



UOHSX008F7AS

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R301/2015/VZ-46426/2016/323/PMo

Brno 22. listopadu 2016

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 15. 9. 2015, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, zadavatelem –

- **Pardubický kraj**, IČO 70892822, se sídlem Komenského náměstí 125, 530 02 Pardubice – Staré Město,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0421,0422/2015/VZ-25621/2015/532/KSt ze dne 31. 8. 2015,

vydanému ve věci možného spáchání správních deliktů dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, výše uvedeným zadavatelem při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Koncepce rozvoje lidských zdrojů včetně Koncepce vzdělávání na KrÚ Pk**“ formou otevřeného řízení, jehož oznámení bylo do Informačního systému veřejných zakázek odesláno dne 21. 5. 2010 a uveřejněno dne 25. 5. 2010 pod evidenčním číslem 60045460 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 27. 5. 2010 pod evidenčním číslem 2010/S 101-153719, a dále veřejné zakázky s názvem „**Procesní řízení – Zefektivnění řízení zřízených příspěvkových organizací a založených obchodních organizací Pardubickým krajem**“ formou otevřeného řízení, jehož oznámení bylo do Informačního systému veřejných zakázek odesláno dne 29. 6. 2010 a uveřejněno dne 2. 7. 2010 pod evidenčním číslem 60046836 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 3. 7. 2010 pod evidenčním číslem 2010/S 127-194541,

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-S0421,0422/2015/VZ-25621/2015/532/KSt ze dne 31. 8. 2015,

potvrzuji

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) obdržel dne 9. 3. 2015 podnět k přezkoumání úkonů zadavatele – Pardubický kraj, IČO 70892822, se sídlem Komenského náměstí 125, 530 02 Pardubice – Staré Město (dále jen „**zadavatel**“), učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „Koncepce rozvoje lidských zdrojů včetně Koncepce vzdělávání na KrÚ Pk“ formou otevřeného řízení, jehož oznámení bylo do Informačního systému veřejných zakázek odesláno dne 21. 5. 2010 a uveřejněno dne 25. 5. 2010 pod evidenčním číslem 60045460 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 27. 5. 2010 pod evidenčním číslem 2010/S 101-153719 (dále jen „**veřejná zakázka 1**“), a dále veřejné zakázky s názvem „Procesní řízení – Zefektivnění řízení zřízených příspěvkových organizací a založených obchodních organizací Pardubickým krajem“ formou otevřeného řízení, jehož oznámení bylo do Informačního systému veřejných zakázek odesláno dne 29. 6. 2010 a uveřejněno dne 2. 7. 2010 pod evidenčním číslem 60046836 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 3. 7. 2010 pod evidenčním číslem 2010/S 127-194541 (dále jen „**veřejná zakázka 2**“).
2. Zadavatel v bodu 6. zadávací dokumentace veřejné zakázky 1 v části označené „Technické kvalifikační předpoklady v rozsahu podle § 56 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách“ stanovil, že: „*Dodavatel předloží seznam min. tří významných služeb pro územní samosprávný celek v min. výši každé z nich 300 000,- Kč, které dodavatel poskytoval v posledních pěti letech (tj. dodavatelský způsob poskytování předmětu Veřejné zakázky), přílohou musí být: osvědčení vydané veřejným zadavatelem*“.
3. Dne 30. 9. 2010 byla mezi zadavatelem a společností M. C. TRITON, spol. s r. o., IČO 49622005, se sídlem Evropská 423/178, 160 00 Praha 6 (dále jen „**vybraný uchazeč 1**“), uzavřena smlouva na realizaci veřejné zakázky 1.
4. Zadavatel v bodu 6. zadávací dokumentace veřejné zakázky 2 v části označené „Technické kvalifikační předpoklady v rozsahu podle § 56 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách“ stanovil, že: „*Dodavatel předloží seznam min. tří významných služeb pro územní samosprávný celek v min. výši každé z nich 500 000,- Kč, které dodavatel poskytoval*

v posledních třech letech (tj. dodavatelský způsob poskytování předmětu Veřejné zakázky), přílohou musí být: osvědčení vydané veřejným zadavatelem“.

5. Dne 9. 11. 2010 byla mezi zadavatelem a společností HEXPERT a. s., IČO 25655965, se sídlem Beranových 65, 199 21 Praha 9 (dále jen „**vybraný uchazeč 2**“), uzavřena smlouva na realizaci veřejné zakázky 2.
6. Úřad si na základě podnětu vyžádal stanovisko a dokumentace o veřejných zakázkách a z tohoto materiálu získal pochybnosti o tom, zda zadavatel vymezil minimální úroveň kvalifikačního předpokladu dle § 56 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění (dále jen „**zákon**“)¹ v souladu s § 56 odst. 7 písm. c) zákona, tedy tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti veřejných zakázek, když požadoval u obou veřejných zakázek doložení seznamu minimálně tří významných služeb poskytovaných dodavateli pouze pro územní samosprávný celek (dále jen „**ÚSC**“). Dne 15. 7. 2015 pak Úřad zahájil z moci úřední obě správní řízení týkající se výše uvedených veřejných zakázek, a sice správní řízení vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0421/2015/VZ a správní řízení vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0422/2015/VZ. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0421,S0422/2015/VZ-17918/2015/532/KSt ze dne 16. 7. 2015 tato správní řízení spojil.

II. Napadené rozhodnutí

7. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0421,0422/2015/VZ-25621/2015/532/KSt ze dne 31. 8. 2015 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), v jehož výročí I. a II. konstatoval, že se zadavatel dopustil správních deliktů dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že úroveň technického kvalifikačního předpokladu (dále jen „**TKP**“) dle § 56 odst. 2 písm. a) zákona nevymezil v souladu s § 56 odst. 7 písm. c) zákona tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti obou veřejných zakázek, neboť k prokázání technického kvalifikačního předpokladu dle § 56 odst. 2 písm. a) zákona požadoval předložení seznamu minimálně tří významných služeb poskytovaných dodavateli pouze pro ÚSC, což neodpovídá druhu, rozsahu a složitosti veřejných zakázek, čímž zároveň porušil zásadu zakazu diskriminace dle § 6 zákona, když tímto postupem diskriminoval další potenciální dodavatele, kteří by byli schopni předmět veřejné zakázky splnit, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel již uzavřel s vybranými uchazeči smlouvy o dílo. Ve výroku III. Úřad za spáchání obou správních deliktů uložil zadavateli pokutu ve výši 10 000 Kč.
8. V rámci odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad ve vztahu k veřejné zakázce 1 a shodně k veřejné zakázce 2 poukázal na to, že není objektivně zdůvodnitelné vyžadovat po dodavatelích takové reference, podle kterých realizovali alespoň tři služby obdobného charakteru jako je předmětná veřejná zakázka u veřejného zadavatele, kterým je pouze ÚSC. Takovým vymezením minimální úrovně TKP zadavatel neodůvodněně vyloučil předložení referencí spočívajících v poskytování služeb obdobného charakteru a to minimálně od dalších veřejných zadavatelů, jako jsou ministerstva a jiné správní úřady, přičemž

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

dodavatel poskytující službu obdobného charakteru některému z těchto subjektů by byl bezpochyby schopen splnit předmět veřejné zakázky stejně jako dodavatel, který takovou službu poskytoval pro ÚSC. Koncepce vzdělávání u jednotlivých veřejných subjektů totiž podle Úřadu nevykazuje natolik rozdílné rysy, které by bylo nutné zohlednit a v zadávané veřejné zakázce reflektovat v podobě stanovení požadavku na technickou kvalifikaci.

9. Podle Úřadu rovněž není rozdíl mezi procesy probíhajícími v příspěvkových organizacích a obchodních společnostech ÚSC a jiných veřejných subjektů, pročez není nutné ani důležité tuto skutečnost reflektovat v podobě stanovení požadavku na technickou kvalifikaci. Takový požadavek Úřad označil za neodůvodněný s tím, že nelze vyloučit, že subjekt, který má praxi v oblasti zefektivnění řízení a optimalizace fungování různých organizací, avšak tuto činnost nevykonával pro veřejného zadavatele, by nebyl schopen předmět veřejné zakázky splnit.
10. Úřad uložil pokutu za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku II. napadeného rozhodnutí, neboť se jedná s ohledem na vyšší hodnotu plnění veřejné zakázky 2 o správní delikt závažnější (horní hranice možné pokuty činí částku ve výši 66 000 Kč) s tím, že ke správnímu deliktu uvedenému ve výroku I. napadeného rozhodnutí Úřad přihlédl jako k přitěžující okolnosti. Pokud se jedná o způsob spáchání správního deliktu, Úřad neshledal žádné skutečnosti, které by ovlivnily výši pokuty.

III. Námitky rozkladu

11. Dne 15. 9. 2015 obdržel Úřad rozklad zadavatele z téhož dne proti napadenému rozhodnutí. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 31. 8. 2015. Rozklad tedy byl podán v zákonné lhůtě.
12. Zadavatel v rozkladu ve vztahu k veřejné zakázce 2 uvádí, že při stanovení TKP vycházel z toho, že problematika řízení příspěvkových organizací je pro zřizovatele výrazně specifickou činností. V rozsahu předmětu veřejné zakázky 2 podle zadavatele neexistuje poptávka po obdobných činnostech ani v rámci soukromého sektoru ani u příspěvkových organizací, a proto stanovil pro výběr dodavatele požadavek na zkušenosti v oblasti řízení příspěvkových organizací ÚSC.
13. Dále zadavatel namítá, že jeho snahou bylo, aby obdržel nabídky od dodavatelů, kteří mají se zpracováním obdobných dokumentů zkušenosti, a aby vyloučil účast dodavatelů, kteří své služby poskytují pouze obchodním společnostem. Jedná se totiž o celý komplex odlišností oproti soukromé sféře, ať již jde o kompetence rady ÚSC při řízení příspěvkových organizací či funkci rady jako valné hromady u obchodních společností či zcela odlišné hospodaření, vlastnictví majetku a napojení na rozpočet ÚSC. Proto byla podle zadavatele nutná znalost fungování procesů v rámci ÚSC ve vztahu ke zřizovaným a zakládaným organizacím ohledně finančních toků či kompetence orgánů ÚSC.
14. Podle zadavatele jsou výše uvedené skutečnosti objektivním důvodem, na základě kterého byl oprávněn požadovat doložení seznamu minimálně tří významných služeb pro ÚSC, protože předmětem veřejné zakázky 2 byla problematika veřejných služeb v oblasti školství, zdravotnictví, sociálních služeb, kultury a dopravy. Splnění předmětu veřejné zakázky 2 bez zkušeností se specifickostí problematiky řízení příspěvkových organizací v podmínkách veřejné správy představovalo riziko řádného plnění veřejné zakázky 2.

15. K veřejné zakázce 1 zadavatel uvádí, že požadavek na stanovení technického kvalifikačního předpokladu vycházel ze znění zákona č. 312/2002 Sb., o úřednících územních samosprávných celků a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o úřednících“) upravující rozvoj lidských zdrojů v ÚSC. Zadavatel proto za účelem výběru vhodného dodavatele stanovil v zadávacích podmínkách požadavek na doložení tří významných služeb pro ÚSC, aby byl vybrán dodavatel, který již podobné dokumenty zpracovával pro jiné ÚSC, neboť při jejich vytváření je třeba vycházet ze zákona o úřednících. Snahou zadavatele tedy bylo zajistit podání nabídek dodavateli, kteří mají obdobné zkušenosti a vyloučit účast dodavatelů, kteří se zabývají podobným plněním, ale pouze pro soukromé společnosti.
16. Zadavatel k veřejné zakázce 2 uvádí, že lze přisvědčit tvrzení Úřadu, že příspěvkové organizace či obchodní organizace zakládají i ministerstva. V takovém případě se však jedná o státní příspěvkové organizace, které kvůli svému charakteru a způsobu napojení na rozpočet ministerstev, včetně hospodaření s majetkem, nelze označit za shodné s příspěvkovými organizacemi ÚSC s tím, že právě v oblasti vlastnictví majetku a zdanění těchto organizací existují mezi nimi rozdíly. Ve veřejné zakázce 2 však nešlo pouze o zakládání příspěvkových organizací, ale i o způsob jejich řízení, fungování a zákonných omezení.
17. Zadavatel dále vyjadřuje nesouhlas se závěrem Úřadu, že příspěvkové organizace a obchodní společnosti založené dalšími možnými veřejnými zadavateli fungují na stejném principu a že navržený optimální model řízení bude u nich zahrnovat velmi podobné činnosti. Namítá, že ÚSC zřizují své příspěvkové organizace k činnostem, které mají sami vykonávat, přičemž je jim umožněno právními předpisy přenést tyto činnosti právě na příspěvkové organizace, které si za tím účelem zřídí.
18. Podle zadavatele existují rozdíly také v hospodaření, které je dále v rámci jednotlivých oblastí upravováno dalšími zákony. V případě zřízených příspěvkových organizací ministerstev nejsou tyto činnosti kumulovány pod jedno ministerstvo, ale každé ministerstvo má svůj okruh činností, které prostřednictvím příspěvkových organizací zajišťuje. Každé ministerstvo může zřídit pouze příspěvkové organizace s vymezením hlavní činnosti, která je stanovena zvláštním zákonem. Ve vztahu k veřejné zakázce 2 považuje zadavatel za stěžejní, aby dodavatel měl zkušenosti s hospodařením a existencí příspěvkových organizací ÚSC, které musejí obsáhnout veškeré činnosti svěřené ÚSC.
19. Podle zadavatele je dalším rozdílem možnost nabývat majetek. Státní příspěvkové organizace hospodaří s majetkem státu, naproti tomu příspěvkové organizace ÚSC mohou z rozhodnutí zřizovatele vlastnit majetek nebo hospodařit s majetkem ÚSC a jsou tedy v tomto více omezeny. Z toho vyplývá nejen rozdílný způsob nakládání s majetkem, ale má to dopady i do daňové oblasti v souvislosti s daňovým odpisováním (dále existují rozdíly např. v oblasti nakládání s hospodářským výsledkem, hospodaření s fondy, napojení na rozdílné rozpočty či přijímání dotací).
20. Dále zadavatel uvádí, že příspěvkové organizace zakládají i ministerstva, či jiní veřejní zadavatelé, ne však v takové míře, jaká je obvyklá u ÚSC s tím, že jsou dána specifika i mezi příspěvkovými organizacemi zřízenými ministerstvy a příspěvkovými organizacemi zřízenými v soukromé sféře, jako např. vztah zřizovatele a zřízené organizace, napojení na rozpočet

či způsob hospodaření. Zadavatel ve vztahu k veřejné zakázce 1 i veřejné zakázce 2 trvá na oprávněnosti požadavku na prokázání kvalifikace v podobě předložení seznamu významných služeb poskytnutých ÚSC, neboť se jedná o specifickou problematiku upravenou samostatnými právními předpisy. Opačný výklad by podle zadavatele vedl k tomu, že v rámci TKP nebudou moci být ze strany zadavatelů vymezovány skutečné předpoklady pro realizaci veřejné zakázky stanovené v zájmu zadavatele tak, aby dodavatele vybral ze subjektů, jež poskytují záruky o své schopnosti veřejnou zakázku řádně, včas a v odpovídající kvalitě realizovat. Žádný z potenciálních dodavatelů dle zadavatele nepovažoval uvedený požadavek zadavatele za neoprávněný tak, aby vznesl proti zadávacím podmínkám námitky.

21. Dále zadavatel vyjadřuje nesouhlas se závěrem Úřadu učiněným ve vztahu k veřejné zakázce 1, podle něhož v případě vzdělávání zajišťovaného podle zákona o úřednících a podle Pravidel vzdělávání úředníků ve správních úřadech schválených vládou dne 30. 11. 2005 usnesením č. 1542 (dále jen „**Pravidla**“), se jedná o obdobná povinná vzdělávání, a že rozdíly mezi nimi nemají vliv na posouzení případu.
22. Jak vyplývá ze zákona o úřednících, může podle zadavatele vzdělávání úředníků ÚSC provádět pouze akreditovaná vzdělávací instituce. Naproti tomu vzdělávání státních úředníků zajišťují samy správní úřady bez požadavku na akreditaci poskytovatelů vzdělávání či vzdělávacích programů. Nejzásadnější rozdíl podle zadavatele spočívá v tom, že úředníci ÚSC musí prokázat zvláštní odbornou způsobilost k výkonu činnosti a to prostřednictvím zkoušky, přičemž úředníci správních úřadů takový typ vzdělávání podle Pravidel nemají. Dalším specifickým institutem je tzv. rovnocennost vzdělávání, tedy možnost neúčastnit se určité části vzdělávání, pokud úředník ÚSC získal vysokoškolské vzdělání v určitém typu studijního programu. Ve vzdělávání mezi úředníky státních orgánů a úředníky ÚSC jsou tedy dle zadavatele dány značné odlišnosti. Dodavatelé, kteří se neorientují v zákoně o úřednících, podle zadavatele nejsou schopni nabídnout plnění odpovídající zákonu o úřednících.

Závěr rozkladu

23. Na základě shora uvedených skutečností zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil, případně změnil.

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 rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy, jakož i správnost napadeného rozhodnutí, tu však toliko v rozsahu námitek uplatněných v rozkladu, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.

26. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je uvedeno ve výrocích I. až III. 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 nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

28. V první řadě je třeba zdůraznit, že zadavatel v rozkladu víceméně podává tytéž námitky a stanoviska, která uplatnil již ve svém vyjádření k zahájení správního řízení ze dne 29. 7. 2015. S ohledem na to pak mohu konstatovat, že se Úřad v napadeném rozhodnutí s otázkou odůvodněnosti požadavku na předložení minimálně tří významných služeb poskytovaných pro veřejného zadavatele, kterým je pouze ÚSC, jakožto stěžejního argumentu zadavatele, vyčerpávajícím způsobem vypořádal, proto nyní mohu mnohé jen opakovat a argumentaci Úřadu obsaženou v napadeném rozhodnutí, se kterou se ztotožňuji, pouze rozšířit.
29. Co se týče požadavků zadavatele na prokázání TKP, nejprve odkazuji na rozsudek Nejvyššího správního soudu (dále jen „**NSS**“) č. j. 7 Afs 44/2013-37 ze dne 7. 11. 2013, kde je uvedeno, že „... je na uvážení zadavatele, jaké a jak podrobné podmínky účasti na veřejné zakázce nastaví. V souladu s výše uvedeným však požadavky k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů musí být přípustné a i samotný důvod jejich vyžadování musí být v souladu se základními zásadami upravenými v § 6 zákona o veřejných zakázkách, podle kterých je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Stanovení minimální úrovně předpokladů musí navíc odpovídat druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky (§ 56 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách) a také s ním musí důvodně souviset (§ 50 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách). Naplnění těchto zásad směřuje k cíli samotného zákona, a to zajištění rovného konkurenčního prostředí při nakládání s veřejnými prostředky. Zásada zákazu diskriminace tak společně s ostatními základními zásadami (transparentnosti, rovného zacházení) prochází skrze celou zákonnou úpravu a nutně se musí odrazit v každém vnějším výstupu zadavatele. Pouhý požadavek na dodržování uvedených zásad by však byl v rámci bezbřehého a ničím neregulovaného procesu prakticky nekontrolovatelný, a tedy neprosaditelný. Z tohoto důvodu zákon o veřejných zakázkách obsahuje kromě základních zásad také soubor relativně podrobných a prostor pro úvahu zadavatele neponechávajících ustanovení, upravujících samotný proces zadávání veřejných zakázek. Vedle toho zákon o veřejných zakázkách obsahuje ustanovení poskytující zadavateli možnost klást na dodavatele konkrétní požadavky. S ohledem na individuální povahu každé zakázky je pak zadavateli ponechána velká míra volnosti. Zadavatel může např. v technických podmínkách nebo v kvalifikačních požadavcích stanovit konkrétní požadavky, bez jejichž splnění se dodavatel nemůže o veřejnou zakázku úspěšně ucházet. Jejich stanovením tak přímo ovlivňuje okruh možných dodavatelů. Z tohoto důvodu je zapotřebí k počtu a míře takových požadavků přistupovat striktně v duchu výše uvedených zásad (blíže viz např. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 30. září 2011, č. j. 5 Afs 78/2010 – 186, ze dne 20. prosince 2012, č. j. 1 Afs 66/2012 – 64, ze dne 27. června 2013, č. j. 1 Afs 20/2013 – 47, všechny na www.nssoud.cz). Co se týče konkrétních požadavků na dodavatele, úprava v zákoně o veřejných zakázkách umožňuje zadavateli zvolit si z nich takové, které považuje

ve vztahu k předmětu zakázky za nezbytné. Protože se jedná převážně o ustanovení ponechávající zadavateli prostor pro úvahu, musí být potřeba takového požadavku odůvodnitelná. To znamená, že čím podrobnější a přísnější požadavky zadavatel zvolí, tím vyšší nároky budou kladeny na jejich odůvodnění“.

30. Z výše uvedeného tedy vyplývá, že zadavatel sice má možnost klást konkrétní požadavky na splnění TKP, avšak tyto požadavky jsou limitovány zásadou zákazu diskriminace a zároveň, pokud zadavatel stanoví konkrétní požadavky na předložení referenčních zakázek velmi detailně, musí být tyto požadavky odůvodnitelné ve vztahu k omezování účinné hospodářské soutěže. Jakmile tedy být jen jeden z požadavků překročí mez odůvodnitelnosti a lze shledat, že narušuje hospodářskou soutěž tím způsobem, že formou skryté diskriminace není některým potenciálním uchazečům umožněno podat nabídku, je nutno konstatovat, že tento požadavek není stanoven v souladu se zásadou zákazu diskriminace a celé zadávací řízení je tak stíženo vadou, která je odstranitelná pouze v případě, že dosud neuplynula lhůta pro podání nabídky. V šetřeném případě však byly uzavřeny smlouvy s oběma vybranými uchazeči a okamžikem uzavření těchto smluv se zadavatel dopustil správních deliktů specifikovaných ve výrocích I. a II. napadeného rozhodnutí.
31. Zdůrazňuji, že v rámci zkoumání toho, zda zadavatelem nastavené zadávací podmínky, a to včetně jeho požadavků na prokázání kvalifikace, odpovídají zákonu, musí být vždy pečlivě zohledněny veškeré aspekty konkrétního případu. Do úvahy proto musí být brána, vedle dalších okolností, i povaha poptávaného předmětu veřejné zakázky, tzn. jeho „běžnost“, či naopak „exkluzivnost“ a od ní se odvíjející velikost, resp. šíře, relevantního trhu. Znaky porušení zákona bude vykazovat, ve vztahu k vymezení zadávacích podmínek, tedy i požadavků na kvalifikaci, výlučně takové jednání zadavatele, kdy tento vymezí zadávací podmínky skutečně excesivně, čili tak, že dopad jeho jednání na konkurenční prostředí bude zjevně nepřiměřený důvodům, které zadavatele k takovému vymezení zadávacích podmínek vedly.
32. Zadavatel ve svém rozkladu, stejně jako ve stanovisku ze dne 29. 7. 2015 namítá, že byl oprávněn požadovat doložení seznamu minimálně tří významných služeb poskytovaných pro veřejného zadavatele, kterým je pouze ÚSC, jelikož nastaly objektivní důvody, kterého jej k jeho požadavku opravňovaly, a sice zejména specifičnost problematiky s ohledem na vymezený předmět obou veřejných zakázek. K zákonnosti předmětných zadavatelem nastavených TKP uvádím následující.
33. Ze zadávací dokumentace veřejné zakázky 1 vyplývá, že předmětem veřejné zakázky 1 bylo zpracování koncepce rozvoje lidských zdrojů včetně koncepce vzdělávání na Krajském úřadě zadavatele. Jak jsem ověřil ve spisové dokumentaci, zadavatel v rámci zadávacích podmínek veřejné zakázky 1 požadoval analýzu stávajícího stavu funkčních míst na Krajském úřadě zadavatele, zpracování návrhu koncepce rozvoje lidských zdrojů, kompetenčních modelů, návrhů konkrétních postupů, pravidel a vnitřních norem, a dále koučink či tzv. field assistance. Není zřejmé, co zadavatel považuje za natolik specifického v povaze činnosti, jakou je např. zorganizování workshopu, rozhovoru s příslušnými zaměstnanci Krajského úřadu zadavatele, analýza dosavadního stavu, předložení nashromážděného materiálu k připomínkování zadavateli a jejich zpracování, podrobněji viz znění návrhu smlouvy na realizaci veřejné zakázky 1. Mám za to, že požadované činnosti lze logicky označit za běžné požadavky, k jejichž zajištění bezesporu mohou být kompetentní dodavatelé mající

zkušenosti s předmětem plnění uskutečněným pro nejrůznější subjekty, jejichž povaha není rozhodující. Jinými slovy, již z podstaty věci se jedná o požadavky nevykazující specifický charakter či rozdíl v dosažitelné kvalitě plnění mezi dodavateli, kteří v minulých letech realizovali služby pro veřejného zadavatele, kterým je ÚSC či jiný veřejný zadavatel, např. ústřední správní úřad či ministerstvo, případně i subjekt mající soukromoprávní povahu. K řádné realizaci zadavatelem takto stanoveného předmětu veřejné zakázky zjevně dostačují zkušenosti možných uchazečů, kteří již dříve podobné činnosti v podobném rozsahu prováděli. Není vyloučeno, že by ostatní dodavatelé (mající zkušenost s realizací předmětných služeb např. ve prospěch soukromoprávního subjektu) nenabídli kvalitnější či výhodnější plnění než pouze dodavatelé, na které se zadavatel v rámci stanovení TKP zaměřil (nadto na území České republiky působí takových potenciálních dodavatelů celá řada). Není tak rozhodující, jestli se jednalo o služby realizované ve prospěch veřejného zadavatele, kterým je pouze ÚSC či ve prospěch jiného veřejného zadavatele, např. ústředního správního úřadu či ministerstva, případně i ve prospěch subjektu majícího soukromoprávní povahu. Hlavního cíle projektu, tedy posílení institucionální kapacity a efektivnosti výkonu územní veřejné správy v působnosti zadavatele a jeho krajského úřadu v rámci veřejné zakázky 1, by mohlo být v obdobné kvalitě dosaženo i v případě zapojení dodavatelů majících zkušenosti s realizací služeb nikoliv pouze pro veřejného zadavatele, kterým je ÚSC, ale i pro jiného veřejného zadavatele, či pro subjekt neveřejnoprávní povahy, k tomu viz body 37. až 39. odůvodnění tohoto rozhodnutí. S ohledem na výše uvedené konstatuji, že předmětem veřejné zakázky 1 byly „běžné“ služby spočívající ve zpracování koncepce rozvoje lidských zdrojů včetně koncepce vzdělávání u zadavatele a ve zpracování návrhu konkrétních postupů, pravidel a vnitřních norem v oblasti vzdělávání. Nejednalo se tedy o služby jakkoli specifické či exkluzivní, které by mohly ospravedlnit předmětný postup zadavatele, jak zadavatel nedůvodně uvádí v rozkladu.

34. Ze zadávací dokumentace veřejné zakázky 2 vyplývá, že předmětem veřejné zakázky 2 bylo navrzení optimální právní formy organizací, jejichž prostřednictvím zadavatel zajišťuje své kompetence, a dále navrzení optimálního modelu řízení vybraných organizací zřízených zadavatelem a jejich spolupráce, stanovení postupu zavedení tohoto modelu řízení do praxe, a optimalizace počtu řídicích pracovníků a jejich organizační struktury. Zadavatel v rámci zadávacích podmínek veřejné zakázky 2 požadoval navrzení optimální právní formy organizací, optimálního modelu řízení vybraných organizací, stanovení postupu zavedení tohoto modelu řízení do praxe pro jednotlivé organizace (zpracování návrhu postupu zavedení modelu řízení do praxe, stanovení způsobu měření úspěšnosti implementace nového modelu řízení, seznámení politiků, zaměstnanců úřadu a ředitelů organizací s novými nástroji řízení a jejich použitím v praxi, stanovení způsobu prezentace postupu dotčeným zaměstnancům) a rovněž optimalizaci počtu řídicích pracovníků a jejich organizační struktury. Není zřejmé, co zadavatel považuje za natolik specifického v povaze výše konkretizovaných činností, jak je tato uvedena v předchozí větě (podrobněji viz znění návrhu smlouvy na realizaci veřejné zakázky 2). Domnívám se, že výše specifikované činnosti lze se zřetelem na jejich podstatu označit za běžné požadavky, k jejichž zajištění bezesporu mohou být kompetentní dodavatelé mající zkušenosti s předmětem plnění uskutečněným pro subjekty, jejichž povaha není rozhodující. Jedná se tedy o požadavky nevykazující specifický charakter či rozdíl v dosažitelné kvalitě plnění mezi dodavateli, kteří v minulých letech realizovali služby pro veřejného zadavatele, kterým je ÚSC či jiný veřejný zadavatel,

např. ústřední správní úřad či ministerstvo, případně i subjekt mající soukromoprávní povahu. K řádné realizaci zadavatelem stanoveného předmětu veřejné zakázky 2 evidentně dostačují zkušenosti možných uchazečů, kteří již dříve podobné činnosti v podobném rozsahu prováděli, přičemž není rozhodující, jestli se jednalo o služby realizované ve prospěch veřejnoprávního subjektu či subjektu majícího soukromoprávní povahu. Není vyloučeno, že by ostatní dodavatelé (mající zkušenost s realizací předmětných služeb např. ve prospěch soukromoprávního subjektu) nenabídli kvalitnější či výhodnější plnění než pouze dodavatelé, na které se zadavatel v rámci stanovení TKP zaměřil, přičemž lze zároveň konstatovat, že na území České republiky je celá řada takových potenciálních dodavatelů. I v případě veřejné zakázky 2 by tak hlavního cíle projektu (posílení institucionální kapacity a efektivnosti výkonu územní veřejné správy v působnosti zadavatele a jeho krajského úřadu) mohlo být v obdobné kvalitě dosaženo, pokud by zadavatel umožnil účast na této veřejné zakázce dodavatelům majícím zkušenosti s realizací služeb nikoliv pro veřejného zadavatele, kterým je pouze ÚSC, ale i jiného veřejného zadavatele, či pro subjekt soukromoprávní. S ohledem na výše uvedené konstatuji, že předmětem veřejné zakázky 2 byly „běžné“ služby spočívající v navržení optimální právní formy předmětných organizací, navržení optimálního modelu řízení vybraných organizací zřízených zadavatelem a jejich spolupráce či stanovení postupu zavedení tohoto modelu řízení do praxe – předmětem této veřejné zakázky tak nebyly služby specifického (exkluzivního) charakteru, jak tvrdí zadavatel v rozkladu.

35. Podle návrhu smlouvy o dílo (veřejná zakázka 2) realizace zadavatelem stanovených aktivit dodavatelem má přinést následující – slovy zadavatele – „efekty“: jasně definované postupy a nástroje řízení předmětných organizací (formou standardizovaného procesu), kontrolu nad klíčovými faktory řízení těchto organizací (hospodaření s finančními prostředky a svěřeným majetkem, rozsah a kvalita veřejných služeb), optimalizaci počtu a struktury vedoucích pracovníků, formalizované konkrétní řídicí nástroje a možnost individuálně sledovat vývoj řízení jednotlivých organizací. Obdobných efektů, jako efektů požadovaných zadavatelem v rámci předmětných veřejných zakázek, jak vyplývá z textu výše, by mohlo být dosaženo i za účasti dodavatelů majících zkušenosti s realizací služeb nikoliv pro veřejného zadavatele, kterým je pouze ÚSC, ale i jiného veřejného zadavatele, či pro subjekt soukromoprávní povahy. Není totiž pochyb o tom, že jednotliví dodavatelé specializující se na poskytování předmětných služeb jsou zpravidla schopní přizpůsobit předmět plnění konkrétním požadavkům objednatele, a to bez ohledu na jeho povahu či právní formu nebo organizační strukturu. Nadto je třeba poukázat na skutečnost, že dodavatel, který poskytoval obdobnou službu veřejnému zadavateli, kterým je ÚSC, nemusí být v předmětné problematice „erudovanější“ či schopnější než dodavatel, který takovou službu veřejnému zadavateli, kterým je ÚSC, neposkytoval, když požadavky (přes zjevnou podobnost stěžejních otázek) jednotlivých zadavatelů mohou být různé, a to s ohledem na jejich možnou odlišnou organizační strukturu. Pro řádné plnění veřejné zakázky je podstatná schopnost toho kterého dodavatele nastudovat si předmětnou problematiku, resp. případné dílčí odlišnosti, které mohou vykazovat činnosti poskytované veřejnému zadavateli, kterým je ÚSC ve srovnání s činnostmi poskytovanými jinému veřejnému zadavateli, případně subjektu soukromoprávnímu. Nelze tedy ani např. konstatovat, že dodavatel, který poskytoval obdobnou službu veřejnému zadavateli, kterým je ÚSC, bude plnit předmět veřejné zakázky lépe, než dodavatel, jenž takovou službu v minulosti poskytoval například právě

soukromoprávnímu subjektu. Mohu tak uzavřít, že uvedené povinnosti nemají vliv na kvalitu zadavatelem požadované koncepce rozvoje lidských zdrojů včetně koncepce vzdělávání u zadavatele (veřejná zakázka 1), resp. na navržení optimální právní formy organizací, a navržení optimálního modelu řízení vybraných organizací zřízených zadavatelem a jejich spolupráce (veřejná zakázka 2).

36. Ve vztahu k další rozkladové argumentaci zadavatele týkající se výlučně veřejné zakázky 1, v rámci které zadavatel vyjadřuje nesouhlas se závěrem Úřadu, podle něhož v případě vzdělávání zajišťovaného podle zákona o úřednících a podle Pravidel se jedná o obdobná povinná vzdělávání, a že rozdíly mezi nimi mají vliv na posouzení tohoto případu Úřadem, uvádím následující. Úřad v rámci odůvodnění napadeného rozhodnutí v pasáži týkající se veřejné zakázky 1, resp. správního deliktu vymezeného ve výroku I. napadeného rozhodnutí, srozumitelně a vyčerpávajícím způsobem komparoval povinnosti kladené na jednotlivé úředníky zákonem o úřednících a Pravidly s tím, že v bodě 52. odůvodnění napadeného rozhodnutí učinil jednoznačný relevantní závěr, dle něhož, cit.: *„Jedná se však o obdobná povinná vzdělávání, která zahrnují jak vstupní vzdělávání, tak i povinné následné vzdělávání“*. Se zřetelem na skutečnosti uvedené v odůvodnění napadeného rozhodnutí je zřejmé, že i samotná Pravidla stanovují obdobné povinnosti kladené na úředníky ústředních správních úřadů ve srovnání s povinnostmi zakotvenými v zákoně o úřednících, jež se vztahují pouze na úředníky ÚSC. Zadavatel v této souvislosti v rozkladu argumentuje tím, že úředníci ÚSC musí prokázat zvláštní odbornou způsobilost k výkonu činnosti, a to prostřednictvím zkoušky, přičemž úředníci ústředních správních úřadů takový typ vzdělávání podle Pravidel absolvovat nemusí, v čemž podle něj spočívá nejzásadnější rozdíl. K výše uvedenému akcentuji, že z předmětné argumentace vznesené zadavatelem v rozkladu nevyplývá žádná skutečnost, která by mě mohla vést k odlišnému závěru, než byl učiněn Úřadem v bodě 52. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Určité Úřadem zjištěné a rovněž zadavatelem zdůrazněné dílčí rozdíly v požadavcích na vzdělávání úředníků ÚSC ve smyslu zákona o úřednících a v požadavcích na vzdělávání úředníků ústředních správních úřadů ve smyslu Pravidel (jde o některé rozdílné druhy vzdělávání) nejsou pro posouzení daného případu relevantní. Z obsahového hlediska se totiž nepopíratelně jedná o velmi podobné a obecně formulované povinnosti pro úředníky ÚSC i pro úředníky ústředních správních úřadů, které vyplývají z obou Úřadem srovnávaných právních norem (tj. ze zákona o úřednících a z Pravidel), a sice o povinnost absolvovat vstupní a rovněž následné vzdělávání. Na výše uvedeném tak nemůže nic změnit dílčí argumentace zadavatele, v rámci které poukazuje na to, že ve smyslu zákona o úřednících může vzdělávání úředníků ÚSC provádět pouze akreditovaná vzdělávací instituce, přičemž vzdělávání úředníků ústředních správních úřadů zajišťují samy správní úřady bez požadavku na akreditaci poskytovatelů vzdělávání či vzdělávacích programů. V případě tohoto v rozkladu zadavatelem demonstrovaného rozdílu se totiž, jak bylo výše uvedeno, jedná o zcela marginální rozdíl nemající vliv na celkové posouzení rozdílů vyplývajících z obou právních norem – koncepce vzdělávání u subjektů majících veřejnoprávní povahu je z podstaty věci velmi podobná, viz bod 53. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Zdůrazňuji, že pro řádné plnění veřejné zakázky je podstatná schopnost toho kterého dodavatele nastudovat si případné dílčí odlišnosti, které může vykazovat úprava předmětné problematiky obsažená v zákoně o úřednících a v Pravidlech a bez problému se v této problematice zorientovat. Nelze tedy ani např. konstatovat, že dodavatel, který poskytoval obdobnou službu veřejnému

zadavateli, který je ÚSC, bude plnit předmět veřejné zakázky lépe, než dodavatel, jenž takovou službu v minulosti poskytoval jinému veřejnému zadavateli či soukromoprávnímu subjektu. Zadavatelem stanovená minimální úroveň TKP nemá dostatečnou vypovídací schopnost o způsobilosti dodavatele a o jeho zkušenostech s poskytováním služeb ve prospěch toho kterého veřejného zadavatele a neplní tedy ani účel stanovení technických kvalifikačních předpokladů ve smyslu relevantních ustanovení zákona. Již z toho důvodu nemůže obstát související rozkladová argumentace zadavatele, v rámci které podotýká, že dodavatelé, kteří se neorientují v zákoně o úřednících, nejsou z jím uváděných důvodů schopni nabídnout plnění odpovídající zákonu o úřednících.

37. Třebaže tedy zadavatel trvá na oprávněnosti svého požadavku na prokázání TKP v podobě předložení seznamu významných služeb poskytnutých pouze ÚSC, mám za to, že předmětný požadavek vznesený zadavatelem na prokázání TKP nelze označit za oprávněný, neboť s ohledem na výše uvedené nelze považovat za objektivně zdůvodnitelný požadavek, v rámci něhož jsou po dodavatelích vyžadovány reference, podle nichž realizovali alespoň tři služby obdobného charakteru jako je předmětná veřejná zakázka, a to u veřejného zadavatele, kterým je pouze ÚSC. Nelze totiž vyloučit, že subjekt mající praxi v oblasti koncepce rozvoje lidských zdrojů, avšak tuto činnost vykonával pro veřejného zadavatele, kterým není ÚSC, nebo pokud by takovou činnost vůbec nevykonával pro veřejného zadavatele, nýbrž pro subjekt soukromoprávní, by byl schopen splnit předmět této veřejné zakázky. Nadto skutečnost, že je předmětná problematika upravena samostatnými právními normami, resp. zčásti v zákoně o úřednících a zčásti v Pravidlech, nemůže na výše uvedených závěrech Úřadu obsažených v napadeném rozhodnutí nic změnit. Rozkladová argumentace zadavatele, v rámci níž podotýká, že v případě vzdělávání zajišťovaného podle zákona o úřednících a podle Pravidel se nejedná o obdobná povinná vzdělávání, a že rozdíly mezi nimi nemají vliv na posouzení případu Úřadem, jako nedůvodná neobstojí.
38. Pokud jde o argumentaci zadavatele týkající se výlučně veřejné zakázky 2, v rámci které zdůrazňuje, že v případě požadavků zadavatele se jedná o komplex odlišností oproti soukromé sféře, ať již jde o kompetence rady ÚSC při řízení příspěvkových organizací, funkci rady jako valné hromady u obchodních společností či odlišné hospodaření, vlastnictví majetku a napojení na rozpočet ÚSC, uvádím následující. Jak Úřad uvedl v bodě 65. odůvodnění napadeného rozhodnutí, příspěvkové organizace a jiné obchodní společnosti založené jinými veřejnými zadavateli než ÚSC fungují prakticky na stejném principu. Postupy řízení, jejich správy a celkového fungování, které se u nich uplatňují, je tedy nezbytné označit za velmi podobné. Z toho důvodu i provedení analýzy současného způsobu řízení a souvisejících procesů, navržení optimálního modelu řízení a vypracování návrhu, jakým způsobem bude nový model řízení zaveden do praxe, bude u příspěvkových organizací a obchodních společností založených kterýmkoliv z veřejných zadavatelů v komplexu a s ohledem na podobné procesy zahrnovat velmi podobné činnosti. Jednotliví dodavatelé specializující se na poskytování předmětných služeb jsou zpravidla schopni přizpůsobit předmět plnění konkrétním požadavkům objednatele, a to bez ohledu na dílčí rozdíly spočívající ve způsobu hospodaření či vlastnictví majetku u objednatele, kterým je ÚSC, jiný veřejný zadavatel či soukromoprávní subjekt. Pro řádné plnění veřejné zakázky je podstatná schopnost toho kterého dodavatele nastudovat si předmětnou problematiku, resp. případné výše nastíněné dílčí odlišnosti, které může vykazovat rozdílná právní forma či odlišná organizační struktura veřejného zadavatele, který je ÚSC ve srovnání s jiným veřejným

zadavatelem, případně soukromoprávním subjektem. Nelze předjímat, že dodavatel, který poskytoval obdobnou službu veřejnému zadavateli, který je ÚSC, bude plnit předmět veřejné zakázky lépe, než dodavatel, jenž takovou službu v minulosti poskytoval jinému veřejnému zadavateli či soukromoprávnímu subjektu. Mám tedy za to, že není markantní rozdíl mezi procesy probíhajícími v příspěvkových organizacích a obchodních společnostech ÚSC a jiných veřejných subjektů. S ohledem na to, že zadavatel tuto skutečnost v rámci této veřejné zakázky (a i v rámci druhé posuzované veřejné zakázky) při stanovení minimální úrovně TKP nereflektoval, nelze jinak než označit jeho předmětný požadavek za neodůvodněný, resp. nesplňující přísné nároky na jeho odůvodnění uvedené v rozsudku NSS č. j. 7 Afs 44/2013-37 ze dne 7. 11. 2013. Z toho důvodu nelze jinak, než tuto námitku vznesenou zadavatelem v rozkladu odmítnout jako nedůvodnou. V této souvislosti nezpochybňuji tvrzení zadavatele, že je nutné, aby dodavatel disponoval znalostí fungování procesů v rámci ÚSC ve vztahu ke zřizovaným a zakládaným organizacím ohledně finančních toků či kompetence orgánů ÚSC. To však nic nemění na tom, že zadavatel v daném případě postupoval v rozporu se zákonem, resp. diskriminačně. Nelze jinak než tuto rozkladovou námitku odmítnout jako nedůvodnou.

39. Ve vztahu k rozkladové argumentaci zadavatele, v rámci které uvádí, že jeho snahou bylo, aby obdržel nabídky od dodavatelů, kteří mají se zpracováním obdobných dokumentů zkušenosti, a aby vyloučil účast dodavatelů, kteří své služby poskytují pouze obchodním společnostem, uvádím následující. Skutečnost, že se zadavatel snažil, resp. že v této části rozkladové argumentace deklaruje snahu postupovat tak, aby obdržel nabídky od dodavatelů, kteří mají se zpracováním obdobných dokumentů zkušenosti, nemůže nic změnit na tom, že v daném případě postupoval v rozporu s § 56 odst. 7 písm. c) zákona, § 56 odst. 2 písm. a) zákona a rovněž v rozporu se zásadou zákazu diskriminace dle § 6 zákona. Zadavatel svůj nezákonný postup nemůže nikterak ospravedlnit tím, že se – svými slovy – „snažil“ postupovat souladně se zákonem, a sice obdržet nabídky od zkušených dodavatelů, aniž by některého z nich diskriminoval. Jak bylo výše uvedeno, pro řádné plnění veřejné zakázky je podstatná schopnost toho kterého dodavatele nastudovat si předmětnou problematiku, resp. potenciální dílčí odlišnosti, které mohou vykazovat činnosti poskytované veřejnému zadavateli, který je ÚSC ve srovnání s činnostmi poskytovanými jinému veřejnému zadavateli či ve prospěch soukromoprávního subjektu. Načerpání předmětných – slovy zadavatele – „zkušeností“ tedy s ohledem na povahu předmětné problematiky nemohlo být ani ve vztahu k dodavatelům, kteří v minulosti poskytovali obdobné služby ve prospěch jiného veřejného zadavatele než je ÚSC, nikterak problematické. Nelze tak konstatovat, že dodavatel, který poskytoval obdobnou službu veřejnému zadavateli, který je ÚSC, bude plnit předmět veřejné zakázky lépe, než dodavatel, jenž takovou službu v minulosti poskytoval například právě soukromoprávnímu subjektu. Zadavatelův postup, v jehož rámci diskriminoval další potenciální dodavatele, kteří by byli schopni splnit předmět veřejných zakázek, vykazuje veškeré znaky spáchání správního deliktu ve smyslu § 120 odst. 1 písm. a) zákona, přičemž odpovědnost za spáchání tohoto správního deliktu je objektivní odpovědností, u níž není rozhodná existence či míra zavinění. Jak jsem dovedl výše, zadavatel se dopustil předmětných správních deliktů tím, že v rozporu s relevantními ustanoveními zákona znemožnil účastnit se obou veřejných zakázek mj. soukromoprávním subjektům. Ani tato dílčí argumentace zadavatele uvedená v rozkladu tak pro svou nedůvodnost neobstojí.

40. Pokud se jedná o námitku zadavatele, v rámci které uvádí, že případná absence zkušenosti dodavatelů se specifičností problematiky řízení příspěvkových organizací v podmínkách veřejné správy představovala riziko řádného plnění veřejné zakázky, uvádím následující. Takovou námitku považuji za zavádějící, neboť prosté výše uvedené konstatování zadavatele nelze považovat za argument, který by jakkoli odůvodňoval, resp. ospravedlnil, předmětný (nezákonný) postup zadavatele, neboť se jedná pouze o obecné a ničím nepodložené prohlášení s tím, že předmětné jednání zadavatele považuji s ohledem na výše uvedené za diskriminační.
41. Pokud se jedná o související tvrzení zadavatele, podle něhož minimální úroveň předmětných TKP stanovil tak, jak stanovil, jelikož v rozsahu předmětu veřejné zakázky u příspěvkových organizací ani v soukromém sektoru neexistuje poptávka, uvádím následující. Zadavatel v předmětné části rozkladu dostatečně nekonkretizuje toto své tvrzení poukazující na neexistenci poptávky po obdobných činnostech v rozsahu jím vymezených předmětů veřejných zakázek, což činí předmětné tvrzení zadavatele zcela vágní. Nejedná se proto o námitku (ve smyslu správního řádu) směřující proti meritů věci, nýbrž o pouhé tvrzení nesměřující proti závěrům obsaženým v napadeném rozhodnutí. Zadavatel v rámci této argumentace v ničem nerozporuje závěry Úřadu obsažené v napadeném rozhodnutí. Z ničeho tedy nevyplývá, že by v rámci daného segmentu „trhu“ neexistovala ze strany příspěvkových organizací či soukromoprávních subjektů poptávka, jak nedůvodně tvrdí zadavatel v rozkladu s tím, že tuto argumentaci jím uvedenou v rozkladu je třeba označit za ryze spekulativní.
42. Jak bylo výše uvedeno, stanovením požadavků na TKP zadavatel přímo ovlivňuje okruh možných dodavatelů, pročez je nezbytné, aby zadavatel v rámci jejich stanovení postupoval striktně v duchu zásad zákazu diskriminace, transparentnosti a rovného zacházení. Jelikož ustanovení § 56 odst. 7 písm. c) zákona ponechává zadavateli prostor pro úvahu, musí být potřeba takového požadavku odůvodnitelná, což předmětný postup zadavatele nesplnil, když požadavky na kvalifikaci vymezil excesivně, tedy způsobem, v rámci něhož lze označit dopad jeho postupu na konkurenční prostředí za zjevně nepřiměřený ve vztahu k důvodům, které jej k takovému vymezení zadávacích podmínek vedly. Z výše uvedených důvodů tedy vymezení předmětů obou veřejných zakázek není natolik specifické, složité a pro splnění předmětů obou veřejných zakázek nezbytné, aby dodavatelé museli dokládat zkušenosti s realizací služeb obdobného charakteru, jako jsou předmětné veřejné zakázky u veřejného zadavatele, kterým je pouze ÚSC. Nejedná se totiž o natolik specifický charakter předmětů plnění veřejných zakázek, který by vyžadoval zvláštní způsobilost dodavatele. Pro ilustraci uvádím, že například právě problematika řízení příspěvkových organizací nemusí být pro zřizovatele výrazně specifickou činností, jak zadavatel namítá v rozkladu.
43. K tvrzení zadavatele, obsaženému v rozkladu, podle něhož žádný z možných dodavatelů nesplňujících daná kvalifikační kritéria nepodal proti zadávacím podmínkám námitky podle § 110 odst. 3 zákona (viz bod 20. odůvodnění tohoto rozhodnutí), konstatuji následující. Tato skutečnost neznamená, že zadavatel aplikoval § 56 odst. 7 písm. c) zákona správným a příslušným způsobem, a že tedy byly předmětné veřejné zakázky zadavatelem zadány v souladu se zákonem. Nadto pouhá skutečnost, že potenciální dodavatelé nepodali příslušné námitky, neznamená, že se jim předmětné veřejné zakázky (resp. stanovení příslušných TKP) nemohly jevit jako diskriminační, pročez se zadávacích řízení nezúčastnili,

aniž by tyto námitky podali. Úřadem bylo prokázáno, že zadavatel nevymezil minimální úroveň TKP v souladu s ustanovením § 56 odst. 2 písm. a) zákona s ohledem na druh, rozsah a složitost předmětu plnění veřejné zakázky a vzhledem k této skutečnosti neshledávám výše nastíněný argument zadavatele za argument relevantní, resp. s ohledem na výše konstatované závěry je nutné tuto námitku vznesenou zadavatelem v rozkladu označit za nedůvodnou.

44. Shrnuji, že s ohledem na závěry uvedené ve výše citovaném rozsudku NSS č. j. 7 Afs 44/2013-37 ze dne 7. 11. 2013 lze dovodit, že stanovení TKP musí v první řadě reflektovat předmět plnění předmětných veřejných zakázek. V tomto rámci je tedy zadavateli dána možnost stanovit konkrétní TKP, respektive zákon připouští omezení okruhu možných dodavatelů, kteří se mohou ucházet o veřejnou zakázku. Zadavatel je však neustále konfrontován s tím, že i přesto, že se konkrétní požadavek vztahuje k předmětu plnění veřejné zakázky, může překročit mez, za kterou se již stává diskriminujícím. Tuto mez je třeba identifikovat vždy ad hoc v rámci jednotlivých veřejných zakázek. V šetřené věci by byl například přijatelný požadavek na předložení referenčních zakázek, ze kterých by vyplývalo, že dodavatel má zkušenosti s poskytováním služeb obdobného charakteru minimálně ve vztahu k dalším veřejným zadavatelům, jako jsou ministerstva a jiné správní úřady, či ve vztahu k subjektům soukromoprávního charakteru. Jak bylo uvedeno v odůvodnění napadeného rozhodnutí, koncepce vzdělávání u jednotlivých veřejných subjektů nevykazuje natolik rozdílné rysy, které by bylo nutné zohlednit a následně v zadávaných veřejných zakázkách reflektovat v podobě stanovení požadavku na technickou kvalifikaci. Pokud dodavatel disponuje zkušenostmi s plněním požadovaným zadavatelem, není třeba dále konkretizovat požadavky na předložení referenčních zakázek a vyžadovat zkušenosti s realizací předmětných činností ve prospěch veřejného zadavatele, kterým je pouze ÚSC, jak požadoval zadavatel. Stanovením takové upřesňující podmínky tak nedochází k ničemu jinému než k neodůvodněnému omezování okruhu možných dodavatelů, neboť již došlo k překročení hranice, za kterou je kombinace požadavků na splnění TKP diskriminační, což je v rozporu se zákonem i ustálenou judikaturou týkající se stanovování TKP.
45. V návaznosti na shora uvedené proto konstatuji, že z hlediska šetřeného případu není objektivně zdůvodnitelné vyžadovat na dodavatelích takové reference, podle nichž realizovali služby obdobného charakteru jako je předmětná veřejná zakázka u veřejného zadavatele, kterým je pouze ÚSC. Nenastaly objektivní důvody, které by zadavatele opravňovaly k jeho požadavku, a sice specifická problematika s ohledem na předmět obou veřejných zakázek. Požadavky zadavatele se zřetelem na výše uvedené překročily mez odůvodnitelnosti, protože shledávám, že jeho postup narušil hospodářskou soutěž tím způsobem, že formou skryté diskriminace neumožnil některým potenciálním uchazečům podat nabídku. Nebyly tak splněny požadavky pro stanovení minimální úrovně TKP ve smyslu zákona, resp. požadavky uvedené mj. v rozsudku NSS č. j. 7 Afs 44/2013-37 ze dne 7. 11. 2013. Předmětný požadavek zadavatele nelze považovat za opodstatněný, neboť Úřad správně dovodil, že realizace zadavatelem poptávaných služeb nevykazuje podstatné odlišnosti od obdobných služeb realizovaných ve prospěch veřejného zadavatele, kterým je pouze ÚSC, či dokonce ve prospěch soukromého subjektu. Zadavatel poptával mimo jiné takového dodavatele, který je schopen zpracovat koncepci rozvoje lidských zdrojů včetně koncepce vzdělávání u zadavatele. Bylo zcela bezdůvodné, aby zadavatel omezoval okruh potenciálních dodavatelů, jež by mohli shora uvedené a zadavatelem poptávané služby

zrealizovat, tím, že stanovil předmětný TKP. Uvedeným vymezením minimální úrovně TKP zadavatel neodůvodněně vyloučil předložení referencí o realizaci obdobných zakázek u jiných zadavatelů, tedy zakázek, které nebyly realizovány ve prospěch veřejného zadavatele, kterým je pouze ÚSC. Všetřené věci nelze vyloučit, že za situace, kdy by zadavatel postupoval v souladu se zákonem (kdy by umožnil podání nabídky širšímu okruhu dodavatelů) by neobdržel ekonomicky výhodnější nabídku, než byla nabídka předložená vybraným uchazečem.

46. Co se týče uložené pokuty, uvádím následující. Ustanovení § 121 odst. 2 zákona obsahuje výčet skutečností, k nimž je možno při určení výměry pokuty přihlédnout. Z uvedeného ustanovení vyplývá, že pro určení výměry pokuty je rozhodná závažnost správního deliktu, přičemž je zde uveden demonstrativní výčet skutečností, k nimž má být při posouzení závažnosti správního deliktu přihlédnuto. Zákon uvádí, že při posouzení závažnosti správního deliktu má být přihlédnuto zejména ke způsobu jeho spáchání, k následkům správního deliktu, tak k okolnostem, za nichž byl spáchán. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí přihlédl ke všem okolnostem spáchání správního deliktu. Pro úplnost konstatuji, že zadavatel ve svém rozkladu nikterak nenamítá výši uložené pokuty.
47. Sankci za spáchání správního deliktu lze chápat jako právní následek porušení zákona, který pro pachatele znamená určitou majetkovou újmu. Účelem jejího ukládání je působit na pachatele správního deliktu takovým způsobem, aby se již v budoucnosti nedopouštěl protiprávního jednání. Sankce má proto působit výchovně a preventivně, má však i reparační charakter, neboť do určité míry napravuje následek porušení právní povinnosti. Domnívám se, že výše uložené pokuty splňuje obě tyto funkce. Zároveň mám za to, že represivní funkce, tedy postih za porušení zákonem stanovené povinnosti byla uplatněna přiměřeně, když při maximální možné pokutě 66 000 Kč byla tato uložena při spodní hranici možné výše, a to ve výši 10 000 Kč. Mám tedy za to, že Úřad s ohledem na ust. § 120 odst. 2 písm. a) zákona ve spojení s ust. § 121 odst. 2 zákona stanovil výši pokuty zcela v souladu se zákonem. V této souvislosti se proto ztotožňuji s konstatováním Úřadu obsaženým v bodě 93. odůvodnění napadeného rozhodnutí, v rámci něhož Úřad poukázal na to, že při stanovení výše pokuty za spáchání obou správních deliktů vzal v úvahu i ekonomickou situaci zadavatele a stanovenou pokutu tak posoudil s ohledem na výši finančních prostředků, jimiž zadavatel disponuje.
48. S ohledem na shrnutí závěrů Úřadu ve vztahu k pokutě uvedených zejména v předchozím bodě tohoto odůvodnění, ale i s ohledem na to, že Úřad správně aplikoval zásadu absorpce a posoudil i možnou likvidačnost pokuty pro zadavatele, je možné uzavřít, že se Úřad v napadeném rozhodnutí zabýval odůvodněním výše uložené pokuty velice pečlivě, přičemž při splnění povinnosti dle § 89 odst. 2 správního řádu jsem ve vztahu k zákonnosti výroku III. napadeného rozhodnutí neshledal, že by Úřad nenaplnil požadavky, jež jsou na odůvodnění pokuty kladeny jak § 121 odst. 2 zákona, tak § 68 odst. 3 správního řádu.
49. S ohledem na závěry vyslovené v odůvodnění napadeného rozhodnutí mám tedy za to, že Úřad postupoval zcela v souladu s ustanovením § 121 odst. 2 zákona, když při určení výše pokuty za spáchané správní delikty přihlédl jak k závažnosti spáchaných správních deliktů, tak i k jejich následkům, a dále i k okolnostem jejich spáchání.

50. Závěrem konstatuji, že Úřad aplikoval správný právní předpis, v jeho rámci správnou právní normu a nedopustil se žádného výkladového pochybení, které by mohlo mít vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí. Při posouzení klíčové otázky, zda zadavatel stanovil požadavky na splnění TKP tak, že nepřiměřeně znemožňují některým dodavatelům podat nabídku, tedy konstatuji, že zadavatel nepřednesl žádný argument, kterým by odůvodňoval nezákonné, resp. diskriminační, nastavení předmětných výše specifikovaných TKP.

Posouzení z hlediska pozdější právní úpravy

51. Dne 1. 10. 2016 nabyl účinnosti zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „**ZZVZ**“).
52. Podle čl. 40 odst. 6 ústavního zákona č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod (dále jen „**Listina**“) 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.
53. 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.
54. K posouzení příznivější právní úpravy ve vztahu ke konkrétním okolnostem případu uvádím následující. Deliktní odpovědnost zadavatele konstatovaná napadeným rozhodnutím se opírá o závěr Úřadu, že v daném případě zadavatel úroveň TKP nevymezil v souladu s § 56 odst. 7 písm. c) zákona tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti obou veřejných zakázek, neboť k prokázání TKP dle § 56 odst. 2 písm. a) zákona požadoval předložení seznamu minimálně tří významných služeb poskytovaných dodavateli pouze pro ÚSC, což neodpovídá druhu, rozsahu a složitosti veřejných zakázek, čímž porušil i zásadu zákazu diskriminace dle § 6 zákona, když tímto postupem diskriminoval další potenciální dodavatele, kteří by byli schopni splnit předmět veřejné zakázky. Z odůvodnění napadeného rozhodnutí je pak zřejmé, že tento závěr vychází ze skutkových zjištění Úřadu týkající se „běžné“ povahy služeb, které byly předmětem obou veřejných zakázek, pročež se nejednalo o služby specifického

(exkluzivního) charakteru. Je tedy zřejmé, že i v případě aplikace výše uvedeného ustanovení ZZVZ, by se stále jednalo o porušení § 56 odst. 7 písm. c) zákona ve spojení s § 6 zákona, resp. o porušení § 73 odst. 6 ZZVZ ve spojení s § 6 odst. 2 ZZVZ.

55. Ve světle výše uvedeného konstatuji, že v šetřeném případě nelze aplikovat výjimku ze zákazu retroaktivity, neboť právní úprava dle ZZVZ není pro zadavatele právní úpravou příznivější, tudíž je třeba správní delikty posuzovat podle právní úpravy účinné v době jejich spáchání, tedy dle zákona. Šetřené správní delikty zadavatele naplňují stejné znaky skutkové podstaty, přičemž i výše sazby pokuty a kritéria závažnosti jsou totožná, jak dle ZZVZ, tak i podle zákona.

Závěr

56. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
57. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

Pardubický kraj, Komenského náměstí 125, 530 02 Pardubice – Staré Město

Vypraveno dne:

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