



UOHSX006YG5T

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S142/2015/VZ-11513/2015/513/IHI

Brno: 14. května 2015

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 26. 2. 2015 z moci úřední, jehož účastníkem je

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

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) citovaného zákona o veřejných zakázkách zadavatelem při zadávání podlimitní veřejné zakázky na služby „Detailní procesní a systémová analýza pro realizaci Systému pro podporu udržitelnosti výzkumného centra UniCRE“ zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném dne 31. 5. 2013 odesláním výzvy a zadávacích podmínek k podání nabídek ze dne 29. 5. 2013 a uveřejněné dne 31. 5. 2013 na profilu zadavatele,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Výzkumný ústav anorganické chemie, a.s., IČO 62243136, se sídlem Revoluční 1521/84, 400 01 Ústí nad Labem – se dopustil spáchání 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 „Detailní procesní a systémová analýza pro realizaci Systému pro podporu udržitelnosti výzkumného centra UniCRE“, zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném dne 31. 5. 2013 odesláním výzvy a zadávacích podmínek k podání nabídek ze dne 29. 5. 2013 a uveřejněné dne 31. 5. 2013 na profilu zadavatele, nedodržel postup stanovený v § 62 odst. 3 citovaného zákona, když kromě čestného prohlášení podle § 50 odst. 1 písm. c) tohoto zákona požadoval od uchazečů pod bodem 5.4 zadávacích podmínek v nabídce předložení pojistné smlouvy nebo potvrzení o pojištění, jejímž předmětem je pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou dodavatelem třetí osobě na pojistnou částku minimálně 20 milionů Kč, a to již v nabídce, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel dne 25. 7. 2013 smlouvu na plnění této veřejné zakázky s dodavatelem GC System a.s., IČO 64509826, se sídlem Špitálka 113/41, 602 00 Brno.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se zadavateli – Výzkumný ústav anorganické chemie, a.s., IČO 62243136, se sídlem Revoluční 1521/84, 400 01 Ústí nad Labem – podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ukládá

pokuta ve výši 40 000 Kč (čtyřicet tisíc korun českých).

Pokuta je splatná do **dvou měsíců** od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj.

ODŮVODNĚNÍ

Postup Úřadu před zahájením správního 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 29. 10. 2014 podnět² k přezkoumání postupu zadavatele – Výzkumný ústav anorganické chemie, a.s., IČO 62243136, se sídlem Revoluční 1521/84, 400 01 Ústí nad Labem (dále jen „zadavatel“), ve správním řízení zastoupený na základě plné moci ze dne 4. 3. 2015 advokátní kancelář Havel, Holásek & Partners s.r.o., advokátní kancelář, IČO 26454807, se sídlem Na Florenci 2116/15, Nové Město, 110 00 Praha 1 – při zadávání veřejné zakázky „Detailní procesní a systémová analýza pro realizaci Systému pro podporu udržitelnosti výzkumného centra UniCRE“ zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném dne 31. 5. 2013 odesláním výzvy a zadávacích podmínek k podání nabídek ze dne 29. 5. 2013 a uveřejněné dne 31. 5. 2013 na profilu zadavatele (dále jen „veřejná zakázka“).

¹ Pokud dále Úřad uvádí odkaz na zákon, jedná se o znění účinné ke dni 31. 5. 2013, kdy zadavatel zahájil zadávací řízení.

² Jde o podnět sp. zn. P 1056/2014.

2. K prověření informací uvedených v podnětu si Úřad od zadavatele vyžádal dokumentaci o veřejné zakázce, z níž o průběhu zadávacího řízení zjistil následující skutečnosti.
3. Zadavatel zahájil zadávací řízení na veřejnou zakázku dne 31. 5. 2013 odesláním výzvy a zadávacích podmínek k podání nabídek ze dne 29. 5. 2013 (dále jen „Výzva“) pěti zájemcům. Výzva byla uveřejněna na profilu zadavatele dne 31. 5. 2013.
4. Ve Výzvě zadavatel mj. uvedl, že zakázka je zadávána ve zjednodušeném podlimitním řízení, její předpokládaná hodnota činí 3 000 000 Kč bez DPH. Podle druhu jde o veřejnou zakázku na dodávku služeb. Základním hodnotícím kritériem pro zadání veřejné zakázky byla nejnižší nabídková cena (bod 10. Výzvy). Lhůtu pro plnění veřejné zakázky zadavatel stanovil od července 2013 do září 2013 (bod 5.5 Výzvy).
5. Podle Výzvy je předmětem plnění veřejné zakázky detailní procesní a systémová analýza pro realizaci Systému pro podporu udržitelnosti výzkumného centra UniCRE. Analýza má být provedena pro modul pro řízení klíčových procesů výzkumného centra a modul pro řízení procesu zpracování laboratorních vzorků.
6. Zadavatel ve Výzvě pod bodem 4.3 „Ekonomická a finanční způsobilost“ uvedl, že: *„Ekonomickou a finanční způsobilost splnit veřejnou zakázku uchazeč prokazuje čestným prohlášením (§ 50 odst. 1 písm. c ZVZ).“*
7. Zadavatel dále ve Výzvě pod bodem 5.4 „Zvláštní podmínky dodávky“ stanovil mj.: *„Uchazeč předloží pojistnou smlouvu, nebo potvrzení o pojištění, jejímž předmětem je pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou dodavatelem třetí osobě na pojistnou částku minimálně 20. mil. Kč. Součástí nabídky bude prostá kopie dokladu o pojištění, vítězný uchazeč bude vyzván k předložení originálu nebo ověřené kopie dokladu. Vítězný uchazeč je povinen udržovat pojištění v této výši po celou dobu plnění veřejné zakázky.“*
8. Zadavatel uzavřel na plnění veřejné zakázky dne 25. 7. 2013 Smlouvu o dílo s dodavatelem GC System a.s., IČO 64509826, se sídlem Špitálka 113/41, 602 00 Brno (dále jen „vybraný uchazeč“). Cena díla podle smlouvy činí 1 760 000 Kč bez DPH. Cena s DPH podle faktury z 19. 9. 2013 byla 2 129 600 Kč.
9. Protože po předběžném vyhodnocení výše uvedených informací Úřad získal pochybnost o souladu postupu zadavatele se zákonem, zahájil správní řízení z moci úřední.

I. Průběh správního řízení

10. Zahájení správního řízení oznámil Úřad dopisem č.j. ÚOHS-S142/2015/VZ-5527/2015/513/IHI ze dne 26. 2. 2015, který byl zadavateli jako jedinému účastníkovi správního řízení podle § 116 zákona doručen 26. 2. 2015. Tímto dnem bylo podle § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), zahájeno správní řízení. Úřad usnesením č.j. ÚOHS-S142/2015/VZ-5531/2015/513/IHI ze dne 26. 2. 2015 stanovil zadavateli lhůtu k navrhování důkazů, návrhů a k vyjádření svého stanoviska v řízení.
11. Úřad obdržel dne 6. 3. 2015 od zadavatele vyjádření k zahájení správního řízení (podrobněji viz dále).
12. Na základě žádosti o nahlédnutí do správního spisu proběhl dne 18. 3. 2015 úkon nahlížení za přítomnosti JUDr. Márie Vaňové, advokátní koncipientky právního zástupce zadavatele.

13. Usnesením č. j. ÚOHS-S142/2015/VZ-6813/2015/513/IHI ze dne 13. 3. 2015 byla zadavateli určena lhůta, v níž měl podle § 36 odst. 3 správního řádu možnost vyjádřit se k podkladům rozhodnutí. Vyjádření zadavatele ze dne 20. 3. 2015 obdržel Úřad téhož dne.

Vyjádření zadavatele k zahájení správního řízení ze dne 6. 3. 2015

14. Zadavatel ve svém stanovisku vyjadřuje přesvědčení, že podezření ze spáchání správního deliktu je nedůvodné a přezkumné řízení by mělo být zastaveno. Předložení pojistné smlouvy bylo požadováno jako tzv. jiný požadavek na plnění veřejné zakázky podle § 44 odst. 3 písm. j) zákona, které jsou obecně připuštěny. Jde o nekvalifikační požadavek zadavatele směřující k plnění veřejné zakázky. Požaduje-li zadavatel předložení jiného dokladu podle § 44 odst. 3 písm. j) zákona, musí zvážit, zda je přiměřený účelu, který sleduje. Jeho účelem bylo zajištění postavení zadavatele pro případ vzniku škody v průběhu plnění veřejné zakázky, která by byla způsobena vybraným uchazečem. Každý dodavatel od počátku ze zadávacích podmínek věděl, že bude muset předložit svou již dříve uzavřenou pojistnou smlouvu nebo bude moci uzavřít pojistnou smlouvu novou (tu lze uzavřít i na konkrétní projekt a její účinnost navázat na odkládací podmínku – pokud nebude dodavatel vybrán, nevznikne povinnost hradit pojistné). Tento požadavek je legitimní, je v souladu se základními zásadami podle § 6 odst. 1 zákona a splňuje kritérium přiměřenosti (proporcionality), neboť jde o doklad, kterým dodavatelé působící v oblasti předmětu veřejné zakázky standardně disponují a který na ně neklade zvýšené nároky.
15. V rámci požadavků na kvalifikaci dodavatelů ve vztahu k ekonomické a finanční způsobilosti zadavatel požadoval v souladu s § 50 odst. 1 písm. c) a § 62 odst. 1 zákona (poslední věta) předložení čestného prohlášení o ekonomické a finanční způsobilosti dodavatele splnit veřejnou zakázku; žádný jiný doklad zadavatel nepožadoval.
16. Pokud by zadavatel požadoval předložení dokladu o pojištění až před podpisem smlouvy, neměl by jistotu, že uchazeč skutečně pojištěním disponuje a bude schopen doklad o něm před podpisem smlouvy předložit. Zadavatel navíc neobdržel žádnou žádost o dodatečné informace či námitku týkající se tohoto požadavku a vyžadující jeho vypuštění ze zadávacích podmínek či jinou úpravu.
17. Podle zadavatele jeho požadavek na doložení dokladu o pojištění není v rozporu s § 62 odst. 3 a § 50 odst. 1 písm. c) zákona, neboť se nejedná o požadavek na kvalifikaci, ale o jiný požadavek dle § 44 odst. 3 písm. j) zákona. Nemohlo tak dojít k naplnění definice správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, když stanovený požadavek neovlivnil a ani nemohl ovlivnit okruh dodavatelů, a tím ani výběr nejhodnější nabídky. Jednání zadavatele nevykazovalo znaky „společenské nebezpečnosti“ (škodlivosti), jež je správnímu deliktu coby protiprávnímu jednání imanentní.
18. Unijní právní úprava zadávání veřejných zakázek (jak předchozí, tak nová) požadavek na předložení dokladu o pojištění výslovně připouští. Národní úprava musí být s unijní úpravou harmonizována a vykládána v souladu s ní (povinnost eurokonformního výkladu). Proto požadavek zadavatele nemůže představovat protiprávní jednání či jednání společensky nebezpečné.
19. Zadavatel dále poznamenává, že k vypuštění ekonomických a kvalifikačních předpokladů v rámci novely č. 55/2012 Sb. došlo z převážně politických důvodů; zákon by v této části jen

stěží mohl vyhovět testu řádné implementace nadřazených právních předpisů Evropské unie. Dle věcného záměru nového zákona o veřejných zakázkách má dojít k opětovnému zakotvení možnosti požadovat ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady i v národní právní úpravě.

20. Je-li požadavek na předložení dokladu o pojištění v nabídce výslovně aprobován unijní právní úpravou, s níž musí být národní úprava v souladu a vykládána k zachování jejího účelu i v případě odchylné národní úpravy, stejně jako v případě, kdy je předpokládána nová národní právní úprava, která takový postup opět v souladu s předpisy Evropské unie umožní, nelze postup zadavatele odpovídající těmto pravidlům označovat za protiprávní. Opačný výklad by byl zásahem do základních principů právního státu, jako jsou princip právní jistoty a legitimního očekávání.
21. Závěrem zadavatel uvádí, že jeho postup byl v souladu s pravidly a principy zákona a že se nedopustil jednání, které by naplňovalo skutkovou podstatu správního deliktu. Proto navrhuje, aby Úřad správní řízení zastavil.

Vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutí ze dne 20. 3. 2015

22. Zadavatel v tomto vyjádření uvedl, že v rámci zadávání veřejné zakázky dodržel své zákonné povinnosti a podezření ze spáchání správního deliktu je tak nedůvodné. Zadavatel dále informoval, že oslovil dodavatele, které vyzval k podání nabídky na veřejnou zakázku, aby sdělili, z jakého důvodu nepodali nabídku. Z přiložených e-mailových odpovědí podle zadavatele vyplývá, že důvodem jejich neúčasti nebyl požadavek na předložení dokladu o pojištění odpovědnosti za škodu v rámci nabídky, ale jiné skutečnosti.
23. Zadavatel s odkazem na své předchozí vyjádření z 6. 3. 2015 je přesvědčen, že jeho požadavek (na předložení dokladu o pojištění v nabídce) nemohl ovlivnit okruh uchazečů a ani výběr nejvhodnější nabídky.
24. Zadavatel závěrem navrhuje, aby Úřad správní řízení zastavil, neboť se při zadávání veřejné zakázky nedopustil jednání, které by naplňovalo skutkovou podstatu správního deliktu.

II. Závěry Úřadu

25. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů obsažených ve spise dospěl k závěru, že zadavatel se dopustil spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 62 odst. 3 zákona, když kromě čestného prohlášení podle § 50 odst. 1 písm. c) zákona požadoval od uchazečů (pod bodem 5.4 zadávacích podmínek) předložení pojistné smlouvy nebo potvrzení o pojištění, jejímž předmětem je pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou dodavatelem třetí osobě na pojistnou částku minimálně 20 milionů Kč, a to již v nabídce, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel dne 25. 7. 2013 smlouvu na plnění této veřejné zakázky s vybraným uchazečem. K tomuto závěru uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

K postavení zadavatele

26. Veřejná zakázka byla spolufinancována ze zdrojů Evropské unie prostřednictvím Operačního programu Výzkum a vývoj pro inovace v rámci projektu „Unipetrol výzkumně vzdělávací

centrum“. Rozhodnutí o poskytnutí dotace ze dne 23. 9. 2010 vydalo Ministerstvo školství, mládeže a tělovýchovy. Podle tohoto rozhodnutí činila celková dotace na projekt 592 437 123 Kč, z toho 85 % z prostředků Evropské unie a 15 % ze státního rozpočtu.

27. Zadavatel je akciovou společností, jediným akcionářem je UNIPETROL, a.s.
28. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 20. 11. 2014³ uvedl, že je dotovaným zadavatelem ve smyslu ustanovení § 2 odst. 3 zákona.
29. 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.
30. Úřad na základě výše uvedeného konstatuje, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky vystupoval jako dotovaný zadavatel podle § 2 odst. 3 zákona, neboť je právnickou osobou, která zadávala veřejnou zakázku hrazenou z více než 50 % z peněžních prostředků z veřejných zdrojů. Podle odst. 5 téhož ustanovení dotovaný zadavatel postupuje při zadávání veřejné zakázky podle ustanovení tohoto zákona platných pro veřejné zadavatele.

Relevantní ustanovení zákona

31. Ustanovení § 6 odst. 1 zákona stanoví, že zadavatel je povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
32. V § 50 zákona se uvádí rozsah kvalifikace. Podle § 50 odst. 1 písm. c) zákona kvalifikovaným pro plnění veřejné zakázky je dodavatel, který předloží čestné prohlášení o své ekonomické a finanční způsobilosti splnit veřejnou zakázku.
33. Kvalifikace u podlimitní veřejné zakázky se týká § 62 zákona. Ustanovení jeho odstavce 1 uvádí, že zadává-li veřejný zadavatel podlimitní veřejnou zakázku, je povinen požadovat prokázání splnění základních a profesních kvalifikačních předpokladů dodavatele. Požaduje-li veřejný zadavatel rovněž prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů, použije se § 56 obdobně. Veřejný zadavatel může požadovat také prohlášení podle § 50 odst. 1 písm. c).
34. Podle § 62 odst. 3 zákona ve zjednodušeném podlimitním řízení se splnění kvalifikačních předpokladů prokazuje předložením čestného prohlášení, z jehož obsahu bude zřejmé, že dodavatel kvalifikační předpoklady požadované zadavatelem splňuje; ustanovení odstavce 2 se nepoužije. Uchazeč, se kterým má být uzavřena smlouva podle § 82, je povinen před jejím uzavřením předložit zadavateli originály nebo úředně ověřené kopie dokladů prokazujících splnění kvalifikace. Nesplnění této povinnosti se považuje za neposkytnutí součinnosti k uzavření smlouvy ve smyslu ustanovení § 82 odst. 4.
35. 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.

³ Vyjádření zadavatele ze dne 20. 11. 2014 obdrženo v rámci podnětu bylo zařazeno do správního spisu.

36. Na tomto místě Úřad pro srovnání uvádí, jak byla kvalifikace a její prokazování upravena podle dřívějšího znění zákona účinného do 31. 3. 2012. Podle § 50 odst. 1 písm. c) tohoto předchozího znění zákona kvalifikaci splní dodavatel, který prokáže splnění ekonomických a kvalifikačních předpokladů podle § 55. Ustanovení § 55 odst. 1 stanovilo, že k prokázání splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů dodavatele může veřejný zadavatel požadovat předložení jednoho či více z těchto dokladů: a) pojistnou smlouvu, jejímž předmětem je pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou dodavatelem třetí osobě, ... atd. Úřad podotýká, že s účinností od 1. 4. 2012 byl § 55 zrušen; nyní je podle § 50 odst. 1 písm. c) zákona ve znění účinném pro projednávanou věc kvalifikovaným pro plnění veřejné zakázky dodavatel, který předloží čestné prohlášení o své ekonomické a finanční způsobilosti splnit veřejnou zakázku.

Skutková zjištění, právní posouzení

37. Zadávací řízení na veřejnou zakázku zadavatel zahájil 31. 5. 2013. Ve Výzvě pod bodem 4.3. Ekonomická a finanční způsobilost zadavatel uvedl, že ekonomickou a finanční způsobilost splnit veřejnou zakázku uchazeč prokazuje čestným prohlášením (§ 50 odst. 1 písm. c) ZVZ).
38. Veřejná zakázka je zakázkou na služby. V bodě 5 Výzvy je popsán předmět veřejné zakázky. Záměrem je provést detailní procesní a systémovou analýz pro realizaci Systému pro podporu udržitelnosti výzkumného centra UniCRE. Výstupem mají být dokumenty ve formátu MS Office (MS Word, MS Excel, MS Visio). Struktura výstupů má zahrnovat např. úvod, požadavky, business model, analytický model, design model, prototyp navrhovaného řešení, rozpočet pro realizaci atd.
39. Pod bodem 5.4 Výzvy – Zvláštní podmínky dodávky – zadavatel mj. uvedl: *„Uchazeč předloží pojistnou smlouvu, nebo potvrzení o pojištění, jejímž předmětem je pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou dodavatelem třetí osobě na pojistnou částku minimálně 20. mil. Kč. Součástí nabídky bude prostá kopie dokladu o pojištění, vítězný uchazeč bude vyzván k předložení originálu nebo ověřené kopie dokladu. Vítězný uchazeč je povinen udržovat pojištění v této výši po celou dobu plnění veřejné zakázky.“*
40. Předpokládanou hodnotu veřejné zakázky zadavatel stanovil na 3 000 000 Kč bez DPH. Zakázka byla zadávána ve zjednodušeném podlimitním řízení podle § 38 zákona; zadavatel Výzvu uveřejnil dne 31. 5. 2013 na profilu zadavatele a současně Výzvu zaslal pěti zájemcům.
41. Nabídku podali dva uchazeči (oba obdrželi Výzvu), jako nejvhodnější byla vybrána nabídka vybraného uchazeče s cenou 1 760 000 bez DPH a 2 129 600 Kč včetně DPH. Smlouva o dílo byla mezi zadavatelem a vybraným uchazečem uzavřena dne 25. 7. 2013.
42. Nejprve se Úřad vyjádří k charakteru požadovaného dokladu – pojistné smlouvy nebo potvrzení o pojištění.
43. Podle § 55 odst. 1 písm. a) předchozího znění zákona o veřejných zakázkách, který byl účinný do 31. 3. 2012 (před novelou provedenou zákonem č. 55/2012 Sb.) mohl zadavatel požadovat k prokázání splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů dodavatele předložení pojistné smlouvy, jejímž předmětem je pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou dodavatelem třetí osobě. Zákon účinný od 1. 4. 2012 již dané ustanovení neobsahuje (§ 55 byl zrušen). Pojistná smlouva podle předchozího znění zákona byla považována za doklad sloužící k prokázání ekonomických a finančních kvalifikačních

předpokladů dodavatele. Současně účinný zákon již dané ustanovení neobsahuje; k prokázání ekonomické a finanční způsobilosti postačuje předložit čestné prohlášení (§ 50 odst. 1 písm. c) zákona).

44. Z § 62 odst. 3 zákona je zřejmé, že zadavatel je ve zjednodušeném podlimitním řízení k prokázání kvalifikačních předpokladů oprávněn požadovat pouze čestné prohlášení, z jehož obsahu bude zřejmé, že dodavatel splňuje zadavatelem požadované kvalifikační předpoklady. Až uchazeč, se kterým má být uzavřena smlouva, je povinen předložit zadavateli doklady prokazující splnění kvalifikace (originály nebo úředně ověřené kopie). Nesplnění této povinnosti vybraným uchazečem se považuje za neposkytnutí řádné součinnosti potřebné k uzavření smlouvy ve smyslu § 82 odst. 4 zákona, přičemž z tohoto ustanovení vyplývá, že pokud vybraný uchazeč neposkytne řádnou součinnost k uzavření smlouvy, zadavatel může uzavřít smlouvu s uchazečem, který se umístil jako druhý v pořadí. Podle § 62 odst. 1 zákona (poslední věta) veřejný zadavatel může (k prokázání kvalifikace u podlimitní veřejné zakázky) požadovat také prohlášení podle § 50 odst. 1 písm. c) zákona, podle něhož kvalifikovaným pro plnění veřejné zakázky je dodavatel, který předloží čestné prohlášení o své ekonomické a finanční způsobilosti splnit veřejnou zakázku (ustanovení § 50 zákona se týká i jiných druhů zadávacího řízení, např. i řízení otevřeného).
45. Zadavatel sice ve Výzvě uvedl, že ekonomickou a finanční způsobilost splnit veřejnou zakázku uchazeč prokazuje čestným prohlášením (s odkazem na § 50 odst. 1 písm. c) zákona), avšak současně v bodu 5.4 Výzvy (Zvláštní podmínky dodávky) stanovil požadavek, aby uchazeč již jako součást nabídky předložil pojistnou smlouvu nebo potvrzení o pojištění, jejímž předmětem je pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou dodavatelem třetí osobě na pojistnou částku minimálně 20 milionů Kč. Pojistná smlouva je přitom rovněž požadavkem na ekonomickou a finanční způsobilost dodavatele, i když ji zadavatel v zadávacích podmínkách takto neuvedl (tj. jako součást bodu 4.3 Ekonomická a finanční způsobilost), ale začlenil ji do jiné kapitoly (jako součást bodu 5.4 Zvláštní podmínky dodávky).
46. Zadavatel tedy požadoval po uchazečích již ve lhůtě pro podání nabídek prokázání splnění kvalifikačních předpokladů doložením listin, které však nebyl oprávněn v uvedené fázi zjednodušeného podlimitního řízení požadovat, neboť § 62 odst. 3 zákona stanoví, že takové listiny je uchazeč, resp. vybraný uchazeč, povinen předložit až ve fázi uzavírání smlouvy (tedy po provedení posouzení kvalifikace, posouzení nabídek, hodnocení nabídek a výběru nevhodnější nabídky).
47. Pokud zadavatel požadoval, aby byl vybraný uchazeč pojištěn proti způsobení škody třetí osobě, mohl tento požadavek zařadit mezi obchodní podmínky smlouvy (do návrhu smlouvy, jež by byla součástí zadávací dokumentace) a vyžadovat předložení uzavřené pojistné smlouvy před podpisem (či po podpisu) smlouvy pouze po vybraném uchazeči.

Vyjádření Úřadu k argumentaci zadavatele

48. Zadavatel ve svém vyjádření z 6. 3. 2015 tvrdí, že požadavek na předložení pojistné smlouvy nebo potvrzení o pojištění není požadavkem na kvalifikaci uchazečů, ale jedná se o tzv. jiný požadavek zadavatele na plnění veřejné zakázky podle § 44 odst. 3 písm. j) zákona. Základním hlediskem pro posuzování oprávněnosti takového jiného požadavku je dle zadavatele jeho soulad s § 6 zákona a s principem proporcionality.

49. Úřad uvádí, že § 44 zákona se vztahuje k zadávací dokumentaci; vymezuje náležitosti a požadavky na zadávací dokumentaci k veřejné zakázce. Vedle povinných položek se v § 44 odst. 3 písm. j) zákona zadavateli umožňuje vznést na uchazeče i jiné požadavky na plnění veřejné zakázky. Požadavek na předložení pojistné smlouvy však není „jiným požadavkem na plnění veřejné zakázky“, avšak jde o požadavek vztahující se k osobě dodavatele, a to k jeho kvalifikaci ekonomické a finanční,⁴ jehož splnění se však prokazuje podle § 50 odst. 1 písm. c) zákona čestným prohlášením.
50. Jiné požadavky zadavatele podle § 44 odst. 3 písm. j) zákona se musí výslovně týkat plnění zadávané veřejné zakázky, což v daném případě nebylo naplněno. Pojistná smlouva na pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou třetí osobě se vlastního plnění této konkrétní veřejné zakázky netýkala, resp. nebyla spjata s jejím plněním. Dodavatel pojistnou smlouvou musel disponovat všeobecně pro svoji podnikatelskou činnost. Pojistná smlouva je spjata s osobou dodavatele (jako kvalifikační požadavek), nikoli s faktickým plněním veřejné zakázky, jak je tomu u tzv. jiného požadavku. Mezi jiné požadavky by bylo možno zařadit např. pojištění předmětu veřejné zakázky, nikoli však pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou třetí osobě. Zadavatel proto nebyl oprávněn po uchazečích požadovat pojistnou smlouvu ani s odkazem na § 44 odst. 3 písm. j) zákona.⁵
51. Úřad učinil primární závěr, že zadavatel nebyl oprávněn doklad o pojištění jako součást nabídky vůbec požadovat, proto další zadavatelem požadované posuzování oprávněnosti tohoto „jiného požadavku“ z hlediska souladu se základními zásadami podle § 6 zákona a principem přiměřenosti považuje za nadbytečné.
52. Podle zadavatele nemohlo dojít k naplnění definice správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, když stanovený požadavek neovlivnil a ani nemohl ovlivnit okruh dodavatelů, a tím ani výběr nejhodnější nabídky. Jednání zadavatele nevykazovalo znaky „společenské nebezpečnosti“ (škodlivosti), jež je správnímu deliktu coby protiprávnímu jednání imanentní.
53. Úřad konstatuje, že zadavatel vyzval pět zájemců k podání nabídky, nabídku podali jen dva oslovení uchazeči. Na Výzvu uveřejněnou na profilu zadavatele žádný další zájemce nereagoval. Tento nízký počet nabídek mohl souviset i s nezákonným požadavkem zadavatele na dodání pojistné smlouvy (či potvrzení) již v nabídce. K ovlivnění okruhu a počtu uchazečů tak mohlo dojít. Pokud by zadavatel nepožadoval předložení pojistné smlouvy již v nabídce, mohl případně obdržet více nabídek i od dalších uchazečů, kteří pojistnou smlouvou na požadovanou částku v době podání nabídek nedisponovali. Vybraný uchazeč pak mohl pojistnou smlouvu s pojišťovnou uzavřít až podle výsledku zadávacího řízení. Při rozhodování potenciálních uchazečů, zda se zadávacího řízení zúčastnit, mohla hrát roli i cena pojistky na požadovanou pojistnou částku. Pokud by uchazeč pojistnou smlouvu pouze kvůli dané veřejné zakázce uzavřel a potom by pro plnění veřejné zakázky nebyl vybrán, náklady spojené se sjednáním pojištění by i tak musel nést.

⁴ Ustanovení § 55 zákona ve znění účinném do 31. 3. 2012 zařazovalo pojistnou smlouvu mezi ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady, jež zadavatel může požadovat (viz kap. Relevantní ustanovení zákona).

⁵ V samotné Výzvě žádný odkaz na § 44 zákona není, tuto argumentaci využil zadavatel až ve svém vyjádření po zahájení správního řízení.

54. Zadavatel ke svému vyjádření ze dne 20. 3. 2015 přiložil e-mailovou korespondenci mezi ním a oslovenými zájemci, z níž dovedil, že tito zájemci nepodali nabídku nikoli kvůli požadovanému dokladu o pojištění odpovědnosti za škodu, avšak z jiných důvodů. Z vyjádření zájemců k důvodům jejich neúčasti v zadávacím řízení plyne, že jeden z oslovených zájemců nepovažoval předmět veřejné zakázky za shodný s jím poskytovanými službami; druhý zájemce dle svého vyjádření nesplňoval technické kvalifikační předpoklady a třetí zájemce si již s odstupem času není oslovení v této veřejné zakázce vědom.
55. K tomuto argumentu zadavatele Úřad uvádí, že kromě oslovených zájemců mohl o účasti v zadávacím řízení uvažovat další uchazeč, který se o zadávacím řízení dozvěděl (např. z profilu zadavatele, kde byla a je výzva se stanovenými podmínkami zveřejněna), avšak nabídku nepodal právě z důvodu, že aktuálně nesplňoval (nezákonný) požadavek zadavatele na doložení dokladu o pojištění odpovědnosti za škodu, navíc na poměrně vysokou pojistnou částku.
56. Pokud jde o tvrzení zadavatele, že jeho jednání nevykazovalo znaky „společenské nebezpečnosti“, s tímto názorem se Úřad neztotožnil. Správním deliktem je takové jednání, které je způsobitelné poškodit nebo ohrozit konkrétní zájem společnosti chráněný zákonem. V daném případě byly naplněny formální znaky správního deliktu, tj. zadavatel nedodržel postup stanovený zákonem, přičemž mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku. Je-li naplněna formální stránka správního deliktu, pak za běžných okolností jednání pachatele (zde účastníka řízení) vykazuje takový stupeň společenské nebezpečnosti, že je naplněna také materiální stránka správního deliktu. Tak tomu je i v projednávaném případě.
57. Pokud jde o argumentaci zadavatele unijní právní úpravou, tj. že národní úprava musí být vykládána v souladu s ní, Úřad k tomu uvádí následující.
58. Nová Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES nebyla dosud transponována do tuzemských právních a správních předpisů (podle čl. 90 je tato lhůta do 18. dubna 2016). Předchozí směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 (dále jen „původní směrnice“) se zrušuje s účinkem k 18. 4. 2016. Podle čl. 47 aktuálně účinné původní směrnice může být důkaz o hospodářských a finančních předpokladech hospodářského subjektu poskytnut zpravidla jedním nebo více z těchto dokladů: a) vhodnými výpisy z bank nebo případně dokladem o pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu povolání; atd.
59. Původní směrnice byla transponována do zákona č. 137/2006 Sb., jak vyplývá z jeho § 1, který uvádí, že tento zákon zpracovává příslušné předpisy Evropské unie, mj. původní směrnici. Činnost Úřadu jakožto orgánu moci výkonné se omezuje na rozhodování v mezích zákona; nepřísluší mu posuzovat, jak byla transpozice provedena. Úřad rovněž v rámci rozhodovací činnosti není oprávněn spekulovat, proč došlo k vypuštění ekonomických a kvalifikačních předpokladů ze zákona ani brát v úvahu zadavatelem předpokládané znění zákona, které teprve prochází legislativním procesem.
60. Doložení dokladu o pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu povolání je jednoznačně požadavkem na prokázání ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů (viz výše), jež podle § 50 odst. 1 písm. c) zákona mají být prokazovány čestným

prohlášením. Postup zadavatele ve zjednodušeném podlimitním řízení pak upravuje v § 62 odst. 3 zákona tak, že splnění kvalifikačních předpokladů se prokazuje předložením čestného prohlášení; teprve vybraný uchazeč je povinen před uzavřením smlouvy předložit originály nebo ověřené kopie dokladů prokazujících splnění kvalifikace. Postup předvídaný zákonem tak odpovídá smyslu a cíli čl. 47 původní směrnice.

61. Úřad dále uvádí, že dosud neřešil případ, kdy podle zákona zadavatel požaduje prokázat ekonomickou a finanční způsobilost čestným prohlášením a vedle toho zadavatel požaduje doložit doklad o pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou dodavatelem třetí osobě vztahující se rovněž k ekonomické a finanční způsobilosti dodavatele.
62. Za účelem konzistentní rozhodovací praxe Úřad dále ověřil, jestli v minulosti ve správním řízení neřešil obdobnou záležitost. V této souvislosti Úřad uvádí, že vydal rozhodnutí č.j. ÚOHS-S262/2013/VZ-20122/2013/521/GSt ze dne 16.10.2013, ve kterém byla řešena problematika poskytování jistoty ve vztahu k požadavku zadavatele na předložení bankovní záruky za řádné dokončení díla, který se vztahuje k předmětu plnění. Jak však vyplývá z citovaného rozhodnutí Úřadu, nejednalo se o problematiku prokazování kvalifikace (pojištění), která se váže k osobě dodavatele, jako v šetřeném případě.

Shrnutí

63. Zadavatel nedodržel postup stanovený zákonem, když jako součást nabídky požadoval doklad o pojištění odpovědnosti za škodu, ačkoli podle § 62 odst. 1 a odst. 3 zákona veřejný zadavatel mohl požadovat pouze prohlášení podle § 50 odst. 1 písm. c) zákona, tj. prohlášení o ekonomické a finanční způsobilosti splnit veřejnou zakázku.
64. Tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, mohli se zadávacího řízení zúčastnit i další dodavatelé, kteří ve lhůtě pro podání nabídky nemohli doložit doklad, který zadavatel požadoval, avšak tento doklad by byli schopni si zajistit následně. Zadavatel tak svým postupem mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť při účasti více dodavatelů mohl obdržet i jinou, výhodnější nabídku.
65. Zadavatel zadávací řízení zahájil jako zjednodušené podlimitní řízení, které má zjednodušit přípravu nabídky dodavateli a urychlit proces zadání zakázky u zadavatele. Nelze tak ve zjednodušeném podlimitním řízení jít nad požadavky zákona (a to i nad požadavky pro nadlimitní veřejnou zakázku) a stanovovat přísnější způsoby prokázání kvalifikace, než připouští zákon.
66. Zadavatel byl v daném druhu zadávacího řízení oprávněn v rámci podání nabídek požadovat pouze čestné prohlášení o finanční a ekonomické způsobilosti. Pokud tedy zadavatel v zadávacích podmínkách požadoval jako součást nabídky doklady o pojištění (k prokázání ekonomických a finančních předpokladů), učinil tak v rozporu s § 62 zákona.
67. Nutnost obstarání požadovaného dokladu mohla představovat pro některé uchazeče neúměrné zatížení v procesu přípravy nabídky, a to jak časové, tak finanční. Uvedený požadavek zadavatele v konečném důsledku mohl ovlivnit účast potenciálních dodavatelů v zadávacím řízení a tím i výběr nejvhodnější nabídky. Pro konstatování porušení zákona postačuje, že k ovlivnění mohlo dojít, není třeba prokazovat, že pochybením zadavatele skutečně došlo k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky.

68. Zadavatel uzavřel dne 25. 7. 2013 smlouvu na plnění veřejné zakázky, čímž je naplněna poslední kumulativní podmínka pro konstatování spáchání správního deliktu.
69. Úřad dospěl k závěru, že zadavatel se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, neboť nedodržel postup stanovený v § 62 odst. 3 zákona, přičemž tento postup mohl ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

III. Uložení pokuty

70. Jednáním zadavatele byla naplněna skutková podstata správního deliktu (po stránce formální i materiální), proto Úřad přistoupil k uložení sankce.
71. 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 odst. 1 písm. a), c) nebo d).
72. 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. V daném případě se Úřad o možném spáchání správního deliktu dozvěděl dne 29. 10. 2014, kdy obdržel podnět k přezkoumání úkonů zadavatele. Ke spáchání správního deliktu došlo dne 25. 7. 2013, kdy zadavatel uzavřel smlouvu o dílo na veřejnou zakázku. Správní řízení ve věci spáchání správního deliktu bylo zahájeno dne 26. 2. 2015. Z uvedených dat vyplývá, že odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla, neboť Úřad o nich zahájil řízení ve lhůtách uvedených v § 121 odst. 3 zákona.
73. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu, a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí 2 129 600 Kč včetně DPH. Horní hranice možné pokuty (10 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí 212 960 Kč.
74. 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.
75. 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).
76. Pod kritérium způsob spáchání správního deliktu lze podřadit samotný požadavek zadavatele uvedený v zadávacích podmínkách na předložení dokladu o pojištění již v nabídce. Při posouzení intenzity spáchání správního deliktu vzal Úřad v úvahu skutečnost, že dodavatelé mají většinou nějakou formou krytí rizik zajištěno, obvykle disponují pojistnou smlouvou na pojištění odpovědnosti za způsobenou škodu. Požadavek zadavatele na předložení potvrzení o pojištění tak z hlediska jeho vlivu na výši pokuty je možno považovat za méně závažný, a to ve srovnání s případným jiným nezákonným požadavkem zadavatele na doložení dokladu, který dodavatelé standardně nemají a museli by ho nákladně (z hlediska času i financí) obstarávat.

77. Z hlediska následků správního deliktu vzal Úřad při stanovení výměry pokuty v úvahu tu skutečnost, že mohlo dojít k narušení soutěže o zakázku mezi uchazeči tím, že v důsledku nedodržení postupu zadavatele daného § 62 odst. 3 zákona mohla být znemožněna účast dalších dodavatelů v zadávacím řízení. Zadavatel obdržel pouze dvě nabídky na veřejnou zakázku, a to přesto, že sám oslovil pět zájemců a uveřejnil Výzvu na profilu zadavatele, kde se s ní mohli seznámit další potenciální zájemci. Zadavatel zařadil zakázku pod kód CPV 72000000-5 Informační technologie: poradenství, vývoj programového vybavení, internet a podpora, což je trh, na němž působí značné množství soutěžitelů. Následkem nesprávného nastavení požadavků zadavatele pak právě mohlo být to, že zadavatel obdržel pouze dvě nabídky, ačkoli veřejná zakázka se týkala plnění v oblasti, kde spíše převažuje nabídka nad poptávkou a kde obecně bývá zájem o zakázku podobného druhu vyšší.
78. Polehčující ani přitěžující okolnosti v jednání zadavatele Úřad neshledal.
79. 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 Krajský soud 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. Peněžité sankce vždy představuje nepříznivý zásah do sféry porušitele, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinak.
80. Úřad na základě zvážení shora uvedených okolností a následků spáchání správního deliktu stanovil výslednou částku pokuty na 40 000 Kč. Pokuta ve stanovené výši podle Úřadu dostatečně naplňuje obě funkce právní odpovědnosti, tj. funkci preventivní i represivní.
81. Z výkazu zisku a ztráty zadavatele ke dni 31. 2. 2013 (jde o poslední dostupné uzavřené účetní období) Úřad zjistil, že hospodaření zadavatele skončilo s kladným výsledkem 104 tis. 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.
82. Ze všech výše uvedených důvodů rozhodl Úřad o pokutě za spáchání správního deliktu tak, jak je uvedeno ve výroku II. rozhodnutí.
83. 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 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, 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

v z. Mgr. Michal Kobza

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

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

Vypraveno dne:

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