele (uchazeče), přičemž pro účely jeho hodnocení požadoval předložení popisu odbornosti týmu, který měl obsahovat zejména délku odborné praxe jednotlivých advokátů, jež se budou podílet na plnění veřejné zakázky, jejich odborné zaměření a zkušenosti v dané oblasti práva, tedy tak, jak zákon ve znění účinném v době zahájení zadávacího řízení neumožňoval. Tím se podle tehdejšího znění zákona dopustil spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona způsobem, jak Úřad v napadeném rozhodnutí konstatoval. Přesto je třeba v řízení o rozkladu v souladu s článkem 40 odst. 6 Listiny zohlednit skutečnost, že v současné době (po novele zákona) je možné při poptávání právních služeb hodnotit nabídku uchazečů i v aspektech tehdy stanovených zadavatelem. Proto nyní musím uvést, že ačkoliv před účinností novely zákona zadavatel nedodržel postup stanovený zákonem pro zadávání veřejné zakázky, po její účinnosti se již jednalo o postup secundum legem.

48. Při posuzování daného případu jsem tedy přihlédl pro zadavatele k příznivější právní úpravě a na základě toho mohu učinit závěr, že dříve závadné jednání zadavatele je po novele zákona výslovně dovolené, a proto nemůže být nyní, s přihlédnutím k článku 40 odst. 6 Listiny, ze strany správního orgánu sankcionováno. Na základě těchto důvodů konstatuji, že napadené rozhodnutí neobstojí, a z důvodu procesní ekonomie jsem jej nejen zrušil, ale rovněž jsem správní řízení zastavil podle § 90 odst. 1 písm. a) správního řádu v návaznosti na § 152 odst. 5 písmeno a) správního řádu, spolu s § 117a písm. d) zákona, podle něžž Úřad zahájené řízení zastaví, jestliže v řízení zahájeném z moci úřední nebyly zjištěny důvody pro uložení sankce podle § 120 zákona. V postupu zadavatele jsem neshledal porušení právních předpisů, resp. novelizovaného zákona, a tudíž konstatuji, že se delikt, zjištěný Úřadem ve výroku I. napadeného rozhodnutí, nestal. Toto rozhodnutí o zrušení a zastavení řízení v souladu s výše citovanými ustanoveními, jímž se plně vyhovuje podanému rozkladu zadavatele, nemá význam pro náhradu škody, ani pro právní nástupce účastníků ve smyslu ustanovení § 90 odst. 4 správního řádu, proto jsem přistoupil k jeho vydání.

Závěr

49. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že napadené rozhodnutí je nesprávné, jsem dospěl k závěru, že nastala skutečnost, která odůvodňuje zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení řízení.
50. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem shledal důvody, pro které bylo nutno napadené rozhodnutí zrušit a správní řízení zastavit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1, ve spojení s § 152 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

Mgr. Josef Vacek, advokát v TOMAN, DEVÁTÝ & PARTNEŘI advokátní kancelář, s.r.o., Trojanova 12,
120 00 Praha 2

Vypraveno dne:

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