



UOHSX0085R9N

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R162/2015/VZ-16144/2016/323/KKř

Brno 18. dubna 2016

V řízení o rozkladu ze dne 29. 5. 2015, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, jež podal zadavatel –

- **Unipetrol výzkumně vzdělávací centrum, a.s.** (dříve Výzkumný ústav anorganické chemie, a.s.), IČO 62243136, se sídlem Revoluční 1521/84, 400 01 Ústí nad Labem, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 4. 3. 2015 advokátní kancelář Havel, Holásek & Partners s.r.o., advokátní kancelář, IČO 26454807, se sídlem Na Florenci 2116/15, Nové Město, 110 00 Praha 1,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 14. 5. 2015, č. j. ÚOHS-S142/2015/VZ-11513/2015/513/IHI, vydanému ve správním řízení vedeném 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 podlimitní veřejné zakázky s názvem „**Detailní procesní a systémová analýza pro realizaci Systému pro podporu udržitelnosti výzkumného centra UniCRE**“ zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném dne 31. 5. 2013 odesláním výzvy a zadávacích podmínek k podání nabídek ze dne 29. 5. 2013 a uveřejněné dne 31. 5. 2013 na profilu zadavatele,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S142/2015/VZ-11513/2015/513/IHI ze dne 14. 5. 2015

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Unipetrol výzkumně vzdělávací centrum, a.s. (dříve Výzkumný ústav anorganické chemie, a.s.), IČO 62243136, se sídlem Revoluční 1521/84, 400 01 Ústí nad Labem (dále jen „**zadavatel**“), zahájila dne 31. 5. 2013 zadávací řízení na veřejnou zakázku s názvem „Detailní procesní a systémová analýza pro realizaci Systému pro podporu udržitelnosti výzkumného centra UniCRE“ zadávanou ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném dne 31. 5. 2013 odesláním výzvy a zadávacích podmínek k podání nabídek ze dne 29. 5. 2013 a uveřejněním dne 31. 5. 2013 na profilu zadavatele (dále jen „**veřejná zakázka**“). Předmětem veřejné zakázky, jejíž předpokládaná hodnota byla stanovena v částce 3.000.000 Kč bez DPH, je dne výzvy detailní procesní a systémová analýza pro realizaci Systému pro podporu udržitelnosti výzkumného centra UniCRE, přičemž předmětná analýza má být provedena pro modul pro řízení klíčových procesů výzkumného centra (součástí není účetnictví a controlling) a modul pro řízení procesu zpracování laboratorních vzorků.
2. Zadavatel ve výzvě pod bodem 4.3 označeným jako „*Ekonomická a finanční způsobilost*“ uvedl, že: *„Ekonomickou a finanční způsobilost splnit veřejnou zakázku uchazeč prokazuje čestným prohlášením (§ 50 odst. 1 písm. c ZVZ).“*
3. V bodě 5.4 výzvy nazvaném jako „*Zvláštní podmínky dodávky*“ zadavatel mimo jiné stanovil následující požadavek: *„Uchazeč předloží pojistnou smlouvu, nebo potvrzení o pojištění, jejímž předmětem je pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou dodavatelem třetí osobě na pojistnou částku minimálně 20. mil. Kč. Součástí nabídky bude prostá kopie dokladu o pojištění, vítězný uchazeč bude vyzván k předložení originálu nebo ověřené kopie dokladu. Vítězný uchazeč je povinen udržovat pojištění v této výši po celou dobu plnění veřejné zakázky.“*
4. Dne 25. 7. 2013 uzavřel zadavatel na plnění předmětu veřejné zakázky smlouvu o dílo s dodavatelem GC System a.s., IČO 64509826, se sídlem Špitálka 113/41, 602 00 Brno (dále jen „**vybraný uchazeč**“).
5. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle ustanovení § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších

předpisů (dále jen „zákon“)¹ k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, získal pochybnost o tom, zda zadavatel neporušil svým postupem zákon, a proto zahájil dne 26. 2. 2015 správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona zadavatelem při zadávání veřejné zakázky.

II. Napadené rozhodnutí

6. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S142/2015/VZ-11513/2015/513/IHI ze dne 14. 5. 2015 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým ve výroku I. konstatoval spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona zadavatelem tím, že tento při zadávání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 62 odst. 3 zákona, když kromě čestného prohlášení podle § 50 odst. 1 písm. c) zákona požadoval od uchazečů pod bodem 5.4 zadávacích podmínek v nabídce předložení pojistné smlouvy nebo potvrzení o pojištění, jejímž předmětem je pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou dodavatelem třetí osobě na pojistnou částku minimálně 20.000.000 Kč, a to již v nabídce, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky. Výrokem II. byla zadavateli uložena za spáchání shora uvedeného správního deliktu pokuta ve výši 40.000 Kč.
7. V rámci odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad nejdříve konstatoval, že zadavatel je dotovaným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 3 zákona. K samotnému pochybení zadavatele Úřad uvedl, že prostřednictvím požadavku na předložení pojistné smlouvy nebo potvrzení o pojištění, jejímž předmětem je pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou dodavatelem třetí osobě, zadavatel vyžadoval prokázání splnění kvalifikačních předpokladů doložením listin již ve lhůtě pro podání nabídek, přestože z § 62 odst. 3 zákona je zřejmé, že zadavatel je ve zjednodušeném podlimitním řízení k prokázání kvalifikačních předpokladů oprávněn požadovat toliko čestné prohlášení, neboť povinnost předložit relevantní doklady prokazující splnění kvalifikace má až vybraný uchazeč.
8. Požadavek na předložení pojistné smlouvy přitom není „jiným požadavkem na plnění veřejné zakázky“, nýbrž jde o požadavek vztahující se k osobě dodavatele, a to k jeho ekonomické a finanční kvalifikaci. Jiné požadavky zadavatele ve smyslu § 44 odst. 3 písm. j) zákona se musí výslovně týkat plnění zadávané veřejné zakázky, nikoli vázat se k osobě dodavatele, jako je tomu v případě požadavku pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou třetí osobě.
9. S ohledem na nízký počet uchazečů o veřejnou zakázku Úřad dovodil, že pokud by zadavatel nepožadoval předložení pojistné smlouvy již v nabídce, mohl případně obdržet více nabídek i od dalších uchazečů, kteří pojistnou smlouvou na požadovanou částku v době podání nabídek nemuseli disponovat. Uvedený požadavek zadavatele proto v konečném důsledku mohl ovlivnit účast potenciálních dodavatelů v zadávacím řízení a tím i výběr nejvhodnější nabídky.
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, zejména způsob jeho spáchání a jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchán.

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.

Z hlediska následků Úřad přihlédl zejména k tomu, že mohlo dojít k narušení soutěže o zakázku mezi uchazeči tím, že v důsledku nedodržení postupu zadavatele daného § 62 odst. 3 zákona mohla být znemožněna účast dalších dodavatelů v zadávacím řízení. Co se týče intenzity deliktního jednání, dospěl Úřad k závěru, že lze správní delikt považovat spíše za méně závažný, neboť dodavatelé zpravidla disponují požadovaným pojištěním své odpovědnosti. Stran polehčujících a přitěžujících okolností Úřad konstatoval, že v daném případě v jednání zadavatele tyto neshledal. Při stanovení výše pokuty Úřad přihlédl, vedle obsahu obou obecných funkcí právní odpovědnosti (tj. represivní a preventivní), také k ekonomické situaci zadavatele, když uložená pokuta ve výši 40.000 Kč nemůže, s ohledem na fakt, že zadavatel hospodařil s celkovým kladným výsledkem ve výši 104.000 Kč, zvláště negativním způsobem ovlivnit ekonomickou situaci zadavatele. Nadto vyhovuje podmínce přiměřenosti.

III. Námitky rozkladu

11. Dne 29. 5. 2015 obdržel Úřad rozklad zadavatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 15. 5. 2015. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
12. Rozklad zadavatele směřuje do všech výroků napadeného rozhodnutí. Po shrnutí skutkového stavu věci a argumentace Úřadu uvedené v napadeném rozhodnutí, přistoupil zadavatel ke zdůvodnění svého požadavku na pojištění odpovědnosti za škodu. Předně uvedl, že důvodem, jenž ho vedl ke stanovení předmětného požadavku, bylo zajistit finanční odškodnění pro případ vzniku škody v důsledku plnění vybraného uchazeče, přičemž pro upřesnění zadavatel formuloval konkrétní hrozící rizika spojená s plněním předmětu veřejné zakázky. V této souvislosti zadavatel uvedl, že toto (odpovídající) pojištění požadoval pro celou dobu plnění veřejné zakázky, z čehož je dle jeho slov patrné, že v zadávacích podmínkách definované pojištění je požadavkem na samotné plnění předmětu veřejné zakázky (nebo k němu alespoň směřuje), nikoliv že se vztahuje k osobě dodavatele, jak věcně i právně nesprávně konstatoval Úřad.
13. Napadené rozhodnutí je dle zadavatele vnitřně rozporné a proto nepřezkoumatelné v části, kde se hovoří o možnosti požadovat předložení pojistné smlouvy v rámci obchodních podmínek zakotvených do návrhu smlouvy. Úřad tak v rozporu se svými závěry na jiných místech napadeného rozhodnutí (zejména pak pod bodem 47. odůvodnění napadeného rozhodnutí) výslovně přiznává, že pojištění definované zadavatelem bylo možné požadovat pro plnění veřejné zakázky, k němuž se vztahuje, a že je zadavatel mohl vyžadovat ještě před podpisem smlouvy.
14. Zadavatel dále tvrdí, že si prostřednictvím požadavku na předložení pojistné smlouvy či dokladu o pojištění neověřoval ekonomické a finanční síly dodavatelů před podáním nabídek a nečinil tak ani pomocí jiného dokladu, nýbrž ve vztahu k ekonomické a finanční způsobilosti požadoval v souladu s § 50 odst. 1 písm. c) a § 62 odst. 1 zákona toliko čestné prohlášení. Doklad o pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou třetí osobě byl řazen mezi ostatní požadavky zadavatele ve smyslu § 44 odst. 3 písm. j) zákona, neboť představuje nekvalifikační požadavek zadavatele vztahující se výhradně k plnění veřejné zakázky.

15. Požadavek na pojištění odpovědnosti za škodu je dle zadavatele v souladu se základními zásadami podávanými v § 6 odst. 1 zákona a dále rovněž s principem proporcionality. Zároveň zadavatel uvádí, že každý dodavatel musel být od počátku srozuměn s tím, že chce-li předmět veřejné zakázky plnit, musí mít po celou dobu sjednáno pojištění odpovědnosti za škodu, a to bez ohledu na to, zda se jedná o „obecnou“ pojistnou smlouvu nebo pojistnou smlouvu uzavřenou nově ve vztahu k veřejné zakázce. Dále v této souvislosti zadavatel upozorňuje, že potenciálním dodavatelům nemusely vzniknout jakékoliv náklady týkající se uzavření pojistné smlouvy, neboť tito mohli předmětnou smlouvu uzavřít s odkládací podmínkou pro případ úspěchu v zadávacím řízení. Nadto je pojištění odpovědnosti za škodu v dané oblasti u dodavatelů běžné a standardně klienty vyžadované, proto je na straně zadavatele předpoklad, že mnozí dodavatelé požadovaným pojištěním disponují z vlastní iniciativy.
16. S ohledem na proces zadávacího řízení, resp. předpoklad rychlého uzavření smlouvy na plnění předmětu veřejné zakázky s vybraným uchazečem, je zřejmé, že kdyby vybraný uchazeč neměl „předjednanou“ pojistnou smlouvu, mohla by se finální fáze zadávacího řízení a uzavření smlouvy zkomplikovat nebo dokonce zcela zmařit. Zadavatel k tomu rovněž dodává, že neobdržel žádnou žádost o dodatečné informace či námitku týkající se předmětného požadavku a dále že dodavatelé, kteří byli vyzváni k podání nabídky a nabídku do zadávacího řízení nepodali, tak učinili z jiných důvodů.
17. Zadavatel dále v rozkladu odkazuje na rozhodovací praxí opakovaně připuštěný požadavek k předložení závazného příslibu k vystavení bankovních záruk, je-li tento přiměřený. V tomto světle zadavatel považuje za nekonzistentní a nekoncepční, pokud by nebylo možné požadovat již ve fázi podání nabídek doklad o pojištění mající vztah k předmětu veřejné zakázky jen proto, že evokuje ekonomickou či finanční kvalifikaci uchazeče, i když takový požadavek ob stojí v testu proporcionality.
18. Podle názoru zadavatele, i kdyby snad byl jeho požadavek Úřadem posouzen jako požadavek na ekonomickou a finanční kvalifikaci dodavatele, tento nemohl naplnit skutkovou podstatu správního deliktu, neboť stanovení povinnosti předložit pojistnou smlouvu či doklad o pojištění neovlivnilo ani nemohlo ovlivnit okruh dodavatelů účastnících se zadávacího řízení, a tím ani výběr nejvhodnější nabídky. V jednání zadavatele dle jeho přesvědčení absentovala společenská nebezpečnost, a tudíž nebyla naplněna materiální stránka správního deliktu, která je správnímu deliktu coby protiprávnímu jednání imanentní.
19. V rozkladu zadavatel dále odkazuje na unijní směrnice o zadávání veřejných zakázek (jak předchozí, tak novou), jež požadavek na předložení dokladu o pojištění výslovně připouští. K tomu dále uvádí, že národní úprava musí být s unijní úpravou harmonizována a eurokonformně vykládána, proto požadavek zadavatele nemůže představovat protiprávní jednání či jednání společensky nebezpečné. Zadavatel dále poznamenává, že k vypuštění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů v rámci zákona č. 55/2012 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**novela**“) došlo z převážně politických důvodů. Přitom je zřejmé, že zákon by v této části jen stěží mohl vyhovět testu řádné implementace nadřazených právních předpisů Evropské unie. Nadto dle věcného záměru nového zákona o veřejných zakázkách má dojít k opětovnému zakotvení možnosti požadovat ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady i v národní právní úpravě.

20. Z uvedeného zadavatel dovozuje, že je-li požadavek na předložení dokladu o pojištění v nabídce výslovně a probován unijní právní úpravou, s níž musí být národní úprava v souladu a vykládána k zachování jejího účelu i v případě odchylné národní úpravy, stejně jako v případě, kdy je předpokládána nová národní právní úprava, která takový postup opět v souladu s předpisy Evropské unie umožní, nelze postup zadavatele odpovídající těmto pravidlům označovat za protiprávní. Opačný výklad by byl zásahem do základních principů právního státu, jako jsou princip právní jistoty a legitimního očekávání.
21. Úřad k otázce materiální stránky správního deliktu v napadeném rozhodnutí pouze uvedl, že je-li naplněna formální stránka deliktu, pak za běžných okolností vykazuje jednání pachatele takový stupeň společenské nebezpečnosti, naplňující i materiální znak správního deliktu. K tomu však zadavatel uvedl, že tím Úřad ignoroval ustálenou rozhodovací praxi Nejvyššího správního soudu, podle níž se ve správně právním trestání užití tytéž zásady, jako v oblasti trestního práva. Odtud pak zadavatel odvozuje povinnost Úřadu zkoumat vedle naplnění formální stránky správního deliktu i jeho stránku materiální.
22. V neposlední řadě zadavatel v rozkladu uvádí, že případné konstatování porušení zákona by pro zadavatele znamenalo zcela nepřiměřeně závažné následky spočívající ve ztrátě dotace na realizaci předmětu veřejné zakázky, což by s ohledem na výši finanční ztráty představovalo porušení principu přiměřenosti výkonu státní moci a veřejné správy.

Závěr rozkladu

23. S ohledem na skutečnosti uvedené v rozkladu zadavatel žádá, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil, případně aby napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

IV. Řízení o rozkladu

24. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

25. 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 vydání napadeného rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu zadavatele a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
26. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je uvedeno ve výročí I. a II. napadeného rozhodnutí, rozhodl správně a v souladu se zákonem.
27. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení, případně změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

28. Zadavatel v rozkladu podrobně objasnil, jaké důvody jej vedly ke stanovení požadavku na předložení pojistné smlouvy nebo dokladu o pojištění odpovědnosti dodavatele za škodu způsobenou třetí osobě. Přestože lze pochopit některé zadavatelovy pohnutky k určení podmínky spočívající v povinnosti dodavatele být pojištěn v rozsahu předpokládaném zadávacími podmínkami, je nutné konstatovat, že takový požadavek jde nad rámec zákona a jako takový je v rozporu s jeho ustanovením § 62 odst. 3 věty první před středníkem.
29. Oprostím-li se od skutečnosti, že pojistné smlouvy (jejichž předmětem je pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou dodavatelem třetí osobě) byly před účinností novely jedním z výslovně jmenovaných dokladů k prokázání ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů, je třeba říci, že cílem a smyslem předmětného požadavku zadavatele je nepochybně totéž, a to ubezpečení se, že dodavatelé budou prostřednictvím pojišťovny schopni nahradit případnou škodu vzniknuvší při plnění předmětu veřejné zakázky a tedy že jsou solventními. K tomuto „ujištění se“ však od 1. 4. 2012, kdy vešla v účinnost novela zákona, slouží čestné prohlášení předkládané dodavateli, v němž tito deklarují, že jsou ekonomicky a finančně způsobilí splnit veřejnou zakázku a v případě nutnosti jsou schopni prostřednictvím pojistitele poskytnout plnění k úhradě eventuální škody. Jinými slovy řečeno, pokud zadavatel svým požadavkem cílil k určitému výsledku, jenž je obecně zajišťován prostřednictvím prokazování ekonomické a finanční způsobilosti, pak je irelevantní, zařadil-li zadavatel takový požadavek do kategorie „zvláštních podmínek dodávky“, neboť obsahově se jedná o „potvrzení“ platební schopnosti, resp. ekonomické a finanční způsobilosti dodavatele, a tedy je třeba jej v tomto světle z hlediska zákonnosti posuzovat. Proto se domnívám, že podmínka předložení pojistné smlouvy či dokladu o pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou dodavatelem třetí osobě nejenže evokuje ekonomickou a finanční kvalifikaci dodavatele, jak uvádí zadavatel, ale obsahově ji skutečně představuje. Požadavek na předložení pojistné smlouvy tak není „jiným požadavkem na plnění veřejné zakázky“, nýbrž jde o požadavek vztahující se k osobě dodavatele, a to k jeho ekonomické a finanční kvalifikaci, jehož splnění se však zásadně prokazuje podle § 50 odst. 1 písm. c) zákona čestným prohlášením.
30. Ustanovení § 50 odst. 1 písm. c) zákona říká, že dodavatel je dodavatelem kvalifikovaným pro plnění veřejné zakázky, pokud (mimo jiné) předloží čestné prohlášení o své ekonomické a finanční způsobilosti splnit veřejnou zakázku. Zároveň dle § 62 odst. 3 zákona platí, že ve zjednodušeném podlimitním řízení se splnění kvalifikačních předpokladů prokazuje předložením čestného prohlášení, z jehož obsahu bude zřejmé, že dodavatel kvalifikační předpoklady požadované zadavatelem splňuje. Zákon tedy stanoví, že skutečnost, že uchazeč kvalifikační předpoklady požadované zadavatelem splňuje, musí vyplývat z obsahu čestného prohlášení. Zákon zadavateli nepředepisuje a de facto ani neumožňuje, aby si ve zjednodušeném podlimitním řízení ve fázi posouzení kvalifikace skutečnosti vyplývající z čestného prohlášení ověřoval z jiných dokladů. Nutno v této souvislosti podotknout, že výsledkem postupu podle § 62 odst. 3 zákona v žádném případě není výběr nekvalifikovaného dodavatele. Ve zjednodušeném podlimitním řízení je sice odsunuta doba prokazování splnění kvalifikačních předpokladů na základě konkrétních dokladů do doby před uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku, neznamená to však, že by uchazeč, se kterým má být smlouva uzavřena, nebyl povinen prokázat splnění kvalifikačních předpokladů

zákonem stanoveným způsobem. K tomu však slouží postup zadavatele až v době před uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku.

31. Zadavatel v rozkladu dovozuje, že v zadávacích podmínkách definované pojištění je požadavkem na samotné plnění předmětu veřejné zakázky (nebo k němu alespoň směřuje), nikoliv že se vztahuje k osobě dodavatele. Problematiku pojištění (včetně odpovědnosti za škodu) primárně upravuje zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník. Povšechně lze říci, že v této kategorii pojištění můžeme rozlišit pojištění obecné, pojištění provozní a dále profesní, případně též pojištění škody způsobené zaměstnancem. Pojištění odpovědnosti za škodu (v daném případě bude přílehlavé zejména profesní pojištění, popřípadě provozní) si dodavatelé sjednávají pro případ vzniku jejich odpovědnosti za škodu, kterou by způsobili třetí osobě, tj. v daném případě zadavateli, a to při plnění předmětu veřejné zakázky. Obecně lze tento druh pojištění předpokládat především u advokátů, poradců, auditorů, počítačových specialistů, projektantů, architektů atd. Z tohoto důvodu se předmětné pojištění často označuje jako pojištění profesní odpovědnosti, neboť se jako takové vztahuje na škodu způsobenou třetí osobě v souvislosti s výkonem podnikatelské činnosti, která vyžaduje určité odborné znalosti. Jde tedy o škody vzniklé v důsledku „vadného“ poskytnutí odborných služeb. Vzhledem k tomu, že předmětem pojištění je profesní omyl, v jehož důsledku vznikne (obvykle) finanční škoda, za kterou pojištěný na základě příslušného právního předpisu odpovídá, je třeba říci, že se dané pojištění jednoznačně vztahuje k osobě pojištěného, nikoliv k samotnému plnění předmětu veřejné zakázky, jak účelově tvrdí zadavatel. Uvedené lze mimo jiné podpořit i samotným konstatováním zadavatele jinde v rozkladu (tj. zejména v bodě 47. rozkladu), kde tento uvádí, že byl připraven akceptovat též „obecnou“ pojistnou smlouvu dodavatelů pokud by finančním limitem vyhovovala zadávacím podmínkám (tj. bez nutnosti uzavřít nově pojistnou smlouvu ve vztahu k předmětné veřejné zakázce). Je tak zcela evidentní, že pojištění odpovědnosti dodavatele se váže pouze k jeho osobě, resp. vlastní činnosti, zatímco je nedůležité, pro koho a v jaké konkrétní věci v dané chvíli tuto činnost, jež je předmětem pojištění, vykonává. Nejinak je tomu i v situaci, kdy si dodavatel sjedná pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou zadavateli v rámci konkrétní veřejné zakázky, neboť typově či charakterově se bude jednat o totožné pojištění profesní odpovědnosti jako takové. Neztotožňuji se ani s tvrzením zadavatele, že požadavek na pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou třetí osobě alespoň směřuje k předmětu veřejné zakázky, byť je nepochybné, že se předmětu veřejné zakázky určitým způsobem dotýká. Pojištění odpovědnosti je provázáno toliko s osobou pojištěného, s předmětem veřejné zakázky souvisí pouze do té míry, že k pochybení pojištěného dochází při výkonu činnosti na realizaci veřejné zakázky.
32. Neztotožňuji se se zadavatelem ani v jeho přesvědčení, že napadené rozhodnutí v části, kde se hovoří o možnosti požadovat předložení pojistné smlouvy v rámci obchodních podmínek zakotvených do návrhu smlouvy, je vnitřně rozporné (nepřezkoumatelné). Z argumentace zadavatele k závěru Úřadu uvedeného pod bodem 47. odůvodnění napadeného rozhodnutí je jasně patrné, že předmětné konstatování bylo zadavatelem vytrženo z kontextu. Úřad totiž nepřipustil, že by snad pojištění definované zadavatelem bylo možné požadovat pro plnění veřejné zakázky, k němuž se vztahuje, ještě před podpisem smlouvy. Naopak Úřad nad rámec právního posouzení věci uvedl, že pokud zadavatel přikládal pojištění odpovědnosti vybraného uchazeče proti způsobení škody třetí osobě takový význam, mohl tento

požadavek zařadit mezi obchodní podmínky návrhu smlouvy a vyžadovat předložení uzavřené pojistné smlouvy před podpisem smlouvy na plnění předmětu veřejné zakázky s vybraným uchazečem. Tedy Úřad tuto potenciálně možnou smluvní podmínku nevztáhl k plnění předmětu veřejné zakázky a dále všeobecně na všechny dodavatele, ale pouze na vybraného uchazeče, který je tak jako tak v souladu s předposlední větou § 62 odst. 3 zákona povinen před uzavřením smlouvy předložit originály nebo úředně ověřené kopie dokladů prokazujících splnění kvalifikace. Smlouva totiž obecně neupravuje pouze předmět plnění, ale smluvní strany v ní definují mimo jiné závazky rovněž svá práva a povinnosti vztahující se pouze k nim, jakožto osobám. Proto nelze v možnosti zadavatele zakotvit požadavek na pojištění odpovědnosti vybraného uchazeče přímo do smlouvy, jak doplnil Úřad, vyvozovat jakékoliv závěry odlišné od konstatování Úřadu jinde v odůvodnění napadeného rozhodnutí.

33. Zadavatel na několika místech rozkladu uvádí, že si prostřednictvím požadavku na předložení pojistné smlouvy či dokladu o pojištění neověřoval ekonomické a finanční síly dodavatelů, neboť předmětný požadavek řadil mezi ostatní požadavky zadavatele ve smyslu § 44 odst. 3 písm. j) zákona, jakožto nekvalifikační požadavek zadavatele vztahující se výhradně k plnění veřejné zakázky. S tímto tvrzením však nelze souhlasit. Jak již bylo uvedeno výše, smyslem požadavku na prokázání existence pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou třetí osobě prostřednictvím pojistné smlouvy, případně dokladu o pojištění, je poskytnout zadavateli potřebnou míru jistoty, že v případě vzniku škody způsobené vadnou činností dodavatele bude zadavateli taková škoda uhrazena i v případě, že by škodu nebyl schopen uhradit z vlastních zdrojů dodavatel sám. Pokud jde o povahu posuzovaného požadavku, jsem toho názoru, že navzdory skutečnosti, že zadavatel předmětný požadavek uvedl v zadávací dokumentaci mezi „Zvláštní podmínky dodávky“ a neuvedl jej ve svých požadavcích na prokázání kvalifikačních předpokladů, jedná se o požadavek, který je svým charakterem prakticky totožný nebo alespoň obdobný s požadavkem na splnění ekonomické a finanční způsobilosti, neboť jde o požadavek, který má obdobnou povahu, resp. sleduje totožný účel či smysl, jak o něm hovořím v předešlé větě tohoto bodu. V této souvislosti mám za to, že v šetřeném případě není na místě jakkoliv uvažovat o tom, že zařazení sporného požadavku, jenž má povahu ekonomické a finanční způsobilosti, mezi tzv. jiné požadavky zadavatele ve smyslu § 44 odst. 3 písm. j) zákona zbavuje zadavatele povinnosti reflektovat zákonné ustanovení vztahující se k vymezení rozsahu kvalifikace. I v případě nesprávně podřazeného požadavku pod tzv. jiné požadavky zadavatele je z pohledu postupu zadavatele v souladu se zákonem nutné zohlednit ustanovení vztahující se k vymezení kvalifikace.
34. Nadto, jak již bylo také řečeno, se požadavek na předložení pojistné smlouvy nebo potvrzení o pojištění vztahuje toliko k osobě dodavatele (nikoliv k plnění veřejné zakázky). V protikladu k uvedenému pak stojí jiné požadavky zadavatele na plnění veřejné zakázky ve smyslu § 44 odst. 3 písm. j) zákona, které předně slouží k doplnění nutné kvalifikace spojené přímo s předmětem veřejné zakázky, kdy zadavatel na základě opodstatněných specifických požadavků vyžaduje doplnění kvalifikace dodavatelů. Jiné požadavky zadavatele se tedy musí primárně, úzce a bezprostředně týkat plnění veřejné zakázky, resp. jejího předmětu, nikoliv osoby dodavatele, jak tomu bylo v řešeném případě. Uvedené pak platí tím spíše, pokud by takovým požadavkem mohlo docházet k obcházení zákona ze strany zadavatelů (zde pak konkrétně § 50 odst. 1 písm. c) a § 62 odst. 3 zákona).

35. V rozkladu zadavatel upozorňuje na to, že jeho postup byl v souladu se základními zásadami podávanými v § 6 odst. 1 zákona a dále s principem proporcionality. Co se týče souladnosti zadavatelova postupu se zásadou transparentnosti zadávacího řízení, zákazu diskriminace a rovného zacházení, mohu uvést, že Úřad nekonstatoval, že by jednání zadavatele bylo způsobilé některou ze jmenovaných zásad narušit. Tedy není pochyb o tom, že zadavatel nejednal v rozporu s § 6 odst. 1 zákona, nicméně porušil postup předepsaný § 62 odst. 3 zákona, což při současném naplnění ostatních znaků skutkové podstaty správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona představuje závažné, deliktní jednání. Na tomto místě pouze upozorňuji, že i přes značný význam základních zásad zadávacího řízení, tyto nelze stavět nad jiné povinnosti vyplývající ze zákona. K otázce přiměřenosti (proporcionality) uvádím, že zákonodárce se stanovením jednotného pravidla spočívajícího v doložení ekonomické a finanční způsobilosti ve fázi podání nabídek pouze prostřednictvím čestného prohlášení jednoznačně vyhranil k otázce jakékoliv subjektivní úvahy zadavatele o přiměřenosti dokládat kvalifikaci dodavatele nad rámec zákonného ustanovení. V § 62 odst. 3 věty první zákona je zcela jednoznačně napsáno, že v případě zjednodušeného podlimitního řízení se splnění kvalifikačních předpokladů (tedy i finanční a ekonomické způsobilosti) prokazuje předložením čestného prohlášení, z jehož obsahu bude zřejmé, že dodavatel kvalifikační předpoklady požadované zadavatelem splňuje. Toto pravidlo je dáno jednotně, bez ohledu na individuální okolnosti toho kterého zadávacího řízení. Je tedy nerozhodné, jak vysokou škodu může dodavatel při plnění předmětu veřejné zakázky způsobit, vždy totiž platí pravidlo, že ve fázi podání nabídky prokazují dodavatelé ekonomickou a finanční způsobilost splnit veřejnou zakázku předložením čestného prohlášení. Zadavatel tak nemá možnost (s odkazem na proporcionalitu) ze subjektivních pohnutek stanovit jakékoliv další požadavky na doklady, jimiž by dodavatelé prokazovali de facto totéž, co je již prokazováno čestným prohlášením.
36. Zároveň zadavatel v rozkladu uvádí, že každý dodavatel musel být od počátku srozuměn s tím, že chce-li předmět veřejné zakázky plnit, musí mít po celou dobu sjednáno pojištění odpovědnosti za škodu, a to bez ohledu na to, zda se jedná o „obecnou“ pojistnou smlouvu nebo pojistnou smlouvu uzavřenou nově ve vztahu k veřejné zakázce. I toto konstatování zadavatele nemůže ovlivnit závěr, že zadavatel neměl po dodavatelích požadovat předložení pojistné smlouvy nebo doklad o pojištění, jejichž předmětem je pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou třetí osobě již ve lhůtě pro podání nabídek. Potenciální uchazeči si jistě byli vědomi, že v případě, že bude jejich nabídka vybrána jako nejvhodnější, budou nuceni uzavřít či rozšířit předmětné pojištění. Avšak tento krok by učinili až v době, kdy by měli jistotu, že pojištění v požadovaném rozsahu skutečně upotřebí. Zadavatel by měl vzít v potaz skutečnost, že v době podání nabídky má dodavatel (případně) pouze svoji obecnou pojistnou smlouvu na odpovědnost za škodu vůči třetím osobám a že v této době není vůbec jisté, zda danou veřejnou zakázku získá, a není tedy důvod, aby byl pojištěn například neúměrně vysoko, než je pro jeho obvykle vykonávanou činnost třeba. Spoléhat na to, že dodavatelé v této oblasti jsou zpravidla pojištěni, rovněž není správným přístupem, neboť zadavatel požadoval konkrétní (minimální) pojistnou částku, přičemž nelze a priori říci, že taková výše je obvyklá či odpovídající dodavateli poskytovaným službám. Přestože je možné souhlasit se zadavatelem, že mnozí dodavatelé požadovaným pojištěním disponují z vlastní vůle, nemusí se shodovat limit pojistné částky, což dodavatele v podstatě staví

do pozice v rámci předmětné veřejné zakázky, jako by nebyli pojištěni vůbec. Proto i tato námitka zadavatele je nedůvodná.

37. S právě uvedeným souvisí i další námitka zadavatele, a to že potenciálním dodavatelům nemusely vzniknout jakékoliv náklady týkající se uzavření pojistné smlouvy, neboť tito mohli předmětnou smlouvu uzavřít s odkládací podmínkou pro případ úspěchu v zadávacím řízení. Není sporu o tom, že dodavatelé mohli v rozkladu nastíněným způsobem postupovat, nicméně i to na jejich straně představuje zátěž, se kterou zákon nepočítá. Bylo by pouhými spekulacemi, kdybych se jakkoliv vyjadřoval ke složitosti vyjednat takovou doložku v pojistné smlouvě, přesto mám za to, že zadavatel potenciální dodavatele postavil do pozice, kdy tito byli nad rámec zákona nuceni vyjednávat s pojistitelem konkrétní smlouvu, aniž by tato skutečně jako celek vešla v účinnost, což představuje minimálně (zbytečné) časové náklady spojené s vyhodnocením a obstaráním vyhovujícího pojištění, jak na straně dodavatele, tak na straně pojistitele. I tyto důvody pak byly impulzem pro zrušení § 55 zákona, který předpokládal prokázání ekonomické a finanční kvalifikace (mimo jiné) prostřednictvím předložené pojistné smlouvy. K této otázce se pak vyjadřuje i důvodová zpráva k novele, kde je uvedeno následující: *„Navrhuje se koncepční změna spočívající v zásadním omezení zadavatele požadovat ekonomickou a finanční kvalifikaci. Důvodem pro zásadní omezení je ta skutečnost, že zadavatelé tuto část kvalifikace zneužívali k diskriminačním požadavkům na dodavatele. Nově čestné prohlášení dodavatele o své ekonomické a finanční způsobilosti plnit veřejnou zakázku upravuje § 50.“* V tomto kontextu však považuji za nutné zdůraznit, že jádrem problému je skutečnost, že zadavatel na dodavatele kladl požadavky nad rámec zákona (bez relevance, zda s těmito požadavky byla spojena neúměrná zátěž) a stanovil přísnější způsob prokázání kvalifikace, což odporuje jasně daným pravidlům určeným zákonem. Není tedy možné tento nezákonný postup ospravedlnit tím, že naplněním předmětného požadavku zadavatele nemusely dodavatelům vzniknout finanční náklady.
38. Další rozkladová argumentace směřuje k úvaze zadavatele, že kdyby vybraný uchazeč neměl „předjednanou“ pojistnou smlouvu, mohla by se finální fáze zadávacího řízení a uzavření smlouvy na plnění předmětu veřejné zakázky zkomplikovat nebo dokonce zcela zmařit. K tomu uvádím, že subjektivní obava nemůže zadavatele zprostit odpovědnosti za spáchání správního deliktu spočívajícího v nedodržení postupu předepsaného zákonem. Prokazování kvalifikace prostřednictvím předloženého čestného prohlášení vyžaduje určitou důvěru zadavatele ve schopnost dodavatele naplnit to, co prohlašuje. Nelze stavět svou argumentaci zdůvodňující určení požadavku, jenž zákon nepřipouští, na tom, že je potenciálně možné, že vybraný dodavatel nakonec nebude finančně a ekonomicky způsobilý plnit veřejnou zakázku. Tato možnost zde pochopitelně může hrozit vždy, nicméně je to riziko, které zadavatelé (s ohledem na určitou vyváženost vztahu zadavatel a dodavatel) běžně podstupují, resp. jsou zákonem nuceni jej podstupovat.
39. Zadavatel dále uvádí, že neobdržel žádnou žádost o dodatečné informace či námitku týkající se předmětného požadavku a dále že dodavatelé, kteří byli vyzváni k podání nabídky a nabídku do zadávacího řízení nepodali, tak neučinili z jiných důvodů. Toto konstatování však musím rozporovat. Zadavatel hovoří toliko o dodavatelích, jež vyzval k podání nabídky, nikoliv o potenciálních dodavatelích, které mohl předmětný nezákonný požadavek od podání nabídky odradit, jak na několika místech odůvodnění napadeného rozhodnutí uvádí i Úřad. Odkazuje-li zadavatel v této souvislosti na institut dodatečných informací, musím k této

otázce konstatovat, že dodatečnými informacemi podle § 49 zákona nelze řešit vše a odkazovat na ně vždy, když zadavatel nesplní svou zákonnou povinnost vyhotovit zadávací podmínky v souladu se zákonem. Dle rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 5. 2008 č. j. 5 Afs 131/2007-131 toto ustanovení § 49 zákona „*dopadá na situace (jež by se v praxi měly vyskytovat výjimečně), kdy přes sebevětší pečlivost přípravě a zhotovení zadávací dokumentace se stane, že některé informace v ní obsažené působí nejasně či nedostatečně konkrétně.*“ To tedy znamená, že zadavatel institutu dodatečných informací nesmí zneužívat tím, že nebude věnovat náležitou pozornost zadávací dokumentaci nebo že stanoví sporné požadavky a přenesse tak případnou iniciativu na potenciální uchazeče. Obdobný závěr pak mohu učinit i ve vztahu ke zmiňovaným (absentujícím) námitkám proti požadavku na předložení pojistné smlouvy nebo dokladu o pojištění, neboť ani tento institut není měřítkem správnosti postupu zadavatele v zadávacím řízení.

40. S odkazem na připouštěný požadavek k předložení závazného příslibu k vystavení bankovních záruk, je-li tento přiměřený, zadavatel uvádí, že by bylo ze strany Úřadu nekonzistentní a nekoncepční, kdyby obdobnou garanci v podobě předložení pojistné smlouvy nebo dokladu o pojištění odmítal. Přestože příslib k vystavení bankovní záruky rovněž svědčí o jisté úrovni ekonomické a finanční způsobilosti dodavatele, jde zcela o jiný institut, často užívaný za jiných podmínek a situací. Při posuzování přípustnosti či přiměřenosti toho kterého požadavku zadavatele je třeba vzít v úvahu i nuance konkrétních případů. Nadto je třeba říci, že čestné prohlášení o ekonomické a finanční způsobilosti je ve své podstatě rovněž určitým příslibem, že dodavatel bude schopen plnit veřejnou zakázku a že v případě jeho úspěchu v zadávacím řízení zajistí a předloží všechny náležité doklady jednoznačně prokazující takovou způsobilost (a to včetně pojistných smluv). Tyto „přísliby“ z hlediska jejich síly pochopitelně nelze srovnávat (zejména proto, že příslib pojištění dává sám dodavatel, nikoliv pojistitel, který by byl již na věci přímo zainteresován), avšak domnívám se, že jejich smysl a cíl je obdobný.
41. Námitkami zadavatel napadá též závěr Úřadu, že stanovení povinnosti předložit pojistnou smlouvu či doklad o pojištění mohlo ovlivnit okruh dodavatelů účastnících se zadávacího řízení, a tím i výběr nejvhodnější nabídky. Znaky skutkové podstaty správního deliktu spáchaného zadavatelem jsou naplněny tehdy, je-li jednání zadavatele způsobilé mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky. V tomto kontextu, je třeba poukázat na formulaci ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, podle nějž postačuje toliko možnost podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. V souvislosti s uvedeným poukazuji na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 7. 2013, sp. zn. 9 Afs 78/2012, kde se Nejvyšší správní soud ztotožnil s názorem Krajského soudu v Brně a učinil závěr, že „*je podstatné znění ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, dle něhož 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. Ze zákonného znění přitom expressis verbis plyne, že ke spáchání deliktu dojde, i pokud porušením zákona zadavatel pouze mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Ze zákona je tedy zřejmé, že postačí pouhá potencialita podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky*“

42. V daném případě možnost podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky spočívá ve skutečnosti, že zadavatel stanovil požadavek na předložení pojistné smlouvy nebo dokladu o pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou třetí osobě nad rámec zákona již v nabídce, což mohlo pro některé potenciální dodavatele znamenat neúměrné zatížení v procesu přípravy nabídky, neboť tito by byli nuceni uzavřít pojistnou smlouvu v požadovaném limitu, aniž by ji následně, v případě neúspěchu v zadávacím řízení, upotřebili. V důsledku toho mohlo dojít k tomu, že potenciální uchazeči ani nepodali své nabídky, neboť je nezákonný požadavek zadavatele od takového činu odradil. Z uvedeného tedy vyplývá, že mohlo dojít k podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, neboť zadavatel mohl svým postupem, kdy ignoroval zákonem předpokládaný způsob prokazování ekonomické a finanční způsobilosti, zúžit spektrum předložených nabídek. Povinností zadavatele je akceptovat a dodržovat postupy stanovené zákonem, který jasně a zpravidla kogentně stanoví pro jednotlivé fáze zadávacího řízení pravidla a meze, v nichž se mohou zadavatelé pohybovat. Mohu tedy uzavřít, že s ohledem na uvedené nelze vyloučit možnost, že v případě, kdy by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, mohl obdržet nabídky od dalších dodavatelů, které by byly pro zadavatele výhodnější.
43. V jednání zadavatele dle jeho přesvědčení absentovala společenská nebezpečnost, a tudíž nebyla naplněna materiální stránka správního deliktu, která je správnímu deliktu coby protiprávnímu jednání imanentní. V případě ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky dochází k naplnění materiální stránky „nezákonného postupu“, kterým je určitý stupeň nebezpečnosti resp. škodlivosti pro společnost. Je třeba zejména zdůraznit skutečnost, že v případě pojmů společenská nebezpečnost či společenská škodlivost se jedná o neurčité právní pojmy. Z obecného výkladu těchto pojmů však lze dospět k takovému závěru, že za jednání nebezpečné či škodlivé pro společnost, je možné považovat takové jednání, které směřuje proti veřejnému zájmu společnosti, a to proti takovému zájmu, který má být právem chráněn a současně dosahuje určité intenzity. Z hlediska znění a obsahu zákona je možné za právem chráněný zájem považovat zejména efektivní vynakládání veřejných prostředků a existenci spravedlivé a otevřené soutěže o veřejné zakázky. Z toho jak je tento znak materiální stránky „nezákonného postupu“ zadavatele koncipován, nevyplývá, že by skutečně muselo dojít k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, a zároveň skutečné ovlivnění Úřad nemusí dokazovat, když právě postačí pouhá možnost takového ovlivnění.
44. Z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 5. 2007 č. j. 8 As 17/2007-135, týkajícího se posuzování správních deliktů, vyplývá, že správní delikty představují ve srovnání s trestnými činy jinou formu protiprávního společensky nebezpečného jednání a pro jejich trestnost mají platit podobné principy a pravidla jako v případě trestných činů. Upravují-li zásady soudního trestání situaci, v níž formálně trestný skutek nelze považovat za trestný čin, je-li jeho společenská nebezpečnost nižší než nepatrná, musí obdobná pravidla platit i pro správní delikty. Podstatou správních deliktů je postih za jednání v rozporu se zákonem. Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 5 As 104/2008-48 odkazuje na rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 17. 4. 1996, sp. zn. 1 Tzn 2/96, publikované pod č. 43/1996 Sb. NS, kde tento uvádí: „[p]ři úvahách o tom, zda obviněný naplnil i materiální znak trestného činu, tedy zda v jeho případě tento čin dosahoval vyššího stupně nebezpečnosti pro společnost, než je stupeň nepatrný (§ 3 odst. 2 tr. zák.), je nutno zdůraznit, že již stanovením formálních znaků určité skutkové podstaty zákon předpokládá, že při jejich naplnění v běžně se vyskytujících případech bude stupeň nebezpečnosti činu pro společnost zpravidla vyšší

než nepatrný.“ Nejvyšší soud k tomu dále konstatuje, že „[I]ze tedy obecně vycházet z toho, že jednání, jehož formální znaky jsou označeny zákonem za přešůpek, naplňuje v běžně se vyskytujících případech materiální znak přešůpku, neboť porušuje či ohrožuje určitý zájem společnosti.“ Jsem přesvědčen, že tento rozsudek je plně aplikovatelný i na správní delikty a tedy i na tento případ. Nadto je takto nastavená rozhodovací linie potvrzena i novějšími rozhodnutími, například rozsudkem Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 14/2011 ze dne 30. 3. 2011. Formální znaky správního deliktu dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona tak, jak je shledal Úřad a jak jsou uvedeny ve výroku I. napadeného rozhodnutí, byly dle mého soudu zcela naplněny a ve správním řízení dostatečně prokázány. Rovněž jsem neshledal existenci jakýchkoli významných okolností, jež by vylučovaly zjištění učiněné Úřadem, a to, že protizákonným jednáním zadavatele byl porušen nebo ohrožen zájem chráněný zákonem, kterým je především efektivní vynakládání veřejných prostředků. Jednáním zadavatele tak došlo k naplnění materiální stránky správního deliktu.

45. V této souvislosti se rovněž nedomnívám, že by Úřad rezignoval na zkoumání, zda byla vedle formálních znaků správního deliktu naplněna i jeho materiální stránka nebo že ignoroval ustálenou rozhodovací praxi Nejvyššího správního soudu, jak zadavatel dále v rozkladu uvádí. Úřad naopak užil závěrů výše citovaného rozsudku a rovněž také dovodil, že v právě posuzovaném případě mohlo nezákonným postupem zadavatele dojít k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, tedy k narušení zájmu společnosti na efektivním vynakládání veřejných prostředků a existenci spravedlivé a otevřené soutěže, což představuje právě onu materiální esenci správního deliktu. Jsem tedy toho názoru, že Úřad zkoumal jednání zadavatele jak z formálních hledisek skutkové podstaty správního deliktu, tak i z pohledu materiální stránky, a tedy naplnil judikovaný požadavek aplikovat při správně právním trestání tytéž zásady, jako v trestněprávním odvětví.
46. V rozkladu zadavatel dále odkazuje na unijní směrnice o zadávání veřejných zakázek (jak předchozí, tak novou), jež požadavek na předložení dokladu o pojištění výslovně připouští. K tomu dále uvádí, že národní úprava musí být s unijní úpravou harmonizována a eurokonformně vykládána, proto požadavek zadavatele nemůže představovat protiprávní jednání. Není pochyb o tom, že vnitrostátní úprava musí být s unijní úpravou harmonizována, avšak sladění právních předpisů s předpisy Evropské unie nepatří do působnosti Úřadu, jakožto orgánu moci výkonné. Co se týče eurokonformního výkladu, ten je namíste pouze tehdy, pokud interpretační techniky umožňují vyložit určité ustanovení vnitrostátního předpisu několika způsoby. Pak je třeba (nejen) Úřadem použít ten výklad, který je nejbližší smyslu a cíli odpovídajícího komunitárního ustanovení. „Povinnost vykládat národní právo v souladu se směrnici je podmíněna a priori tím, že existuje vnitrostátní předpis, který je nejednoznačný, umožňuje několik výkladů, přitom alespoň jeden z možných výkladů práva je v souladu se směrnici.“, jak vyložil Nejvyšší správní soud v rozsudku ve věci sp. zn. 5 Afs 68/2009. Z uvedeného tedy plyne, že podmínkou pro výklad určitého ustanovení je, že předmětné ustanovení je nejednoznačné. V právě posuzovaném případě však zákon jasně a srozumitelně předepisuje prokazování finanční a ekonomické způsobilosti ve fázi podávání nabídek předložením čestného prohlášení, z jehož obsahu bude zřejmé, že dodavatel kvalifikační předpoklady požadované zadavatelem splňuje, a proto zde není dán prostor pro jakoukoliv interpretaci dotčených ustanovení zákona. Z tohoto důvodu je i tato námitka zadavatele nedůvodná.

47. Zadavatel dále uvedl, že novela vypustila ze zákona ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady pouze z politických důvodů a že by zákon v této části jen stěží mohl vyhovět testu řádné implementace unijních právních předpisů. V této otázce musím zopakovat závěry Úřadu uvedené v bodu 59. odůvodnění napadeného rozhodnutí, neboť se s nimi v plné míře ztotožňuji. Úřad ani já nejsme oprávněni spekulovat či jakkoliv hodnotit důvody, které zákonodárce vedly k vypuštění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů, před novelou zakotvených v § 55 zákona. Pravomoc přijímat, rušit či měnit právní předpisy patří výlučně moci zákonodárné, proto nelze u Úřadu „iniciovat“ jakési přezkoumání řádnosti implementace předpisů Evropské unie, neboť jeho činnost se omezuje na rozhodování v mezích platného a účinného zákona.
48. Na právě uvedené navazuje námitka zadavatele, že dle věcného záměru nového zákona o veřejných zakázkách má dojít k opětovnému zakotvení možnosti požadovat ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady i v národní právní úpravě. Jak jsem již konstatoval a jak bylo uvedeno i v napadeném rozhodnutí, Úřad je povinen rozhodovat v mantinelech platného a účinného zákona v době, kdy bylo zahájeno zadávací řízení. Pozdějšího právního předpisu se užije jen v deliktním řízení, je-li pozdější úprava pro účastníka takového správního řízení příznivější. Avšak i v tomto případě musí být pozdější úprava platná a účinná. To se však o návrhu zákona o veřejných zakázkách říci nedá, neboť tento do dnešního dne neprošel legislativním procesem, proto se na něj nelze v této chvíli odkazovat. Na tomto závěru ničehož nezmění ani tvrzení zadavatele, že právě tento postoj je zásahem do základních principů právního státu, jako je princip právní jistoty a legitimního očekávání. Naopak se domnívám, že právě pokud bych přistoupil na výklad zadavatele, jmenované zásady bych zcela popřel, neboť by se jednalo o nepřípustnou svévoli správního orgánu spočívající zejména v předjímání budoucí právní úpravy a užívání výkladových pravidel tam, kde nejsou třeba. Proto považuji všechny tyto úzce provázané námitky zadavatele za nedůvodné.
49. Zadavatel rovněž namítá, že případné konstatování porušení zákona by pro něj znamenalo zcela nepřiměřeně závažné následky spočívající ve ztrátě dotace na realizaci předmětu veřejné zakázky. K tomu je však třeba říci, že skutečnost, že poskytovatel dotace zkrátí či může zkrátit dotaci z důvodu nesprávného postupu zadavatele, nemůže mít vliv na postup Úřadu (potažmo předsedy Úřadu) při rozhodování, zda se zadavatel dopustil správního deliktu, a následném ukládání pokuty. K tomuto závěru dospěl rovněž Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 28. 11. 2012 č. j. 1 Afs 23/2012 – 102, v němž uvádí, že *„žádost o zohlednění okolnosti, že pokud bude stěžovateli udělena v dané věci správní pokuta, tak bude krácena dotace (případně vymáhána sankce) za porušení rozpočtových pravidel, je ze své podstaty zcela nepřijatelná a pro rozhodování nepodstatná. Nelze požadovat ani po správním orgánu, ani po soudu, aby „přehlédly“ porušení zákona z důvodu, že stěžovatel ponese ještě jiné důsledky svého protiprávního jednání.“* Z toho důvodu se jeví i tato námitka zadavatele jako nedůvodná.

Závěr

50. 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.

51. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 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:

Havel, Holásek & Partners s.r.o., advokátní kancelář, Na Florenci 2116/15, Nové Město, 110 00
Praha 1

Vypraveno dne:

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