



UOHSX00978A0

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0398/2015/VZ-02898/2017/513/IHI

Brno: 27. ledna 2017

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 13. 7. 2015 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel – Karlovarský kraj, IČO 70891168, se sídlem Závodní 88, 360 06 Karlovy Vary,

ve věci možného spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) citovaného zákona o veřejných zakázkách zadavatelem při zadávání veřejné zakázky „Dodání poradenských služeb a informačního systému pro řízení lidských zdrojů a jeho implementaci“, zadávané v otevřeném řízení, jejíž oznámení bylo odesláno do informačního systému o veřejných zakázkách dne 3. 2. 2011 a uveřejněno dne 7. 2. 2011 pod ev. č. 60056277, ve znění opravy uveřejněné dne 15. 2. 2011,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Karlovarský kraj, IČO 70891168, se sídlem Závodní 88, 360 06 Karlovy Vary – se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že při zadávání veřejné zakázky „Dodání poradenských služeb a informačního systému pro řízení lidských zdrojů a jeho implementaci“, zadávané v otevřeném řízení, jejíž oznámení bylo odesláno do informačního systému o veřejných zakázkách dne 3. 2. 2011 a uveřejněno dne 7. 2. 2011 pod ev. č. 60056277, ve znění opravy uveřejněné dne 15. 2. 2011, nedodržel zásadu zákazu diskriminace zakotvenou v § 6 citovaného

zákona, když v čl. II.1.5) uveřejněného oznámení o zakázce a v čl. 2 zadávací dokumentace na výše uvedenou veřejnou zakázku vymezil předmět veřejné zakázky příliš široce, neboť požadoval po dodavatelích v rámci jednoho předmětu veřejné zakázky různé druhy plnění, které spolu vzájemně nesouvisejí, konkrétně zajištění poradenských služeb v oblasti personalistiky – kapacitní audit, audit kompetenční a profesní způsobilosti zaměstnanců, audit hodnotícího a motivačního systému, vzdělávání personalistů, plán a implementace navrhovaných opatření – a současně implementaci informačního systému pro řízení lidských zdrojů, čímž diskriminoval dodavatele, kteří by byli schopni dodat jen některé z požadovaných plnění, a to buď pouze poradenské služby v oblasti personalistiky nebo pouze informační systém, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel dne 12. 5. 2011 smlouvu na plnění veřejné zakázky s dodavatelem NeXA, s.r.o., IČO 26779234, se sídlem Beranových 130, 199 00 Praha 9 - Letňany.

II.

Zadavatel – Karlovarský kraj, IČO 70891168, se sídlem Závodní 88, 360 06 Karlovy Vary – se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že při zadávání veřejné zakázky „Dodání poradenských služeb a informačního systému pro řízení lidských zdrojů a jeho implementaci“, zadávané v otevřeném řízení, jejíž oznámení bylo odesláno do informačního systému o veřejných zakázkách dne 3. 2. 2011 a uveřejněno dne 7. 2. 2011 pod ev. č. 60056277, ve znění opravy uveřejněné dne 15. 2. 2011, nedodržel postup stanovený v § 56 odst. 6 citovaného zákona, když v čl. III.2.3) uveřejněného oznámení o zakázce a v čl. 4.4 zadávací dokumentace na tuto veřejnou zakázku požadoval k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele předložení certifikátu systému managementu bezpečnosti informací v organizaci, ačkoli jej nebyl oprávněn požadovat, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel dne 12. 5. 2011 smlouvu na plnění veřejné zakázky s dodavatelem NeXA, s.r.o., IČO 26779234, se sídlem Beranových 130, 199 00 Praha 9 - Letňany.

III.

Za spáchání správních deliktů uvedených ve výrocích I. a II. tohoto rozhodnutí se zadavateli – Karlovarský kraj, IČO 70891168, se sídlem Závodní 88, 360 06 Karlovy Vary – podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ukládá

pokuta ve výši 33 000 Kč (třicet tři tisíc korun českých).

Pokuta je splatná **do dvou měsíců** od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“),¹ k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel dne 9. 4. 2015 podnět k přezkoumání postupu zadavatele – Karlovarský kraj, IČO 70891168, se sídlem Závodní 88, 360 06 Karlovy Vary (dále jen „zadavatel“) – při zadávání veřejné zakázky „Dodání poradenských služeb a informačního systému pro řízení lidských zdrojů a jeho implementaci“ v otevřeném řízení, jejíž oznámení bylo odesláno do informačního systému o veřejných zakázkách dne 3. 2. 2011 a uveřejněno dne 7. 2. 2011 pod ev. č. 60056277, ve znění opravy uveřejněné dne 15. 2. 2011 (dále jen „veřejná zakázka“). Zakázka byla zadávána v rámci projektu „Personální audit Krajského úřadu Karlovarského kraje“.
2. K prověření informací uvedených v podnětu si Úřad od zadavatele vyžádal vyjádření k podnětu a dokumentaci o veřejné zakázce, z níž o průběhu zadávacího řízení zjistil následující skutečnosti.
3. Zadavatel zahájil zadávací řízení dne 3. 2. 2011 odesláním oznámení o zakázce do informačního systému o veřejných zakázkách. Zakázka byla zadávána v otevřeném řízení jako podlimitní veřejná zakázka na služby v předpokládané hodnotě 3 279 750 Kč bez DPH.
4. Podle čl. 2 zadávací dokumentace a čl. II.1.5) oznámení o zakázce bylo předmětem zakázky odborné poradenství pro realizaci personálního auditu Krajského úřadu Karlovarského kraje, dodávka podpůrného SW nástroje pro řízení lidských zdrojů, jeho implementace a proškolení vybraných zaměstnanců krajského úřadu. Podle čl. 4.4 zadávací dokumentace a čl. III.2.3) oznámení o zakázce zadavatel požadoval k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele předložení certifikátu systému managementu bezpečnosti informací v organizaci.
5. Zadavatel uzavřel na plnění veřejné zakázky dne 12. 5. 2011 smlouvu o dílo s dodavatelem NeXA, s.r.o., IČO 26779234, se sídlem Beranových 130, 199 00 Praha 9 - Letňany (dále jen „vybraný uchazeč“). Cena za provedení díla dle smlouvy činí 3 336 000 Kč včetně DPH (2 780 000 Kč bez DPH). Ke smlouvě o dílo byly uzavřeny dva dodatky týkající se harmonogramu provedení jednotlivých aktivit a úhrady faktur.
6. Protože po vyhodnocení výše uvedených podkladů a informací Úřad získal pochybnost o souladu postupu zadavatele se zákonem, zahájil správní řízení z moci úřední.

II. Průběh správního řízení

7. Zahájení správního řízení ve věci možného spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona zadavatelem oznámil Úřad dopisem č. j. ÚOHS-S0398/2015/VZ-17241/2015/513/IHI ze dne 10. 7. 2015, který byl zadavateli jako jedinému účastníku správního řízení podle § 116 zákona doručen 13. 7. 2015. Tímto dnem bylo podle § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“),

¹ Pokud dále Úřad uvádí odkaz na zákon, jedná se o znění účinné ke dni 3. 2. 2011, kdy zadavatel zahájil zadávací řízení.

zahájeno správní řízení. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0398/2015/VZ-17984/2015/513/IHI ze dne 15. 7. 2015 stanovil zadavateli lhůtu k navrhování důkazů, návrhů a k vyjádření svého stanoviska v řízení.

8. Úřad obdržel dne 27. 7. 2015 od zadavatele vyjádření z téhož dne, v němž uvedl, že podezření ze strany Úřadu jsou velmi obecného charakteru a nelze z nich seznat, k čemu by se měl zadavatel vyjadřovat. Proto zadavatel setrvává na svém předchozím stanovisku ze dne 6. 5. 2015.² Zadavatel má za to, že veškeré kroky činil v souladu se zákonem, v dobré víře, s úmyslem nikoho nepoškodit.
9. Usnesením č. j. ÚOHS-S0398/2015/VZ-21475/2015/513/IHI ze dne 5. 8. 2015 byla zadavateli určena lhůta, v níž měl možnost podle § 36 odst. 3 správního řádu vyjádřit se k podkladům rozhodnutí. Vyjádření zadavatele Úřad neobdržel ani ve stanovené lhůtě, ani později.

Vyjádření zadavatele ze dne 6. 5. 2015

10. Jde o vyjádření, které zadavatel zaslal Úřadu v průběhu šetření podnětu a na které odkázal v rámci správního řízení. K předmětu správního řízení se zadavatel vyjádřil následovně.
11. K požadavku na předložení certifikátu systému managementu bezpečnosti informací v organizaci (např. ČSN ISO/IEC 27001:2006) zadavatel uvedl, že ustanovení § 56 odst. 4 zákona nelze vykládat tak, že by jej bylo nutno vymezit toliko na řadu technických norem specifikovaných v poznámce pod čarou. Z předmětu veřejné zakázky je zřejmá souvislost mezi předmětem a požadavkem na předložení certifikátů systému řízení kvality projektů ČSN EN ISO 27001 a 10006. Zadavatel je přesvědčen, že mohl požadovat v rámci prokázání technických kvalifikačních předpokladů zavedení systému řízení informační bezpečnosti v oboru poptávaných služeb. Při realizaci veřejné zakázky dodavatel získal přístup k informacím o činnostech a procesech krajského úřadu, tak k údajům osobního charakteru o zaměstnancích. Zadavatel proto musel zabezpečit jejich ochranu i u dodavatele, což učinil prostřednictvím požadavku na zavedení systému řízení informační bezpečnosti v organizaci dodavatele.
12. Zadavatel postupoval v dobré víře, že tak činí zcela podle zákona. Zadavatel odmítá, že by uvedené požadavky byly stanoveny diskriminačním způsobem, neboť jsou odůvodnitelné předmětem veřejné zakázky a byly v souladu s tehdejší legislativou.
13. Pokud jde o vymezení předmětu veřejné zakázky, zadavatel sdělil, že se nejednalo o dva předměty plnění. Předmětem veřejné zakázky bylo 6 vzájemně propojených a neoddělitelných aktivit, jejichž vstupy a výstupy na sebe navazovaly. Součástí výstupů z auditů byla i nová data, která byla zavedena do personálního a mzdového systému. Zadavatel postupoval v dobré víře a se záměrem nerozdělit předmět veřejné zakázky pod finanční limity stanovené zákonem. Rozdělení zakázek by též postavilo zadavatele do nevýhodné pozice, neboť selhal-li by dodavatel první části zakázky, nemohl by druhý dodavatel splnit svou část zakázky. Ve výsledku by tak projekt nemusel být vůbec realizován a zadavatel by byl povinen dotaci vrátit.

² Jde o stanovisko zadavatele k podnětu sp. zn. P440/2015/VZ. Podrobněji viz dále.

Rozhodnutí Úřadu ze dne 11. 9. 2015

14. Dne 11. 9. 2015 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0398/2015/VZ-27751/2015/513/IHI (dále jen „napadené rozhodnutí“), v jehož výroku I. konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že v rozporu s § 44 odst. 1 zákona a zásadou zákazu diskriminace stanovenou v § 6 zákona v zadávacím řízení na veřejnou zakázku vymezil předmět veřejné zakázky příliš široce, když požadoval po dodavatelích v rámci jednoho předmětu veřejné zakázky různé druhy plnění, které spolu vzájemně nesouvisejí, konkrétně zajištění poradenských služeb v oblasti personalistiky a současně implementaci informačního systému pro řízení lidských zdrojů, a tím diskriminoval dodavatele, kteří by byli schopni dodat jen některé z požadovaných plnění, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel dne 12. 5. 2011 smlouvu na plnění veřejné zakázky s vybraným uchazečem. Výrokem II. Úřad rozhodl, že zadavatel se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 56 odst. 6 ve spojení s § 56 odst. 4 zákona a zásadu zákazu diskriminace stanovenou v § 6 zákona v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, když požadoval k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele předložení certifikátu systému managementu bezpečnosti informací v organizaci, čímž rozšířil rozsah požadované kvalifikace nad rámec stanovený zákonem, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel dne 12. 5. 2011 smlouvu na plnění veřejné zakázky s vybraným uchazečem. Ve výroku III. rozhodnutí uložil Úřad zadavateli za spáchání správních deliktů uvedených ve výrocích I. a II. rozhodnutí podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 35 000 Kč.
15. Proti tomuto rozhodnutí Úřadu podal zadavatel rozklad ze dne 25. 9. 2015, který byl Úřadu doručen téhož dne. Zadavatel navrhl, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí v plném rozsahu zrušil.

Námítky rozkladu

16. Zadavatel k otázce příliš širokého vymezení předmětu veřejné zakázky namítá, že nepožadoval dva nesouvisející předměty plnění, ale bylo třeba navrhnout takové řešení, které by bylo možné implementovat do již zaběhnutého prostředí zadavatele. Zadavatel tedy požadoval software kompatibilní se stávajícím programovým řešením. Zadavatel oponuje názoru Úřadu ohledně využití subdodavatelů s ohledem na zavedenou programovou strukturu. Nelze racionálně požadovat, aby se zadavatel této struktury vzdal a soutěžil zcela nové řešení. Úřad se tedy vůbec nezabýval otázkou nezbytnosti a ekonomické výhodnosti zajistit subdodávky, ani tím, zda by jiný postup zadavatele byl vůbec ekonomicky únosný a výhodný, na což se vážou případy, kdy existenci subdodavatelů nelze vyloučit. V daném případě pak existují společnosti schopné zajistit kompletní řešení i bez subdodávek, čímž se však Úřad nezabýval. K otázce účelnosti a hospodárnosti zadavatel odkazuje na zákon č. 129/2000 Sb., o krajích (krajské zřízení), ve znění pozdějších předpisů, když nelze po zadavateli požadovat, aby dodržel ust. § 6 zákona i za předpokladu, že tím ohrozí své finanční zdraví a prostředí. Dále zadavatel odkazuje na výzvu č. 57 OP LZZ, dle níž byla stanovena maximální délka projektu 24 měsíců, takže by se projekt nestihl, pokud by byl vypisován až na základě provedení auditu, přičemž by účastníci tohoto následného projektu nemuseli být schopni dle daných výstupů příslušný software naprogramovat. Zadavatel je tak

přesvědčen, že dodržení § 6 zákona je nutno posuzovat v rámci potřeb zadavatele a jeho možností při zadávání veřejné zakázky.

17. K technickému kvalifikačnímu požadavku na předložení příslušného certifikátu zadavatel uvádí, že výklad § 56 odst. 4 zákona v napadeném rozhodnutí je nutno považovat za výklad restriktivní a nepředvídatelný. Prokázání předmětných technických kvalifikačních předpokladů nebylo zákonem omezeno toliko na normy ČSN týkající se kategorie QMS, ale kategorie širší. Zadavatel je přesvědčen, že mu nemůže být přičítána k tíži případná nedůslednost zákonodárce. Potřebou zadavatele bylo ochránit vlastní data před únikem a požadovaný certifikát splňoval veškeré požadavky na zabezpečení informací. Kdyby zadavatel certifikátu obdobné požadavky stanovil jako smluvní podmínky, mohlo by se jednat o skrytou diskriminaci. Výklad Úřadu zpochybňuje celé ust. § 56 odst. 4 zákona a je právně neudržitelny.
18. Zadavatel namítá rovněž nezákonný způsob vedení řízení, když z napadeného rozhodnutí není patrné, dle jaké procesní normy bylo rozhodnutí vydáno. Samotný výrok III. napadeného rozhodnutí je dle zadavatele neurčitý, jelikož nic Úřadu nebrání, aby u příslušného správce daně zajistil identifikaci platebních povinností a tuto sdělil zadavateli ve výrokové části rozhodnutí. Rovněž výrok I. napadeného rozhodnutí považuje zadavatel za rozporný, když je v něm uvedeno, že zadavatel diskriminoval dodavatele, avšak z odůvodnění napadeného rozhodnutí vyplývá, že postačovala toliko možnost ovlivnění nejhodnější nabídky. Mezi výrokem, který tvrdí, že došlo k diskriminaci a odůvodněním, které neuvádí žádné důkazy pro výrokové tvrzení, tak dochází k rozporu.
19. Dále se zadavatel ohrazuje vůči nařčení, že diskriminoval určité dodavatele, neboť pro vědomou diskriminaci nesvědčí ani jeden důkaz. Zdůrazňuje také, že při rozdělení veřejné zakázky by byl oprávněn vyhnout se režimu zákona. Je dle něj tedy absurdní, že zvolil pro sebe přísnější formu zadávacího řízení s úmyslem diskriminovat některé dodavatele.
20. K uložené pokutě zadavatel namítá, že z průběhu případu jasně plyne vůle nikoho nediskriminovat, když nebyly vzneseny žádné námitky a zadavatel byl přesvědčen o správnosti svého postupu. Pochybení identifikovaná pro výrok I. byla vyvolaná specifickým prostředím zadavatele a pro výrok II. nejednoznačností zákona, spíše než úmyslem zadavatele a i vzhledem k tomu, jakých cen by zakázky dosahovaly při rozdělení veřejné zakázky, je zadavatel přesvědčen, že stanovení pokuty by mělo být stanoveno až na samé spodní hranici škály.

Rozhodnutí předsedy

21. O rozkladu rozhodl předseda Úřadu rozhodnutím č. j. ÚOHS-R0316/2015/VZ-46542/2016/321/OHo ze dne 22. 11. 2016 (dále jen „rozhodnutí předsedy“) tak, že napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.
22. Předseda přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí pro jeho nepřezkoumatelnost, spočívající v nedostatku odůvodnění závěrů, týkajících se rozhodných skutečností, že zadavatelem poptávané plnění v sobě obsahuje dva rozdílné předměty plnění, které by měl zadavatel zadávat ve dvou odlišných řízeních nebo které by měly být pouze částmi jedné zakázky, a že zadavatelem požadovaný certifikát není certifikátem systému řízení jakosti ve smyslu § 56 odst. 4 zákona.

23. K výroku I. napadeného rozhodnutí se v rozhodnutí předsedy konstatuje, že v zásadě lze souhlasit s pohledem Úřadu, že poradenské služby v oblasti personalistiky a implementace informačního systému představují taková plnění, která lze na trhu běžně popsat samostatně, avšak posouzení případu vyžaduje pohled komplexnější. Je totiž podstatné, zda zadavatelem poptávané plnění je či není nutno z technických a ekonomických důvodů poptávat společně jako plnění jediné.
24. Předseda Úřadu ve svém rozhodnutí uvedl, že v napadeném rozhodnutí absentuje adekvátní skutkové posouzení. Toto posouzení neodpovídá na otázku, zda kupříkladu technické souvislosti plnění neznamenal, že by bylo nutno zadávat obě části zakázky v jednom celku. Je třeba, aby se Úřad zabýval širšími souvislostmi případu, kupříkladu skutečností, nakolik byla jedna část plnění podmíněna druhou. Úřad by např. mohl ověřit, zda by bylo možno zadavatelem požadovaného výsledku dosáhnout i plně odděleným provedením auditní činnosti a IT služeb, či zda je vůbec reálné, aby poptávané plnění v celku plnil jediný dodavatel, který se obecně zabývá jen jednou z dílčích oblastí plnění. V této souvislosti může být rozhodující, nakolik výstupy z auditu budou dle zadávací dokumentace určovat následnou podobu IT řešení. Úřad by se při zjišťování skutkového stavu mohl kupříkladu rovněž dotázat dodavatelů, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci, avšak nabídku nepodali, jaké důvody je k tomuto vedly, či zda pro ně skutečnost, že byly v předmětu veřejné zakázky spojeny auditní a IT činnosti, vůbec představovala nějakou překážku v případné realizaci veřejné zakázky. Úřad se nezabýval popisem způsobu plnění veřejné zakázky, jejího harmonogramu nebo konkrétních smluvních podmínek, na jejichž základě by bylo možno potvrdit, že příslušné jednotlivé části veřejné zakázky nepředstavují plnění, které je nutno poptávat společně.
25. Předseda Úřadu rovněž ve svém rozhodnutí uvedl, že Úřad nezkoumal, zda je v silách společností poskytujících poradenské služby v oblasti personalistiky zajistit zadavatelem požadovanou softwarovou podporu či *vice versa*, a že se spokojil se skutečností, že byla podána jediná nabídka, v níž byla příslušná část veřejné zakázky a s ní související referenční zakázka propojena s osobou subdodavatele. Podle předsedy Úřadu to však není dostatečný skutkový podklad k tomu, aby bylo možno konstatovat, že spolu jednotlivé části veřejné zakázky nesouvisí, resp. že takto nastavený předmět plnění veřejné zakázky diskriminuje další dodavatele na trhu.
26. K výroku II. napadeného rozhodnutí předseda uvedl, že rovněž v této části napadené rozhodnutí postrádá náležité odůvodnění. Úřad se omezil jen na konstatování, že se zadavatelem požadovaný certifikát týká systému řízení bezpečnosti informací, což není systém řízení jakosti. Nijak přitom neuvedl svou úvahu, která ho k takovému závěru vedla. Vzhledem k tomu, že zákon v § 56 odst. 4 uváděl neurčitý pojem „jakost“, bylo na místě, aby Úřad odůvodnil, co pod tímto pojmem chápe, a to jak obecně, tak ve vztahu k zadavatelem požadovanému certifikátu. Uvedl, že právě certifikát, který zaručuje určitou kvalitu řízení rizik souvisejících s ochranou informací, by bylo možné chápat jako určitou speciální normu ve vztahu k obecné kategorii certifikátů stanovujících systém řízení jakosti, pro určitou konkrétní oblast. Podle rozhodnutí předsedy se i judikatura přiklání k názoru, že je třeba požadavek podle § 56 odst. 4 zákona chápat z hlediska jeho smyslu a účelu (srov. rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 31 Af 30/2013-90 ze dne 19. 5. 2015, odst. 64 a 65). Proto i tuto

část napadeného rozhodnutí je nutné považovat za nepřezkoumatelnou pro nedostatek důvodů.

27. Předseda Úřadu považoval za důvodnou rovněž námitku zadavatele vztahující se k výroku I. napadeného rozhodnutí, když jeho odůvodnění shledal jako rozporné s tím, co Úřad v tomto výroku uvedl. Úřad ve výroku I. konstatoval, že zadavatel „*diskriminoval dodavatele, kteří by byli schopni dodat jen některé z požadovaných plnění*“, přičemž z odůvodnění napadeného rozhodnutí nevyplývá, že by k diskriminaci skutečně došlo. Výrok I. napadeného rozhodnutí tak nebyl odůvodněn v souladu se zákonem. Úřad se při novém posouzení bude zabývat širšími okolnostmi případu, přičemž tyto okolnosti mohou predikovat podobu dílčích východisek (tedy kupříkladu toho, zda došlo nebo mohlo dojít k diskriminaci uchazečů), na jejichž základě bude Úřad formulovat i konečný výrok tak, aby byly tyto části rozhodnutí ve vzájemném souladu.
28. Předseda Úřadu se v souladu se zásadou hospodárnosti nevyjadřoval k sankci v napadeném rozhodnutí uložené. V případě, že bude i při novém projednání případu shledáno, že se zadavatel dopustil spáchání správního deliktu, Úřad sankci znovu odůvodní a vyjádří se k okolnostem, o nichž zadavatel uvádí, že by měly mít na výši sankce vliv. Stejně tak Úřad při novém projednání věci vezme v úvahu námitky podaného rozkladu a náležitě je vypořádá.
29. Úřad je při svém dalším rozhodování vázán právním názorem vysloveným v rozhodnutí předsedy Úřadu.

III. Pokračování správního řízení

30. Dopisem č. j. ÚOHS-S0398/2015/VZ-47845/2016/513/IHI ze dne 2. 12. 2016 oznámil Úřad zadavateli pokračování ve správním řízení. Usnesením č. j. ÚOHS-S0398/2015/VZ-47845/2016/513/IHI ze dne 2. 12. 2016 určil Úřad zadavateli lhůtu, ve které byl podle § 36 odst. 1 správního řádu oprávněn navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy a podle § 36 odst. 2 oprávněn vyjádřit v řízení své stanovisko.
31. Dne 12. 12. 2016 obdržel Úřad od zadavatele stanovisko datované dnem 9. 12. 2016. V tomto stanovisku zadavatel tvrdí, že neví, k čemu se má vyjádřit, neboť ze strany správního orgánu nebylo vylíčeno, v čem shledává pochybení zadavatele; proto pro své vyjádření vyjde z rozhodnutí o deliktu. Zadavatel již v podaném rozkladu argumentoval tím, že veřejnou zakázku zadával ve vazbě na dotační titul, který byl nucen realizovat v určitém termínu, jinak by se vystavil riziku vrácení dotace. Zadavatel namítá, že nebylo jeho úmyslem nikoho diskriminovat (zvolil pro sebe přísnější režim zadávání). Zadavatel dále odkazuje na svou argumentaci uvedenou v rozkladu. Pokud jde o požadovaný certifikát, zadavatel v rozkladu uvedl důvody, proč jej požadoval a je přesvědčen, že tyto důvody oprávněnost požadavku na certifikát prokazují. Zadavatel jako důkaz k této věci odkazuje na aplikační praxi Ministerstva pro místní rozvoj (dále jen „MMR“) a jeho rozhodnutí o námitkách (jež zadavatel k vyjádření přiložil), v němž MMR nevyhovělo námitkám stěžovatele ohledně nemožnosti aplikace certifikátu ČSN ISO 27001 a uznalo požadavek na jeho předložení oprávněným. Zadavatel tvrdí, že jednal stejně jako v případě, který MMR považovalo za konformní a zákonný. Zadavatel dále poukazuje na důvodovou zprávu k zákonu č. 55/2012 Sb., v níž se konstatuje, že požadavků na předložení certifikátů bylo značně nadužíváno, nikoli, že by nebylo možno vyžadovat jejich předložení (a tuto důvodovou zprávu přikládá k vyjádření a označuje ji jako

důkaz). Závěrem zadavatel navrhuje, aby Úřad konstatoval, že k porušení zákona nedošlo a řízení ve věci zastavil.

32. Na základě závěrů vyplývajících z rozhodnutí předsedy se Úřad dopisy ze dne 16. a 19. 12. 2016 obrátil na zájemce o veřejnou zakázku, kteří si převzali zadávací dokumentaci veřejné zakázky (dle seznamu uchazečů, jež je součástí dokumentace o veřejné zakázce a správního spisu), s žádostí o poskytnutí informací o předmětu činnosti, schopnosti plnit danou veřejnou zakázku jako celek a o důvodech nepodání nabídky na veřejnou zakázku (blíže viz dále).
33. Do správního spisu byl dále založen dotaz Úřadu na Úřad pro technickou normalizaci, metrologii a státní zkušebnictví ohledně možného podřazení certifikátu systému managementu bezpečnosti informací v organizaci mezi certifikáty jakosti, sdělení této instituce o postoupení žádosti Úřadu k přímému vyřízení Českému institutu pro akreditaci, o.p.s. (dále jen „ČIA“), stanovisko ČIA ze dne 15. 11. 2016 č. j. 008050/16/ČIA/DS_001 v této věci a norma ČSN EN ISO 9000:2015 Systémy managementu kvality - Základní principy a slovník (blíže viz dále).
34. Usnesením č. j. ÚOHS-S0398/2015/VZ-00598/2017/513/IHI ze dne 5. 1. 2017 určil Úřad zadavateli lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Zadavatel se ve stanovené lhůtě ani později nevyjádřil.

IV. Závěry Úřadu

35. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů obsažených ve spise, zejména dokumentace o veřejné zakázce, vyjádření zadavatele, informací poskytnutých potenciálními dodavateli, stanoviska ČIA a na základě vlastních zjištění dospěl k závěru, že zadavatel se dopustil dvou správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, a to jednak tím, že nedodržel zásadu zákazu diskriminace zakotvenou v § 6 zákona, když v čl. II.1.5) oznámení o zakázce a v čl. 2 zadávací dokumentace vymezil předmět veřejné zakázky příliš široce, neboť požadoval po dodavatelích v rámci jednoho předmětu veřejné zakázky různé druhy plnění, které spolu vzájemně nesouvisejí, konkrétně zajištění poradenských služeb v oblasti personalistiky (kapacitní audit, audit kompetenční a profesní způsobilosti zaměstnanců, audit hodnotícího a motivačního systému, vzdělávání personalistů, plán a implementace navrhovaných opatření) a současně implementaci informačního systému pro řízení lidských zdrojů, čímž diskriminoval dodavatele, kteří by byli schopni dodat jen některé z požadovaných plnění, a to buď pouze poradenské služby v oblasti personalistiky nebo pouze informační systém, a dále tím, že nedodržel postup stanovený v § 56 odst. 6 zákona, když v čl. III.2.3) oznámení o zakázce a v čl. 4.4 zadávací dokumentace požadoval k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele předložení certifikátu systému managementu bezpečnosti informací v organizaci, ačkoliv jej nebyl oprávněn požadovat, přičemž uvedený nezákonný postup zadavatele mohl v obou případech podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky. Zadavatel uzavřel dne 12. 5. 2011 smlouvu na plnění veřejné zakázky s vybraným uchazečem.

K postavení zadavatele

36. Úřad v úvodu posoudil postavení zadavatele podle § 2 zákona. Podle § 2 odst. 2 písm. c) zákona je veřejným zadavatelem územní samosprávný celek nebo příspěvková organizace, u níž funkci zřizovatele vykonává územní samosprávný celek.
37. Dle čl. 99 zákona č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, ve znění pozdějších předpisů, se Česká republika člení na obce, které jsou základními územními samosprávnými celky, a kraje, které jsou vyššími územními samosprávnými celky. Podle ústavního zákona č. 347/1997 Sb., o vytvoření vyšších územních samosprávných celků a o změně ústavního zákona České národní rady č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, ve znění pozdějších předpisů, se na území České republiky vytvářejí vyšší územní samosprávné celky. Jedním z nich je Karlovarský kraj se sídlem v Karlových Varech, vymezený územím okresů Cheb, Karlovy Vary a Sokolov.
38. Vzhledem ke skutečnosti, že zadavatel je územním samosprávným celkem, má Úřad za prokázané, že je veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 2 písm. c) zákona.

K výroku I. rozhodnutí – k požadavku na realizaci vzájemně nesouvisejících plnění v jediném předmětu veřejné zakázky

Skutečnosti zjištěné z dokumentace o veřejné zakázce

39. Předmětem zakázky byl podle čl. II.1.5) oznámení o zakázce a čl. 2 zadávací dokumentace výběr dodavatele odborného poradenství pro realizaci personálního auditu Krajského úřadu Karlovarského kraje. Součástí zakázky byla i dodávka podpůrného SW nástroje pro řízení lidských zdrojů, jeho implementace a proškolení vybraných zaměstnanců.
40. Zadavatel označil hlavní předmět veřejné zakázky kódem CPV 79414000-9 – poradenství v oblasti řízení lidských zdrojů a další předmět kódem 48810000-9 – informační systémy.
41. V čl. 2 zadávací dokumentace – Předmět plnění, cíle plnění – zadavatel uvedl, že zakázka sestává z následujících dílčích plnění (aktivit):

„1. Kapacitní audit

Cílem této aktivity je optimalizace personálních kapacit a organizační struktury úřadu. Součástí bude především:

- *vyhodnocení stávajících kapacit pracovníků ve vztahu k zajišťovaným činnostem a procesům a poskytovaným službám,*
- *analýza organizační struktury z pohledu počtu úrovní řízení, velikosti organizačních útvarů, logiky členění,*
- *identifikace duplicit ve vykonávaných činnostech,*
- *interní (meziútvárový), příp. externí benchmarking u porovnatelných činností,*
- *identifikace zbytečných nebo kapacitně předimenzovaných činností,*
- *analýza stávajících kapacit ve vztahu k očekávaným / plánovaným budoucím úkolům.*

2. Audit kompetenční a profesní způsobilosti zaměstnanců

Cílem této aktivity je audit kompetenčních a profesních způsobilostí jednotlivých pracovníků úřadu. Součástí bude především:

- provedení auditu kompetenční a profesní způsobilosti všech zaměstnanců KÚ formou strukturovaných pohovorů a testů,
- audit manažerských předpokladů u vedoucích pracovníků (vedoucích oddělení, odborů).

3. Audit hodnotícího a motivačního systému

Cílem této části je zmapování současného hodnotícího a motivačního systému a jeho optimalizace. Součástí bude především:

- analýza stávajícího systému hodnocení zaměstnanců a systému finanční i nefinanční motivace,
- návrh výkonového hodnotícího systému založeného na KPIs u zajišťovaných činností / procesů a poskytovaných služeb pro všechny zaměstnance KÚ se zohledněním odpovědnosti vedoucích pracovníků za výsledky činnosti jimi řízených útvarů,
- návrh pravidel pro další hodnocení zaměstnanců založeném na rozvoji profesní a kompetenční způsobilosti a manažerských předpokladů,
- návrh motivačního systému (finančních odměn i nefinančních benefitů) ve vazbě na výsledky hodnocení s přihlédnutím k legislativním i ostatním omezením plynoucím z postavení KÚ.

4. Vzdělávání personalistů

Cílem této části je proškolení personalistů a prezentace vytvořených metodik a manuálů. Součástí bude především:

- vzdělávání vybraných zaměstnanců KÚ (oddělení Personálních věcí a vzdělávání a další zaměstnanci ovlivňující personální práci - celkem 7 lidí) v záležitosti aplikace postupů dle vytvořených metodik v podmínkách KÚ: stanovení optimálních kapacit pro zajištění veřejných služeb, hodnotící a motivační systém, kompetenční a profesní způsobilosti.

5. Implementace IS pro řízení lidských zdrojů

Cílem této části je implementace IS, který přispěje významným způsobem ke zkvalitnění personální práce a manažerského řízení lidských zdrojů. Informační systém zlepší správu přiřazení odpovědností a činností organizačním útvarům a pozicím, přičemž nepůjde o náhradu současného informačního systému, ale o jeho nadstavbu. Pořizovaný informační systém bude kompatibilní se současným informačním systémem a s používanou spisovou službou.

Popis aktivity, specifikace softwaru - minimální požadované parametry:

1. Revize stávajícího softwarového vybavení (zmapování všech systémů a komponentů zapojených do personalistiky a zpracování mezd)

2. Implementace nadstavbového informačního systému včetně komplexního naplnění daty s vazbou a kompatibilitou na stávající moduly a plnou funkční integrací se spisovou službou. Nadstavbový informační systém bude používat stejnou databázi jako stávající systémy. Nadstavbový informační systém bude obsahovat následující funkcionality:

2.1 Funkcionalita pro administraci výběrových řízení - evidence výběrových řízení, jejich účastníků (vč. zájemců) a na ně kladených požadavků (vč. vyžadovaných dokumentů a evidence jejich doložení), vyhodnocení účastníků výběrového řízení

2.2 Funkcionalita pro správu dokumentů vztahujícím se k oblasti personalistiky (dokumenty v běžných formátech)

2.3 Funkcionalita pro hodnocení zaměstnance zahrnující údaje o hodnocení zaměstnance a kritéria hodnocení

2.4 Funkcionalita pro uveřejňování aktuálních vzdělávacích akcí s možností přihlašování se na tyto akce (např. webová aplikace)

2.5 Funkcionalita pro tvorbu tiskových sestav a grafických výstupů z personálního a mzdového systému

3. Testování nového systému (úplnost a správnost zadaných údajů), proškolení pracovníků, vytvoření manuálů.

Právo k užití nadstavbového informačního systému:

- Pro plný přístup ke všem funkcionalitám 5 licencí
- Pro omezený přístup pouze k některým funkcionalitám 20 licencí

Informace k používaným informačním systémům:

- Současný používaný personální a mzdový informační systém je FLUX PAM 5,
- Současný používaný systém pro spisovou službu je AthenA (PilsCom)

6. Plán a implementace navrhovaných opatření

Cílem této části je implementace navrhovaných opatření do praxe podle plánu a vyhodnocení úspěšnosti těchto opatření. Součástí bude především:

- Vytvoření plánu realizace navrhovaných opatření
- Podpora při realizaci opatření v oblasti:
 - o kapacitní optimalizace
 - o optimalizace organizační struktury
 - o návrhů opatření u zaměstnanců, jejichž kompetenční, profesní či manažerská způsobilost není vyhovující (optimalizace personálního obsazení systemizovaných míst, vzdělávání)
 - o zavedení hodnotícího a motivačního systému do praxe
 - o sledování dopadů realizovaných opatření
 - o přijímání nápravných opatření
 - o vyhodnocení opatření po uplynutí 1 roku

Výstupy zakázky jsou dle uvedených dílčích aktivit:

1 a) Zpráva s návrhy optimalizace organizační struktury a kapacit pro zajištění veřejných služeb

1 b) Metodika pro stanovení optimálních kapacit pro zajištění veřejných služeb v konkrétních podmínkách Krajského úřadu Karlovarského kraje

2 a) Zpráva s vyhodnocením kompetenčních a profesních způsobilostí a manažerských předpokladů u zaměstnanců krajského úřadu, návrhy opatření u zaměstnanců, jejichž způsobilost není vyhovující

2 b) Metodika vyhodnocení kompetenční a profesní způsobilosti

3 a) Zpráva s analýzou systému hodnocení a motivace zaměstnanců a návrhem na jejich optimalizaci

3 b) Metodika provádění pravidelných hodnocení zaměstnanců a stanovení optimální vazby mezi hodnocením a motivačním systémem

4 a) Proškolení pracovníků

4 b) Metodiky a manuály

5 a) Implementovaný informační systém

5 b) *Proškolení pracovníci*

5 c) *Manuály*

6 a) *Plán realizace opatření*

6 b) *Vyhodnocení opatření“*

42. V čl. 4 zadávací dokumentace zadavatel stanovil požadavky na kvalifikaci uchazečů. Podle čl. 4.4 technické kvalifikační předpoklady podle § 56 zákona splní uchazeč, který předloží v rámci seznamu významných obdobných zakázek min. 1 zakázku, která musí obsahovat personální audit nebo tvorbu kompetenčního modelu, min. 3 zakázky, každá s cenou nad 1 mil. Kč (bez DPH) pro veřejného zadavatele, z toho min. 1 musí obsahovat personální audit nebo tvorbu kompetenčního modelu a min. 1 zakázku spočívající ve vývoji a/nebo implementaci IS v celkové výši plnění min. 500 tis. Kč (bez DPH).
43. Podle smlouvy o dílo, jež byla přílohou zadávací dokumentace (a s vybraným uchazečem byla uzavřena dne 12. 5. 2011), předmět díla zahrnuje A. kapacitní audit, B. audit kompetenční a profesní způsobilosti zaměstnanců, C. implementace IS pro řízení lidských zdrojů, D. audit hodnotícího a motivačního systému, E. vzdělávání personalistů, F. plán a implementace navrhovaných opatření (popis aktivit odpovídá čl. 2 zadávací dokumentace, viz výše). V čl. III. smlouvy o dílo je jako doba plnění aktivit A., B., D. a E. uvedeno období v rozmezí 3/2011 až 7/2011, aktivita C. má být plněna v době od 8/2011 do 9/2011 a aktivita F. v době 8/2011 do 8/2012. K aktivitě C. implementace IS pro řízení lidských zdrojů se ve smlouvě o dílo uvádí, že se nejedná o náhradu současného informačního systému, ale o jeho nadstavbu. Poskytovatel zároveň touto smlouvou poskytuje nabyvateli (zadavateli) oprávnění k výkonu práva užít softwarový produkt (implementace IS pro řízení lidských zdrojů). Zadavatel ve smlouvě o dílo (i v zadávací dokumentaci) poskytl dodavatelům informaci, že současný používaný personální a mzdový informační systém je FLUX PAM 5 a systém pro spisovou službu AthenA (PilsCom).
44. Zadavatel ke způsobu zpracování nabídkové ceny v upřesnění zadávacích podmínek – odpovědi na dotazy č. 1 – ze dne 11. února 2011 zájemcům sdělil, že *„maximální celková nabídková cena nesmí překročit částku 3.428.333,- Kč bez DPH, přičemž maximální cena za poradenství v oblasti řízení lidských zdrojů (služby) nesmí překročit částku 2.551.666,66 Kč bez DPH a maximální cena za informační systém (investice) nesmí překročit částku 876.666,66 Kč bez DPH.“*
45. Zadávací dokumentaci si vyžádalo více než 20 zájemců. Zadavatel v zadávacím řízení na veřejnou zakázku obdržel pouze jednu nabídku.
46. Vybraný uchazeč měl na plnění veřejné zakázky smluvně zajištěny dva subdodavatele; na plnění spočívající v implementaci informačního systému byla subdodavatelem spol. Flux, spol. s r. o., IČO 16979613, se sídlem Musílkova 167/13, 150 00 Praha 5. V nabídce vybraného uchazeče je specifikováno, které služby v oblasti implementace IS tento subdodavatel zajistí. Vybraný uchazeč v nabídce zároveň uvádí, že *„Nadstavbu dodá subdodavatel, firma FLUX, spol. s r.o., která je autorem stávajícího systému pro řešení personalistiky a mezd na KÚ KK.“*

Informace poskytnuté potenciálními uchazeči o veřejnou zakázku

47. Úřad se dopisy ze dne 16. a 19. 12. 2016 obrátil na 20 možných dodavatelů, kteří převzali zadávací dokumentaci, s žádostí o poskytnutí odpovědí na tyto 4 otázky:

- 1) Byla by Vaše společnost schopna v roce 2011 poskytnout plnění veřejné zakázky jako celku bez nutnosti zajištění subdodavatele dle popisu uvedeného v zadávací dokumentaci?
 - 2) Bylo předmětem činnosti Vaší společnosti v roce 2011 poskytování poradenských/auditních služeb v oblasti personalistiky?
 - 3) Bylo předmětem činnosti Vaší společnosti v roce 2011 poskytování činností z oblasti IT/implementace informačního systému?
 - 4) Jaké důvody Vás v r. 2011 vedly k nepodání nabídky v zadávacím řízení?
48. Úřad v době od 19. 12. 2016 do 3. 1. 2017 obdržel vyžádané informace celkem od 17 dodavatelů (z toho jeden uvedl, že zadávací dokumentaci nepřevzal, tudíž na otázky neodpověděl; další soutěžitel poskytl pouze obecné sdělení a k dotazům se konkrétně nevyjádřil).
49. Společnost DATACENTRUM systems & consulting, a.s., IČO 25631721, se sídlem Písnická 30/13, 142 00 Praha 4, Úřadu sdělila, že nebyla schopna poskytnout plnění veřejné zakázky jako celku bez nutnosti zajištění subdodavatele. Předmětem její činnosti nebylo poskytování poradenských/auditních služeb v oblasti personalistiky, avšak poskytovala činnosti z oblasti IT. K důvodům nepodání nabídky byla poskytnuta informace, že firma nebyla schopná poskytnout plnění veřejné zakázky jako celku bez nutnosti zajištění subdodavatele.
- Společnost KCT Data, s.r.o., IČO 25730878, se sídlem Průmyslová 1472/11, 102 19 Praha 10, uvedla k první otázce odpověď „ne“. K druhé otázce rovněž odpověděla „ne“, neboť personální audit a podobné služby nebyly a nejsou součástí poskytovaných služeb. Na třetí otázku uvedla odpověď „ano“. Ke čtvrté otázce dodavatel sdělil, že důvodem byl malý význam práce v oblasti dodávky a implementace IT systému (velkou většinu plnění by firma musela řešit subdodavatelsky).
- Společnost WEBCOM a.s., IČO 25820826, se sídlem U plynárny 1002/97, 101 00 Praha 10, uvedla, že nebyla schopna poskytnout plnění veřejné zakázky jako celku bez nutnosti zajištění subdodavatele. V roce 2011 nebylo předmětem činnosti poskytování poradenských/auditních služeb; předmětem činnosti bylo poskytování činností z oblasti IT. Nabídka nebyla podána z důvodu problémů při zajištění subdodávky.
- Společnost Scott & Hagget Czech, s.r.o., IČO 25133977, se sídlem Celetná 598/11, 110 00 Praha 1, k první otázce uvedla odpověď „ne“, k druhé otázce „ano“, ke třetí otázce „ne“ a ke čtvrté otázce odkázala na bod 1.
- Společnost BNV Consulting, s.r.o., IČO 27170241, se sídlem Melantrichova 970/17, 110 00 Praha 1, informovala Úřad, že v roce 2011 by nebyla schopna poskytnout plnění VZ jako celku bez nutnosti zajištění subdodavatele. Předmětem její činnosti bylo poskytování poradenských služeb a činností z oblasti IT/implementace IS. Důvodem nepodání nabídky pak bylo celkové vyhodnocení zakázky (zapojení subdodavatele, předpokládaná hodnota atd.).
- Společnost AMI Praha a.s., IČO 25715909, se sídlem Hanusova 826/29, 140 00 Praha 4, k otázce jedna uvedla odpověď „ne“, k otázce dvě rovněž „ne“, ke třetí otázce „ano“. Ke

čtvrté otázce společnost AMI Praha a.s., uvedla, že zjistila, že se nejedná o očekávaný předmět veřejné zakázky.

Společnost M.C.TRITON, spol. s r.o., IČO 49622005, se sídlem Evropská 846/176a, 160 00 Praha 6, Úřadu sdělila, že bez subdodavatele nebyla schopna plnění poskytnout. Předmětem činnosti v roce 2011 bylo poskytování poradenských/auditních služeb v oblasti personalistiky. Poskytování činností z oblasti IT/implementace IS by byla schopna zajistit vlastními kapacitami pouze zčásti. Nabídka nebyla podána z důvodu nedostatku kapacit.

Společnost GORDIC spol. s r. o., IČO 47903783, se sídlem Erbenova 2108/4, 586 01 Jihlava, uvedla, že nebyla schopna řešit veřejnou zakázku samostatně bez subdodavatelů. K druhé otázce odpověděla, že v plné šíři dle zadávací dokumentace ne. Na třetí otázku zněla odpověď „ano“ a na čtvrtou uvedla, že vzhledem k nutnosti subdodavatelů se rozhodli nabídku nepodat.

Společnost Autocont CZ a.s., IČO 47676795, se sídlem Hornopolní 3322/34, 702 00 Ostrava, sdělila k první otázce, že nebyla, stejnou odpověď poskytla i na druhou a třetí otázku. Důvodem nepodání nabídky pak byly chybějící kompetence a vhodný SW produkt.

Společnost PricewaterhouseCoopers Česká republika, s.r.o., IČO 61063029, se sídlem Hvězdova 1734/2c, 140 00 Praha 4, uvedla k první otázce, že nemůže plně vyloučit využití subdodavatelství služeb. K druhé otázce uvedla, že má zkušenosti s prováděním personálně procesních auditů. Ke třetí otázce odpověděla, že oblast vývoje a implementace IT systémů nepatřila mezi prioritní oblasti poskytovaných služeb. K důvodům nepodání nabídky bylo sděleno, že se zadávací dokumentací zabývali především v informativní rovině.

Společnost WORKtest, s.r.o., IČO 28952227, se sídlem Pražská 810/16, 102 00 Praha 10, že byla schopna 100% poskytnout plnění veřejné zakázky jako celku bez nutnosti zajištění subdodavatele. V roce 2011 bylo předmětem poskytování poradenských/auditních služeb i činností z oblasti implementace informačního systému. K důvodům nepodání nabídky společnost uvedla, že zakázka vykazovala znaky, že byla tzv. šitá na míru předem vybranému subjektu. Zakázku byli schopni realizovat bez omezení či subdodávek.

Společnost OKsystem a.s., IČO 27373665, se sídlem Na Pankráci 1690/125, 140 21 Praha 4, Úřad informovala, že nebyla schopna poskytnout plnění veřejné zakázky jako celku bez nutnosti zajištění subdodavatele. Předmětem činnosti společnosti nebylo poskytování poradenských/auditních služeb, avšak společnost poskytovala činnosti z oblasti implementace informačního systému. Důvodem nepodání nabídky byla skutečnost, že společnost byla schopna poskytnout pouze jedno z pěti dílčích plnění, proto se rozhodli nabídku samostatně nepodávat.

Společnost Accenture Central Europe B.V., organizační složka, IČO 16188632, se sídlem V parku 2316/12, 148 00 Praha 4, uvedla v odpovědi na první otázku, že „velmi pravděpodobně ano!“. Ohledně poskytovaných poradenských/auditních služeb společnost sdělila, že tato činnost nebyla vykonávána primárně. Činnosti z oblasti IT byly poskytovány. Důvodem nepodání nabídky bylo vyhodnocení zakázky jako nevhodné z hlediska požadavků zákazníka a možností, resp. kapacit.

Společnost KS – program, spol. s r.o., IČO 43963617, se sídlem Rokytnice 153, 755 01 Vsetín, s odkazem na technické kvalifikační předpoklady (včetně požadavku na certifikát

managementu bezpečnosti informací v organizaci) sdělila, že na základě prostudování zadávací dokumentace a s ohledem na kvalifikační předpoklady, které nemohla společnost splnit, bylo rozhodnuto nabídku nepodávat.

Společnost Unicorn Systems a.s., IČO 25110853, se sídlem V Kapslovně 2/2767, 130 00 Praha 3, sdělila, že byla schopna poskytnout plnění bez nutnosti zajištění subdodavatele, součástí poskytovaných služeb byly konzultační a auditní služby i implementace IS. Nabídka nebyla podána z důvodu nedostatku kapacit pro realizaci v požadovaném termínu.

Společnost KVADOS, a. s., IČO 25826654, se sídlem Pivovarská 4/10, 702 00 Ostrava, uvedla k první otázce odpověď „ano“, k druhé otázce odpověď „ano“ s tím, že počítali s částečnou subdodávkou, ke třetí otázce rovněž odpověď „ano“. Důvodem nepodání nabídky bylo vytížení pracovních kapacit a nemožnost plnění zakázky v řádném termínu.

50. Úřad může shrnout informace od potenciálních dodavatelů následovně: Na otázku č. 1 odpověděli kladně 4 dodavatelé (WORKtest, s.r.o., Accenture Central Europe B.V., organizační složka, Unicorn Systems a.s., KVADOS, a.s.), tj. pouze 4 dodavatelé oslovení Úřadem byli schopni poskytnout plnění veřejné zakázky jako celku bez nutnosti zajištění subdodavatele. Dalších 11 soutěžitelů odpovědělo záporně, tudíž by k plnění veřejné zakázky museli využít subdodavatele. K druhé a třetí otázce týkající se předmětu činnosti sdělili čtyři soutěžitelé jednoznačně, že předmětem jejich podnikání v roce 2011 bylo poskytování poradenských/auditních služeb v oblasti personalistiky a současně poskytování činností z oblasti IT/implementace informačního systému (BNV Consulting, s.r.o., Worktest, s.r.o., Unicorn Systems a.s., KVADOS, a.s.). Další čtyři se vyjádřili tak, že jedna z činností byla vykonávána primárně, avšak druhá jen částečně, nikoli v plné šíři dle zadávací dokumentace či nepatřila mezi prioritní oblasti poskytovaných služeb (M.C. TRITON, spol. s r.o., Gordic spol. s r.o., PricewaterhouseCoopers Česká republika, s.r.o., Accenture Central Europe B.V., organizační složka). Ostatní oslovení podnikali buď pouze v jedné nebo pouze v druhé z uváděných činností nebo v žádné z nich.
51. K otázce Úřadu, jaké byly důvody nepodání nabídky, převažovaly odpovědi, že firma nebyla schopná poskytnout předmět plnění bez nutnosti zajištění subdodavatele či že byla schopna poskytnout pouze 1 z 5 dílčích plnění, či že neměla dostatek kapacit. Podle jednoho z oslovených zakázka vykazovala znaky, že byla tzv. šitá na míru předem vybranému subjektu. Další z oslovených potenciálních dodavatelů nepodával nabídku s ohledem na kvalifikační předpoklady, které nemohla společnost splnit. Tento dodavatel výslovně zmiňuje dokumenty požadované s odkazem na § 56 odst. 4 zákona, mj. certifikát systému managementu bezpečnosti informací v organizaci, a podotýká, že odkaz na zákon je neopodstatněný, neboť zákon podobné certifikace nepožaduje.

Relevantní ustanovení zákona, judikatura soudů

52. Podle § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
53. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.

54. Výklad ustanovení § 6 zákona je obsažen např. v rozsudku Nejvyššího správního soudu (dále jen „NSS“) č. j. 1Afs20/2008-152 ze dne 5. 6. 2008. Podle tohoto rozsudku smysl § 6 zákona „v prvé řadě směřuje k cíli samotného zákona o veřejných zakázkách, kterým je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Zákon tohoto cíle dosahuje především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli... Smysl a cíl zákazu diskriminace nutně vede interpreta § 6 ZVZ k závěru, že tento zákaz zahrnuje jednak zákaz diskriminace zjevné, tedy odlišného zacházení s jednotlivcem ve srovnání s celkem, jednak též zákaz diskriminace skryté, pokud tato vede v podstatě k obdobným právem zakázaným důsledkům (v oblasti práva veřejných zakázek tedy poškozování hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli).“
55. Dále Úřad vycházel z rozsudků Krajského soudu v Brně (dále jen „KS“) č. j. 62 Af 57/2011-96 ze dne 1. 11. 2012, 62 Af 75/2013-109 ze dne 9. 10. 2014, 62 Ca29/2009 ze dne 16. 3. 2011, 30 Af 80/2012-65 ze dne 18. 9. 2014, 62 Af 119/2013-59 ze dne 20. 7. 2015, 62 Af 58/2010-159 ze dne 20. 3. 2012, 31 Af 23/2012-40 ze dne 26. 9. 2012, a NSS č. j. 4 As 61/2016-34 ze dne 28. 6. 2016, 9 As 63/2016-43 ze dne 18. 8. 2016. Citace z těchto rozsudků, resp. závěry, které z nich pro posouzení projednávané věci vyplývají, jsou uvedeny v rámci kapitoly Právní posouzení.

Právní posouzení

56. Úřad přistoupil k novému projednání věci na základě rozhodnutí předsedy Úřadu, přičemž je v tomto dalším rozhodování vázán právním názorem vysloveným v rozhodnutí předsedy.
57. Pro posouzení, zda zadavatelem poptávané plnění v sobě zahrnuje dva rozdílné předměty plnění, které měl zadavatel zadávat samostatně, je rozhodující věcná, místní a časová souvislost plnění, případně skutečnost, že by poptávané plnění mělo tvořit jeden funkční celek. Zároveň je podstatné, zda dané plnění není nutno z technických či ekonomických důvodů poptávat společně jako plnění jediné či že jedna část plnění je podmíněna druhou.
58. Úřad z oznámení o zakázce uveřejněném v informačním systému o veřejných zakázkách dne 7. 2. 2011 zjistil, že zadavatel označil hlavní předmět veřejné zakázky jako poradenství v oblasti řízení lidských zdrojů (kód CPV 79414000-9) a další předmět jako informační systémy (kód CPV 48810000-9), tj. sám zadavatel předmět plnění zařadil do dvou rozdílných CPV kódů a do dvou různých oblastí.
59. V čl. II.1.5) „Stručný popis zakázky nebo nákupu(ů)“ oznámení o zakázce zadavatel popsal předmět veřejné zakázky jako výběr dodavatele odborného poradenství pro realizaci personálního auditu, přičemž součástí zakázky je i dodávka SW nástroje a jeho implementace. Dle tohoto popisu má podle zadavatele jít o plnění spočívající jednak v personálním poradenství, jednak v dodávce software.
60. Podle čl. 2 zadávací dokumentace veřejná zakázka sestávala ze šesti dílčích plnění/aktivit: 1. kapacitní audit 2. audit kompetenční a profesní způsobilosti zaměstnanců 3. audit hodnotícího a motivačního systému 4. vzdělávání personalistů 5. implementace IS pro řízení lidských zdrojů 6. plán a implementace navrhovaných opatření. Úřad uvádí, že zatímco aktivity 1 až 4 a 6 zahrnovaly poradenství pro realizaci personálního auditu (např. kapacitní

audit, audit kompetenční a profesní způsobilosti zaměstnanců, audit hodnotícího a motivačního systému, vzdělávání personalistů), aktivita 5 se týkala výslovně implementace informačního systému, tedy dodávky software.

61. Zadavatel v upřesnění zadávacích podmínek – odpovědi na dotazy č. 1 ze dne 11. února 2011 ke způsobu zpracování nabídkové ceny zájemcům sdělil, že požaduje uvedení celkové ceny za poradenství v oblasti řízení lidských zdrojů (služby) a celkové ceny za informační systém (investice), přičemž maximální cena za poradenství v oblasti řízení lidských zdrojů (služby) nesmí překročit částku 2.551.666,66 Kč bez DPH a maximální cena za informační systém (investice) nesmí překročit částku 876.666,66 Kč bez DPH. Z toho Úřad vyvozuje, že sám zadavatel si byl vědom, že i z hlediska finančního plnění zakázka sestává ze dvou oblastí. První oblastí byly poradenské služby, kam zadavatel začlenil kapacitní audit, audit kompetenční a profesní způsobilosti, audit hodnotícího a motivačního systému, vzdělávání personalistů a plán implementace navrhovaných opatření. Druhou oblastí, zadavatelem označenou jako investice, byla implementace informačního systému.
62. Vybraný uchazeč ve své nabídce podle požadavku zadavatele rozčlenil svoji celkovou nabídkovou cenu ve výši 2.780.000 Kč bez DPH na ceny za jednotlivé etapy a dále uvedl cenu za položku poradenské služby (jež zahrnuje aktivity 1 až 4 a 6) ve výši 2.180.000 Kč bez DPH a samostatně za položku investice (IS), jež zahrnuje aktivitu 5 – implementace IS ve výši 600.000 Kč bez DPH.
63. V čl. 4 zadávací dokumentace v požadavcích na technické kvalifikační předpoklady zadavatel požadoval seznam obdobných zakázek, z toho min. 4 zakázky z oblasti personálního auditu nebo tvorby kompetenčního modelu a min. 1 zakázku spočívající ve vývoji a/nebo implementaci IS. Zadavatel tedy požadoval prokázání technických kvalifikačních předpokladů ve 2 rozdílných oblastech (personální audit a vývoj IS).
64. Předseda Úřadu ve svém rozhodnutí uvedl, že je podstatné, zda zadavatelem poptávané plnění je či není nutno z technických a ekonomických důvodů poptávat společně, přičemž dále Úřadu uložil, aby posoudil, zda kupříkladu technické souvislosti plnění neznamenal, že bylo nutno zadávat obě části zakázky v jednom celku či nakolik byla jedna část plnění podmíněna druhou, resp. zda lze výsledku dosáhnout i plně odděleným provedením auditní činnosti a IT služeb.
65. K tomu Úřad uvádí, že pokud jde o věcný (technický) charakter plnění, předmětem plnění tak, jak byl vymezen v oznámení o zakázce, zadávací dokumentaci, dodatečných informacích, byly jednak poradenské služby v oblasti personalistiky (kapacitní audit, audit kompetenční a profesní způsobilosti zaměstnanců, audit hodnotícího a motivačního systému, vzdělávání personalistů, implementace navrhovaných opatření – aktivity 1 až 4 a 6), jež tvořily větší část plnění, a jednak implementace IS pro řízení lidských zdrojů, tj. vývoj softwaru (implementace nadstavbového informačního systému kompatibilního se stávajícími moduly a integrovaného se spisovou službou – aktivita 5), jež byly menší částí plnění.
66. Úřad neshledává jakoukoli věcnou souvislost mezi poradenstvím v oblasti personalistiky, resp. provedením personálního auditu, a vývojem informačního systému (software). Podle Úřadu bylo možno obě předmětné skupiny služeb vzhledem k jejich povaze a charakteru poptávat samostatně, neboť poptávání těchto skupin odděleně by nemělo jakýkoliv vliv na výslednou funkčnost plnění jako celku. Výsledkem poradenské části budou určitá (personální)

data, která budou zavedena do informačního systému. Software bude vyvinut samostatně a nezávisle na těchto datech, personálními daty pak bude naplněn.

67. Obě tato dílčí plnění nebyla propojena ani technicky či technologicky, když výstupem části poradenské byly auditní zprávy, metodiky, manuály (optimalizace organizační struktury, stanovení kapacit, analýza systému hodnocení zaměstnanců atd.) a výstupem vývoje informačního systému byl software se specifickými funkcionalitami (nastavba již používaného systému).
68. Pokud jde o případné ekonomické důvody, které by svědčily pro nutnost poptávat obě části plnění společně, Úřad konstatuje, že ze zadávacích podmínek takové důvody nevyplývají. Podle názoru Úřadu, by se v případě, že by plnění předmětné veřejné zakázky poskytoval jeden dodavatel, potenciálně mohlo odrazit v kratší lhůtě plnění a jednodušší administraci veřejné zakázky v průběhu jejího zadávání i jejího plnění, Úřad je však toho názoru, že zadavateli nic nebránilo v tom, aby si nastavil obchodní podmínky pro obě části plnění veřejné zakázky tak, aby zajistil dostatečnou/plnou koordinaci jednotlivých dodavatelů při plnění částí veřejné zakázky a účel obou veřejných zakázek a potřeby zadavatele tak nebyly ohroženy. Naopak zajištěním efektivnější soutěže o zakázku by mohlo dojít ke snížení nabídkových cen pro jednotlivé části plnění a tedy i celku.
69. Předseda Úřadu ve svém rozhodnutí zavázal Úřad, aby ověřil, zda je reálné, aby poptávané plnění v celku plnil jediný dodavatel, který se obecně zabývá jen jednou z dílčích oblastí plnění, a jaké důvody vedly dodavatele, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci, k nepodání nabídky, resp. zda je v silách společností poskytujících poradenské služby zajistit požadovanou softwarovou podporu a naopak.
70. Ke zjištění stavu věci tak, aby o něm nebylo důvodných pochybností, Úřad provedl šetření potenciálních dodavatelů (viz body 47. až 51. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad zjistil, že jen několik málo dodavatelů by bylo schopno dodat plnění jako celek (bez využití subdodavatele). Důvodem nepodání nabídky pak podle většiny potenciálních dodavatelů byla potřeba zajištění subdodavatele. Pokud jde o schopnost dodavatele zajistit „druhý“ z předmětů plnění, ten vlastními kapacitami byla schopna zajistit jen malá část dodavatelů, většina ostatních by musela využít subdodavatele (což byl uváděný důvod pro nepodání nabídky). Ze zjištění učiněných Úřadem tak vyplývá, že spojení auditních služeb v oblasti personalistiky a služeb či dodávek z oblasti IT do jediného poptávaného plnění tak pro většinu dodavatelů představovalo zásadní překážku v realizaci veřejné zakázky.
71. Podle rozhodnutí předsedy Úřadu se Úřad měl zabývat i harmonogramem plnění dle smluvních podmínek, na jehož základě by bylo možno potvrdit, že jednotlivé části nepředstavují plnění, které je nutno poptávat společně.
72. K tomu Úřad uvádí, že podle harmonogramu plnění stanoveného v návrhu smlouvy o dílo měla být nejprve dokončena auditní činnost (do 07/2011), poté měl být implementován informační systém (do 09/2011) a závěrečná etapa trvající do dalšího roku (do 08/2012) měla zahrnovat zavedení navržených opatření do praxe a vyhodnocení jejich úspěšnosti po uplynutí 1 roku. Lze říci, že i časově nebyla obě plnění provázána; nejprve mělo být ukončeno jedno plnění (část poradenská), teprve poté se realizovalo plnění druhé (část zahrnující dodávku informačního systému). Z toho důvodu nemůže obstát ani námitka zadavatele, že vzhledem k časovému limitu stanovenému poskytovatelem dotace by v případě jiného

postupu bylo ohroženo čerpání dotace. K uvedenému argumentu zadavatele Úřad uvádí, že tato skutečnost nemůže být důvodem pro příliš široké vymezení předmětu veřejné zakázky a tím způsobenou diskriminaci dodavatelů. Úřad v této souvislosti vnímá, že předmětná veřejná zakázka mohla být zadavatelem vypsána s ohledem na dodržení principu efektivity, účelnosti a hospodárnosti při zadávání veřejné zakázky, přesto není možné postavit zásady efektivity, účelnosti a hospodárnosti nad základní principy zadávacího řízení stanovenými v § 6 zákona, jak dovodil např. NSS ve svém rozsudku č. j. 3 As 18/2015 - 32 ze dne 25. 11. 2015: „... zásada hospodárnosti nemůže mít automaticky aplikační přednost před splněním striktních zákonných podmínek ...“ nebo v rozsudku č. j. 8 Afs 60/2009 – 78 ze dne 31. 5. 2010, kde se uvádí: „Nejvyšší správní soud připomíná, že účelem právní regulace veřejných zakázek je mj. zajištění transparentnosti, efektivnosti, účelnosti a hospodárnosti při vynakládání veřejných prostředků. Musejí být vytvářeny předpoklady, aby smluvní vztahy, při nichž dochází k plnění z veřejných prostředků, zadavatelé uzavírali při zajištění řádně fungujícího soutěžního prostředí a při dodržení principů rovného zacházení, zákazu diskriminace a zásady transparentního nakládání s veřejnými prostředky ...“. Úřad k časové souslednosti jednotlivých aktivit dále podotýká, že etapa vývoje software měla trvat cca 2 měsíce (08/2011 – 09/2011) a teprve poté měla následovat poslední etapa (plán a implementace navrhovaných opatření) v době od 08/2011 do 08/2012. Zadavatel argumentuje, že délka projektu byla stanovena na 24 měsíců, takže by projekt nestihl, pokud by byl vypisován až po provedení auditu. Úřad na základě uvedeného časového harmonogramu vyvozuje, že byl dostatečný časový prostor dvou let pro plnění zakázky, přičemž etapa vývoje software byla pouze 2 měsíční. Úřad dále uvádí, že z pohledu naplnění deliktivní odpovědnosti zadavatele není rozhodné, co zadavatele k jeho postupu vedlo (jaké subjektivní pohnutky), neboť odpovědnost zadavatele za porušení zákona je odpovědností objektivní.

73. Zadavatel tvrdí, že všechny části (aktivity) spolu souvisely, jejich vstupy a výstupy na sebe navazovaly a k dosažení cíle projektu nešlo žádnou část vynechat, neboť součástí auditů byla i nová data, která byla implementována pomocí nadstavby informačního systému do personálního a mzdového systému. To dle zadavatele odůvodňovalo, proč bylo třeba, aby zakázku plnil jeden dodavatel (který data vytvořil a následně je vložil do informačního systému).
74. Úřad odmítá argumenty zadavatele týkající se údajného propojení všech šesti aktivit a jejich časové návaznosti. Věcně stejné aktivity se týkaly poradenských služeb v oblasti personalistiky, tedy provedení auditů, vzdělávání personalistů a zavedení navržených opatření do praxe. Věcně odlišná byla aktivita zahrnující dodávku a implementaci informačního systému (pro řízení lidských zdrojů). Harmonogram plnění jednotlivých aktivit, jak byl stanoven ve smlouvě o dílo, rovněž potvrzuje názor Úřadu, že oba druhy plnění byly na sobě nezávislé. Nelze přijmout ani tvrzení zadavatele, že plnění je třeba zadávat jako celek jednomu dodavateli z důvodu provázání výstupů z auditů na informační systém, neboť je obvyklou praxí, že existuje nebo je vyvinut informační systém a ten je následně naplněn daty poskytnutými zákazníkem. Zadavatel neuvedl žádný konkrétní důvod, proč by měl pořizovat data z auditů ten stejný subjekt, který bude vyvíjet/dodávat software. Tak tomu ostatně ani v projednávaném případě nebylo, neboť se právě na plnění části zakázky týkající se softwaru podílel subdodavatel (odlišný od dodavatele auditních služeb v oblasti personalistiky).

75. Úřad shrnuje důvody, na základě nichž má za to, že zadavatel vymezil předmět veřejné zakázky příliš široce, když spojil dvě věcně, technicky a ekonomicky nesouvisející služby pod jedno plnění:
- dodávka poradenských služeb v oblasti personalistiky zahrnuje analýzu současného stavu, návrh opatření, jeho realizace a vyhodnocení (ve formě zpráv, manuálů, příruček),
 - dodávka informačního systému zahrnuje vytvoření programu (software), následně poskytnutí licence k užívání,
 - dva různé CPV kódy, dva předměty plnění přímo v názvu zakázky (poradenské služby, dodávka informačního systému),
 - je požadována technická kvalifikace (seznam významných zakázek) ze dvou oblastí (personální audit a vývoj IS),
 - informace poskytnuté potenciálními zájemci o zakázku, z nichž vyplynulo, že většina podnikala buď v jedné nebo druhé činnosti (v personálním poradenství nebo v IT službách),
 - vybraný uchazeč plnil část předmětu veřejné zakázky spočívající ve vývoji software pomocí subdodavatele, a to toho, který již zadavateli v minulosti informační systém pro personalistiku dodával.
76. Úřad má na základě všech těchto uvedených skutečností za to, že zadavatel v rámci jedné zakázky poptával dva odlišné – nesouvisející druhy plnění. V jedné zakázce zadavatel spojil dvě oblasti – poradenství v oblasti personální a dodávku software pro tuto oblast. Úřad dospěl k závěru, že mezi plněním spočívajícím v poskytnutí poradenských služeb a plněním spočívajícím v návrhu a zavedení (implementování) informačního systému neexistuje věcná (technická souvislost) a není tedy důvod, proč by musely být tyto služby poptávány v rámci jediné veřejné zakázky (nerozdělené na části) a dodány jediným dodavatelem. Plnění nebylo třeba poptávat společně ani z ekonomických důvodů. Zadavatel měl poptávat obě části plnění předmětu veřejné zakázky samostatně, neboť personální poradenství (audity v oblasti lidských zdrojů) a dodávka informačního systému (software jako nadstavby dosavadního informačního systému) jsou plnění z hlediska věcného vzájemně nesouvisejícími. Dodávka poradenských služeb mohla být soutěžena jako samostatná veřejná zakázka (vzhledem k předpokládané hodnotě této části ve výši cca 2,5 mil. Kč bez DPH tedy jako veřejná zakázka nikoli malého rozsahu)³ nebo zadavatel mohl danou veřejnou zakázku rozdělit na části a umožnit uchazečům podat nabídku na jednotlivé části veřejné zakázky.
77. Úřad tak může učinit dílčí závěr, že zadavatel vymezil předmět veřejné zakázky příliš široce.
78. Úřad obecně konstatuje, že významným limitujícím faktorem v celém zadávacím řízení je povinnost zadavatele dodržet základní zásady zakotvené v § 6 zákona, tj. zásadu transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. V souvislosti s předmětem plnění musí mít zadavatel na zřeteli především zásadu zákazu diskriminace, neboť příliš široké vymezení předmětu veřejné zakázky může vést k omezení možnosti více dodavatelů účastnit se zadávacího řízení.

³ Zadavatel přitom tvrdí, že pro sebe zvolil přísnější režim zadávání, neboť nerozdělil předmět veřejné zakázky pod limity stanovené zákonem. Tak tomu však není, neboť auditní služby měly předpokládanou hodnotu vyšší než 2 mil. Kč bez DPH.

79. Na základě shora učiněného závěru, že předmět veřejné zakázky byl vymezen příliš široce, se Úřad dále zabýval otázkou, co takto vymezený předmět veřejné zakázky z pohledu účinné soutěže o zakázku mohl způsobit. Tzn., zda navenek stejný postup zadavatele vůči všem dodavatelům projevující se jednotným vymezením předmětu veřejné zakázky nevylučuje ze soutěže o zakázku potenciální dodavatele, kteří by mohli plnění poptávané zadavatelem splnit, bylo-li by poptáváno odděleně. Úřad vyšel z informací poskytnutých potenciálními dodavateli, z nichž většina poskytuje buď jednu, nebo druhou službu samostatně. Na základě provedeného šetření (viz část odůvodnění rozhodnutí – Informace poskytnuté potenciálními uchazeči o veřejnou zakázku) může Úřad učinit závěr, že obě plnění lze běžně na trhu pořídit samostatně, tj. je obvyklou obchodní praxí poptávat poradenské/auditní služby samostatně a dodávky informačních systémů (softwaru) též samostatně. Na trhu působí značné množství dodavatelů, kteří poskytují poradenské a auditní služby v oblasti personalistiky, které by byli schopni zadavateli dodat, avšak nedodávají informační systémy a naopak. V rámci své činnosti obvykle dodavatelé poskytují buď jeden, nebo druhý typ služeb už proto, že pro každou z daných specializací je třeba tým zaměstnanců s jinou kvalifikací a vzděláním. Na druhou stranu Úřad připouští, že na trhu působí i soutěžitelé se širokým předmětem činnosti, takže lze nalézt i firmy poskytující jak personální poradenství, tak současně vývoj softwaru. Takových dodavatelů je však podstatně méně než těch, kteří se zaměřují na jednu či druhou kategorii služeb. Poskytováním obou druhů služeb současně se zabývá jen omezené množství dodavatelů.
80. Úřad při tomto konstatování může vyjít z konkrétních informací poskytnutých oslovenými potenciálními uchazeči o zakázku. Podané informace může Úřad shrnout tak, že většina obesaných dodavatelů vykonávala buď jednu nebo druhou činnost (personální poradenství nebo IT služby). Obě činnosti současně (v šíři dle zadávací dokumentace) prováděly jen 4 firmy. Většina oslovených dodavatelů by rovněž nebyla schopna poskytnout plnění veřejné zakázky jako celku bez nutnosti zajištění subdodavatele. Příčinou nepodání nabídky pak u značné části dodavatelů byla nutnost zajištění subdodávky. Zadavatelem poptávané komplexní řešení tak bylo schopno poskytnout jen několik málo soutěžitelů, zatímco každou z částí samostatně by mohlo plnit mnoho potenciálních dodavatelů.
81. Podle rozsudku KS č. j. 62 Af 57/2011-96 ze dne 1. 11. 2012 při posuzování souladu vymezení předmětu veřejné zakázky se zásadou zákazu diskriminace je nutné zabývat se otázkou, jaký vliv má konkrétní vymezení předmětu veřejné zakázky na efektivní soutěž dodavatelů. Pokud zadavatel *„poptává plnění, které není plněním, jež je nutno z technických a ekonomických důvodů poptávat společně, jako plnění jediné (společné), přitom podmínkám vycházejícím z takto nastavené poptávky, jež se projevuje v samotném vymezení předmětu veřejné zakázky, může vyhovět pouze velmi omezený počet dodavatelů (...), zatímco při oddělené zadavatelově poptávce po takto dle úvahy zadavatele spojeném plnění by se o zakázky v jednotlivých oblastech plnění mohl ucházet vyšší počet dodavatelů, přitom obě plnění jsou plněními, jež se jinak poskytují samostatně (...), pak takový postup lze kvalifikovat jako diskriminační, odporující zásadám podávaným z § 6 ZVZ. Je tomu tak proto, že někteří z dodavatelů mají v takovém případě a priori znemožněnu účast v zadávacím řízení, byť by plnění, které je zadavatelem poptáváno, mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní, nehledě k tomu, že by je při zajištění efektivní soutěže o veřejnou zakázku mohli realizovat za podmínek pro zadavatele výhodnějších.“* Možnost využití institutu společné nabídky tento negativní následek postupu zadavatele při vymezení předmětu plnění

neeliminuje. Z výše citovaného rozsudku KS vyplývá, že je třeba hodnotit objektivní důsledek postupu zadavatele, resp. dopad, který z pohledu zajištění účinné soutěže o zakázku jeho rozhodnutí o vymezení předmětu veřejné zakázky vyvolalo, nikoli subjektivní pohnutky zadavatele k takovému kroku. Je-li předmět veřejné zakázky vymezen příliš široce a v důsledku toho podá nabídku méně dodavatelů než za situace, kdy by zadavatel plnění poptával samostatně, vede to ke (skryté) diskriminaci těch dodavatelů, jež by mohli podat nabídku na jednotlivá plnění, avšak nemohou ji podat na plnění všechna.

82. Podobně v souvislosti s vymezením předmětu veřejné zakázky uvedl KS v rozsudku č. j. 62 Af 75/2013-109 ze dne 9. 10. 2014, že spojil-li žalobce do jedné veřejné zakázky plnění, jež spolu nesouvisí, dopouští se tím porušení ust. § 6 odst. 1 zákona, konkrétně porušení zásady zakazu diskriminace. A dále: *„Je sice pravdou, že zadavateli svědčí významná míra autonomie ohledně vymezení plnění, které hodlá poptávat, a tedy ohledně vymezení předmětu veřejné zakázky, je však povinen i při vymezení předmětu plnění veřejné zakázky dodržet ZVZ včetně zásady zakazu diskriminace (§ 6 ZVZ), jak žalovaný uvádí v bodu 96. napadeného rozhodnutí. Za skrytou formu nepřijatelné diskriminace, a tedy za porušení § 6 ZVZ, je třeba považovat i takový postup, pokud zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku takovým vymezením předmětu veřejné zakázky, je-li zřejmé, že ji mohou splnit toliko někteří z dodavatelů (potenciálních uchazečů), jež by jinak byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými. Za kumulativního splnění právě uvedených dvou podmínek lze kvalifikovat zadavatelův postup jako diskriminační, odporující zásadám podávaným z § 6 ZVZ, neboť někteří z dodavatelů mají v takovém případě a priori znemožněnu účast v zadávacím řízení, byť by předmět veřejné zakázky mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní.“*
83. Ve světle uvedené judikatury došlo k ustálení názoru, podle něhož, je-li předmět veřejné zakázky vymezen příliš široce a v důsledku toho podá nabídku méně dodavatelů než za situace, kdy by zadavatel plnění poptával samostatně, dochází k diskriminaci těch dodavatelů, jež by mohli podat nabídku na jednotlivá plnění, avšak nemohou ji podat na plnění všechna, bez ohledu na jejich možnost podat společnou nabídku či si opatřit subdodávky.
84. V daném případě mohlo nabídku podat mnohem méně dodavatelů než za situace, kdy by jednotlivá plnění byla poptávána samostatně. O tom svědčí i odpovědi oslovených potenciálních dodavatelů, kdy několik z nich jako důvod nepodání nabídky uvedlo nutnost zajištění subdodavatele. Odrazem tohoto faktu může být mimo jiné právě i jediná nabídka doručená zadavateli, přestože na trhu působí větší počet subjektů, jež se zabývají zajišťováním poradenských služeb v oblasti personalistiky. Stejně tak i v oblasti vývoje informačních systémů podniká velké množství dodavatelů. Příliš široce vymezený předmět plnění tak bezesporu představoval překážku v účasti v zadávacím řízení pro dodavatele. Došlo tak k omezení konkurenčního prostředí mezi dodavateli a ke skryté diskriminaci. Diskriminováni byli – jak bylo prokázáno na základě provedeného šetření – ti dodavatelé, kteří by mohli podat nabídku na jednotlivá plnění (tj. na plnění spočívající v personálním poradenství nebo na plnění spočívající v implementaci informačního systému), avšak nejsou schopni nabídnout plnění všechna.
85. Nutnost realizovat některé činnosti prostřednictvím subdodavatele může být diskriminační vůči některým dodavatelům, neboť potřeba zajištění subdodavatelů zpravidla zvyšuje

náklady spojené s realizací předmětu veřejné zakázky. Pokud si zadavatel nastavením zadávacích podmínek u dodavatele „vynucuje“ pro realizaci veřejné zakázky sjednat subdodavatele, nepostupuje v souladu se zákonem. K tomu považuje Úřad za vhodné dodat, že – jak plyne z rozhodnutí Úřadu sp. zn. S682/2013/VZ ze dne 12. 3. 2014 potvrzeného rozhodnutím předsedy Úřadu sp. zn. R91/2014/VZ ze dne 20. 1. 2015, a dále i obdobně ze závěrů rozsudku KS sp. zn. 62 Ca29/2009 ze dne 16. 3. 2011 – „nelze totiž po dodavatelích spravedlivě požadovat, aby plnili zadavatelův požadavek, který je v rozporu se ZVZ, natož, aby tak činil formou subdodavatelkou (tedy formou, která jim zpravidla zvyšuje náklady a snižuje zisk).“

86. Zadavatel ve svém vyjádření (z 6. 5. 2015) uvedl, že důvodem pro zadávání jedné zakázky (jako celku) byla jeho snaha nerozdělit předmět veřejné zakázky pod finanční limity stanovené zákonem. K povinnosti zadavatele rozdělit v určitých případech veřejnou zakázku na části se vyjádřil KS např. v rozsudku č. j. 30 Af 80/2012-65 ze dne 18. 9. 2014 tak, že pokud povaha předmětu veřejné zakázky připouští rozdělení veřejné zakázky na části, čímž by bylo vyloučeno porušení zásady zákazu diskriminace a tomuto rozdělení nebrání § 13 odst. 3 zákona, je vhodné, aby zadavatel institutu rozdělení zakázky na části využil, a to bez ohledu na to, že zákon jeho využití výslovně neukládá. Pokud totiž zákon zakazuje diskriminaci dodavatelů, je třeba dovodit, že zadavatel je povinen postupovat tak, aby tento zákaz respektoval a v zadávacím řízení se diskriminace nedopouštěl. Je-li přitom jediným způsobem, jak toho dosáhnout, rozdělení veřejné zakázky a tuto možnost zákon výslovně připouští, je třeba takový postup, tj. rozdělení veřejné zakázky z důvodu zabránění diskriminace, považovat za postup zákonem uložený.
87. Obdobně v rozsudku č. j. 62 Af 119/2013-59 ze dne 20. 7. 2015 KS judikoval, že zákon sice explicitně nestanoví, že by v určitých případech měl zadavatel povinnost veřejnou zakázku rozdělovat. Na druhou stranu je však zadavatel při zadávání veřejné zakázky povinen postupovat vždy tak, aby neporušoval žádné ustanovení zákona, a tedy ani § 6, který zakotvuje základní zásady. Pokud by tedy určitým postupem zadavatele došlo k porušení některé ze základních zásad zadávacího řízení, nesmí zadavatel takového způsobu využít a naopak je povinen nalézt postup jiný, se zákonem souladný. Takovým postupem, který by porušení zásady zákazu diskriminace z důvodu omezení konkurence dodavatelů vyloučil, by mohl být právě institut rozdělení veřejné zakázky na části podle § 98 zákona. Pokud by pak povaha předmětu veřejné zakázky rozdělení připouštěla a zároveň rozdělení nebránil ani § 13 odst. 3 zákona, bylo by namístě, aby zadavatel institutu rozdělení veřejné zakázky na části využil, a to bez ohledu na to, že zákon jeho využití výslovně neukládá. V opačném případě by totiž zadavatel omezil hospodářskou soutěž mezi dodavateli, a porušil tak § 6 zákona.
88. V rozsudku č. j. 62 Af 7/2010-135 ze dne 2. 3. 2010 KS judikoval, že „Pokud by zadavatel předmět veřejné zakázky vymezil příliš široce a v důsledku toho by se o zakázku mohli ucházet jen někteří dodavatelé, mohl by porušit jednu ze základních zásad zadávání veřejných zakázek zakotvených v § 6 ZVZ. ... V daném případě zadavatel v rámci jedné veřejné zakázky poptával více druhů zboží. ... Jak vyplynulo ze správního spisu, někteří potenciální dodavatelé, kteří si zadávací dokumentaci od zadavatele vyzvedli, nabídku nepodali, neboť takto široce vymezený sortiment zboží nebyli schopni dodat. ... Je třeba souhlasit s tím, že v daném případě mohlo nabídku podat méně dodavatelů, než za situace, kdy by byly jednotlivé

výrobky poptávány samostatně, případně kdy by byla veřejná zakázka rozdělena a dodavatelům bylo umožněno podávat nabídky i na jednotlivé části veřejné zakázky, tak jak má na mysli § 98 odst. 3 ZVZ.“

89. V souladu s uvedenými judikáty může Úřad konstatovat, že v daném případě předmět zkoumané veřejné zakázky bylo možno rozdělit na části (na část personálního poradenství a část vývoje informačního systému) a bylo dokonce povinností zadavatele takto postupovat, aby se vyhnul porušení zásady zákazu diskriminace. Tvzení zadavatele, že pokud by selhal dodavatel první části zakázky, nemohl by druhý dodavatel svou část zakázky splnit, považuje Úřad za nepřipadné, neboť toto nemůže být důvodem pro postup zadavatele v rozporu se zákonem. Termíny plnění a též případnou návaznost jednotlivých veřejných zakázek si má možnost zadavatel zajistit mj. stanovením vhodných obchodních podmínek např. ve smlouvách s dodavateli.
90. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel zásadu zákazu diskriminace stanovenou v § 6 zákona, neboť diskriminoval dodavatele, kteří by byli schopni dodat jen některé z požadovaných plnění, a to buď pouze poradenské služby v oblasti personalistiky, nebo pouze informační systém. V daném případě mohlo nabídku podat méně dodavatelů, než za situace, kdy by byly jednotlivé služby poptávány samostatně.
91. K potencialitě podstatného vlivu nezákonného postupu zadavatele na výběr nejvhodnější nabídky uvádí Úřad následující. Úřad konstatuje, že předmět veřejné zakázky byl popsán v oznámení o zakázce, které bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 7. 2. 2011. Takto publikovaný široký popis předmětu zakázky požadující dva různé druhy plnění, které spolu vzájemně nesouvisejí, mohl mít vliv na dodavatele v tom smyslu, že je mohl odradit od podání nabídky. O tom svědčí i skutečnost, že zadávací dokumentaci si vyžádalo více než 20 uchazečů a zadavatel obdržel pouze jednu nabídku, jež byla navíc plněna v části týkající se dodávky softwaru subdodavatelem. Úřad z odpovědí oslovených potenciálních dodavatelů dovozuje, že počet dodavatelů, který by byl schopen sám (vlastními silami) splnit předmět veřejné zakázky spočívající ve dvou odlišných plněních, byl značně omezený. Z poskytnutých informací lze učinit závěr, že příčinou nepodání nabídky v několika případech byla nutnost zajištění subdodávky, resp. nemožnost zajistit plnění veřejné zakázky jako celku.
92. Uvedený postup zadavatele proto mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť zúžil okruh potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku, kteří by veřejnou zakázku mohli realizovat, avšak jejich předmět podnikání nezahrnuje současně poradenské služby a zároveň poskytování SW. Pokud by se o zakázku ucházelo více uchazečů, zadavatel mohl vybírat z více nabídek a nabídka některého z uchazečů mohla být pro zadavatele výhodnější.
93. Zákon nevyžaduje prokázání vlivu na výběr nejvhodnější nabídky, postačí takové jednání zadavatele, které mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Jak konstatoval KS v rozsudku č. j. 62 Af 58/2010-159 ze dne 20. 3. 2012 „*Pro naplnění skutkové podstaty deliktu je přitom takováto možnost zcela postačující a soudu tedy nezbývá než uzavřít s tím, že žalobce nevyvrátil, že by existovala možnost, že by v případě řádného zadání veřejné zakázky byla podána nabídka další, přičemž nelze vyloučit alespoň potenciální možnost, že by se taková nabídka stala nabídkou vítěznou...K tomu je třeba poukázat na to, že se jedná toliko o možnost (hypotézu), kterou není možné jakkoli prokazovat.*“ Zadavatel svým jednáním tak

podle KS naplnil všechny znaky skutkové podstaty správního deliktu. V rozhodnutí č. j. ÚOHS-R180/2008/VZ-1837/2009/310/ASc již ze dne 12. 2. 2009 předseda Úřadu konstatoval, že *„Skutková podstata správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona je navíc naplněna, i pokud jednání zadavatele má pouze potenciál podstatně ovlivnit výběr nabídky, tedy je pouze schopno tohoto ovlivnění, aniž by k němu nutně došlo. Z dikce zákona jasně plyne, že slovo „podstatně“ se vztahuje jak na skutečné ovlivnění (ovlivnil) tak i na potenciální možnost ovlivnění (mohl ovlivnit) výběru nabídky. ...k uložení pokuty Úřadem postačí pouze potenciální možnost ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Úřad tedy není nucen zkoumat, zda k ovlivnění skutečně došlo či nedošlo, neboť z hlediska ustanovení § 120 zákona stačí pouhá možnost tohoto ovlivnění.“*

94. KS pak v rozsudku č. j. 31 Af 23/2012-40 ze dne 26. 9. 2012 k materiální stránce deliktu uvedl, že *„z dikce „podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit“ vyplývá, že může jít o poruchový nebo i ohrožovací správní delikt. Zákonodárce tedy (za běžných okolností) spatřuje společenskou škodlivost již v tom, že mohlo dojít, nikoli nutně muselo, k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Není tedy pravdou, že nedošlo k naplnění materiálního znaku správního deliktu....již pouhá existence takové možnosti je společensky škodlivá, a došlo tedy k naplnění materiálního znaku (společenské škodlivosti) správního deliktu uvedeného v ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách“.*
95. NSS v rozsudku č. j. 4 As 61/2016-34 ze dne 28. 6. 2016 judikoval, že *„nelze přisvědčit požadavku krajského soudu, aby stěžovatel zevrubně prokazoval, že v inkriminované době existoval konkrétní dodavatel, který se předmětného výběrového řízení nemohl zúčastnit jen proto, že žalobce jako zadavatel předmětné veřejné zakázky v rozporu se zněním § 56 odst. 3 ZVZ zkrátil dobu, ve vztahu k níž měl takový dodavatel předložit příslušné reference. V takovém případě by totiž stěžovatel fakticky neprokazoval ohrožení výběru nejvhodnější nabídky, ale již samotné v reálu skutečné porušení povinnosti vybrat nejvhodnější nabídku. Jak totiž Krajský soud v Brně v rozsudcích ze dne 26. 9. 2012, č. j. 31 Af 23/2012 – 40, a ze dne 20. 3. 2012, č. j. 62 Af 58/2010 – 159, správně uvedl, skutková podstata předmětného správního deliktu zahrnuje jak poruchový, tak i ohrožovací delikt. V případě, že správní orgán, tedy stěžovatel, shledá, že se v daném případě jedná o ohrožovací formu správního deliktu, nelze faktický vznik škody z logiky věci nijak prokazovat. Pokud by totiž správní orgán toto ohrožení právem chráněného zájmu blíže prokazoval, ve skutečnosti by jeho dokazování směřovalo k tomu, do jaké míry došlo ke skutečné poruše u tohoto právem chráněného zájmu, v konkrétní věci, zda tu skutečně byla výhodnější nabídka jiného dodavatele, který od jejího podání ustoupil pouze z důvodu chybného stanovení kvalifikačních předpokladů. Nejvyšší správní soud se v tomto směru ztotožňuje s názorem stěžovatele, že takové dokazování by bylo nepřiměřeně obtížné či přímo někdy i nemožné, neboť by bylo nutné oslovit blíže neurčený okruh jiných dodavatelů nacházejících se často na velkém území. Takové dokazování by proto bylo často za hranicí možností správního orgánu a mohlo by vést k nemožnosti účinného postihování porušení povinností zadavatelů dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ.“*
96. Podobně podle rozsudku NSS č. j. 9 As 63/2016-43 ze dne 18. 8. 2016 Úřad *„není u ohrožovací formy správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách (nezákonným postupem zadavatele mohl být ovlivněn výběr nejvhodnější nabídky) povinen prokazovat, že zde existoval konkrétní dodavatel, který by se, nebýt pochybení zadavatele,*

zadávacího řízení zúčastnil a mohl podat výhodnější nabídku. Postačí, aby stěžovatel v rozhodnutí učinil kvalifikovanou úvahu, z níž bude logickým a srozumitelným způsobem vyplývat, proč v důsledku pochybení zadavatele mohlo dojít k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, tj. k ohrožení soutěže o veřejnou zakázku.“

97. Úřad uzavírá, že pro konstatování porušení zákona postačuje, že k podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky mohlo dojít; není třeba prokazovat, že pochybením zadavatele k ovlivnění skutečně došlo. Úřad dospěl k závěru, že porušení § 6 zákona zadavatelem, k němuž došlo na základě příliš širokého vymezení předmětu veřejné zakázky, mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
98. Zadavatel uzavřel dne 12. 5. 2011 smlouvu na plnění veřejné zakázky, čímž došlo kumulativně k naplnění poslední zákonné podmínky pro konstatování spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
99. K argumentu zadavatele v rozkladu, že výrok I. napadeného rozhodnutí považuje za rozporný, když je v něm uvedeno, že zadavatel diskriminoval dodavatele, avšak z odůvodnění napadeného rozhodnutí toto nevyplývá, Úřad uvádí, že řešení této otázky ve vztahu k napadenému rozhodnutí je v současnosti bezpředmětné. Při novém posuzování případu Úřad provedl šetření, přičemž na skutková zjištění a závěry ve věci diskriminace dodavatelů o veřejnou zakázku (viz body 47. až 51. odůvodnění tohoto rozhodnutí) plně odkazuje.
100. Úřad tedy uzavírá, že zadavatel se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky nedodržel zásadu zákazu diskriminace zakotvenou v § 6 citovaného zákona, když v čl. II.1.5) uveřejněného oznámení o zakázce a v čl. 2 zadávací dokumentace na veřejnou zakázku vymezil předmět veřejné zakázky příliš široce, neboť požadoval po dodavatelích v rámci jednoho předmětu veřejné zakázky různé druhy plnění, které spolu vzájemně nesouvisejí, konkrétně zajištění poradenských služeb v oblasti personalistiky – kapacitní audit, audit kompetenční a profesní způsobilosti zaměstnanců, audit hodnotícího a motivačního systému, vzdělávání personalistů, plán a implementace navrhovaných opatření – a současně implementaci informačního systému pro řízení lidských zdrojů, čímž diskriminoval dodavatele, kteří by byli schopni dodat jen některé z požadovaných plnění, a to buď pouze poradenské služby v oblasti personalistiky nebo pouze informační systém, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel dne 12. 5. 2011 smlouvu na plnění veřejné zakázky.

K výroku II. rozhodnutí – k požadavku na předložení certifikátu systému managementu bezpečnosti informací v organizaci

Skutečnosti zjištěné z dokumentace o veřejné zakázce

101. Zadavatel v oznámení o zakázce (čl. III.2.3) mezi doklady nezbytnými k posouzení, zda byly požadavky splněny, uvedl mj. certifikát systému managementu bezpečnosti informací v organizaci. Požadavky na kvalifikaci uchazečů zadavatel podrobně stanovil v čl. 4 zadávací dokumentace tak, že technické kvalifikační předpoklady (čl. 4.4 zadávací dokumentace) podle § 56 odst. 4 zákona splní uchazeč, který předloží certifikát jakosti dle ČSN EN ISO 9001, certifikát ČSN EN 10006 systém managementu jakosti a certifikát systému managementu

bezpečnosti informací v organizaci (např.: ČSN ISO/IEC 27001:2006) vydaný akreditovanou osobou nebo jiný rovnocenný doklad vydaný v členském státě EU.

Relevantní ustanovení zákona, rozsudek soudu

102. Podle § 56 odst. 4 zákona je-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky, může veřejný zadavatel v rámci prokázání technických kvalifikačních předpokladů požadovat předložení certifikátu systému řízení jakosti vydaného podle českých technických norem⁴ akreditovanou osobou. Veřejný zadavatel uzná rovnocenné doklady vydané v členském státě Evropské unie. Veřejný zadavatel uzná rovněž jiné doklady o rovnocenných opatřeních k zajištění jakosti.
103. Veřejný zadavatel je podle § 56 odst. 6 zákona oprávněn požadovat prokázání splnění jednoho či více technických kvalifikačních předpokladů uvedených v odstavcích 1 až 5. Spočívá-li veřejná zakázka v plnění odpovídajícím více druhům veřejných zakázek podle § 8 až 10, je veřejný zadavatel oprávněn požadovat prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů uvedených v odstavcích 1 až 5 v přiměřeném rozsahu pro každý druh zvlášť.
104. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.
105. V rozhodnutí předsedy Úřadu je ohledně chápání kategorie „jakosti“ a požadavku podle § 56 odst. 4 zákona odkazováno na rozsudek KS č. j. 31 Af 30/2013-90 ze dne 19. 5. 2015, odst. 64 a 65. V citovaných odstavcích tohoto rozsudku se uvádí, že při výkladu ustanovení § 56 odst. 4 zákona je třeba přihlídnout i k ratio legis novelizace zákonem č. 55/2012 Sb. Jedním z cílů novely bylo zúžit možnosti zadavatele veřejné zakázky stran požadování různých technických kvalifikačních parametrů zakázky, které byly v praxi používány jako nástroj k omezení hospodářské soutěže. Podle důvodové zprávy (bodu 61) návrh novely omezuje možnost klást požadavky v rámci technické kvalifikace; zadavatelé tyto požadavky nadbytečně zneužívali a docházelo tak k omezení hospodářské soutěže. KS z toho vyvozuje, že výklad dříve platného znění § 56 zákona byl problematický a zadavatelé této situace využívali k stanovování různých technických požadavků na uchazeče. KS provedl výklad § 56 odst. 4 zákona a dospěl k závěru, že při výkladu ustanovení, které je vybaveno odkazem za použití poznámky pod čarou, je třeba zohlednit, že poznámka pod čarou není závaznou součástí právního předpisu. Poznámku pod čarou nelze vnímat jako jednoznačné omezení rozsahu právních pojmů užitých v textu zákonného ustanovení, neboť má pouze informativní význam a lze ji chápat jako příklad. V případě uplatnění požadavku na jiný certifikát musel zadavatel podle právní úpravy účinné před 1. 4. 2012 postupovat velmi obezřetně tak, aby nebyla narušena možnost soutěže o zakázku a zejména, aby takový požadavek nesledoval bezdůvodné zvýhodnění některého z uchazečů.

Stanovisko ČIA k povaze certifikátu

106. Úřad v rámci jiného správního řízení požádal nejprve Úřad pro technickou normalizaci, metrologii a státní zkušebnictví o stanovisko týkající se povahy certifikátu systému managementu bezpečnosti informací v organizaci, a to konkrétně, zda je možno tento certifikát považovat za certifikát systému řízení jakosti. Dopisem ze dne 9. 2. 2016 tato

⁴ Poznámka pod čarou v zákoně zní: České technické normy řady ČSN EN ISO 9000.

instituce informovala Úřad, že žádost Úřadu postoupila k přímému vyřízení ČIA jako věcně příslušnému národnímu akreditačnímu orgánu. Na základě upřesňujícího dotazu Úřadu, zda lze certifikát prokazující zavedení systému managementu bezpečnosti informací v organizaci (např. ČSN ISO/IEC 27001:2006) podřadit pod kategorii certifikátů systému řízení jakosti, ČIA dopisem ze dne 15. 11. 2016 č. j. 008050/16/ČIA/DS_001 sdělil jednoznačnou odpověď, a to, že nikoliv. Ve vysvětlení ČIA dále uvedl, že: „Mezinárodní norma ISO/IEC 27001 Informační technologie – Bezpečnostní techniky – Systémy řízení bezpečnosti informací – Požadavky' spadá do řady norem pod označením ISO/IEC 270XX. Kořenovou normou je norma 'ISO/IEC 27000 Informační technologie – Bezpečnostní techniky – Systémy řízení bezpečnosti informací – Přehled a slovník'. Jak už z názvu vyplývá, jedná se o systémy řízení bezpečnosti informací, nikoliv jakosti. Cílem zavedení a následné certifikace podle této normy tedy není jakost/kvalita produktu nebo služby, tak jako v případě normy ČSN EN ISO 9001: 2016 Systémy managementu kvality – Požadavky, ale zabezpečení důvěrnosti, integrity a dostupnosti informací. Základním cílem pak je chránit informační aktiva organizace, aby se informace nedostaly do nesprávných rukou nebo aby nedošlo k jejich ztrátě.“ ČIA dále poznamenává, že ČSN ISO/IEC 27001:2006 je od 1. 1. 2014 neplatná a byla nahrazena aktuálně platnou normou ČSN ISO/IEC 27001:2014 a že pojem „jakost“ je definován jako vývojově zastaralý a preferovaným pojmem je „kvalita“.

Právní posouzení

107. K prokazování technických kvalifikačních předpokladů Úřad obecně uvádí, že jejich účelem je zajistit, aby vybraný uchazeč měl předpoklady a způsobilost pro řádné a včasné plnění konkrétní veřejné zakázky. Zadavatel při stanovování požadavků na kvalifikaci musí postupovat v souladu se zákonem a stanovit pouze takové kvalifikační předpoklady, které zákon umožňuje.
108. Rozhodnutím předsedy Úřadu bylo uloženo, aby Úřad při novém projednání věci postavil najisto, zda požadavek zadavatele na předložení certifikátu systému managementu bezpečnosti informací v organizaci lze považovat za certifikát systému řízení jakosti. Úřad má též vysvětlit, jak vlastně kategorii „jakosti“ rozumět, když judikatura se přiklání k názoru, že je třeba požadavek podle § 56 odst. 4 zákona chápat z hlediska jeho smyslu a účelu.
109. Zákon v ustanovení § 56 odst. 6 taxativně stanoví výčet dokladů (uvedených v odstavcích 1 až 5) k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů. Tento výčet je taxativní, tj. úplný, přesný a konečný. Zadavatel tedy nemůže od dodavatelů požadovat předložení jiných než v zákoně (v § 56 odst. 1 až 5) uvedených dokladů. Pokud jde o certifikáty podle § 56 odst. 4 zákona, kam dle zadávací dokumentace zadavatel svůj požadavek zařadil, zadavatel může požadovat předložení certifikátu, jedná-li se o certifikát systému řízení jakosti, tento certifikát je vydaný podle českých technických norem akreditovanou osobou a požadavek zadavatele je odůvodněn předmětem veřejné zakázky. Tyto tři podmínky musí být splněny kumulativně.
110. Zadavatel dle § 56 odst. 4 zákona požadoval v čl. 4.4 zadávací dokumentace certifikát systému managementu bezpečnosti informací v organizaci (např. ČSN ISO/IEC 27001:2006).
111. Jak Úřad zjistil, česká technická norma ČSN ISO/IEC 27001 s názvem: Informační technologie – Bezpečnostní techniky – Systému managementu bezpečnosti informací – Požadavky – byla

vydána Českým normalizačním institutem v říjnu 2006. Jde o mezinárodní normu použitelnou pro všechny typy organizací. Norma specifikuje požadavky na ustavení, zavádění, udržování a zlepšování systému managementu bezpečnosti informací (ISMS). Jednotlivé kapitoly normy popisují ustavení a řízení ISMS, zavádění a provozování ISMS, řízení zdrojů, interní audity ISMS, zlepšování ISMS atd. V příloze jsou pak obsaženy cíle a jednotlivá bezpečnostní opatření týkající se všech činností organizace (např. řízení aktiv, externích subjektů, pracovních vztahů, ochrany proti škodlivým programům, bezpečností sítě, zvládání bezpečnostních incidentů atd.). Norma tedy umožňuje identifikovat, řídit a minimalizovat hrozby úniku a zneužití důvěrných informací.

112. K pojmu „jakost“ Úřad uvádí, že dle stanoviska ČIA ze dne 15. 11. 2016 je uvedený pojem zastaralý a preferovaným pojmem je „kvalita“. O systému managementu kvality pojednává norma ČSN EN ISO 9000:2015 z března 2016 – Systémy managementu kvality – základní principy a slovník. Tato mezinárodní norma uvádí základní pojmy, zásady a slovník pro systémy managementu kvality a je také podkladem pro jiné normy systému managementu kvality. Norma má pomoci uživatelům pochopit základní pojmy, zásady a slovník managementu kvality. Dle této normy je „kvalita“ definována jako splnění požadavků (potřeb nebo očekávání, které jsou stanoveny, obvykle se předpokládají nebo jsou závazné) souborem inherentních charakteristik (znaků, vlastností) objektu (entity, položky).
113. Norma ČSN ISO/IEC 27001:2006 – Informační technologie – Bezpečnostní techniky – Systému managementu bezpečnosti informací – Požadavky, jak již vyplývá z jejího názvu, definuje požadavky na zavedení systému řízení bezpečnosti informací. Je to soubor požadavků a opatření k zajištění ochrany a bezpečnosti aktiv společnosti, tj. informací, know-how, majetku a osob při jejich oběhu, zpracování a využívání. Certifikace podle této normy umožňuje zavedení ochrany informací a snížení rizik spojených s únikem či zneužitím důvěrných informací. Norma výslovně o kvalitě/jakosti nehovoří, jde především o normu bezpečnostní, jež má nastavit zajištění bezpečnosti (informací, lidských zdrojů, prostředí, zařízení, prostředků, sítí, systémových souborů, procesů vývoje a podpory) a umožnit zvládání bezpečnostních incidentů v organizaci. Předmětem a cílem normy je „bezpečnost“, nikoli „kvalita“. Jakkoli je pojem „kvalita“ i ve světle shora uváděné normy ČSN EN ISO 9000:2015 pojmem velmi obecným, Úřad přesto mezi pojmy „kvalita“ a „bezpečnost“ spatřuje zřetelný rozdíl. Bezpečností se obvykle rozumí stav společenského, přírodního, technického, technologického systému anebo jiného systému, který v konkrétních vnitřních a vnějších podmínkách umožňuje plnění stanovených funkcí a jejich rozvoj v zájmu člověka a společnosti. Všeobecně je možno bezpečnost charakterizovat i jako stav bez reálné hrozby nebezpečí.⁵ O bezpečnosti se hovoří nejčastěji v souvislosti s bezpečností státu, zdraví, osobních údajů, jadernou bezpečností, bezpečností silničního provozu atd. I z tohoto výčtu je zřejmá odlišnost mezi kvalitou jako kategorií vztahující se k vlastnosti (obvykle zboží) a bezpečností jako kategorií vztahující se ke stavu určitého systému.
114. Úřad vedle svého vlastního posouzení typu zkoumané normy vzal za rozhodující skutkové zjištění, které vyplynulo ze stanoviska ČIA ze dne 15. 11. 2016 (viz výše), ve kterém ČIA jednoznačně uvedl, že certifikát systému managementu bezpečnosti informací v organizaci nelze podřadit pod kategorii certifikátů systému řízení jakosti, neboť cílem této normy není

⁵ Zdroj: <https://sk.wikipedia.org/wiki/Bezpe%C4%8Dnos%C5%A5>

jakost (kvalita) produktu, ale ochrana informačních aktiv organizace. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že certifikát systému managementu bezpečnosti informací v organizaci nelze podřadit pod skupinu certifikátů řízení jakosti a tedy nejde o certifikát, který byl zadavatel oprávněn požadovat dle § 56 odst. 4 a 6 zákona.

115. Pojem „jakost“, resp. „kvalita“ nelze podle Úřadu vykládat odděleně, ale s ohledem na jazykový výklad § 56 odst. 4 zákona v kontextu sousloví „certifikát systému řízení jakosti“. Je-li toto sousloví standardně vykládáno tak, že certifikát managementu bezpečnosti informací není certifikátem řízení jakosti, nebyl zadavatel oprávněn takový certifikát k prokázání kvalifikace požadovat.
116. Zadavatelem požadovaný certifikát k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele, a to certifikát systému managementu bezpečnosti informací v organizaci (např.: ČSN ISO/IEC 27001:2006) se tedy týká systému řízení bezpečnosti informací, nikoli systému řízení jakosti, jak požaduje zákon v § 56 odst. 4. Certifikát systému managementu bezpečnosti informací v organizaci tak nesplňuje jednu z podmínek stanovených v § 56 odst. 4 zákona, a to, že musí jít o certifikát systému řízení jakosti. Pokud není naplněna jedna podmínka (nejde o certifikát systému řízení jakosti), splnění dalších dvou podmínek už není třeba zkoumat, neboť podmínky musí být naplněny současně.
117. Podle § 56 odst. 6 zákona může zadavatel k prokázání splnění kvalifikačních předpokladů požadovat jen doklady, které umožňuje zákon v odstavcích 1 až 5 tohoto ustanovení, tj. v daném případě v odst. 4. V tomto odstavci se hovoří o oprávnění zadavatele požadovat předložení certifikátu systému řízení jakosti, nikoli systému bezpečnosti informací. Zadavatel tak požadoval doklad, který mu zákon požadovat neumožňoval.
118. Protože certifikát systému managementu bezpečnosti informací v organizaci není certifikátem systému řízení jakosti a nenaplnuje podmínky stanovené v § 56 odst. 4 zákona, nebyl zadavatel s ohledem na § 56 odst. 6 zákona oprávněn tento doklad v rámci požadavků na technické kvalifikační předpoklady vyžadovat jako jedno z kvalifikačních kritérií.
119. K potencialitě vlivu nezákonného postupu zadavatele na výběr nejvhodnější nabídky Úřad uvádí, že požadavek na doložení mj. certifikátu systému managementu bezpečnosti informací v organizaci byl uveden již v oznámení o zakázce, které bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 7. 2. 2011 (a poté v zadávací dokumentaci). Tento požadavek zadavatele mohl mít již od počátku vliv na rozhodnutí dodavatelů, zda se zadávacího řízení zúčastní. Uvedený postup zadavatele mohl zúžit okruh potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku, kteří by veřejnou zakázku mohli realizovat, avšak daným certifikátem nedisponují. Požadavek na předložení certifikátu bezpečnosti informací v organizaci stanovený v zadávacích podmínkách mohl některé uchazeče od podání nabídky do zadávacího řízení odradit, o čemž svědčí i skutečnost, že jeden z uchazečů se konkrétně na nutnost předložení certifikátu systému managementu bezpečnosti informací dotazoval. Zadavatel v odpovědi na dotazy č. 4 ze dne 24. února 2011 potvrdil, že tento požadavek je povinný a jeho nesplnění povede k vyřazení uchazeče pro nesplnění kvalifikačních předpokladů.
120. Ačkoliv si zadávací dokumentaci si vyžádalo více než 20 zájemců, byla v zadávacím řízení nakonec podána pouze jedna nabídka. Nelze tedy vyloučit, že uvedený postup mohl mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky. K naplnění druhé podmínky skutkové podstaty

správního deliktu postačuje, že k podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky mohlo dojít; není třeba prokazovat, že pochybením zadavatele skutečně došlo k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. K otázce posouzení podstatného vlivu na výběr nejvhodnější nabídky lze plně odkázat na body 93. až 97. tohoto rozhodnutí.

121. K argumentu zadavatele, že odkaz na normu řady ČSN EN ISO 9000 je uveden pouze v poznámce pod čarou (k § 56 odst. 4 zákona), tedy není normativní, Úřad uvádí, že naplnění skutkové podstaty správního deliktu spáchaného zadavatelem není založeno na nedodržení postupu stanoveného v poznámce pod čarou, nýbrž na nedodržení postupu stanoveného v § 56 odst. 6 zákona. Skutečnost, že zadavatel může požadovat pouze certifikáty systému řízení jakosti, vyplývá výslovně ze samotného znění § 56 odst. 4 zákona, nikoli z poznámky pod čarou. V poznámce pod čarou se uvádí příkladmo odkaz na české technické normy řady ČSN EN ISO 9000, tj. na normy týkající se systému řízení jakosti.
122. Pokud zadavatel ve svém vyjádření argumentoval nutností zabezpečit ochranu údajů osobního charakteru o zaměstnancích a o činnostech zadavatele, zadavatel mohl tento požadavek zajistit jinak, než trváním na certifikátu, který nesmí podle zákona požadovat. Ochranu citlivých informací mohl zadavatel zabezpečit např. smluvní úpravou povinnosti mlčenlivosti.
123. I pokud by požadavek na daný certifikát byl odůvodnitelný předmětem veřejné zakázky, jak tvrdí zadavatel, nešlo o certifikát systému řízení jakosti, tudíž není naplněna jedna ze tří kumulativních podmínek daných § 56 odst. 4 zákona a s ohledem na znění § 56 odst. 6 zákona jej tedy nemohl požadovat. Právní názor zadavatele, že jeho požadavek byl v souladu s tehdejší legislativou, rovněž není správný, neboť Úřad věc posuzoval podle právní úpravy účinné v době zahájení zadávacího řízení.
124. Sám zadavatel jako důvod svého požadavku na daný certifikát uvedl, že § 56 odst. 4 zákona nelze vykládat tak, že by bylo nutno se omezit na řadu technických norem specifikovaných v poznámce pod čarou. Požadavek na certifikát souvisel s předmětem veřejné zakázky a zadavatel je přesvědčen, že postupoval podle zákona. Jeho cílem bylo zabezpečit ochranu údajů osobního charakteru i u dodavatele.
125. Zadavatel jako důkazy v této věci předložil důvodovou zprávu k zákonu č. 55/2012 Sb. a rozhodnutí MMR o námitkách. Ohledně rozhodnutí o námitkách zadavatel tvrdí, že postupoval stejně jako MMR v daném zadávacím řízení (kde bylo MMR zadavatelem). Z příloženého rozhodnutí o námitkách zadavatel poukazuje na pasáž odůvodnění, kde MMR uvádí, že: *„Požadavek zadavatele uvedený v bodě 3.3.4.2 zadávací dokumentace se přímo váže na předmět veřejné zakázky, a zadavatel jej proto považuje za relevantní a důvodný. Jak bylo uvedeno výše, ZVZ nezakazuje možnost zadavatele požadovat prokázání splnění technického předpokladu zavedením systému řízení informační bezpečnosti dle normy ISO 27001 v oblasti poskytování služeb informačních a komunikačních technologií, při splnění požadavku relevance k předmětu veřejné zakázky. Zadavatel tak dodržel ZVZ, pročež námitce stěžovatele ad 1 nevyhovuje.“* K danému dokumentu Úřad pouze může konstatovat, že v namítaném zadávacím řízení vystupovalo MMR jako kterýkoli jiný zadavatel a požadavek na certifikát, resp. nevyhovění námitkám, nebylo přezkoumáváno na návrh Úřadem či posléze soudem. Proto z rozhodnutí o námitkách nelze nikterak vyvozovat, zda MMR postupovalo v souladu se zákonem či nikoliv. MMR nevystupovalo v daném případě jako

metodický orgán pro oblast zákona. Ohledně veřejné zakázky zadávané MMR lze na internetu pouze dohledat, že zakázku MMR následně zrušilo (a to i z důvodu podaných námitek). Pokud MMR v rozhodnutí námitkám stěžovatele nevyhovělo, nelze mít *a priori* za to, že posouzení námitky ze strany MMR bylo správné a tímto odůvodňovat svůj vlastní postup.

126. Pokud jde o důvodovou zprávu k zákonu č. 55/2012 Sb., ta ohledně certifikátů uvádí, že nově by zadavatel nemohl požadovat certifikáty systému řízení jakosti, doklady o registraci v systému řízení a auditu z hlediska ochrany životního prostředí (EMAS), certifikáty řízení z hlediska ochrany životního prostředí, neboť je zadavatelé nadbytečně zneužívali. K tomu Úřad dodává, že z důvodové zprávy pouze vyplývá, že určité certifikáty zadavatelé dříve mohli požadovat (mezi nimi není výslovně jmenován certifikát managementu bezpečnosti informací v organizaci) a nyní tak již nebudou moci činit.
127. Pro úplnost Úřad podotýká, že podle právní úpravy účinné od 1. 4. 2012 již v zákoně chybí jakákoliv opora pro požadování doložení certifikátů řízení jakosti či jim na roveň postavených dokladů o jakosti poskytování služeb k prokázání technických kvalifikačních předpokladů uchazeče o veřejnou zakázku.
128. S ohledem na všechny shora uvedené skutečnosti Úřad dospěl k závěru, že zadavatel nebyl oprávněn certifikát managementu bezpečnosti informací v organizaci v rámci technických kvalifikačních předpokladů požadovat, neboť se nejedná o certifikát systému řízení jakosti, který zákon připouštěl. Uvedeným postupem proto zadavatel porušil § 56 odst. 6 zákona.
129. Zadavatel uzavřel dne 12. 5. 2011 smlouvu na plnění veřejné zakázky s vybraným uchazečem, čímž je naplněna poslední kumulativní podmínka pro konstatování spáchání správního deliktu.
130. Úřad konstatuje, že se zadavatel při zadávání veřejné zakázky dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 56 odst. 6 citovaného zákona, když v čl. III.2.3) uveřejněného oznámení o zakázce a v čl. 4.4 zadávací dokumentace na tuto veřejnou zakázku požadoval k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele předložení certifikátu systému managementu bezpečnosti informací v organizaci, ačkoli jej nebyl oprávněn požadovat, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel smlouvu na plnění veřejné zakázky s vybraným uchazečem, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

K výroku III. – uložení pokuty

131. Jednáním zadavatele byla naplněna skutková podstata dvou správních deliktů (po stránce formální i materiální), proto Úřad přistoupil k uložení sankce.
132. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky, nebo do 10 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a), c) nebo d).
133. Zadavatel se v souvislosti s veřejnou zakázkou dopustil dvou správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, za každý z nich lze v souladu s § 120 odst. 2 písm. a) zákona uložit pokutu do 5 % ceny zakázky.

134. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost právnické osoby za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.
135. Dne 6. 3. 2015 nabyl účinnosti zákon č. 40/2015 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „novela zákona“). Předmětnou novelou zákona bylo novelizováno i citované ust. § 121 odst. 3 zákona, které zní tak, že odpovědnost právnické osoby za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil správní řízení do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán. Dne 1. 10. 2016 nabyl účinnosti zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZZVZ“). Podobně podle § 270 odst. 3 ZZVZ odpovědnost právnické osoby za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil správní řízení do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán. Úřad proto v šetřeném případě aplikoval pozdější příznivější úpravu podle novely zákona, resp. dle ZZVZ, neboť je pro pachatele správního deliktu příznivější. Úřad zde odkazuje na ustanovení čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod (dále jen „Listina“), podle kterého 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. Ústavní pravidlo zakotvené v ustanovení čl. 40 odst. 6 Listiny tak zakládá výjimku z jinak obecného zákazu retroaktivity trestních norem, která se uplatní v případě, kdy je pozdější právní úprava pro pachatele příznivější, přičemž tato výjimka se dle konstantní judikatury NSS aplikuje rovněž v řízeních o sankci za správní delikty. Při posuzování příznivosti právní úpravy vycházel Úřad zejména ze skutečnosti, že zákon účinný v době zahájení zadávacího řízení umožňoval oproti stávající právní úpravě zahájit správní řízení s delším časovým odstupem od okamžiku spáchání správního deliktu či od okamžiku, kdy se o něm Úřad dozvěděl.
136. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona (resp. § 270 odst. 3 ZZVZ). V daném případě se Úřad o možném spáchání správních deliktů dozvěděl dne 9. 4. 2015, kdy obdržel podnět k přezkoumání úkonů zadavatele. Ke spáchání správních deliktů došlo dne 12. 5. 2011, kdy zadavatel uzavřel smlouvu o dílo na veřejnou zakázku. Správní řízení ve věci spáchání správních deliktů bylo zahájeno dne 13. 7. 2015. Z uvedených dat vyplývá, že odpovědnost zadavatele za správní delikty nezanikla.
137. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadávání se zadavatel dopustil správních deliktů, a za které může být zadavateli uložena pokuta, činí 3 336 000 Kč včetně DPH. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí 166 800 Kč.
138. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty právnické osobě přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Konkrétní výše pokuty je výsledkem správního uvážení Úřadu.
139. K uložení pokuty za spáchání správních deliktů uvedených ve výrocích I. a II. tohoto rozhodnutí Úřad předně uvádí, že při stanovení výše sankce je nutné postupovat v souladu se zásadou absorpce, která se uplatní při postihu souběhu správních deliktů a jejíž podstata tkívá v absorpci sazeb (poena maior absorbet minore – tedy přísnější trest pohlcuje

mírnější). Jak již v minulosti dovodil NSS (např. v rozsudku č. j. 1 As 28/2009 ze dne 18. 6. 2009), při trestání správních deliktů tímž správním orgánem se přiměřeně uplatní i principy ovládající souběh trestných činů. Nutnost aplikovat trestněprávní instituty i při trestání správním orgánem vyplývá z obecné potřeby použít ve prospěch obviněného analogii z trestního práva všude tam, kde vzhledem k neexistenci jednotného kodexu správního trestání v českém právním řádu nejsou výslovně upraveny některé základní zásady a instituty, jež by měly být zohledněny v případě jakéhokoliv veřejnoprávního deliktu. Použití analogie ve správním trestání je v omezeném rozsahu přípustné tehdy, pokud právní předpis, který má být aplikován, určitou otázku vůbec neřeší, a nevede-li výklad za pomoci analogie ani k újmě účastníka řízení, ani k újmě na ochraně hodnot, na jejichž vytváření a ochraně je veřejný zájem (viz rozsudek NSS č. j. 1 As 27/2008 ze dne 16. 4. 2008). Pro ukládání trestů za správní delikty se proto musí uplatnit obdobné principy a pravidla jako pro ukládání trestů za trestné činy.

140. V souladu s uvedenou zásadou absorpce v rámci správněprávního trestání Úřad ve správním řízení uloží pokutu podle přísněji trestného správního deliktu. Úřad se proto nejprve zabýval otázkou, za který správní delikt je možno v šetřeném případě uložit přísnější sankci (vyšší pokutu).
141. V daném případě se zadavatel dopustil dvou správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Protože se jedná o správní delikty, pro které je stanovena stejná maximální výše pokuty, nelze v konkrétním případě v souladu se zásadou absorpce ukládat sankci podle přísněji trestného spáchaného deliktu. Úřad se tedy zabýval otázkou, který ze dvou spáchaných správních deliktů lze považovat za závažnější.
142. Z tohoto pohledu je nutno za závažnější považovat správní delikt uvedený ve výroku I. tohoto rozhodnutí, neboť dle Úřadu jeho spáchání mohlo způsobit zásadnější omezení hospodářské soutěže než spáchání deliktu uvedeného ve výroku II. tohoto rozhodnutí. Za tento delikt tedy Úřad ukládá sankci.
143. Druhý správní delikt týkající se požadavku na doložení certifikátu (jdoucí nad rámec zákona) považuje Úřad za méně závažný a ke spáchání tohoto dalšího deliktu přihlédl při stanovení pokuty jako k přitěžující okolnosti.
144. Hlavním kritériem, které je rozhodné pro určení výměry pokuty, je závažnost správního deliktu. Jde o obecnou kategorii poměřující rozsah dopadu konkrétního deliktního jednání na specifický právem chráněný zájem s přihlédnutím k významu tohoto chráněného zájmu. Zákon demonstrativním výčtem vymezuje, co lze pod pojem závažnost správního deliktu podřadit (způsob spáchání, jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchán).
145. Pod kritérium způsob spáchání správního deliktu lze podřadit samotné příliš široké vymezení předmětu plnění veřejné zakázky, tj. požadavek zadavatele na dodání různých druhů plnění, které spolu vzájemně nesouvisí, v rámci jedné veřejné zakázky. Při posuzování stupně závažnosti spáchaného správního deliktu vzal Úřad v úvahu, že zadavatel ovlivnil zadávací řízení již od jeho počátku, přičemž tato skutečnost mohla ovlivnit celý další průběh zadávacího řízení. Z tohoto hlediska jde o delikt závažného charakteru.
146. Z hlediska následků správního deliktu vzal Úřad při stanovení výměry pokuty v úvahu tu skutečnost, že mohlo dojít k narušení soutěže o zakázku tím, že v důsledku příliš širokého

vymezení předmětu veřejné zakázky mohla být znemožněna účast některých dodavatelů v zadávacím řízení. Přestože veřejnou zakázku zadavatel zadával v otevřeném řízení, oznámení o zakázce uveřejnil v informačním systému o veřejných zakázkách a o zadávací dokumentaci požádalo více než dvacet zájemců, obdržel pouze jednu nabídku. Veřejná zakázka se přitom týkala plnění v oblastech, kde existuje široká nabídka a kde jak v oblasti personálního poradenství, tak v oblasti dodávek informačních technologií (software), působí značné množství soutěžitelů. Nezákonný postup zadavatele mohl vést k narušení soutěže o veřejnou zakázku.

147. Jako polehčující okolnost v daném případě vzal Úřad v potaz, že nedošlo k úplné deformaci soutěžního prostředí, když nabídku na celý předmět plnění mohli podat i další dodavatelé. Úřad zjistil, že v r. 2011 existoval malý omezený okruh dodavatelů, kteří poskytovali oba druhy plnění, tj. veřejnou zakázku mohl splnit více než jeden dodavatel.
148. Další polehčující okolností je doba, která uplynula mezi spácháním správního deliktu a jeho potrestáním. Čím je tento časový horizont delší, tím více se relativizuje vztah mezi spáchaným deliktem a ukládanou sankcí. Doba mezi porušením právní povinnosti a rozhodnutím o sankci pak má bezprostřední vliv na účel trestu.⁶ V daném případě ke spáchání správních deliktů zadavatelem došlo v roce 2011 a k jejich potrestání dochází až po 6 letech. Tuto poměrně dlouhou dobu, jež uplynula od spáchání deliktů, vzal Úřad v úvahu ve prospěch zadavatele při stanovení výše pokuty.
149. Přitěžující okolností je skutečnost, že zadavatel se při zadávání veřejné zakázky dopustil ještě druhého deliktu spočívajícího v požadavku na předložení certifikátu systému managementu bezpečnosti informací v organizaci.
150. Úřad dále v souladu se zásadou absorpce při ukládání sankce za spáchání správního deliktu je povinen přihlídnout k tomu, zda by neměl být (podle pravidel trestního práva) při souběhu správních deliktů ukládán úhrnný či souhrnný trest a zohlednit tuto skutečnost při stanovení výše pokuty. Zákon o veřejných zakázkách je ve vztahu k trestání souběhu správních deliktů na rozdíl od úpravy trestněprávní neúplný, zejména pak neřeší moment, do kdy je možno správní delikty považovat za sbíhající se, jakož ani důsledky, není-li z jakýchkoli důvodů vedeno společné řízení. Souhrnné či úhrnné tresty, jimiž se postihuje souběh trestných činů, přitom představují pro pachatele výhodnější postup, neboť je v nich zohledněna skutečnost, že pachatel se dopustil dalšího trestného činu, aniž by byl varován odsuzujícím rozsudkem týkajícím se dřívějšího trestného činu. Proto Úřad v rámci správněprávního trestání posoudil, zda se zadavatel nedopustil právě projednávaného deliktu dříve, než bylo vydáno rozhodnutí, jímž mu byla uložena pokuta za spáchání jiného správního deliktu.
151. Ke spáchání právě projednávaných deliktů došlo dne 12. 5. 2011, kdy byla uzavřena smlouva na veřejnou zakázku. Z úřední činnosti je Úřadu známo, že dne 16. 6. 2015 vydal Úřad ve správním řízení sp. zn. S0255/2015/VZ rozhodnutí, kterým zadavateli uložil pokutu za spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona (porušení uveřejňovacích povinností) ve výši 15 000 Kč. Toto rozhodnutí nabylo právní moci 3. 7. 2015.
152. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že správní delikt uvedený v předchozím bodě odůvodnění rozhodnutí a právě projednávaný správní delikt jsou sbíhajícími se správními

⁶ Viz rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 123/2013-85 ze dne 9. 4. 2015.

delikty, za jejichž spáchání by bylo namístě podle principů trestního práva uložit souhrnný trest. Jelikož však k takovému postupu nemá Úřad dostatečnou právní oporu v příslušných předpisech (tj. zejména ve správním řádu), Úřad postupoval při aplikaci zásady absorpce analogicky tak, že přihlédl k již uložené pokutě a zohlednil ji při ukládání pokuty za právě projednávaný delikt tak, že ukládanou pokutu v tomto správním řízení v uvedené souvislosti snížil.

153. Zadavatel ohledně výše pokuty (35 000 Kč) uložené mu v předchozím prvostupňovém rozhodnutí má za to, že pokuta by měla být stanovena až na samé spodní hranici škály, neboť pochybení identifikovaná ve výroku I. byla vyvolaná specifickým prostředím zadavatele a ve výroku II. nejednoznačností zákona, spíše než úmyslem zadavatele. Úřad v této souvislosti opětovně odkazuje na rozsudek KS sp. zn. 62 Af 7/2010-135 ze dne 2. 3. 2010, v němž soud podal výklad k příliš širokému vymezení předmětu plnění veřejné zakázky a tím způsobené diskriminaci dodavatelů. Tento rozsudek je z března roku 2010, takže zadavatel měl cca 1 rok (před zahájením vlastního zadávacího řízení v roce 2011) na to, aby se s rozsudkem seznámil a v jeho intencích postupoval. Navíc, rozsudku předcházelo rozhodování Úřadu a s uvedenou problematikou se tedy zadavatel mohl seznámit ještě dříve. Úřad pokutu ukládá za správní delikt uvedený ve výroku I. rozhodnutí, tudíž námitka zadavatele o nejednoznačnosti zákona týkající se certifikátů (výrok II. rozhodnutí) je bezpředmětná.
154. Pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona. Uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocíťována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání. Obdobně se vyjádřil i KS v rozsudku č. j. 62 Af 46/2011 ze dne 6. 12. 2012, ve kterém uvedl, že konkrétní forma postihu musí působit natolik silně, aby od podobného jednání odradila i jiné nositele obdobných povinností (preventivní funkce) a zároveň musí být postih dostatečně znatelný v zadavatelově materiální sféře, aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl ovšem pro zadavatele likvidačním. S přihlédnutím k následkům spáchání správního deliktu a k nutnosti naplnění sankčních účinků, nelze zcela minimalizovat výši sankčního postihu.
155. Úřad na základě všech shora uvedených úvah stanovil výslednou částku pokuty na 33 000 Kč, tj. téměř na samé spodní hranici zákonného rozpětí. Pokuta ve stanovené výši podle Úřadu dostatečně naplňuje obě funkce právní odpovědnosti, tj. funkci preventivní i represivní. Pokuta v uložené výši současně naplňuje kritéria přiměřenosti a spravedlnosti sankce.
156. Z rozpočtu zadavatele na roky 2014 až 2017 (dostupné na internetových stránkách zadavatele) Úřad zjistil, že příjmy zadavatele činí každoročně více než 4 miliardy Kč. Stanovenou pokutu tak je zadavatel vzhledem ke svým finančním možnostem schopen uhradit. Výše pokuty s ohledem na zvažovaná kritéria a zákonný limit vyhovuje podmínce přiměřenosti a nemůže zvláště negativním způsobem ovlivnit ekonomickou situaci zadavatele.
157. Ze všech výše uvedených důvodů rozhodl Úřad o pokutě za spáchání správních deliktů tak, jak je uvedeno ve výroku III. rozhodnutí.

158. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO zadavatele.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu, a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží:

Karlovarský kraj, Závodní 88, 360 06 Karlovy Vary

Vypraveno dne:

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