



UOHSX007ML19

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0457/2015/VZ-34190/2015/512/PMu

Brno 16. října 2015

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, ve správním řízení zahájeném dne 28. 8. 2015 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel - Centrum výzkumu Řež s.r.o., IČO 26722445, sídlo Husinec - Řež č.p. 130, 250 68, ve věci možného spáchání správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) a § 120 odst. 1 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při uzavírání smlouvy na veřejnou zakázku „SUSEN - Spektrometr s doutnavým výbojem - GDS“, zadávanou formou otevřeného řízení, jehož oznámení bylo odesláno do Věstníku veřejných zakázek dne 19. 12. 2013 a uveřejněno dne 20. 12. 2013 a následně opraveno dne 16. 1. 2014 a oznámení o zadání bylo do informačního systému o veřejných zakázkách odesláno dne 2. 7. 2014 a uveřejněno dne 3. 7. 2014 pod evidenčním číslem 365420,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Centrum výzkumu Řež s.r.o., IČO 26722445, sídlo Husinec - Řež č.p. 130, 250 68 – **se dopustil správního deliktu** podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že v zadávacím řízení na veřejnou zakázku „SUSEN - Spektrometr s doutnavým výbojem - GDS“, zadávanou formou otevřeného řízení, jehož oznámení bylo odesláno do Věstníku veřejných zakázek dne 19. 12. 2013 a uveřejněno dne 20. 12. 2013 a následně opraveno dne 16. 1. 2014 a oznámení o zadání bylo do informačního systému o veřejných zakázkách odesláno dne 2. 7. 2014 a uveřejněno dne 3. 7. 2014 pod evidenčním číslem 365420, nedodržel zásadu transparentnosti uvedenou v § 6 odst. 1 citovaného zákona, když

neuveřejnil ve Věstníku veřejných zakázek znění technických kvalifikačních předpokladů, konkrétně předpokladu stanoveného v bodě III. 2. 3) oznámení o zahájení zadávacího řízení, ve znění „Dodatečných informací č. 1 k zadávacím podmínkám“ ze dne 15. 1. 2014, přičemž tento postup mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel dne 26. 6. 2014 uzavřel smlouvu na uvedenou veřejnou zakázku s vybraným uchazečem - SPECION, s.r.o., IČO 48112836, se sídlem Budějovická 1998/55, 140 00 Praha 4.

II.

Zadavatel – Centrum výzkumu Řež s.r.o., IČO 26722445, sídlo Husinec - Řež č.p. 130, 250 68 – **se dopustil správního deliktu** podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že v rozporu s ustanovením § 156 odst. 2 zákona, neuveřejnil odůvodnění veřejné zakázky „SUSEN - Spektrometr s doutnavým výbojem - GDS“, zadávanou formou otevřeného řízení, jehož oznámení bylo odesláno do Věstníku veřejných zakázek dne 19. 12. 2013 a uveřejněno dne 20. 12. 2013 a následně opraveno dne 16. 1. 2014 a oznámení o zadání bylo do informačního systému o veřejných zakázkách odesláno dne 2. 7. 2014 a uveřejněno dne 3. 7. 2014 pod evidenčním číslem 365420 na profilu zadavatele do 3 pracovních dnů od uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení, tedy do 30. 12. 2013, ale až dne 28. 1. 2015.

III.

Za spáchání správních deliktů uvedených ve výroku I. a II. tohoto rozhodnutí, se zadavateli – Centrum výzkumu Řež s.r.o., IČO 26722445, sídlo Husinec - Řež č.p. 130, 250 68 – **ukládá** podle § 120 odst. 2 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

pokuta ve výši 20 000,- Kč (dvacet tisíc korun českých).

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

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Centrum výzkumu Řež s.r.o., IČO 26722445, sídlo Husinec - Řež č.p. 130, 250 68 (dále jen „zadavatel“) zahájil zadávací řízení na veřejnou zakázku „SUSEN - Spektrometr s doutnavým výbojem - GDS“, zadávanou formou otevřeného řízení, jehož oznámení bylo odesláno do Věstníku veřejných zakázek dne 19. 12. 2013 a uveřejněno dne 20. 12. 2013 a následně opraveno dne 16. 1. 2014 a oznámení o zadání bylo do informačního systému o veřejných zakázkách odesláno dne 2. 7. 2014 a uveřejněno dne 3. 7. 2014 pod evidenčním číslem 365420 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Předmětem veřejné zakázky je podle bodu II.1.5) Oznámení o zakázce „*dodávka aparatury pro objemovou kvalitativní a kvantitativní analýzu chemického složení pevných, elektricky vodivých i nevodivých materiálů*“.
3. Zadavatel dne 26. 6. 2014 uzavřel smlouvu na uvedenou veřejnou zakázku s vybraným uchazečem - SPECION, s.r.o., IČO 48112836, se sídlem Budějovická 1998/55, 140 00 Praha 4 (dále jen „vybraný uchazeč“).

II. POSTUP PŘED ZAHÁJENÍM SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

4. 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“) obdržel podnět k přezkoumání postupu zadavatele, při zadávání veřejné zakázky.
5. Na základě obdrženého podnětu si Úřad vyžádal od zadavatele dokumentaci o veřejné zakázce a vyjádření ke skutečnostem uvedeným v podnětu. Vzhledem k tomu, že z předložených materiálů získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem, zahajuje správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona a § 120 odst. 1 písm. b) zákona.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

6. Účastníkem správního řízení podle § 116 zákona je:
 - zadavatel.
7. Zahájení správního řízení oznámil Úřad zadavateli přípisem č. j. ÚOHS-S0457/2015/VZ-25264/2015/512/PMu ze dne 27. 8. 2015, přičemž správní řízení bylo zahájeno dne 28. 8. 2015.
8. Usnesením č. j. ÚOHS-S0457/2015/VZ-26126/2015/512/PMu ze dne 3. 9. 2015 stanovil Úřad zadavateli lhůtu, ve které byl oprávněn navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které byl oprávněn vyjádřit v řízení své stanovisko.
9. Usnesením č. j. ÚOHS-S0457/2015/VZ-28900/2015/512/PMu ze dne 17. 9. 2015 stanovil Úřad zadavateli lhůtu pro vyjádření k podkladům rozhodnutí.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

10. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů poskytnutých zadavatelem a na základě vlastních zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky nepostupoval v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení zákona

11. Podle § 2 odst. 3 zákona je dotovaným zadavatelem právnická nebo fyzická osoba, která zadává veřejnou zakázku hrazenou z více než 50 % z peněžních prostředků z veřejných zdrojů nebo pokud peněžní prostředky poskytnuté na veřejnou zakázku z těchto zdrojů přesahují 200 000 000 Kč; peněžní prostředky jsou poskytovány z veřejných zdrojů i v případě, pokud jsou poskytovány prostřednictvím jiné osoby.
12. Podle § 2 odst. 5 zákona postupuje dotovaný zadavatel při zadávání veřejné zakázky podle ustanovení tohoto zákona platných pro veřejného zadavatele; tím není dotčeno ustanovení § 2 odstavce 7 zákona. Dotovaný zadavatel nepostupuje podle ustanovení tohoto zákona v případě zadávání veřejné zakázky v oblasti obrany nebo bezpečnosti.
13. Podle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

14. 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.
15. Podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nesplní povinnost uveřejnění stanovenou tímto zákonem, nebo nedodrží způsob uveřejnění stanovený tímto zákonem.
16. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a), c) nebo d).
17. Podle § 120 odst. 2 písm. b) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 20 000 000 Kč, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. b), e), f) nebo g).
18. Podle § 147 odst. 8 zákona může zadavatel při respektování zásad uvedených v § 6 odst. 1 provést úpravy v uveřejněném vyhlášení; v takovém případě je povinen provedené úpravy uveřejnit podle odstavců 1 až 3 a oznámit provedení úpravy s odůvodněním do 5 dnů ode dne jejího odeslání k uveřejnění všem známým zájemcům či uchazečům.
19. Podle § 156 odst. 1 zákona veřejný zadavatel u nadlimitní a podlimitní veřejné zakázky uveřejní na profilu zadavatele odůvodnění, účelnosti veřejné zakázky, přiměřenosti požadavků na technické kvalifikační předpoklady, vymezení obchodních a technických podmínek veřejné zakázky ve vztahu k potřebám veřejného zadavatele, stanovení základních a dílčích hodnotících kritérií a způsobu hodnocení nabídek ve vztahu k potřebám veřejného zadavatele.
20. Podle § 156 odst. 2 zákona veřejný zadavatel uveřejní odůvodnění podle odstavce 1 do 3 pracovních dnů od uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení nebo od odeslání výzvy o zahájení zadávacího řízení.

K osobě zadavatele

21. Před zkoumáním samotného postupu zadavatele v zadávacím řízení se Úřad nejprve zabýval otázkou, zda zadavatel – Centrum výzkumu Řež s.r.o., IČO 26722445, sídlo Husinec - Řež č.p. 130, 250 68 – naplňuje v předmětném zadávacím řízení podmínky § 2 odst. 3 zákona pro dotovaný zadavatele.
22. Jak vyplývá z bodu 4. tohoto rozhodnutí, stěžovatel v podnětu uvedl skutečnost, že zadavatel je dotovaným zadavatelem dle § 2 odst. 3 zákona. Úřad tuto skutečnost prověřil a zjistil, že dne 13. 12. 2011 Ministerstvo školství, mládeže a tělovýchovy rozhodlo o poskytnutí dotace zadavateli, na základě kterého byla na realizaci projektu Udržitelná energetika poskytnuta dotace. Dle článku III. rozhodnutí o poskytnutí dotace byla tato dotace poskytnuta v celkové maximální výši 2 450 696 000,- Kč. Skutečnost, že veřejná zakázka byla zadávána v rámci uvedeného projektu, vyplývá z článku 2. zadávací dokumentace. Zároveň z článku II. přílohy C1 formuláře Oznámení o zadání zakázky zveřejněném dne 3. 7. 2014 ve Věstníku veřejných zakázek vyplývá, že předmětná veřejná zakázka byla z více než 50 % svého objemu financována z veřejných prostředků, tj. ze zdrojů Evropské unie. Úřad tak má za to, že zadavatel splnil zákonnou definici uvedenou v § 2 odst. 3 zákona a naplňuje podmínky podle § 2 odst. 3 zákona pro dotovaný zadavatele.

23. Protože se v případě předmětné veřejné zakázky nejedná o veřejnou zakázku v oblasti obrany nebo bezpečnosti, zadavatel tak měl, vzhledem k ustanovení § 2 odst. 5 zákona, povinnost postupovat při zadávání veřejné zakázky podle ustanovení tohoto zákona platných pro veřejného zadavatele.

K výroku I. rozhodnutí

24. Úřad nejprve v obecné rovině předesílá, že zásada transparentnosti zadávání veřejných zakázek, je vedle zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace jednou ze základních zásad, jež musí být zadavatelem bezvýhradně dodržována v celém průběhu zadávacího řízení. Otázkou zásady transparentnosti se ve své judikatorní činnosti již opakovaně zabývaly soudy. Např. v rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 15. 2. 2012 č. j. 62 Af 50/2011-72 (dostupný online na www.nssoud.cz) bylo řečeno, že *„úkolem zásady transparentnosti je zajištění toho, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem za předem jasně a srozumitelně stanovených podmínek. Transparentnost procesu zadávání veřejných zakázek je nejen podmínkou existence účinné hospodářské soutěže mezi jednotlivými dodavateli v postavení uchazečů, ale také nezbytným předpokladem účelného a efektivního vynakládání veřejných prostředků. Porušením této zásady pak je jakékoli jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost zadávacího řízení.“*
25. K otázce dodržení zásady transparentnosti při zadávání veřejné zakázky Úřad dále odkazuje také na rozhodnutí Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 45/2010 - 159 ze dne 15. 9. 2010 (všechna citovaná rozhodnutí Nejvyššího správního soudu dostupná online na www.nssoud.cz), ve kterém je mimo jiné uvedeno, že *„Krajský soud interpretuje požadavek transparentnosti tak, že tento není splněn tehdy, pokud jsou v zadavatelově postupu shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele.“* Dále je zde rovněž uvedeno, že *„S ohledem na právě uvedené možno tedy prozatímně uzavřít, že podmínkou dodržení zásady transparentnosti je tedy průběh zadávacího řízení takovým způsobem, který se navenek jeví jako férový a řádný. Motivy jednotlivých osob participujících na výběru zájemců o veřejnou zakázku (ať již budou tyto motivy plně zákonné, dané pouhou neschopností navenek působit férově a řádně, event. nezákonné, nebo snad dokonce kriminální) jsou v tomto ohledu pro posouzení porušení zásady transparentnosti irelevantní. Porušení zásady transparentnosti nastává nezávisle na tom, zda se podaří prokázat konkrétní porušení některé konkrétní zákonné povinnosti.“*
26. Tento závěr je rovněž v plném souladu s výkladem zásady transparentnosti ze strany Soudního dvora Evropské unie, neboť stanovisko generální advokátky Stix-Hackl ve věci *Coname*, C-231/03, EU:C:2005:212 které shrnuje dosavadní judikaturu Soudního dvora Evropské unie, k problému zásady transparentnosti, mimo jiné uvádí, že princip transparentnosti představuje vůdčí zásadu pro celé zadávací řízení, a k tomu patří rovněž například přezkoumatelnost rozhodnutí zadavatele a obecně objektivní postup během zadávacího řízení.
27. K uvedenému Úřad dále uvádí, že k postupu zadavatele, který mění, resp. upravuje podmínky zadávacího řízení v průběhu zadávacího procesu, se vyjádřil Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 5 Afs 131/2007-131 ze dne 12.5.2008, který lze analogicky vztáhnout i

na šetřený případ. Citované rozhodnutí soudu se vztahuje k zadávacímu řízení realizovanému v režimu zákona č. 40/2004 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, uvedený názor však má v rámci uplatnění zásad transparentnosti a nediskriminace v zadávacím řízení obecnou platnost i ve vztahu k zadávacímu řízení realizovanému podle zákona. Soud zde mj. konstatoval, že změnu je nutné uskutečnit takovým způsobem, který by byl v souladu se zásadami, na kterých zadávací řízení stojí, resp. má-li zadavatel dostát zásadě nediskriminace účastníků, je povinen při změně zadávací dokumentace buď vyhlásit řízení nové, nebo oznámit změnu zadávací dokumentace takovým způsobem, aby nebyli diskriminováni žádní potenciální dodavatelé, tj. oznámit změnu zadávací dokumentace stejnou formou, jakou ji sám vyhlásil, a to za dodržení stejných podmínek, zejména zákonem stanovených lhůt.

28. V šetřeném případě zadavatel provedl úpravy v zadávací dokumentaci, kterými zmírnil zadávací podmínky, a to zejména co se týče požadavků na prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů. Prokázání jejich splnění, spolu s ostatními kvalifikačními předpoklady, je jednou z priorit dodavatele při jeho rozhodování o účasti v zadávacím řízení. Předmětnou změnu však zadavatel nezveřejnil ve Věstníku veřejných zakázek.
29. Dle bodu III. 2. 3) oznámení o zahájení zadávacího řízení, jež bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 19. 12. 2013 a uveřejněno dne 20. 12. 2013 byly požadavky na splnění technické kvalifikační způsobilosti stanoveny následovně: *„Splnění technických kvalifikačních předpokladů prokáže dodavatel, který předloží seznam významných dodávek optických emisních spektrometrů s doutnavým výbojem pro analýzu vodivých i nevodivých vzorků a stanovení koncentračních gradientů realizovaných dodavatelem v posledních 3 letech. Z tohoto seznamu musí být zřejmé, že dodavatel provedl dodávky minimálně 3 optických emisních spektrometrů s doutnavým výbojem umožňujících chemickou analýzu ve stejnosměrném (DC) i vysokofrekvenčním (VF) režimu a stanovení koncentračních gradientů s kupní cenou každého z nich alespoň 5.500.000 CZK bez DPH. Přílohou tohoto seznamu musí být osvědčení či smlouva a doklad o jejím splnění v souladu s §56 odst. 1 písm. a) Zákona.“*
30. Dle dokumentace o předmětné veřejné zakázce zadavatel „Dodatečnými informacemi č. 1 k zadávacím podmínkám“ ze dne 15. 1. 2014 (dále jen „Dodatečné informace č. 1“), odpověděl na dotaz dodavatele ze dne 9. 1. 2014, jehož předmětem byla žádost o upřesnění požadovaných technických kvalifikačních předpokladů. Na uvedenou žádost o dodatečné informace odpověděl zadavatel následovně: *„[...]Zadavatel proto sděluje, že jako průkaz splnění stanoveného kvalifikačního předpokladu uzná i seznam významných zakázek prokazující, že dodavatel v posledních třech letech provedl dodávku alespoň tři optických emisních spektrometrů s doutnavým výbojem umožňujících chemickou analýzu ve stejnosměrném (DC) i vysokofrekvenčním (VZ) režimu a stanovení koncentračních gradientů s kupní cenou každého z nich nejméně 3.000.000 Kč bez DPH a souběžně s dodávkou každého z těchto tří spektrometrů provedl dodávky příslušenství a doplňkového vybavení optických emisních spektrometrů s doutnavým výbojem v takovém rozsahu, že součet kupní ceny daného optického emisního spektrometru a kupních cen souběžně dodávaného příslušenství a doplňkových zařízení byl nejméně 5.500.000 Kč bez DPH.*
31. *Za souběžné dodávky příslušenství a doplňkového vybavení k dodávce optického emisního spektrometru s doutnavým výbojem uzná zadavatel takové dodávky příslušenství a doplňkového vybavení optických emisních spektrometrů s doutnavým výbojem, které budou*

dokončeny nejdříve tři měsíce před termínem dokončení dodávky příslušného optického emisního spektrometru a nejpozději tři měsíce po termínu dokončení dodávky příslušného optického emisního spektrometru. Souběžné dodávky příslušenství a doplňkového vybavení optických emisních spektrometrů s doutnavým výbojem mohou být provedeny jinému odběrateli než je odběratel příslušného optického emisního spektrometru s doutnavým výbojem uvedený v seznamu významných dodávek. Přílohou seznamu významných dodávek musí v tomto případě být jak osvědčení či smlouva a doklad o splnění dodávky příslušného optického emisního spektrometru s doutnavým výbojem, tak osvědčení či smlouvy a doklady o splnění k němu souběžných dodávek příslušenství a doplňkového vybavení optických emisních spektrometrů s doutnavým výbojem.

Příklad možného průkazu splnění kvalifikačního předpokladu:

- a. referenční dodávka optického emisního spektrometru s doutnavým výbojem umožňujících chemickou analýzu ve stejnosměrném (DC) i vysokofrekvenčním (VF) režimu a stanovení koncentračních gradientů s kupní cenou 5.700.000 Kč bez DPH dodaná odběrateli X 20. ledna 2013*
 - b. referenční dodávka optického emisního spektrometru s doutnavým výbojem umožňujících chemickou analýzu ve stejnosměrném (DC) i vysokofrekvenčním (VF) režimu a stanovení koncentračních gradientů s kupní cenou 4.500.000 Kč bez DPH dodaná odběrateli Y 30.6.2013 a souběžné referenční dodávky příslušenství a doplňkového vybavení optických emisních spektrometrů s doutnavým výbojem dodané odběratelům A1, A2, A3 a A4 s celkovou kupní cenou 1.200.000,-Kč v období od 1.5.2013 do 30.9.2013*
 - c. referenční dodávka optického emisního spektrometru s doutnavým výbojem umožňujících chemickou analýzu ve stejnosměrném (DC) i vysokofrekvenčním (VF) režimu a stanovení koncentračních gradientů s kupní cenou 3.000.000 Kč bez DPH dodaná odběrateli Z 30.9..2012 a souběžné referenční dodávky příslušenství a doplňkového vybavení optických emisních spektrometrů s doutnavým výbojem dodané odběratelům B1,B2aXs celkovou kupní cenou 2.650.000,- Kč v období od 1.7.2012 do 31.12.2012.“*
32. Na základě této dodatečné informace zadavatel odeslal dne 15. 1. 2014 do Věstníku veřejných zakázek opravné oznámení o zahájení zadávacího řízení, které bylo uveřejněno dne 16. 1. 2014 pod. ev. č. 365420. Předmětem opravného oznámení o zakázce bylo prodloužení lhůty pro podání nabídek z důvodu výše uvedené informace týkající se změny způsobu splnění technických kvalifikačních předpokladů, přičemž samotný požadavek na prokázání technických kvalifikačních předpokladů v bodě III. 2. 3) formuláře byl ponechán v původním znění.
33. Zmírnění zadávacích podmínek, resp. požadavků na prokázání splnění kvalifikačních předpokladů, objektivně znamená rozšíření okruhu potenciálních dodavatelů veřejné zakázky, neboť snižuje úroveň způsobilosti, kterou musí pro účast v zadávacím řízení prokázat. Zadavatel původně vymezený požadavek na prokázání splnění technického kvalifikačního předpokladu doložením dodávky nejméně tří emisních spektrometrů s doutnavým výbojem s kupní cenou každého z nich alespoň 5 500 000,- Kč bez DPH v posledních 3 letech změnil Dodatečnými informacemi č. 1. tak, že technické kvalifikační

předpoklady splní ten, kdo doloží dodávky nejméně tří emisních spektrometrů s doutnavým výbojem s kupní cenou každého z nich alespoň 3 000 000,- Kč bez DPH v posledních 3 letech, přičemž souběžně s dodávkou každého z těchto tří spektrometrů provedl dodávky příslušenství a doplňkového vybavení optických emisních spektrometrů s doutnavým výbojem v takovém rozsahu, že součet kupní ceny daného optického emisního spektrometru a kupních cen souběžně dodávaného příslušenství a doplňkových zařízení byl nejméně 5.500.000 Kč bez DPH. Zadavatel tak připustil, že pro splnění technických kvalifikačních předpokladů nemusela být kupní cena jednotlivých referenčních spektrometrů alespoň 5.500.000 Kč, ale pouze 3.000.000 Kč, s tím že hodnota doplňkového vybavení bude alespoň 1.500.000 Kč.

34. Zadavatel však neprovedl úpravy v uveřejněném vyhlášení a předmětnou Dodatečnou informaci č. 1. uveřejnil pouze na profilu zadavatele.
35. Zadavatelův postup tak měl vliv na transparentnost celého procesu zadávání veřejné zakázky, neboť tím, že neuveřejnil změněné požadavky na prokázání technických kvalifikačních předpokladů ve Věstníku veřejných zakázek, poskytl rozdílné informace dodavatelům již přihlášeným do zadávacího řízení a dodavatelům doposud nepřihlášeným do zadávacího řízení, kteří tak nemohli přímo obdržet odpověď na předmětný dotaz. Vzhledem ke skutečnosti, že splnění technických kvalifikačních předpokladů je klíčové nejen pro zvážení dodavatelů, zda se o předmětnou veřejnou zakázku ucházet, ale i následný úspěch v zadávacím řízení, mohlo pochybení zadavatele omezit okruh dodavatelů, ucházejících se o veřejnou zakázku. Zároveň tak požadavek na dokumenty prokazující technické kvalifikační předpoklady nebyl dostatečně transparentně sdělen co nejširšímu okruhu dodavatelů.
36. Z výše uvedeného tak vyplývá, že zadavatel prostřednictvím Dodatečných informací č. 1. zmírnil požadavky, na splnění kvalifikačních předpokladů. Tedy takto upravené požadavky na kvalifikační předpoklady byly způsobilé ovlivnit okruh uchazečů o veřejnou zakázku, a sice tento okruh rozšířit. Znaky skutkové podstaty správního deliktu spáchaného zadavatelem podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona jsou naplněny tehdy, je-li jednání zadavatele způsobilé mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky, přičemž postačuje možnost podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. V souvislosti s výše uvedeným Úřad poukazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 7. 2013, sp. zn. 9 Afs 78/2012, kde se Nejvyšší správní soud ztotožnil s názorem Krajského soudu v Brně a učinil závěr, že „*je podstatné znění ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, dle něhož se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku. Ze zákonného znění přitom expressis verbis plyne, že ke spáchání deliktu dojde, i pokud porušením zákona zadavatel pouze mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Ze zákona je tedy zřejmé, že postačí pouhá potencialita podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky*“. V daném případě možnost podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky spočívá ve skutečnosti, že zadavatel neuveřejnil změněné znění požadavků na splnění technických kvalifikačních předpokladů ve Věstníku veřejných zakázek, kde ponechal znění původní, neboť tím poskytl rozdílné informace dodavatelům již přihlášeným do zadávacího řízení a dodavatelům doposud nepřihlášeným do zadávacího řízení, kteří tak nemohli přímo obdržet odpověď na předmětný dotaz.

37. Zadavatel tedy nedodržel zásadu transparentnosti uvedenou v § 6 odst. 1 citovaného zákona, když neuveřejnil ve Věstníku veřejných zakázek znění technických kvalifikačních předpokladů, konkrétně předpokladu stanoveného v bodě III. 2. 3) oznámení o zahájení zadávacího řízení, ve znění „Dodatečných informací č. 1 k zadávacím podmínkám“ ze dne 15. 1. 2014 a zadavatel dne 26. 6. 2014 uzavřel smlouvu na uvedenou veřejnou zakázku s vybraným uchazečem. Tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit i výběr nejvhodnější nabídky, neboť zmírnění požadavků na prokázání splnění kvalifikačních předpokladů objektivně rozšiřuje možný okruh potencionálních dodavatelů, schopných prokázat požadovanou kvalifikaci a tedy i podat v zadávacím řízení nabídku, přičemž nelze vyloučit skutečnost, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, a změněné požadavky na splnění technických kvalifikačních předpokladů uveřejnil ve Věstníku veřejných zakázek, účastnili by se zadávacího řízení i další zájemci, kteří mohli následně po prokázání splnění kvalifikace podat nabídky s výhodnějšími podmínkami pro zadavatele.
38. S ohledem na výše uvedené se zadavatel svým jednáním dopustil správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, tím že v zadávacím řízení na veřejnou zakázku nedodržel zásadu transparentnosti uvedenou v § 6 odst. 1 citovaného zákona, když neuveřejnil ve Věstníku veřejných zakázek znění technických kvalifikačních předpokladů, konkrétně předpokladu stanoveného v bodě III. 2. 3) oznámení o zahájení zadávacího řízení, ve znění „Dodatečných informací č. 1 k zadávacím podmínkám“ ze dne 15. 1. 2014, přičemž tento postup mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel dne 26. 6. 2014 uzavřel smlouvu na uvedenou veřejnou zakázku s vybraným uchazečem.

K výroku II. rozhodnutí

39. Dne 20. 12. 2013 bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek oznámení o zakázce, a to pod ev. č. 365420.
40. Dne 28. 1. 2015 bylo na profilu zadavatele uveřejněno odůvodnění veřejné zakázky, v němž se zadavatel podrobně vyjádřil k předmětu plnění veřejné zakázky, k technickým kvalifikačním předpokladům stanoveným zadavatelem a ke stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky.
41. K uvedenému Úřad konstatuje, že ze zákona vyplývá, že zadavatel je povinen do tří pracovních dnů ode dne uveřejněného oznámení o zahájení zadávacího řízení uveřejnit na svém profilu odůvodnění účelnosti veřejné zakázky, přiměřenosti požadavků na technické kvalifikační předpoklady, vymezení obchodních a technických podmínek veřejné zakázky ve vztahu k potřebám veřejného zadavatele, stanovení základních a dílčích hodnotících kritérií a způsobu hodnocení nabídek ve vztahu k potřebám veřejného zadavatele. Zákon rovněž taxativně vymezuje druhy zadávacích řízení, v nichž není zadavatel povinen odůvodnění veřejné zakázky na svém profilu uveřejnit.
42. V šetřeném případě bylo uveřejněno oznámení o zakázce ve Věstníku veřejných zakázek dne 20. 12. 2013, odůvodnění předmětné veřejné zakázky mělo být tedy uveřejněno na profilu zadavatele nejpozději dne 30. 12. 2013.
43. Z profilu zadavatele vyplývá, že k uveřejnění odůvodnění veřejné zakázky došlo dne 28. 1. 2015. Zadavatel tedy nedodržel zákonem stanovenou lhůtu pro uveřejnění

odůvodnění veřejné zakázky, neboť podle zákona je povinností zadavatele učinit tak do 3 pracovních dnů ode dne uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení.

44. Neuveřejněním odůvodnění veřejné zakázky do tří pracovních dnů od uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení na svém profilu zadavatel porušil postup stanovený v § 156 odst. 2 zákona, a proto Úřad nemohl postupovat jinak, než konstatovat, že se zadavatel dopustil spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona, tak jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

K uložení pokuty

45. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu s uchazečem podle § 82 zákona.
46. Zadavatel svým jednáním dopustil správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, tím že v zadávacím řízení na veřejnou zakázku nedodržel zásadu transparentnosti uvedenou v § 6 odst. 1 citovaného zákona, když neuveřejnil ve Věstníku veřejných zakázek znění technických kvalifikačních předpokladů, konkrétně předpokladu stanoveného v bodě III. 2. 3) oznámení o zahájení zadávacího řízení, ve znění „Dodatečných informací č. 1 k zadávacím podmínkám“ ze dne 15. 1. 2014, přičemž tento postup mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel dne 26. 6. 2014 uzavřel smlouvu na uvedenou veřejnou zakázku s vybraným uchazečem
47. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a), c) nebo d).
48. Podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nesplní povinnost uveřejnění stanovenou tímto zákonem, nebo nedodrží způsob uveřejnění stanovený tímto zákonem.
49. Ve výroku tohoto rozhodnutí Úřad konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 156 odst. 2 zákona, když neuveřejnil odůvodnění předmětné veřejné zakázky do tří pracovních dnů od uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení.
50. Podle § 120 odst. 2 písm. b) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 20 000 000,- Kč, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. b), e), f) nebo g) zákona.
51. Podle § 121 odst. 3 zákona účinného v době spáchání správního deliktu odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, 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. Úřad dodává, že předmětné ustanovení bylo s účinností ode dne 6. 3. 2015 novelizováno, přičemž podle § 121 odst. 3 zákona účinného v době vydání tohoto rozhodnutí 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.

52. Úřad v šetřeném případě aplikoval výjimku zakotvenou v ust. čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod a posoudil případ podle pozdějšího zákona (zákona účinného v době vydání tohoto rozhodnutí), neboť došel k závěru, že je pro zadavatele příznivější. 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 větším časovým odstupem od okamžiku spáchání správního deliktu či od okamžiku, kdy se o něm Úřad dozvěděl. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona ve znění pozdějších předpisů. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona dozvěděl z podnětu, jenž Úřad obdržel dne 14. 4. 2015, přičemž správní řízení ve věci spáchání správního deliktu bylo zahájeno dne 28. 8. 2015 přípisem č. j. ÚOHS-S0457/2015/VZ-25264/2015/512/PMu ze dne 27. 8. 2015. Poslední den lhůty pro uveřejnění změněných kvalifikačních předpokladů byl s ohledem na ustanovení § 49 odst. 3 zákona v souvislosti s ustanovením § 147 odst. 8 zákona pátý den ode dne rozeslání Dodatečné informace č. 1. všem uchazečům, a sice 20. 10. 2014. Posledním dnem lhůty pro uveřejnění odůvodnění veřejné zakázky byl 27. 12. 2013. Ze shora uvedeného tedy vyplývá, že správní delikty byly spáchány dne 21. 10. 2014 a 28. 12. 2013. K uplynutí lhůty vymezené zákonem pro zahájení správního řízení tedy nedošlo.
53. Hlavním kritériem, které je dle ustanovení § 121 odst. 2 zákona 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 pak demonstrativním výčtem vymezuje, co lze pod pojem závažnost správního deliktu podřadit (způsob jeho spáchání, jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchán).
54. K uložení pokuty za spáchání správních deliktů uvedených ve výročí I. - 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 tkví v absorpci sazeb (poena maior absorbet minore – tedy přísnější trest pohlcuje mírnější). Jak již v minulosti dovodil Nejvyšší správní soud (např. v rozsudku č. j. 1 As 28/2009 ze dne 18. 6. 2009; citované rozsudky Nejvyššího správního soudu jsou dostupné online na www.nss.cz), při trestání správních deliktů týměž 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 Nejvyššího správního soudu 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.
55. Úprava zákona o veřejných zakázkách je ve vztahu k trestání souběhu správních deliktů na rozdíl od úpravy trestněprávní neúplná. Zejména pak neřeší moment, do kdy je správní

delikty možno 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 byl varován odsuzujícím rozsudkem týkajícím se dřívějšího trestného činu.

56. V souladu s již citovanou zásadou absorpce v rámci správněprávního trestání Úřad uloží ve správním řízení pokutu podle nejpřísněji trestného správního deliktu, zbylé delikty Úřad zohlední jako přitěžující okolnost při výměře výše pokuty. Proto se Úřad nejprve zabýval otázkou, za který delikt je možno v šetřeném případě uložit přísnější sankci (vyšší pokutu).
57. V daném případě zadavatel spáchal dva správní delikty odlišné skutkové podstaty, přičemž s ohledem na znění ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) a § 120 odst. 2 písm. b) zákona lze udělit vyšší pokutu za správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona, neboť ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona omezuje výši pokuty procenty z hodnoty veřejné zakázky, tedy v případě projednávané veřejné zakázky lze udělit za delikt podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona maximální pokutu o výši 662 037,- Kč (10 % z ceny veřejné zakázky podle kupní smlouvy uzavřené s vybraným uchazečem) zatímco ustanovení § 120 odst. 2 písm. b) zákona toto procentuální omezení nemá a Úřad tak může pokutu ukládat dle správního uvážení až do výše 20 000 000,- Kč. Úřad tak uložil zadavateli pokutu za správní delikt uvedený ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
58. Úřad nad rámec uvedených kritérií pak může přihlídnout i k jiným okolnostem, pokud jsou svojí povahou podstatné pro posouzení závažnosti správního deliktu, a které by s ohledem na skutkové okolnosti konkrétního případu mohly být kvalifikovány jako polehčující či přitěžující.
59. Hlavním kritériem, které je dle výše citovaného ustanovení 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 pak demonstrativním výčtem vymezuje, co lze pod pojem závažnost správního deliktu podřadit (způsob jeho spáchání, jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchán).
60. Úřad však přihlíží jako k polehčující okolnosti ke skutečnosti, že zadavatel odůvodnění veřejné zakázky dne 28. 1. 2015 uveřejnil na profilu zadavatele (<https://www.vhodne-uverejneni.cz/profil/26722445>), přestože tak informace nebyla zveřejněna v zákonem stanovené lhůtě, zadavatel prokázal vůli své pochybení napravit.
61. Jako přitěžující okolnost vzal Úřad v úvahu délku prodlení při splnění povinnosti, uveřejnění odůvodnění veřejné zakázky, které bylo delší než jeden rok.
62. Úřad vzal také v úvahu i hodnotu plnění předmětu veřejné zakázky, přičemž považuje za důležité zdůraznit, že považuje částku 5 471 382,- Kč bez DPH za poměrně nízkou, čímž také dochází k ponížení intenzity protiprávního jednání zadavatele, a proto Úřad určil výslednou částku pokuty na 20 000 Kč, tj. při spodní hranici zákonné sazby.
63. Jako přitěžující okolnost Úřad zohlednil spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

64. Pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má naplňovat zejména dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem a funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je v souladu se zákonem. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech okolností Úřad stanovenou výši pokuty považuje za dostačující a konstatuje, že výše uložené pokuty v šetřeném případě stanovená při samé dolní hranici její maximální možné výše naplňuje obě základní funkce právní odpovědnosti.
65. Při stanovení výše pokuty Úřad rovněž zvažoval, zda pokuta uložená ve výši 20 000,- Kč nemůže nepříznivě ovlivnit hospodaření zadavatele, přičemž dospěl k závěru, že pokuta uložená v této výši není způsobilá negativně ovlivnit působení zadavatele, který v roce 2013 vykázal výnosy po zdanění ve výši 4 522 000,- Kč, jak vyplývá z výroční zprávy zadavatele za rok 2013, která je zveřejněna ve sbírce listin obchodního rejstříku.
66. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele rozhodl o uložení pokuty zadavateli tak, jak je uvedeno ve výroku III. rozhodnutí.
67. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj – pracoviště Brno, zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO zadavatele.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. 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. Právo podat odvolání proti opravnému rozhodnutí má pouze účastník, který jím může být přímo dotčen.

otisk úředního razítka

v z. Mgr. Mojmír Florian
JUDr. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží

Centrum výzkumu Řež s.r.o., Husinec - Řež č.p. 130, 250 68

Vypraveno dne

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