



UOHSX008SPQD

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0087/2016/VZ-46526/2016/323/ZSř

Brno 22. listopadu 2016

V řízení o rozkladu ze dne 14. 3. 2016, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem –

- **Česká televize**, IČO 00027383, se sídlem Na hřebenech II 1132/4, 147 00 Praha - Podolí, ve správním řízení právně zastoupeným společností ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s.r.o., IČO 28468414, se sídlem Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4, která je dále zastoupena JUDr. Vilémem Podešvou, LL.M., advokátem a jednatelem,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0021/2016/VZ-07663/2016/532/ZČa ze dne 26. 2. 2016, vydanému ve správním řízení zahájeném dne 12. 1. 2016 z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, výše označeným zadavatelem při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Maintenance HW (servery a disková pole) IBM**“ ve zjednodušeném podlimitním řízení, zahájeném na základě výzvy k podání nabídek ze dne 17. 4. 2015,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0021/2016/VZ-07663/2016/532/ZČa ze dne 26. 2. 2016

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Dne 12. 1. 2016 zahájil Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), 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, správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, kterého se měl dopustit zadavatel – Česká televize, IČO 00027383, se sídlem Na hřebenech II 1132/4, 147 00 Praha – Podolí (dále jen „**zadavatel**“), tím, že při zadávání veřejné zakázky s názvem „Maintenance HW (servery a disková pole) IBM“ ve zjednodušeném podlimitním řízení, zahájeném na základě výzvy k podání nabídek ze dne 17. 4. 2015 (dále jen „**veřejná zakázka**“), nepostupoval v souladu se zákonem, když odmítl uzavřít s uchazečem, který se umístil jako první v pořadí – společností PRVNÍ CHRÁNĚNÁ DÍLNA s.r.o., IČO 28685521, se sídlem Raisova 769/9, 400 03 Ústí nad Labem (dále jen „**vybraný uchazeč**“), smlouvu na plnění veřejné zakázky z důvodu nedoložení oprávnění, které nebylo v rámci zadávací dokumentace vyžadováno, přičemž tímto postupem zadavatel podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dne 30. 6. 2015 uzavřel s uchazečem – Z + M Partner, spol. s.r.o., IČO 26843935, se sídlem Valchařská 3261/17, 702 00 Ostrava – Moravská Ostrava, který se umístil jako druhý v pořadí (dále jen „**druhý uchazeč v pořadí**“), smlouvu na plnění veřejné zakázky.
2. Dne 17. 4. 2015 zahájil zadavatel výzvou k podání nabídek zadávací řízení na veřejnou zakázku s předpokládanou hodnotou 4 900 000 Kč bez DPH, když předmět veřejné zakázky byl vymezen jako „*zajištění technické podpory hardware (zařízení IBM) v souladu se zadávacími podmínkami*“. Dle protokolu o posouzení nabídek ze dne 12. 5. 2015 byly zadavateli podány celkem tři nabídky, z nichž všechny vyhověly zákonným požadavkům a zadávacím podmínkám ve smyslu § 76 zákona a žádný z uchazečů nepodal nepřijatelnou nabídku podle § 22 odst. 1 písm. d) zákona. Dne 22. 5. 2015 rozhodl zadavatel o výběru nejvhodnější nabídky vybraného uchazeče. Zadavatel následně vyzval vybraného uchazeče k doložení servisního oprávnění k poskytování služeb IBM On-site Repair (dále jen „**oprávnění IBM**“) od společnosti IBM Česká republika, spol. s.r.o., IČO 14890992, se sídlem

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

V parku 2294/4, 148 00 Praha 4 – Chodov (dále jen „**IBM**“), přičemž předeslal, že nedoručení předmětného oprávnění bude považováno za neposkytnutí řádné součinnosti potřebné k uzavření smlouvy.

3. Vzhledem k tomu, že vybraný uchazeč oprávnění IBM nedoložil, uzavřel zadavatel dne 30. 6. 2015 smlouvu na plnění veřejné zakázky s druhým uchazečem v pořadí.

II. Napadené rozhodnutí

4. Dne 26. 2. 2016 vydal Úřad na základě posouzení všech rozhodných skutečností a podkladů ve věci rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0021/2016/VZ-07663/2016/532/ZČa (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
5. Výrokem I. napadeného rozhodnutí rozhodl Úřad o tom, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky nepostupoval v souladu s ustanovením § 82 odst. 4 zákona, když odmítl uzavřít smlouvu s vybraným uchazečem z důvodu nedoložení oprávnění od zástupce společnosti IBM k poskytování služeb IBM On-site Repair (IOR), neboť tato skutečnost není podle § 82 odst. 4 zákona důvodem, pro který je zadavatel oprávněn odmítnout uzavření smlouvy s vybraným uchazečem, když takový požadavek zadavatele ani nebyl součástí zadávacích podmínek, přičemž tento postup podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, a dne 30. 6. 2015 uzavřel zadavatel smlouvu na plnění veřejné zakázky s druhým uchazečem v pořadí.
6. Výrokem II. napadeného rozhodnutí pak byla zadavateli za zjištěný správní delikt dle výroku I. uložena pokuta podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona ve výši 50 000 Kč.
7. Napadené rozhodnutí bylo odůvodněno tím, že je to zadavatel, kdo odpovídá za správnost a úplnost zadávací dokumentace a že požadavek na doložení oprávnění IBM ze zadávací ani kvalifikační dokumentace na veřejnou zakázku nevyplývá (což mělo být potvrzeno též zadavatelem). V daném případě tedy zadavatel nebyl oprávněn odepřít uzavření smlouvy vybranému uchazeči, jehož nabídka se umístila jako první v pořadí, z důvodu nesplnění požadavku, který nebyl součástí zadávací dokumentace. Výrok o uložení pokuty pak byl odůvodněn především s odkazem na přímý vliv jednání zadavatele na výběr nejvhodnější nabídky a na konečnou cenu veřejné zakázky, se zohledněním jednání zadavatele v rámci správního řízení, jakož i dvou funkcí správního trestání.

III. Námitky rozkladu

8. Proti oběma výrokům napadeného rozhodnutí podal zadavatel dne 14. 3. 2016 rozklad z téhož dne. Napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 26. 2. 2016. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
9. Zadavatel ve svém rozkladu vymezuje důvody, jež jej vedou k závěru o nesprávnosti a nezákonnosti napadeného rozhodnutí, v zásadě v pěti okruzích rozkladových námitek, které v dalším textu blíže specifikuje. Svoji první rozkladovou námitku zadavatel směřuje proti nosnému závěru napadeného rozhodnutí (vyjádřenému v bodech 61. a 62. odůvodnění), jímž Úřad konstatoval, že představovalo-li doložení potvrzení od zástupce společnosti IBM o oprávnění nutnou podmínku k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku, měl být tento požadavek též součástí zadávacích podmínek. Zadavatel naproti tomu namítá, že povinnost disponovat příslušným oprávněním vyplývala pro zájemce o veřejnou zakázku

z obecných právních předpisů, a tudíž požadavek disponovat příslušným oprávněním IBM součástí zadávací dokumentace byl.

10. Zadavatel v této souvislosti poukazuje na rozsah zakázky, která dle přílohy č. 1 „Specifikace podpory HW“ ke smlouvě na veřejnou zakázku („Smlouva o zajištění technické podpory serverů a diskových polí IBM“) zahrnuje též poskytování technické podpory způsobem IOR u zadavatele (IBM On-site Repair), přičemž sděluje, že k zajištění této služby je oprávnění IBM nezbytné, neboť poskytování služeb bez tohoto oprávnění by znamenalo porušování práv třetí strany. Povinnost doložit příslušné oprávnění IBM vybraným uchazečem před podpisem smlouvy dle názoru zadavatele dále vyplývá z čl. 4, 7 a 6. 1. návrhu smlouvy na veřejnou zakázku a z § 5 odst. 1 a § 6 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**občanský zákoník**“), tedy zejména z povinnosti uchazeče jako potenciálního dodavatele jednat poctivě a odborně a dále z odpovědnosti dodavatele za řádné plnění smlouvy v souladu s právními předpisy.
11. Požadavek na doložení oprávnění IBM tedy dle názoru zadavatele nemusel být formulován jako samostatná podmínka, stejně jako nebyly po uchazečích požadovány dokumenty potvrzující, že plnění bude poskytováno v souladu s platnými právními předpisy a dalšími pravidly. Zadavatel v této souvislosti zdůraznil, že není nutné uvádět v zadávacích podmínkách „výčet všech obecně závazných pravidel a předpisů“, které musí uchazeči dodržovat, neboť tyto jsou již dány povinností uchazečů jako profesionálů v příslušném oboru postupovat s *odbornou péčí*. Úřad tedy pochybil tím, že přihlížel jen k zákonu, nikoliv ke všem právním předpisům.
12. Zadavatel dále vyjadřuje své přesvědčení, že je plnou odpovědností a povinností uchazečů zjistit si, jaká všechna oprávnění budou k poskytování veřejné zakázky nezbytná a tato si v dostatečném předstihu obstarat. Vybraný uchazeč si tedy dle závěru zadavatele musel být podmínky doložení oprávnění IBM před podpisem smlouvy vědom. Zadavatel rovněž odmítl argument Úřadu (obsažený v bodě 60. odůvodnění napadeného rozhodnutí), že oprávnění IBM mohlo být doloženo dodatečně, neboť v případě dodatečného vyřizování oprávnění nemůže mít uchazeč jistotu, že jej skutečně získá, přičemž podáním nabídky bez této jistoty jedná uchazeč nepoctivě. Na uzavření smlouvy také zpravidla navazuje realizace veřejné zakázky, kde již není prostor na získávání potřebných oprávnění. K nepoctivosti jednání vybraného uchazeče zadavatel odkazuje na § 6 občanského zákoníku, dle kterého nikdo nesmí ze svého nepoctivého jednání těžit.
13. Zadavatel rovněž poukazuje, že je třeba rozlišovat mezi technickými kvalifikačními požadavky, které zadavatel vyžaduje o své vůli, a náležitostmi určité odborné činnosti, které uchazeči jako profesionálové v oboru přirozeně znají a naplňují, přičemž k druhým jmenovaným patří (vedle předmětného oprávnění IBM) například i osvědčení o technické kontrole. Zadavatel byl po výběru nejvhodnější nabídky nucen před podpisem smlouvy řešit pochybnosti, zda je vybraný uchazeč v konečném důsledku vůbec způsobilý veřejnou zakázku plnit. K vyloučení těchto pochybností vyzval zadavatel vybraného uchazeče k doložení potřebného oprávnění IBM. Této výzvě však vybraný uchazeč nevyhověl, když vyšlo najevo, že příslušným oprávněním IBM nedisponoval ani jeho subdodavatel. Zadavatel tak až v pozdní fázi řízení zjistil, že nabídka vybraného uchazeče je nepřijatelná a v návaznosti na takto učiněný závěr smlouvu na plnění veřejné zakázky v souladu s § 82 odst. 4 zákona nepodepsal. Zadavatel v závěru prvního okruhu svých námitek s odkazem na zásady „3E“

konstatuje, že nabídky v zadávacím řízení by neměly být podávány dodavateli, kteří nemohou splnit jeho podmínky a že cílem jednání zadavatele v daném případě bylo zajištění řádného plnění veřejné zakázky, nikoliv navýšení prostředků na jeho zajištění.

14. V druhém okruhu rozkladových námitek zadavatel uvádí, že ke spáchání správního deliktu nedošlo, neboť zadavatel zákon předmětným postupem neporušil a kritizovaný postup ani nemohl ovlivnit výběr nejhodnější nabídky. Své stanovisko odůvodňuje zadavatel tím, že nabídka vybraného uchazeče měla být vyřazena podle § 22 odst. 1 písm. a) zákona jako nepřijatelná, neboť vybraný uchazeč nebyl způsobilý veřejnou zakázku realizovat a jeho nabídka obsahovala nepravdivá prohlášení. K nepřijatelné nabídce nemělo být přihlíženo a druhý uchazeč v pořadí tak skutečně podal nejhodnější nabídku.
15. Zadavatel dále konstatuje, že vybraný uchazeč nedoložil ani „Doklad o pojištění“, jako předvídanou přílohu č. 2 návrhu smlouvy na plnění veřejné zakázky, k čemuž byl v rámci součinnosti podle § 82 odst. 4 zákona povinen. Zadavatel dodává, že vybraný uchazeč byl povinen předložit uvedený doklad dobrovolně a spontánně, aniž by k tomu byl vyzván. K odepření uzavření smlouvy na veřejnou zakázku tak došlo v souladu se zákonem, neboť nedoložení příslušného dokladu o pojištění (bez výzvy zadavatele) představovalo další oprávněný důvod pro neuzavření smlouvy s vybraným uchazečem.
16. V návaznosti na předchozí námítky vytýká zadavatel ve třetím okruhu rozkladových námitek Úřadu, že v rozporu s dikcí § 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) nedostatečně zjistil skutkový stav věci, když v rámci správního řízení nevycházel ze všech podkladů poskytnutých zadavatelem, v nichž by mohl být předmět veřejné zakázky popsán. V návaznosti na to zadavatel znovu opakuje, že není a nemůže být povinen uvádět v zadávací dokumentaci všechny obecné předpisy, normy a obecné požadavky, které vyplývají z odborné povahy předmětu plnění a nikoliv z vůle či rozhodnutí zadavatele. Závěr Úřadu o tom, že je to zadavatel, kdo určuje, kdo bude kvalifikován pro plnění veřejné zakázky (bod 54. odůvodnění napadeného rozhodnutí), pak zadavatel považuje za rozporný s ústavně zakotvenou zásadou zákonnosti dle čl. 2 odst. 2 usnesení předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb., o vyhlášení LISTINY ZÁKLADNÍCH PRÁV A SVOBOD jako součásti ústavního pořádku České republiky, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**Listina**“), neboť „*v otázce poskytování služeb IBM On-site Repair (IOR) je to IBM, která rozhoduje o tom, kdo je k této službě ‚kvalifikován‘ ve smyslu naplnění odborných a licenčních požadavků.*“
17. Úřad dle názoru zadavatele prezentovaného ve čtvrtém okruhu rozkladových námitek nesplnil ani povinnosti v souvislosti s uložením pokuty, neboť konkrétní výše uložené pokuty nebyla v rozporu s § 121 odst. 2 zákona řádně odůvodněna, když Úřad ve vztahu k posouzení závažnosti a způsobu spáchání správního deliktu pouze zrekapituloval skutkový stav, bez současného vyhodnocení konkrétních dopadů skutkových okolností na výši uložené pokuty. Zadavatel má dále za to, že Úřad nepřihlédl ke všem okolnostem, které by mohly mít vliv na určení výše pokuty. V této souvislosti zadavatel poukazuje, že Úřad nedostatečně zohlednil skutečnost, že nabídka vybraného uchazeče „*nesplňovala požadavky na způsob plnění*“, čímž je relativizován vliv na výběr nejhodnější nabídky. Zadavatel má rovněž za to, že Úřad měl jako polehčující vyhodnotit též okolnost, že se jednalo o podlimitní veřejnou zakázku, zadávanou ve zjednodušeném podlimitním řízení, k čemuž odkazuje na rozhodovací praxi Úřadu v tom, že vyšší zájem veřejnosti na veřejné kontrole

je u veřejných zakázek s vyšší hodnotou. V důsledku uvedených námitek považuje zadavatel odůvodnění výše uložené pokuty za nepřezkoumatelné.

18. Závěrečnou pátou částí rozkladových námitek zadavatel namítá, že správní řízení v dané věci bylo zahájeno v rozporu se zákonem, neboť bylo dle názoru zadavatele zahájeno na základě podnětu vybraného uchazeče, který měl být podle svého obsahu posouzen jako návrh podle § 114 zákona a jako takový pro opožděnost odmítnut. Zadavatel dále poukazuje na to, že Úřad řízení zahájena na vadný (opožděný) návrh běžně zastavuje a skutečnost, že tak v tomto případě neučinil, považuje za zásah do zásady legitimního očekávání.

Závěr rozkladu

19. Zadavatel v návaznosti na podané námítky předsedovi Úřadu navrhuje, aby napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil, neboť zadávací řízení proběhlo v souladu se zákonem a zadavatel se správního deliktu nedopustil, popřípadě aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil z toho důvodu, že podnět v této věci měl být posouzen jako opožděný návrh podle § 114 zákona.

IV. Řízení o rozkladu

20. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu a v souladu § 88 odst. 1 správního řádu předal spis spolu se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

21. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy, jakož i správnost napadeného rozhodnutí, tu však toliko v rozsahu námitek uplatněných v rozkladu, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
22. Úřad rozhodl v obou výrocích napadeného rozhodnutí správně a v souladu s právními předpisy. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

23. K první námitce zadavatele, že požadavek na doložení oprávnění IBM vyplýval z obecných právních předpisů, předesílám, že odpovědnost za řádný průběh zadávacího řízení spočívá především na zadavateli. Zákon ukládá zadavateli povinnost vymezit v rámci zadávacích podmínek - v souladu se zásadami dle § 6 zákona - v zadávací dokumentaci veškeré údaje, požadavky a technické podmínky tak, aby ve svém souhrnu dostatečně definovaly předmět veřejné zakázky. V kvalifikační dokumentaci je pak zadavatel povinen stanovit veškeré účelné předpoklady osvědčující způsobilost uchazeče stát se dodavatelem na veřejnou zakázku. Takový přístup má ryze praktický význam pro hladký průběh zadávacího řízení, neboť jak konstatoval Krajský soud v Brně ve svém rozsudku č.j. 62 Af 50/2010 – 104 ze dne 6. 10. 2011, „zadavatel musí mít po podání nabídek najisto postaveno, zda nabídky vyhovují zadávacím podmínkám a jaké hodnoty mají být v rámci hodnocení nabídek

hodnoceny; zadavatel tedy musí mít spolehlivý podklad pro svůj jednoznačný závěr, zda nabídka může být úspěšně posouzena (§ 76) a jak má být hodnocena (§ 79)“.

24. Náležitosti zadávací dokumentace a technických podmínek na veřejnou zakázku upravuje § 44 a násl. zákona. Postup zadavatele jako veřejného zadavatele ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) zákona při stanovení kvalifikačních požadavků kladených na uchazeče o veřejnou zakázku, když právní postavení zadavatele nebylo v rámci správního řízení rozporováno, upravuje § 50 a násl. zákona. Dle § 50 odst. 1 zákona vyhoví požadovanému rozsahu kvalifikace takový dodavatel, který splní základní a profesní kvalifikační předpoklady podle § 53 a 54 zákona, předloží čestné prohlášení o své ekonomické a finanční způsobilosti ve vazbě na veřejnou zakázku a splní technické kvalifikační předpoklady podle § 56 zákona. V souladu s § 50 odst. 2 zákona je zadavatel povinen stanovit požadavky na prokázání splnění kvalifikace již v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení, když tyto požadavky mohou být dále specifikovány v kvalifikační nebo zadávací dokumentaci.
25. Zatímco prokázání splnění základních a profesních kvalifikačních předpokladů je zadavatel ve smyslu § 51 odst. 1 zákona povinen po uchazečích požadovat v konkrétním rozsahu, v případě technických kvalifikačních předpokladů záleží do určité míry na zvážení zadavatele, jaký rozsah technických předpokladů a dokladů odpovídajících příslušné veřejné zakázce bude po uchazečích v mezích § 56 zákona požadovat. V tomto smyslu je zadavatel především povinen stanovit rozsah požadovaných informací a dokladů již v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení, uvést způsob prokazování požadovaných předpokladů a vymezit takovou jejich minimální úroveň, která bude odpovídat druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění příslušné veřejné zakázky.
26. Řádné vymezení všech relevantních kvalifikačních předpokladů v zadávacích podmínkách pak představuje nezbytnou podmínku pro kompetentní posouzení kvalifikace uchazečů a jejich případnou selekci vyloučením z účasti v zadávacím řízení ve smyslu § 60 zákona. V případě zjednodušeného podlimitního řízení, o něž jde i v tomto projednávaném případě, postačuje ve smyslu § 62 odst. 3 zákona k prokázání kvalifikačních předpokladů předložení čestného prohlášení o jejich splnění, když originály či ověřené kopie příslušných dokladů předkládá jen vybraný uchazeč v rámci poskytování součinnosti k uzavření smlouvy dle § 82 odst. 4 zákona.
27. Nevyjasněnou a rozhodnou zůstává v projednávaném případě otázka, jakým způsobem byl a měl být v zadávacím řízení ukotven požadavek zadavatele na to, aby uchazeči o veřejnou zakázku disponovali shora označeným oprávněním IBM k poskytování servisu na místě u zákazníka. Zadavatel v této souvislosti tvrdí, že nebyl povinen formulovat požadavek na doložení oprávnění IBM jako samostatnou zadávací podmínku, neboť povinnost uchazečů vyplývá z čl. 4, 7 a 6. 1. návrhu smlouvy na veřejnou zakázku, z požadavku na poskytování technické podpory způsobem IOR u zákazníka dle přílohy č. 1 k této smlouvě a především z § 5 a 6 občanského zákoníku.
28. Zadavatel má za to, že Úřad jím zmíněná ustanovení přehlédl, a proto rozhodl nesprávně a nezákonně. K tomu konstatují, že se Úřad touto otázkou v rámci napadeného rozhodnutí (v bodech 54. – 57. odůvodnění) věcně zabýval, když zadávací podmínky na veřejnou zakázku přezkoumal, a došel k závěru, že z žádné z jejich částí požadavek na doložení oprávnění IBM nevyplývá, což bylo též potvrzeno zadavatelem ve vyjádření ze dne 18. 12. 2015 a ze dne

21. 1. 2016. Úřad v této souvislosti současně poznamenal, že je to zadavatel, kdo má o předmětu plnění veřejné zakázky nejkompexnější představu a je z toho titulu povinen stanovit čitelné a vyčerpávající zadávací podmínky, které umožní jednoznačné posouzení přijatelnosti nabídek, přičemž neučiní-li tak, jedná se o chybu zadavatele.

29. Po prostudování podkladů pro vydání rozhodnutí a posouzení námitky zadavatele jsem nucen souhlasit se závěrem Úřadu, že povinnost uchazeče doložit oprávnění IBM před podpisem smlouvy ze zadávacích podmínek neplyne. Zadavatel odkazuje toliko na ustanovení kalkulující s poskytováním služeb u zákazníka a odpovědností uchazeče za řádné plnění smlouvy. Tyto okolnosti však samy o sobě nepostačují k formulaci zadavatelem vzneseného požadavku na doložení předmětného oprávnění IBM před uzavřením smlouvy, který se stal následně „překážkou“ pro uzavření smlouvy zákonem předvídaným způsobem. Uvedený závěr se nijak nedotýká případné občanskoprávní odpovědnosti vybraného uchazeče za řádné plnění závazků.
30. V této souvislosti připomínám, že pravdivost tvrzení zadavatele o naprosté nepostradatelnosti oprávnění IBM pro plnění veřejné zakázky nebyla Úřadem v řízení prvního stupně jednoznačně potvrzena ani vyvrácena, když Úřad tuto otázku posuzoval, v návaznosti na předložené doklady, zejména vyjádření společnosti IBM ze dne 24. 6. 2015, pouze v rozsahu nezbytném pro vydání rozhodnutí. Řešení této otázky však nebylo (a není ani v této věci) vzhledem k okolnostem, kdy smlouva na plnění veřejné zakázky již byla uzavřena, pro rozhodnutí ve věci klíčové (k tomu odkazuji na body 57. – 61. odůvodnění napadeného rozhodnutí). Jsem však nucen poznamenat, že jednalo-li se dle zadavatele o oprávnění zcela nezbytné a nepochybné, měl být tím spíše zcela konkrétním a explicitním způsobem požadavek na jeho doložení zahrnut do zadávacích podmínek na veřejnou zakázku.
31. Správná formulace zadávacích podmínek tvoří účelnou a nepominutelnou součást postupu při zadávání veřejných zakázek, jejímž prostřednictvím je dosahováno co nejvyšší transparentnosti zadávacího řízení. Je tomu tak proto, že závazek zadavatele stanovit veškeré požadavky na potenciální dodavatele a jejich nabídky jednoznačně a v dostatečném předstihu umožňuje naplnění legitimních očekávání potenciálních uchazečů a přirozenou selekci nepřijatelných nabídek, které mohou být jako takové jednoznačně identifikovány a následně ze zadávacího řízení zákonným způsobem vyloučeny. Účelem zadávacího řízení obecně je především systém, který umožní průhledným a ověřitelným způsobem jednoznačně rozlišit vhodné a nevhodné uchazeče a přijatelné a nepřijatelné nabídky již ve fázi před výběrem nejvhodnější nabídky. Z povahy věci musí být bezpodmínečné nároky na jednotlivé uchazeče stanoveny předem a najisto, aby nedocházelo k podávání nevhodných nabídek nevhodnými uchazeči na straně jedné nebo aby nemohly být tyto požadavky měněny v rozporu s legitimním očekáváním uchazečů v průběhu zadávacího řízení na straně druhé.
32. K významu zadávacích podmínek pro jejich závazné posouzení a uzavření smlouvy na veřejnou zakázku odkazuji na rozsudek Krajského soudu č. j. 30 Af 111/2013 – 136 ze dne 14. 12. 2015, v němž soud konstatoval, *„že zadávací dokumentace je nejvýznamnějším dokumentem v rámci zadávacího řízení. Za jeho zpracování - v dostatečné kvalitě a s patřičnou odborností - je přitom plně odpovědný právě zadavatel a jeho odpovědnost nelze přenášet na vítězného uchazeče - žalobce. Vztah vítězného uchazeče a zadavatele*

je v před i po kontraktační fázi primárně vztahem soukromoprávním, od čehož nelze odhlížet. Ostatně celý zadávací proces (zadávání) je soukromoprávního charakteru; ve svém důsledku se jedná pouze o specifický, vysoce formalizovaný kontraktační proces, v němž mají strany rovné postavení. Nelze tedy na jednu ze stran přenášet odpovědnost odpovídající povinnosti druhé ze stran - zde: zadavatele, který odpovídá za řádné zadání.“

33. Pokud tedy zadavatel ve shodě se společností IBM tvrdí, že bez předmětného servisního oprávnění IBM není možné veřejnou zakázku v plném rozsahu realizovat, pak nemohu než souhlasit se závěrem Úřadu obsaženým v napadeném rozhodnutí (bod 55. odůvodnění), že si měl zadavatel tento požadavek vyhradit též v zadávacích podmínkách. Takovou možnost měl zadavatel například v rámci technických kvalifikačních předpokladů ve smyslu § 56 odst. 2 zákona, který předpokládá možnost vyhradit si doložení popisu technického vybavení a opatření používaných dodavatelem k zajištění jakosti, popřípadě osvědčení o odborné kvalifikaci (§ 56 odst. 2 písm. c) a d) zákona). Zadavatel však této možnosti nevyužil, když se v kvalifikační dokumentaci k veřejné zakázce omezil jen na prokázání technických předpokladů dle § 56 odst. 2 písm. a) zákona (seznam významných služeb za poslední tři roky). Případné nedostatky zadávacích podmínek pak nemohou jít k tíži uchazečů.
34. Smyslem stanovení a prokazování kvalifikačních požadavků v rámci zadávacího řízení se zabýval též Krajský soud v Brně, který ve svém rozsudku č. j. 62 Ca 9/2007 – 104 ze dne 11. 10. 2007 uvedl, že *„má-li soud vyjít ze samotného účelu stanovení technických kvalifikačních předpokladů, jak na něj upozorňuje i žalobce, pak ten směřuje k zajištění faktické realizace veřejné zakázky toliko takovými dodavateli, kteří k tomu prokazatelně mají dostatečnou technickou způsobilost. Tím je minimalizováno zadavatelovo riziko, že dojde ke zmaření primárního účelu zadávacího řízení, kterým je řádná a efektivní realizace plnění, jež je veřejnou zakázkou. Zadavatelem uplatněné požadavky na splnění technických kvalifikačních požadavků tedy mají zajistit, aby se o přidělení veřejné zakázky účinně ucházeli pouze ti dodavatelé, kteří jsou ve skutečnosti schopni po stránce technické a materiální tuto zakázku v případě jejich úspěchu v zadávacím řízení po přidělení veřejné zakázky též plnit“.*
35. K námitce zadavatele, že povinnost uchazečů disponovat při podávání nabídek všemi příslušnými oprávněními vyplývá z obecné povinnosti jednat s náležitou odbornou péčí ve smyslu § 5 občanského zákoníku, sděluji, že tato v projednávaném případě neobstojí, neboť nemůže vyloučit aplikaci právní úpravy kvalifikace dle zákona, která má jako *lex specialis* před obecnou úpravou občanského zákoníku přednost. Zadavatelem naznačenému přístupu k prokazování kvalifikace v zadávacím řízení tedy nelze přisvědčit již proto, že speciální úpravu dle zákona nejen obchází, ale doveden do důsledků by ji učinil zcela obsolentní. Důvodnost této námitky by de facto znamenala, že by zadavatel nemusel stanovit vůbec žádné kvalifikační požadavky, když by postačovalo čestné prohlášení uchazečů, jehož pravdivost a úplnost by zadavatel ověřoval náhodným výběrem z konkrétních, byť předem nespécifikovaných, předpokladů a oprávnění až před uzavřením smlouvy v rámci součinnosti dle § 82 odst. 4 zákona. Takový postup nejenže zákon nepředvídá, ale především by takovým přístupem došlo k podstatnému ohrožení transparentnosti zadávacího řízení na veřejné zakázky a zásahu do legitimních očekávání potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku.

36. Na tomto místě ve shodě s názorem Úřadu v napadeném rozhodnutí poukazují, že je to zadavatel, kdo zná (a v souladu se zásadou *odbornosti* je povinen znát) předmět veřejné zakázky nejlépe a v návaznosti na to je povinen stanovit potenciálním uchazečům o veřejnou zakázku jasné mantinely přípustných nabídek. V daném případě není právně významná ani zadavatelem zmiňovaná skutečnost, že vzhledem k druhu zadávacího řízení měl k dispozici od vybraného uchazeče pouze čestné prohlášení o splnění kvalifikace, neboť oprávnění IBM nebylo součástí kvalifikačních požadavků, které měly být prokazovány, a tedy i v případě, že by vybraný uchazeč doložil veškeré kvalifikační požadavky spolu s podáním nabídky, neměla by mít tato skutečnost na posouzení splnění kvalifikace dle zadavatelem nastavených parametrů vliv.
37. Přestože lze souhlasit se zadavatelem, že uchazeči jsou povinni jednat s náležitou odbornou péčí tak, aby mohlo dojít k řádnému plnění, dovoluji si zdůraznit, že případná občanskoprávní odpovědnost uchazeče vůči zadavateli, potažmo třetím osobám není dotčena, ale současně ani není předmětem tohoto řízení. Povinnost uchazečů o veřejnou zakázku jednat s *odbornou péčí* v žádném případě nezbavuje zadavatele odpovědnosti za řádné, jednoznačné a úplné vymezení kvalifikačních požadavků v zadávací dokumentaci, respektive povinnosti k uzavření smlouvy s uchazečem, jehož nabídka se na základě posouzení nabídek dle zákona umístila jako první v pořadí.
38. Zadavatel ve svém rozkladu (v odst. 21.) vylučuje přípustnost pozdějšího získání oprávnění IBM, neboť tuto okolnost nelze s jistotou předjímat, a pokud by si uchazeč obstarával toto oprávnění až před podpisem smlouvy, popřípadě až v průběhu realizace veřejné zakázky, bylo by takové jednání uchazečů v rozporu se zásadou poctivého obchodního styku. K tomu sděluji, že naznačenému postoji není možné přiznat univerzální platnost, neboť záleží především na charakteru daného oprávnění IBM, na jeho pořizovacích nákladech, odborné a administrativní náročnosti či dostupnosti potenciálních oprávněných subdodavatelů, nakolik bude možné či pravděpodobné obstarání příslušného oprávnění v dodatečném termínu apod. Nadto znovu opakuji, že pokud zadavatel považoval oprávnění IBM za natolik klíčové, že jej nebylo možno opatřit dodatečně, představuje tato okolnost jen další důvod k tomu, aby byl požadavek na příslušné oprávnění zřetelnou součástí zadávací dokumentace na veřejnou zakázku.
39. Pokud zadavatel argumentuje s odkazem na zásady „3E“ tím, že odstoupením od uzavření smlouvy na veřejnou zakázku s vybraným uchazečem se jen snažil zabránit tomu, aby byla předmětná smlouva uzavřena s uchazečem, který ji nebude schopen řádně splnit, pak konstatuji, že tato situace vznikla právě v důsledku pochybení na straně zadavatele při formulaci zadávacích podmínek, neboť naznačená situace je přesně tím případem, jemuž se snaží zákon předcházet. K tomu opětovně odkazuji na závěry rozsudku Krajského soudu č. j. 30 Af 111/2013 – 136 ze dne 14. 12. 2015 a v něm citovanou komentářovou literaturu, dle které *„[n]abídka, jež splňuje požadavky stanovené v zadávací dokumentaci, je vždy nabídkou přijatelnou, která nemůže být ze zadávacího řízení v rámci posouzení nabídek vyloučena, a to ani tehdy, zjistí-li zadavatel dodatečně, že zadávací dokumentace neodráží jeho skutečné požadavky. (Raus, D., Neruda, R.: Zákon o veřejných zakázkách, Komentář, Praha: Linde Praha, a.s., 2007, str. 339).“*
40. K prvnímu okruhu rozkladových námitek zadavatele jsem vzhledem k výše uvedenému nucen uzavřít, že povinnost uchazeče k prokázání servisního oprávnění IBM v rámci součinnosti

před uzavřením smlouvy dle § 82 odst. 4 zákona z žádné části zadávacích podmínek ani z obecných právních předpisů nevyplývá a že za dané situace nesvědčil zadavateli žádný zákonný důvod k tomu, aby smlouvu s vybraným uchazečem neuzavřel. Z výše uvedených důvodů mám výše uvedené námitky zadavatele za nedůvodné.

41. Zadavatel rozvádí druhou rozkladovou námitkou nepřijatelnost nabídky vybraného uchazeče, když konstatuje, že nepřijatelná nabídka neměla potenciál stát se nejvhodnější nabídkou a umístil-li se druhý uchazeč v pořadí hned za vybraným uchazečem, pak postup zadavatele neměl vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Zadavatel doplnil, že vybraný uchazeč nedoložil ani „Doklad o pojištění“, který měl tvořit povinnou přílohu č. 2 ke smlouvě na veřejnou zakázku. K druhé jmenované dílčí námitce sděluji, že její význam je ryze spekulativní, neboť doložení této přílohy vybraný uchazeč neodepřel a na uzavření smlouvy vzhledem k dodatečně vznesenému požadavku zadavatele na oprávnění IBM nedošlo. Za dané situace tedy nelze vyloučit, že by vybraný uchazeč požadovaný „Doklad o pojištění“ při uzavírání smlouvy předložil.
42. Ke kvalifikaci nabídky vybraného uchazeče jako nevhodné dle § 22 odst. 1 písm. a) zákona, tedy nesplňující požadavky zadavatele na předmět plnění veřejné zakázky, poukazují, že důvodem, pro který nabídka vybraného uchazeče v tomto režimu vyřazena nebyla a vyřazena být nemohla, je skutečnost, že požadavek zadavatele, který by nebyl naplněn, v zadávací dokumentaci nefiguroval, z toho titulu se tedy o nevhodnou nabídku nejednalo. Pokud zadávací podmínky umožnily, aby se jako první v pořadí umístila dle zadavatele de facto nezpůsobilá nabídka, pak se jedná o podstatnou vadu zadávacího řízení, na kterou je třeba nahlížet vždy jako na způsobilou ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky na veřejnou zakázku. K tomu doplňuji, že netransparentnost či neúplnost zadávací dokumentace může obecně již na samém počátku odrazovat potenciální uchazeče od účasti v zadávacím řízení. V návaznosti na výše uvedené konstatuji, že pochybení zadavatele v předmětném případě ovlivnilo nebo mohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a námitku zadavatele, že nebyly naplněny všechny znaky skutkové podstaty správního deliktu, opět nemohu shledat důvodnou.
43. K třetí rozkladové námitce a namítanému nedostatečnému zjištění skutkového stavu věci opakovaně poukazují, že k zákonným povinnostem zadavatele patří jasná a transparentní definice rozsahu veřejné zakázky a okruhu souvisejících kvalifikačních předpokladů. K naplnění této povinnosti není třeba, aby zadavatel uváděl výčet všech obecně závazných pravidel a předpisů a všechny obecné normy a obecné požadavky, jak se nyní zadavatel snaží ve svých námitkách opakovaně podsouvat, nýbrž postačí vyhovět zákonným požadavkům a označit takové konkrétní podmínky a požadavky, které jsou pro řádné plnění veřejné zakázky zásadní. Jak vyplývá z odůvodnění napadeného rozhodnutí, Úřad před formulací svého závěru posuzoval veškeré podklady, včetně zadávacích podmínek (bod 55. odůvodnění napadeného rozhodnutí) a stanoviska IBM k proveditelnosti veřejné zakázky bez příslušného oprávnění (body 59. – 60. odůvodnění napadeného rozhodnutí), když tyto podklady ve svém souhrnu seznal dostatečnými pro zjištění skutkového stavu bez důvodných pochybností v intencích § 3 správního řádu a s jejich dopadem na rozhodnutí ve věci se v odůvodnění uspokojivým způsobem vypořádal. Pro úplnost doplňuji, že ani působnost jiných právních předpisů a zadavatelem označeného § 5 a 6 občanského zákoníku Úřad „nepřehlédl“, avšak případné (domnělé či skutečné) protiprávní jednání vybraného uchazeče

není předmětem tohoto řízení. Ani případné pochybení vybraného uchazeče totiž nezbujuje zadavatele odpovědnosti za řádné plnění povinností dle zvláštní úpravy zákona.

44. Zadavatel dále namítl, že Úřad porušil zásadu zákonnosti ve smyslu čl. 2 odst. 2 Listiny, dle které je možné státní moc uplatňovat jen v případech, v mezích a způsobem stanovených zákonem, když konstatoval, že o tom, jací dodavatelé budou kvalifikováni k plnění veřejné zakázky, rozhoduje zadavatel. Zadavatel doplňuje, že o kvalifikaci rozhoduje společnost IBM. I tuto námitku jsem nucen shledat zcela lichou. Pokud byli dle přesvědčení zadavatele (vyjádřenému například v odstavci 21. rozkladu) oprávněni podat nabídku jen uchazeči, kteří již předmětným oprávněním IBM disponovali, jedná se jen o další argument svědčící o nezbytnosti zakotvení takového požadavku do zadávacích podmínek. Přestože zadavatel zpravidla nemůže ovlivnit, kdo na základě soukromoprávního jednání oprávnění IBM získá, rozhoduje a je povinen zajistit rozhodování o tom, jaké věcné a kvalifikační předpoklady musí uchazeč splňovat, aby jeho nabídka mohla být posouzena ve smyslu zákona jako přijatelná.
45. Čtvrtou rozkladovou námitkou zadavatel brojí proti nedostatkům odůvodnění výše uložené sankce. K tomu poukazuji, že uložením sankce se Úřad poměrně obsáhle zabýval v bodech 68. až 91. odůvodnění napadeného rozhodnutí. K námitce zadavatele jsem označenou část odůvodnění napadeného rozhodnutí přezkoumal a došel jsem k závěru, že Úřad postupoval zcela v souladu se zákonem. Úřad vyhověl dikci ustanovení § 121 odst. 2 zákona, když přihlédl ke všem skutečnostem, které je povinen při stanovení výše pokuty zohlednit, přičemž své závěry současně řádně odůvodnil. Před stanovením výše sankce provedl Úřad šetření přitěžujících i polehčujících okolností, k nimž v rámci rozhodování přihlížel a které řádně označil.
46. K příslušným dílčím námitkám zadavatele pak sděluji, že tyto nejsou důvodné. Pokud zadavatel nastavil takové zadávací podmínky, které etablovaly jako nejvhodnější nabídku vybraného uchazeče, která je dle zadavatele po obsahové stránce nevhodná, pak nelze přisvědčit námitce zadavatele, že jeho postup neměl vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Ztotožnit se nemohu ani s názorem zadavatele, že v napadeném rozhodnutí absentuje uvedení konkrétních dopadů deliktního jednání zadavatele na výši uložené sankce, neboť Úřad tyto souvislosti výslovně označuje a zohledňuje, že v důsledku jednání zadavatele byla uzavřena smlouva s druhým uchazečem v pořadí, přestože hodnotícím kritériem byla nejnižší nabídková cena a druhý uchazeč v pořadí nabídl cenu signifikantně vyšší než vybraný uchazeč. Úřad vzal v této souvislosti jako přitěžující okolnost též v úvahu, že delikt zadavatele výběr nejvhodnější nabídky skutečně ovlivnil, když i jen možnost ovlivnění by odpovědnost zadavatele zakládala (viz například rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 9 Afs 78/2012 ze dne 25. 7. 2013). Úřad dále poukázal, že nepřistoupil-li zadavatel k uzavření smlouvy v obavě o řádné plnění smlouvy na veřejnou zakázku, pak tato polehčující okolnost má na výši uložení sankce pouze limitovaný vliv, neboť zadavatel byl povinen stanovit veškeré zadávací podmínky relevantní pro uzavření smlouvy již při zahájení zadávacího řízení.
47. Pokud jde o případné další polehčující okolnosti, pak konstatuji, že podlimitní výše hodnoty veřejné zakázky je co do nižší předpokládané sankce dostatečně ošetřena již ustanovením § 120 odst. 2 písm. a) zákona, dle kterého se za zjištěný správní delikt uloží pokuta do 10 % ceny zakázky. Obecné konstatování zadavatele, že vyšší zájem společnosti na kontrole zákonnosti zadávacího řízení je dán u veřejných zakázek s vyšší předpokládanou hodnotou,

pak představuje správné, nicméně fakultativní hledisko, které se uplatní spíše ve zvláštních případech. Nelze také přehlédnout, že výsledná pokuta dle výroku II. napadeného rozhodnutí byla uložena v relativně nízké absolutní částce, když konkrétní výše uložené sankce musí být současně způsobilá dostatečně plnit funkce správního trestání.

48. Přiměřenost výše uložené pokuty pak byla posouzena též ve vztahu k ekonomické situaci zadavatele, ke smyslu ukládání sankcí, povaze deliktu a době, která od spáchání správního deliktu uplynula. V návaznosti na to byla zadavateli uložena pokuta při spodní hranici zákonné sazby vymezené v souladu s § 120 odst. 2 písm. a) zákona, když Úřad vyhodnotil, že takto stanovená sankce bude k dosažení funkcí správního trestání dostačující. K tomu doplňuji, že konkrétní výše uložené pokuty je v intencích zákonných mezí věcí správního uvážení Úřadu, když základním účelem ukládání pokuty je působit na pachatele správního deliktu takovým způsobem, aby se již v budoucnosti protiprávního jednání nedopouštěl. Sankce má tak působit výchovně a preventivně, má však i reparační charakter, neboť do určité míry napravuje následek porušení právní povinnosti.
49. K účelu ukládání pokuty odkazují též na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 14/2013 ze dne 23. 10. 2014, v němž soud konstatoval, že *„konkrétní forma postihu (pokuta) a jeho výše musí působit natolik silně, aby od podobného jednání odradila i jiné nositele obdobných povinností, jaké svědčí žalobci, zároveň musí být postih dostatečně znatelný v žalobcově materiální sféře, aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl ovšem pro žalobce likvidačním. V opačném případě by totiž postih delikventa smysl postrádal.“* Přestože nelze stanovit přesný matematický vzorec vedoucí k přesnému vyčíslení pokuty, po přezkoumání všech okolností jsem došel k závěru, že uložení sankce bylo v napadeném rozhodnutí přezkoumatelným způsobem řádně odůvodněno a výsledná sankce vyměřena v souladu se svým účelem a zásadami správního řízení v přiměřené výši. S ohledem na výše uvedené jsem neshledal důvody ke změně výše uložené sankce a též čtvrtou rozkladovou námitku zadavatele jsem nucen shledat nedůvodnou.
50. K poslední rozkladové námitce zadavatele, dle které měl být podnět vybraného uchazeče k zahájení správního řízení posouzen podle svého obsahu jako návrh ve smyslu § 114 zákona a jako takový odmítnut pro opožděnost, uvádím, že skutečnost, že se uchazeč účastní zadávacího řízení a v jeho rámci podá námitky proti úkonu zadavatele, jej ještě nezavazuje podat u Úřadu zákonem předvídaný návrh v téže věci a současně jej nezavazuje oprávnění podat zákonem definovaný podnět. V souladu s § 42 správního řádu je Úřad povinen přijímat podněty, na jejichž základě pak v důvodných případech zahájí řízení z moci úřední. Dle § 37 odst. 1 správního řádu posuzuje správní orgán podání podle jeho obsahu, bez ohledu na to, jak je označeno.
51. Před zahájením správního řízení obdržel Úřad podání vybraného uchazeče, jehož obsahem byla žádost o přezkoumání postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky, přičemž nevyhodnotil, že by se v případě podání označeného jako „podnět“ mohlo po obsahové stránce jednat o návrh ve smyslu zákona. Ani tato otázka však není v projednávané věci právně významná, neboť i pokud by Úřad uplatnil námitkou zadavatele navrhovaný postup a podání vybraného uchazeče posoudil jako vzhledem k okolnostem neúplný, opožděný nebo bezpředmětný návrh, nijak by tím nebylo omezeno oprávnění Úřadu zahájit řízení z moci úřední. K tomu doplňuji, že řízení ve věci možného spáchání správního deliktu dle zákona může Úřad zahájit nejen bez návrhu, ale též bez podnětu, dozví-li se relevantní

skutečnosti o porušení zákona. I poslední námitku zadavatele shledávám zcela nedůvodnou, neboť řízení v projednávané věci zahájil Úřad na základě vlastní úvahy a druh podání vybraného uchazeče nemá na právní postavení zadavatele vliv.

52. Závěrem tedy shrnuji, že se věcně ztotožňuji jak se závěry napadeného rozhodnutí, tak s úvahami, ze kterých Úřad při svém rozhodování vycházel, když jsem nucen shledat, že námitky zadavatele nejsou důvodné. Ve smyslu § 89 odst. 2 správního řádu jsem přezkoumal zákonnost napadeného rozhodnutí v obou jeho výrocích, jeho věcnou správnost v rozsahu vznesených námitek, jakož i zákonnost postupu Úřadu a konstatuji, že jsem napadené rozhodnutí shledal zákonným a věcně správným. Úřad ve správním řízení dostatečně zjistil skutkový stav věci tak, aby mohl posoudit, zda se v daném případě zadavatel dopustil porušení zákona. Současně Úřad všechny podklady pro vydání rozhodnutí řádně označil a uvedl závěry, které z těchto podkladů zjistil a které ho vedly k závěru, že se zadavatel dopustil správního deliktu, když současně přezkoumatelným způsobem odůvodnil výši uložené pokuty. Dále Úřad uvedl všechny právní normy, které v dané věci aplikoval a dostatečně odůvodnil jejich použití.

Posouzení z hlediska pozdější právní úpravy

53. Dne 1. 10. 2016 nabyl účinnosti zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“).
54. Podle čl. 40 odst. 6 Listiny se trestnost činu posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán. Pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější. Shodný princip je vyjádřen i v § 2 odst. 1 zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**trestní zákoník**“). Toto pravidlo zakládá výjimku z jinak obecného zákazu retroaktivity trestních norem, která se uplatní v případě, kdy je pozdější právní úprava pro pachatele příznivější. Tato výjimka se dle konstantní judikatury Nejvyššího správního soudu aplikuje rovněž v oblasti správního trestání.
55. V souvislosti s citovaným článkem Listiny uvádím, že konstantní soudní judikatura (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 6 A 126/2002-27 ze dne 27. 10. 2004) dospěla k závěru, že „[t]restání za správní delikty musí podléhat stejnému režimu jako trestání za trestné činy a v tomto smyslu je třeba vykládat všechny záruky, které se podle vnitrostátního práva poskytují obviněnému z trestného činu. Je totiž zřejmé, že rozhraničení mezi trestnými (a tedy soudem postižitelnými) delikty a delikty, které stíhají a trestají orgány exekutivy, je výrazem vůle suverénního zákonodárce; není odůvodněno přirozenoprávními principy, ale daleko spíše je výrazem trestní politiky státu (...) Pro české právo to pak znamená, že i ústavní záruka článku 40 odst. 6 Listiny o tom, že je nutno použít pozdějšího práva, je-li to pro pachatele výhodnější, platí jak v řízení soudním, tak v řízení správním (...) Přijetí tohoto principu pak znamená, že nelze trestat podle starého práva v době účinnosti práva nového, jestliže nová právní úprava konkrétní skutkovou podstatu nepřevzala; analogicky to platí i tehdy, jestliže nová právní úprava stanoví mírnější sankce za stejné jednání“. K totožnému závěru dospěl Nejvyšší správní soud též v rozsudku č. j. 8 Afs 17/2007-135 ze dne 31. 5. 2007 a dalších.
56. K posouzení příznivější právní úpravy ve vztahu ke konkrétním okolnostem případu poukazuji na § 36 odst. 3 ZZVZ, který výslovně stanoví, že „zadavatel nesmí přenášet odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek na dodavatele“. Podle § 36 odst. 7 ZZVZ smí být

zadávací podmínky po zahájení zadávacího řízení měněny pouze v případech výslovně stanovených ZZVZ. V souladu s § 103 odst. 1 písm. b) ZZVZ je zadavatel povinen požadovat údaje, dokumenty, vzorky nebo modely potřebné k posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení již v zadávací dokumentaci. Ve smyslu § 124 ZZVZ je zadavatel vázán stejně jako vybraný dodavatel k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku v souladu s nabídkou vybraného dodavatele.

57. Z uvedeného vyplývá, že i podle pozdější právní úpravy by se jednalo o správní delikt dle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ, kterým zadavatel nedodržel § 124 odst. 4 ZZVZ, když neuzavřel s vybraným uchazečem jako vybraným dodavatelem smlouvu na veřejnou zakázku v souladu s jeho nabídkou, která vyhověla všem stanoveným zadávacím podmínkám, přičemž tímto postupem mohl ovlivnit výběr dodavatele.
58. Co se výroku II. napadeného rozhodnutí, jakožto výroku o trestu týká, uvádím, že ZZVZ v § 268 odst. 2 stanoví vyšší pokuty za správní delikt podle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ ve stejné výši jako § 120 odst. 2 zákona. Pozdější právní úprava tak ani ve vztahu k výroku II. napadeného rozhodnutí není pro zadavatele příznivější.
59. Ve světle výše uvedeného konstatuji, že v šetřeném případě nelze aplikovat výjimku ze zákazu retroaktivity, neboť právní úprava dle ZZVZ není pro zadavatele právní úpravou příznivější, tudíž je třeba správní delikt posuzovat podle právní úpravy účinné v době jeho spáchání, tedy dle zákona. Šetřený správní delikt zadavatele tedy naplňuje obdobné znaky skutkové podstaty, přičemž výše sazby pokuty a kritéria závažnosti jsou totožná, jak dle ZZVZ, tak i podle zákona.

VI. Závěr

60. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
61. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody pro zrušení či změnu napadeného rozhodnutí, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s.r.o., Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4

Vypraveno dne:

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