



UOHSX0098779

## PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0303/2016/VZ-07274/2017/323/KKř

Brno 28. února 2017

V řízení o rozkladu ze dne 13. 12. 2016, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, jenž podali zadavatelé –

- **Ústav molekulární genetiky AV ČR, v.v.i.**, IČO 68378050, se sídlem Vídeňská 1083, 142 00 Praha, a
- **Univerzita Karlova v Praze**, IČO 00216208, se sídlem Ovocný trh 560/5, 110 00 Praha, kteří ve smyslu § 2 odst. 9 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů uzavřeli dne 26. 3. 2012 smlouvu o sdružení zadavatelů, ve správním řízení zastoupeni na základě plné moci ze dne 9. 12. 2016 advokátní kancelář Havel, Holásek & Partners s.r.o., advokátní kancelář, IČO 26454807, se sídlem Na Florenci 2116/15, Praha 1 – Nové Město,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 28. 11. 2016, č. j. ÚOHS-S0651/2016/VZ-47366/2016/542/ODv, vydanému ve správním řízení vedeném 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 specifikovaným sdružením jmenovaných zadavatelů při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Laboratorní nábytek a digestoře**“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 28. 8. 2014 a uveřejněno dne 29. 8. 2014 pod ev. č. 493005 ve znění oprav uveřejněných dne 24. 9. 2014, 14. 10. 2014 a 11. 11. 2014 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 2. 9. 2014 pod ev. č. 2014/S 167-297664,

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-S0651/2016/VZ-47366/2016/542/ODv ze dne 28. 11. 2016

**potvrzují**

a podaný rozklad

**zamítám.**

## **ODŮVODNĚNÍ**

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

1. Ústav molekulární genetiky AV ČR, v.v.i., IČO 68378050, se sídlem Vídeňská 1083, 142 00 Praha, a Univerzita Karlova v Praze, IČO 00216208, se sídlem Ovocný trh 560/5, 110 00 Praha, spolu ve smyslu § 2 odst. 9 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“)<sup>1</sup> uzavřeli dne 26. 3. 2012 smlouvu o sdružení zadavatelů (dále jen „zadavatelé“), a to za účelem zadání veřejné zakázky s názvem „Laboratorní nábytek a digestoře“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 28. 8. 2014 a uveřejněno dne 29. 8. 2014 pod ev. č. 493005 ve znění oprav uveřejněných dne 24. 9. 2014, 14. 10. 2014 a 11. 11. 2014 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 2. 9. 2014 pod ev. č. 2014/S 167-297664 (dále jen „veřejná zakázka“). Předmětem veřejné zakázky, jejíž konečná cena (za provedení díla) činila 108.323.072 Kč včetně DPH, byla dodávka, montáž a uvedení do provozu laboratorního nábytku včetně vestavěné sanity a digestoří pro stavbu BIOCEV – budova SO 001 a SO 002 ve Vestci u Prahy a zaškolení obsluhy, vše podle zadavateli specifikovaných technických a obchodních podmínek.
2. Ze zadávací dokumentace vyplývá, že zadavatelé v bodu 6.5.1. kvalifikační dokumentace mimo jiné uvedli, že k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů je nutno předložit seznam významných dodávek, jehož přílohou mají být příslušná osvědčení o realizaci v seznamu uvedených zakázek, přičemž za poskytnutí významné dodávky zadavatelé podle odrážky A) jmenovaného ustanovení dokumentace považovali ukončené plnění spočívající v dodávce a montáži laboratorního nábytku v minimální hodnotě 70.000.000 Kč bez DPH. Z protokolu o posouzení kvalifikace ze dne 9. 4. 2015 je zřejmé, že zadavatelé měli za prokázané splnění kvalifikace v požadovaném rozsahu i u uchazeče

---

<sup>1</sup> Pokud je v 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.

ENVINET a.s. (dle aktuálního výpisu z obchodního rejstříku nově obchodní firma NUVIA a.s.), IČO 25506331, se sídlem Modřínová 1094, 674 01 Třebíč, který dle následného rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 17. 4. 2015 předložil nabídku nejvhodnější (dále jen „**vybraný uchazeč**“), pročež s ním dne 2. 6. 2015 uzavřeli zadavatelé smlouvu o dílo na plnění předmětu veřejné zakázky.

3. Součástí nabídky vybraného uchazeče byla rovněž smlouva o spolupráci ze dne 19. 11. 2014, již vybraný uchazeč uzavřel se společností FLORES VALLES S.A., se sídlem Isla de Jamaica 10, 280 34 Madrid, Španělsko, zapsaná v obchodní rejstříku pod. č. A 28145191 (dále jen „**subdodavatel**“ a „**subdodavatelská smlouva**“) a její oficiální překlad ověřený tlumočnickou doložkou. Prostřednictvím subdodavatele vybraný uchazeč v souladu s § 51 odst. 4 zákona prokazoval splnění technického kvalifikačního předpokladu spočívajícího v předložení seznamu významných dodávek.
4. Ve vztahu ke správnímu řízení vedenému Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) je třeba citovat zejména bod 2.1 překladu subdodavatelské smlouvy, podle nějž *„[s]ubdodavatel poskytne uchazeči v rámci veřejné soutěže seznam referencí pro dodržování technické způsobilosti zadávání veřejných zakázek v souladu se zadávací dokumentací veřejné nabídky, ve znění pozdějších předpisů, v následujícím rozsahu“*. Dále bod 2.2 a bod 2.3, kde se hovoří, že *„[s]eznam referencí bude obsahovat potvrzení o realizaci alespoň jedné zakázky za poslední 3 (tři) roky, jejímž předmětem byla Dodávka a instalace laboratorního nábytku a digestoří na Fakultě chemie – Gdaňské univerzity v Polsku.“*, a že *„[s]ubdodavatel se zavazuje uzavřít smlouvu s uchazečem, jejímž cílem bude dodávka část veřejné zakázky“*. V bodu 2.4 překladu subdodavatelské smlouvy je zároveň uvedeno, že *„[p]odmínky smlouvy (která bude podepsána mezi uchazečem a subdodavatelem za předpokladu, že uchazeč výše uvedenou veřejnou zakázku vyhraje) nejsou v této smlouvě o spolupráci specifikovány. Rozsah dodávek bude upřesněn ve smlouvě, kterou uchazeč a subdodavatel podepíší později“*.
5. Vzhledem k uvedeným, resp. zjištěným skutečnostem získal Úřad, jakožto orgán příslušný podle ustanovení § 112 zákona k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, pochybnost o tom, zda zadavatelé neporušili svým postupem zákon, a proto zahájil dne 11. 10. 2016 správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona zadavateli při zadávání veřejné zakázky.

## II. Napadené rozhodnutí

6. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad rozhodnutí ze dne 28. 11. 2016, č. j. ÚOHS-S0651/2016/VZ-47366/2016/542/ODv (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým ve výroku I. konstatoval, že se zadavatelé dopustili spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, a to tím, že tito při zadávání veřejné zakázky porušili § 60 odst. 1 ve spojení s § 51 odst. 4 zákona, neboť posoudili kvalifikaci vybraného uchazeče jako splněnou, přestože ze subdodavatelské smlouvy, kterou vybraný uchazeč prokazoval splnění technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 1 písm. d) zákona, nevyplýval závazek subdodavatele k poskytnutí konkrétního plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem, tj. vybraným uchazečem či k poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude vybraný uchazeč oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace podle § 50 odst. 1 písm. d) zákona, když v této

subdodavatelské smlouvě nebyl specifikován rozsah závazku subdodavatele k poskytnutí konkrétního plnění, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatelé uzavřeli s vybraným uchazečem dne 2. 6. 2015 smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky. Výrokem II. a III. napadeného rozhodnutí byly zadavatelům za spáchání popsaného správního deliktu uloženy pokuty, a to tak, že Ústavu molekulární genetiky AV ČR, v.v.i. uložil Úřad pokutu ve výši 70.000 Kč a Univerzitu Karlovu v Praze pokutu ve výši 50.000 Kč.

7. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad po posouzení právního postavení zadavatelů nejdříve v obecné rovině, a při zohlednění přílehlavé judikatury správních soudů, konstatoval, že dodavatel je v případě prokazování chybějící kvalifikace prostřednictvím subdodavatele vždy povinen zadavateli předložit takovou smlouvu se subdodavatelem, ze které bude (vedle obecných náležitostí) zřejmé, k jakému plnění a v jakém rozsahu se subdodavatel zavazuje, neboť jenom tak lze vyhovět dikci ustanovení § 51 odst. 4 zákona. Z předložené subdodavatelské smlouvy, zejména pak z jejích bodů 2.1 až 2.4, však dle Úřadu takový závazek neplyne, a to když se v ní hovoří pouze o tom, že subdodavatel má povinnost poskytnout vybranému uchazeči dokumenty nezbytné pro prokázání splnění kvalifikace dle zadávací dokumentace a dále s vybraným uchazečem uzavřít smlouvu, jejímž cílem bude dodávka části veřejné zakázky. Předmětná část veřejné zakázky nicméně v rámci subdodavatelské smlouvy není žádným způsobem konkretizována, stejně jako podmínky případné smlouvy o dodávce dané části veřejné zakázky. Protože tedy není povaha a rozsah dodávek stanoven dostatečně jasně, konkrétně a určitě, nelze hovořit o naplnění § 51 odst. 4 zákona.
8. Úřad v daném případě též dovodil, že pochybení zadavatelů mohlo mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky, čímž byla de facto naplněna i materiální stránka správního deliktu. V rámci odůvodnění napadeného rozhodnutí se Úřad vyjádřil též k jednotlivým namítaným skutečnostem, přičemž mimo jiné dodal, že v době rozhodné pro průběh zadávacího řízení (oproti tvrzení zadavatelů) již existovala judikatura správních soudů dostatečně jasně vykládající podmínky aplikace § 51 odst. 4 zákona.
9. Uložené pokuty Úřad odůvodnil tak, že při stanovení výše sankcí za spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona zadavateli vzal v úvahu závažnost správního deliktu, zejména způsob jeho spáchání a jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchán. Z hlediska závažnosti správního deliktu Úřad přihlédl zejména k tomu, že postupem zadavatelů došlo k ovlivnění hospodářské soutěže ve vztahu k ostatním účastníkům zadávacího řízení na veřejnou zakázku, nikoliv však k ovlivnění hospodářské soutěže obecně. Přestože však zadavatelé nepostupovali zcela mimo režim zákona a nejedná se tedy o nejzávažnější možné pochybení zadavatelů, posoudil Úřad deliktní jednání zadavatelů jako závažnější. Následkem jednání zadavatelů bylo dle závěru Úřadu de facto narušení soutěže a uzavření smlouvy s uchazečem, který neprokázal splnění kvalifikace. Stran polehčujících okolností Úřad zohlednil skutečnost, že vybraný uchazeč následně po uzavření smlouvy o dílo závazek (určitou část předmětu plnění veřejné zakázky) konkretizoval ve smlouvě uzavřené se subdodavatelem dne 29. 7. 2015. Žádné další společné přitěžující ani polehčující okolnosti v souvislosti se spácháním správního deliktu nebyly Úřadem shledány, nicméně Úřad ve prospěch Univerzity Karlovy v Praze zohlednil způsob jednání zadavatelů v rámci zadávacího řízení. Dle bodů 95. až 99. odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad při výměře

pokut vzal v potaz i jednotlivým zadavatelům dříve uložené pokuty v jiných správních řízeních vedených u Úřadu. Při stanovení výše pokut Úřad přihlédl, vedle obsahu obou obecných funkcí právní odpovědnosti (tj. represivní a preventivní), také k ekonomické situaci zadavatelů, když uložené pokuty ve výši 70.000 Kč a 50.000 Kč nejsou, s ohledem na fakt, že zadavatelé hospodaří s příjmy v řádu minimálně stamilionů, ohrožující ekonomickou situaci zadavatelů.

### III. Námitky rozkladu

10. Dne 13. 12. 2016 obdržel Úřad rozklad zadavatelů z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavatelům doručeno dne 28. 11. 2016. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
11. Rozkladem zadavatelé brojí proti všem výrokům napadeného rozhodnutí, neboť zásadně nesouhlasí se závěry Úřadu formulovanými v napadeném rozhodnutí, které zároveň považují za nezákonné a vydané ve správním řízení vykazujícím vady. Podle názoru zadavatelů Úřad věc nesprávně právně posoudil, když své úvahy postavil na čistě formalistickém výkladu § 51 odst. 4 písm. b) zákona, aniž by zohlednil konkrétní okolnosti přezkoumávaného případu a materiální stránku prokazování kvalifikace. Přitom zohlednění materiální (čili obsahové) stránky předložených dokladů dovozuje jak judikatura, tak rozhodovací praxe Úřadu. I přes tento fakt však Úřad nepřihlédl komplexně ke všem dokladům předloženým vybraným uchazečem ani k dalším konkrétním okolnostem daného případu, a to když vycházel pouze ze subdodavatelské smlouvy (zejména z překladu bodu 2.3 subdodavatelské smlouvy).
12. Zadavatelé jsou přesvědčeni, že ze subdodavatelské smlouvy předložené vybraným uchazečem závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky vyplýval, a to právě ve vztahu k té části kvalifikace požadované zadavatelem, kterou vybraný uchazeč ve veřejné zakázce prokazoval prostřednictvím svého subdodavatele. Nadto Úřad při posouzení splnění kvalifikace vybraného uchazeče nepřihlédl ke znění přílohy č. 4 návrhu smlouvy předložené v nabídce vybraného uchazeče, která závazek subdodavatele upřesňovala, když v ní bylo uvedeno, že předmětem dodávky subdodavatele budou laboratorní a mycí stoly.
13. Úřad dle zadavatelů nepřihlédl ani k obecným pravidlům výkladu projevu vůle dle zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**občanský zákoník**“), zejména k § 556 odst. 2 občanského zákoníku, podle něž se při výkladu projevu vůle přihlédnou k zavedené praxi mezi stranami v právním styku, k tomu, co právnímu jednání předcházelo, i k tomu, jak strany daly následně najevo, jaký obsah a význam právnímu jednání přiřkládají. K tomu zadavatelé citují další ustanovení občanského zákoníku, která mají podpořit jejich soukromoprávní výklad projevu vůle smluvních stran. V této souvislosti zadavatelé upozorňují i na to, že nemohou obstát závěry Úřadu týkající se (ne)určitosti závazku stran smlouvy v originálním anglickém znění subdodavatelské smlouvy (s ohledem na určitý člen „the“). Tento argument zadavatelé uzavírají tak, že vybraný uchazeč a jeho subdodavatel (stejně jako zadavatel) neměli pochybnosti o obsahu závazku subdodavatele, proto není na místě, aby Úřad obsah předmětného závazku jakkoliv zpochybňoval či vykládal jinak, když k tomu nemá ani pravomoc.

14. Zadavatelé v rozkladu dále namítají, že Úřad nepřihlédl ani ke skutečnosti, že po uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky uzavřel vybraný uchazeč se svým subdodavatelem kupní smlouvu, na jejímž základě došlo k řádnému plnění ze strany subdodavatele, a dále ani k faktickému průběhu a (úspěšné) realizaci veřejné zakázky. Úřad zároveň podle názoru zadavatelů nezohlednil též relevantní rozhodovací praxi, existující v době zadávání veřejné zakázky, která ve vztahu k posouzení otázky určitosti subdodavatelského závazku nebyla jednoznačná a striktní. Naopak Úřad přistoupil k naprosto extenzivní interpretaci zákona, která je v rozporu s jeho smyslem a účelem a vyvolává pochybnosti o jeho legalitě a proporcionalitě, čímž zasahuje do práva zadavatelů na spravedlivý proces.
15. Pokud by dle zadavatelů Úřad přistoupil k posouzení splnění kvalifikace vybraného uchazeče komplexně, musel by nutně dospět k závěru, že zadavatelé měli při posouzení splnění kvalifikace vybraného uchazeče k dispozici veškeré potřebné informace pro vyslovení závěru o jejím splnění a že by jakákoliv výzva k vysvětlení dokladů a informací o kvalifikaci byla nadbytečná, neefektivní a nehospodárná.
16. Ve vztahu k argumentaci Úřadu formulované v bodech 63. a 64. odůvodnění napadeného rozhodnutí zadavatelé uvádějí, že uchazeče MERCI, s.r.o., IČO 46966447, se sídlem Hviezdoslavova 1192/55b, 627 00 Brno (dále jen „**uchazeč MERCI, s.r.o.**“), vyzývali k objasnění téměř totožného dokladu o kvalifikaci z toho důvodu, že oproti nabídce vybraného uchazeče z žádného jiného dokladu předloženého uchazečem MERCI, s.r.o. nevyplýval konkrétní rozsah podílu subdodavatele na realizaci veřejné zakázky. K tomu dodávají, že i s ohledem na výsledek objasnění kvalifikace uchazeče MERCI, s.r.o. neměl zadavatel důvod ověřovat tutéž skutečnost ještě ve vztahu k vybranému uchazeči, když nadto u nich nevznikly ani pochybnosti o splnění kvalifikace vybraného uchazeče, a to právě s ohledem na text přílohy č. 4 k návrhu smlouvy.
17. V rozkladu zadavatelé také poukazují na skutečnost, že je věcí vybraného uchazeče, jak zajistí činnosti a podmínky realizace veřejné zakázky z části prostřednictvím subdodavatele, neboť vůči zadavatelům nese odpovědnost za řádné a včasné plnění veřejné zakázky toliko vybraný uchazeč, nikoliv jeho subdodavatel.
18. Dále v rozkladu zadavatelé namítají i „zásadu“ summum ius, summa iniuria, kterou je apelováno na svědomí rozhodovacího orgánu tvrzením, že dokonalé dodržování práva je za určitých okolností dokonalým bezprávím.
19. Zadavatelé namítají též údajné nesprávné a neúplné zjištění skutkového stavu věci, a to když Úřad nepřihlédl ke všem předloženým důkazům, ani se s nimi nevypořádal a na některé z nich zcela rezignoval, ačkoliv se jednalo o důkazy ve prospěch zadavatelů, přičemž v napadeném rozhodnutí vůbec nezdůvodnil, proč tak učinil. V takovém postupu Úřadu spatřují zadavatelé zásadní porušení zákona, zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a v neposlední řadě základních zásad správního trestání. Konkrétní obrysy tato námitka získává s odkazem zadavatelů na „**Expertní právní posudek**“ k veřejným zakázkám a vytýkaným pochybením ze strany poskytovatele dotace“ ze dne 24. 7. 2016, zpracovaný doc. JUDr. Ing. Radkem Jurčíkem, Ph.D. (dále jen „**expertní posudek**“), v němž bylo konstatováno, že zadavatelé při zadávání veřejné zakázky, potažmo při posouzení kvalifikace vybraného uchazeče, nepochybili. Byť byl expertní posudek navržen ve správním řízení jako důkaz, Úřad jej zcela pominul a nijak se s ním nevypořádal, a to ani

z hlediska důvodů, proč jej eventuálně nevzal v úvahu. Uvedené pak dle zadavatelů nasvědčuje tomu, že se Úřad nevypořádal se všemi argumenty a důkazy předloženými zadavateli v rámci správního řízení, což je samo o sobě zásadní procesní vadou, která způsobuje nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí a porušení § 68 odst. 3 správního řádu, jakož i § 3 správního řádu. Opomenutí Úřadu přitom dle zadavatelů nelze zhojit odkazem na § 50 odst. 4 správního řádu, neboť přestože má správní orgán hodnotit předložené důkazy volně, dle svého uvážení, neznamená to, že je může „hodnotit“ svévolně a nezmiňovat se o nich v odůvodnění rozhodnutí.

20. V tomto kontextu zadavatelé namítají i porušení základních zásad správního trestání, neboť jak zadavatelé s odkazem na relevantní judikaturu uvádí, Úřad (jakožto správní orgán) je v řízení zahajovaném ex offio povinen zabývat se důkazními návrhy účastníka řízení a rozhodovat o nich, pokud takové návrhy vznáší, a to jak těch, které jdou ve prospěch takového účastníka řízení, tak těch, jež jdou v jeho neprospěch. I z tohoto důvodu proto zadavatelé označují napadené rozhodnutí za nezákonné a nepřezkoumatelné.
21. Další okruh rozkladové argumentace se stáčí k otázce (ne)naplnění znaků skutkové podstaty správního deliktu. Podle názoru zadavatelů Úřad konstatoval naplnění skutkové podstaty správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, aniž by měl najisto postaveno, zda byly skutečně naplněny všechny znaky skutkové podstaty správního deliktu. Vedle toho, že jsou zadavatelé přesvědčeni, že neporušili zákon, konstatují rovněž, že Úřad zcela rezignoval na posouzení otázky vlivu jednání zadavatelů na výběr nejvhodnější nabídky, včetně posouzení intenzity tohoto vlivu, a to přestože dle přílehlavé judikatury i vlastní rozhodovací praxe Úřadu (citované v rozkladu) má Úřad povinnost vypořádat se ve svých rozhodnutích s naplněním podmínky podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky.
22. K tvrzené absenci formálních znaků skutkové podstaty zadavatelé uvádí, že závěry Úřadu o (údajně) nezákonném postupu zadavatelů, který mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, jsou nedostatečné a právně nepodložené, neboť stojí na pouhém předpokladu Úřadu, že pokud by zadavatelé vyzvali vybraného uchazeče k objasnění kvalifikace a doplnění subdodavatelské smlouvy, vybraný uchazeč by možná žádosti nevyhověl, což by teoreticky mohlo vést k vyloučení vybraného uchazeče, avšak nezohledňují možnost účinné „obrany“ vybraného uchazeče. Podle zadavatelů je tato hypotéza Úřadu ve vztahu k řešené věci nerealistická, jelikož by v reakci na potenciální výzvu zadavatelů k vysvětlení dokladů o kvalifikaci postačilo toliko doplnit subdodavatelskou smlouvu o závazek subdodavatele specifikovaný v příloze č. 4 návrhu smlouvy. Za této situace by bylo absurdní předpokládat, že by vybraný uchazeč na takovou výzvu k vysvětlení dokladů o kvalifikaci nereagoval, pročez tedy nelze přisvědčit formulovanému předpokladu Úřadu (blíže viz bod 68. odůvodnění napadeného rozhodnutí). S ohledem na uvedené jsou zadavatelé přesvědčeni, že v daném případě jejich postup při posuzování splnění kvalifikace vybraného uchazeče nemohl mít jakýkoliv podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Toto své tvrzení zadavatelé podporují i jiným rozhodnutím předsedy Úřadu, podle nějž je nutno zkoumat skutkové okolnosti každého jednotlivého případu z hlediska jejich specifčnosti, a nikoliv spornou otázku přejít obecným konstatováním, že zadavatel mohl svým postupem snížit počet v úvahu připadajících dodavatelů. K tomuto okruhu rozkladových námitek zadavatelé uzavírají, že Úřad v daném případě neprokázal naplnění jednoho z formálních znaků skutkové podstaty údajně spáchaného správního deliktu.

23. Zadavatelé namítají též absenci materiálních znaků skutkové podstaty správního deliktu ve smyslu § 120 odst. 1 písm. a) zákona. K tomu uvádějí, že ačkoliv zákon stricto sensu neupravuje materiální stránku deliktu, z judikatury, potažmo i rozhodovací praxe Úřadu, vyplývá, že kromě formálních znaků deliktního jednání musí být naplněna i materiální stránka deliktu, tedy že závadné jednání musí zároveň vykazovat určitou míru společenské nebezpečnosti či škodlivosti ve vztahu k porušené povinnosti. V právě posuzovaném případě však byla dle zadavatelů společenská škodlivost nulová, což plyne mimo jiné i z toho, že vybraný uchazeč veřejnou zakázku fakticky (a řádně) realizoval, k čemuž ovšem Úřad nepřihlédl, a to když nedostatečně prokázanou kvalifikaci konstatoval pouze na základě striktně formálního a separátního posouzení obsahu subdodavatelské smlouvy.
24. Rozkladem zadavatelé brojí i proti závěru Úřadu o závažnosti jejich deliktního jednání, neboť v napadeném rozhodnutí údajně není na žádném místě uvedeno, na základě jakých objektivních kritérií Úřad označil vytýkané pochybení zadavatelů za závažné. Při absenci takovýchto úvah však nelze závěry Úřadu přezkoumat, přestože tyto mají význam pro případnou korekci poskytnuté dotace.

#### **Závěr rozkladu**

25. S ohledem na námítky uvedené v rozkladu zadavatelé navrhují, aby předseda Úřadu zrušil napadené rozhodnutí pro jeho nezákonnost a správní řízení ve věci zastavil, neboť nedošlo k naplnění všech znaků správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, eventuálně aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil prvnímu stupni k novému projednání.

#### **IV. Řízení o rozkladu**

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

#### **Stanovisko předsedy Úřadu**

27. 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 napadeného rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu zadavatelů a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
28. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je uvedeno ve výrocích I. až III. napadeného rozhodnutí, rozhodl správně a v souladu se zákonem.
29. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení, případně změně napadeného rozhodnutí.

#### **V. K námítkám rozkladu**

30. Zadavatelé v rozkladu předně uvádí, že Úřad věc nesprávně právně posoudil, když své úvahy postavil na čistě formalistickém výkladu § 51 odst. 4 písm. b) zákona, aniž by zohlednil konkrétní okolnosti přezkoumávaného případu a materiální stránku prokazování kvalifikace.



K této námitce mohu nejdříve v obecné rovině (jakožto základ pro další úvahy) uvést, že zákon v § 51 odst. 4 výslovně umožňuje prokázat chybějící část kvalifikace prostřednictvím subdodavatele s výjimkou základních kvalifikačních předpokladů dle § 53 zákona a výpisu z obchodního rejstříku či jiné obdobné evidence. Tato možnost je v souladu s evropskými zadávacími směrnici a vyplývá rovněž z judikatury Soudního dvora Evropské unie (dříve Evropského soudního dvora). Předmětné ustanovení dále stanoví podmínku předložit smlouvu, která bude obsahovat závazek v tom směru, že subdodavatel se zaváže poskytovat dodavateli předmětné plnění či mu poskytne určité věci nebo práva k plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém prokázal splnění kvalifikace. Co se týče podmínky závazku subdodavatele *„je primárně třeba, aby subdodavatelská smlouva vůbec obsahovala nějakou jasně vymezenou kvalifikační dovednost (schopnost, licenci, zkušenost) a reálný platný závazek k jejímu plnění“*, jak je konstatováno v rozsudku Nejvyššího správního soudu sp. zn. 3 As 204/2015 ze dne 14. 5. 2015. Subdodavatelská smlouva musí vždy naplňovat alespoň obecné požadavky na platnost právních jednání a zároveň musí být dostatečně určitá a srozumitelná. Mimo těchto minimálních požadavků je třeba dále trvat i na tom, aby formulace subdodavatelské smlouvy byla natolik konkrétní, že z ní bude zcela a jednoznačně zřejmé, (pominu-li nyní specifikaci dalších možných závazků) jaký konkrétní rozsah bude mít plnění subdodavatele při realizaci veřejné zakázky. Tento požadavek plyne ze skutečnosti, že subdodavatelská smlouva tvoří právní platformu pro doplnění kvalifikace dodavatele v chybějícím rozsahu subdodavatelem a vyjasnění konkrétní participace subdodavatele na plnění předmětu veřejné zakázky.

31. Vycházím-li tedy z předpokladu, že *„je zapotřebí spolehlivě doložit, v jakých ohledech, v jakých částech plnění veřejné zakázky, jakým konkrétním způsobem a do jaké konkrétní míry bude uchazeč reálně disponovat faktickou participací svého subdodavatele, jež pak bude souviset s jeho odbornými (technickými) nebo ekonomickými schopnostmi v rámci plnění veřejné zakázky (...)“* – viz rozhodnutí Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 57/2013-90 ze dne 6. 10. 2014, pak nesplnění této (zákonně a správními soudy konkretizované) povinnosti smluvních stran subdodavatelské smlouvy má presumovat další postup zadavatele tak, jak jej explicitně a zároveň kogentně upravuje zákon. To tedy znamená, že nelze-li závazek subdodavatele považovat za dostatečně specifikovaný, aby vyhověl dikci § 51 odst. 4 zákona, a zároveň zadavatel nepřistoupí k vyžádání si doplňujících informací a dokladů podle § 59 odst. 4 zákona, popřípadě k předložení či objasnění skutečností ze strany dodavatele nedojde, pak je nutné ve smyslu § 60 odst. 1 zákona přistoupit k vyloučení takového dodavatele ze zadávacího řízení. Stěžejní však vždy v každém konkrétním případě je vlastní posouzení toho, zda závazkové vztahy mezi dodavatelem a jeho subdodavatelem ze subdodavatelské smlouvy skutečně dostatečně jasně a konkrétně nevyplývají.
32. V daném případě je sporu zejména o tom, jestli ze subdodavatelské smlouvy předložené vybraným uchazečem závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky vyplývá či nikoliv. K tomu je třeba uvést, že z textace subdodavatelské smlouvy je seznatelné, že se subdodavatel zavázal především poskytnout vybranému uchazeči dokumenty nezbytné pro prokázání splnění kvalifikace dle zadávací dokumentace, přičemž se zároveň zavázal s vybraným uchazečem uzavřít smlouvu, jejímž cílem bude dodávka části veřejné zakázky. Předmětná část veřejné zakázky však v rámci subdodavatelské smlouvy není žádným způsobem konkretizována, stejně jako podmínky případné smlouvy o dodávce dané části veřejné zakázky, a to když si smluvní strany subdodavatelské smlouvy ujednaly,

že rozsah dodávek včetně dalších podmínek bude (prostřednictvím „jiné“ smlouvy) upřesněn až za předpokladu úspěchu vybraného uchazeče v zadávacím řízení (viz článek 2.4 subdodavatelské smlouvy). Jinými slovy řečeno, z prostého výkladu textu subdodavatelské smlouvy je nanejvýš zřejmé, že závazek subdodavatele k poskytnutí plnění, resp. dodávek v rámci realizace předmětu veřejné zakázky není upraven vůbec (tedy evidentně nenaplnuje kritérium „alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace dle § 50 odst. 1 písm. d) zákona“), neboť tento závazek spolu s dalšími vzájemnými povinnostmi vybraného uchazeče a subdodavatele má být ošetřen až v rámci jiné smlouvy uzavřené na základě úspěchu vybraného uchazeče v zadávacím řízení. Vzhledem k uvedenému se tedy mohu ztotožnit s Úřadem v jeho dílčím závěru, že ze znění subdodavatelské smlouvy nelze vyvodit, jaký konkrétní rozsah mělo mít plnění subdodavatele při realizaci veřejné zakázky, kvůli čemuž nelze považovat závazek subdodavatele za dostatečně specifikovaný ve smyslu § 51 odst. 4 zákona, protože nemohlo být na straně zadavatelů objektivně usuzováno na splnění technických kvalifikačních předpokladů.

33. V tomto kontextu považuji za vhodné reagovat na námitku zadavatelů, že Úřad při posouzení splnění kvalifikace vybraného uchazeče nepřihlédl ke znění přílohy č. 4 návrhu smlouvy předložené v nabídce vybraného uchazeče, která závazek subdodavatele upřesňovala, když v ní bylo uvedeno, že předmětem dodávky subdodavatele budou laboratorní a mycí stoly. Zde je však třeba akcentovat, že příloha č. 4 návrhu smlouvy o dílo je dle svého názvu, ale zároveň i nepopíratelně po obsahové stránce, pouhým prohlášením vybraného uchazeče. Předmětné prohlášení podepsal pouze vybraný uchazeč, což de facto znamená, že obsahuje výlučně jeho projev vůle, nikoliv projev vůle subdodavatele. Jinými slovy řečeno, prohlášení vybraného uchazeče je svým charakterem jednostranným právním úkonem, který není způsobilý založit právní vztah mezi vybraným uchazečem a jeho subdodavatelem, když toliko deklaruje, co za určitých okolností nastane (k nemožnosti zavazovat jiné subjekty prostřednictvím jednostranných právních úkonů viz rozsudek Nejvyššího soudu České republiky sp. zn. 33 Cdo 1578/2013 ze dne 11. 12. 2013, jehož obecné závěry je možné aplikovat i na právě posuzovanou věc, popřípadě také rozsudek Krajského soudu v Ústí nad Labem č. j. 15 A 126/2012-86 ze dne 2. 4. 2014).
34. Nejde-li tedy o dvoustranný právní úkon (smlouvu či dohodu), z něhož by vyplývala konkretizace či ujasnění závazku z pohledu rozsahu dodávek poskytovaných subdodavatelem, pak je prohlášení vybraného uchazeče dokumentem zcela irelevantním pro odpovídající posouzení splnění jeho kvalifikace ve smyslu § 51 odst. 4 zákona. Na uvedeném ničehož nemění ani fakt, že v jednostranném prohlášení vybraného uchazeče se hovoří o tom, že tento má v úmyslu poskytovat dodávku laboratorních a mycích stolů na základě požadavků zadavatelů prostřednictvím subdodavatele. Je tomu tak proto, že toto prohlášení ze své povahy subdodavatele nikterak nezavazuje cokoli poskytovat, přičemž v druhé rovině nepřípustnosti takovéto tvrzené „údajné konkretizace“ závazku subdodavatele je třeba upozornit též na to, že prohlášení vybraného uchazeče bylo učiněno v souvislosti s návrhem smlouvy o dílo, nikoliv v souvislosti se subdodavatelskou smlouvou. Příloha č. 4 návrhu smlouvy by tak byla z obecného pohledu nedílnou součástí pouze smlouvy o dílo, nikoliv subdodavatelské smlouvy. Nutno dodat, že i kdyby předmětné prohlášení bylo součástí subdodavatelské smlouvy, tak by zde nebyl prostor pro přisvědčení názoru zadavatelů, že závazek subdodavatele by byl konkretizován. Stále by se totiž jednalo o jednostranný

právní úkon vybraného uchazeče, který by byl pro subdodavatele právně nezávazný a tudíž po něm nevymahatelný.

35. Pokud tedy zákon a ostatně i judikatura vyžaduje, aby ze subdodavatelské smlouvy vyplýval závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či k poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokazoval splnění kvalifikace, pak lze jednoznačně, s ohledem na již uvedené, uzavřít, že v daném případě nebyl ujednáno žádný závazek subdodavatele vztahující se k rozsahu jeho dodávek, který by nadto vyplýval přímo ze subdodavatelské smlouvy. Jak bude dále konkretizováno, zákon jasně stanoví požadavky na kvalitu a formulaci subdodavatelské smlouvy, aniž by připouštěl, že složitou argumentací, při zohledňování více či méně závazných dokumentů a při výkladu projevu vůle stran subdodavatelské smlouvy by se při troše fantazie daly najít mlhavé obrysy subdodavatelské spolupráce. Mohu tedy zopakovat, že příloha č. 4 návrhu smlouvy o dílo není pro důvody formulované výše způsobila jakkoliv konkretizovat subdodavatelskou smlouvu ve smyslu ujasnění rozsahu dodávek poskytnutých subdodavatelem na plnění předmětu veřejné zakázky a nezhojí tedy skutečnost, že závazek subdodavatele nebyl ve smyslu § 51 odst. 4 zákona dostatečně specifikován, pročez měli zadavatelé buď vyzvat vybraného uchazeče k objasnění kvalifikace postupem podle § 59 odst. 4 zákona nebo vybraného uchazeče z účasti v zadávacím řízení vyloučit ve smyslu § 60 odst. 1 zákona.
36. S právě uvedeným úzce souvisí též námitka zadavatelů, spočívající v údajném neposouzení všech dokladů předložených vybraným uchazečem komplexně, když se Úřad zaměřil toliko na subdodavatelskou smlouvu. K tomu mohu uvést, že obecně nelze popřít, že veškeré dokumenty předložené v rámci posuzování kvalifikace mají být hodnoceny komplexně. Ostatně, jak zadavatelé správně uvádí, tuto povinnost dovozuje jednak rozhodovací praxe, jednak judikatura správních soudů. Nicméně se nedomnívám, že by toto pravidlo bylo v právě šetřeném případě opomenuto. Úřad se v bodu 65. odůvodnění napadeného rozhodnutí zcela jasně a důvodně vymezil proti akceptaci prohlášení vybraného uchazeče, jakožto přílohy č. 4 návrhu smlouvy o dílo, tedy jediného zadavateli konkrétně jmenovaného dokumentu, z něž by měl vyplynout rozsah závazku subdodavatele k dodávkám v rámci plnění předmětu veřejné zakázky. Zároveň Úřad srozumitelně odůvodnil, proč předmětná příloha není pro posouzení náležitostí subdodavatelské smlouvy ve smyslu § 51 odst. 4 zákona relevantní (k tomu též viz výše). Z ostatních materiálů předložených vybraným uchazečem a založených v dokumentaci o veřejné zakázce přitom nelze zohledňovat žádný jiný dokument, jenž by nedostatečný subdodavatelský závazek jakkoliv konkretizoval či se ho vůbec dotýkal. Proto bylo namístě, aby Úřad vycházel především ze znění subdodavatelské smlouvy, neboť ostatní dokumenty předložené vybraným uchazečem v rámci prokazování kvalifikačních předpokladů závazek, jenž měl vyplynout ze subdodavatelské smlouvy, nekonkretizoval. I z tohoto důvodu tedy nelze přisvědčit tvrzení zadavatelů, že kdyby Úřad přistoupil k posouzení splnění kvalifikace vybraného uchazeče komplexně, dospěl by k tomu, že zadavatelé měli pro kladné posouzení splnění kvalifikace k dispozici veškeré potřebné informace.
37. V daném případě mám za prokázané, že z žádných dokladů předložených vybraným uchazečem, ani z dalších okolností právě posuzované věci, nevyplývá žádný konkrétní rozsah dodávek poskytovaných ze strany subdodavatele, pročez nebylo možné učinit řádný

a relevantní závěr o splnění technických kvalifikačních předpokladů vybraným uchazečem. Jak již bylo konstatováno výše, za této situace měli zadavatelé buď vybraného uchazeče z účasti v zadávacím řízení přímo vyloučit postupem podle § 60 odst. 1 zákona, anebo fakultativně mohli vybraného uchazeče nejprve vyzvat k vysvětlení dokladů a informací o kvalifikaci ve smyslu § 59 odst. 4 zákona. V tomto kontextu pouze stručně uvádím, že mi nepřísluší hodnotit případnou nadbytečnost, neefektivnost a nehospodárnost výzvy adresované vybranému uchazeči. K postupu podle § 59 odst. 4 zákona zadavatelé nejsou nuceni, nýbrž se jedná o jejich oprávnění požadovat po dodavateli, aby písemně objasnil předložené informace či doklady nebo aby tyto doplnil. To, že tak neučiní s odkazem na tvrzenou nadbytečnost, neefektivnost či nehospodárnost jim nelze přikládat k tíž, nicméně pokud předložené informace a doklady vykazují nedostatky, které se přičítají zákonné úpravě, pak je zde jednoznačný předpoklad pro aktivaci jiných ustanovení, které kogentně předepisují postup zadavatelů. Ve vztahu k právě projednávanému případu tak měl být, za situace, že zadavatelé nevyužili možnost nabízenou § 59 odst. 4 zákona, vybraný uchazeč z účasti v zadávacím řízení vyloučen podle § 60 odst. 1 zákona.

38. Co se týče namítaného příliš formalistického přístupu Úřadu, mohu uvést, že v řešeném případě nebylo prostoru pro jiný postoj, neboť určitý formalismus je samou podstatou prokazování splnění kvalifikačních předpokladů. Přestože obecně souhlasím se zásadou, že je třeba při výkladu a aplikaci právních předpisů, vedle jazykového znění, akcentovat i jejich účel a smysl, mám za to, že v daném případě nedošlo k přehnaně formalistickému výkladu ustanovení § 51 odst. 4 zákona, neboť dlouhodobá a konstantní interpretace Úřadu předestřená v napadeném rozhodnutí nejenže vychází ze znění předmětného ustanovení zákona, ale zároveň naplňuje i zákonodárcem zamýšlený smysl tohoto ustanovení, kterým je zabezpečení řádné realizace veřejné zakázky způsobilými dodavateli. Jinými slovy řečeno, zákon jednoznačně stanovuje požadavky na obsah subdodavatelské smlouvy, které nedávají zadavateli možnost na základě jakési důvěry přehlížet její nedostatky, neboť účelem takto „přísně“ nastavených podmínek pro subdodavatelskou smlouvu je minimalizace zadavatelova rizika, že dojde ke zmaření primárního účelu zadávacího řízení, kterým je řádná realizace veřejné zakázky. Nejedná se tedy o zaujetí příliš formalistického přístupu vybočujícího z mezí zákona ani kladení až šikanózních či zjevně nepřiměřených podmínek na určitost a konkrétnost subdodavatelské smlouvy, nýbrž o pouhou aplikaci relevantního ustanovení zákona (tj. § 51 odst. 4 zákona), které vyžaduje, aby ze subdodavatelské smlouvy vyplýval závazek subdodavatele k poskytnutí plnění, popřípadě k poskytnutí věcí či práv, alespoň v rozsahu, v jakém prokázal splnění kvalifikace podle § 50 odst. 1 písm. d) zákona. Tuto námitku zadavatelů tak mohu odmítnout jako nedůvodnou, jelikož závěr Úřadu o jejich pochybení v žádném případě nevybočuje z mantinelů zákona, nýbrž je zcela adekvátní textaci ustanovení § 51 odst. 4 zákona a stejně tak ustálené judikatuře správních soudů, potažmo i rozhodovací praxi Úřadu.
39. Zadavatelé v rozkladu podávají též podrobnou argumentaci dotýkající se výkladu projevu vůle smluvních stran podle příslušných, v rozkladu jmenovaných, ustanovení občanského zákoníku. I tuto je však nutno odmítnout, neboť i přes obecná pravidla užívaná v obchodním styku nadále platí, že právní jednání v obchodních závazkových vztazích nesmí být v rozporu s právními předpisy nebo tyto obcházet. Pokud proto zákon stanoví základní a závazné požadavky na subdodavatelskou smlouvu, nelze jejich nedostatek nahradit dodatečně vysloveným úmyslem jednajících osob v subdodavatelské smlouvě nevysloveným, a to i za

předpokladu, že byl tento úmysl obou stran totožný. Je tak třeba mít na paměti, že následně „objasněné“ jednotlivé ustanovení subdodavatelské smlouvy nezhojí fakt, že tato je neurčitá, nejasná a nekonkrétní v těch bodech, v nichž má vyhovět závazným ustanovením zákona. Tak se tomu stalo i v právě šetřeném případě, když vybraný uchazeč a jeho subdodavatel dostatečně jasně nevyjádřili rozsah zamýšlené participace při plnění předmětu veřejné zakázky, čímž nedostáli dikci § 51 odst. 4 písm. b) zákona.

40. Ani námitky zadavatelů vztahující se k určitosti závazku vyplývajícího z anglického znění subdodavatelské smlouvy nejsou v kontextu podmínek ustanovení § 51 odst. 4 zákona relevantní a účinnou obranou proti napadenému rozhodnutí. Plně se ztotožňuji s Úřadem v tom, že užití určitého členu „the“ je vyjádřením nejasné konkrétnosti bez její následné bližší specifikace. Uvedené znamená, že ani znění subdodavatelské smlouvy v anglickém jazyce rozsah dodávek ze strany subdodavatele nijak nekonkretizuje a nenaznačuje ani, o jaké dodávky by se ve vztahu k předmětu veřejné zakázky mělo jednat. Napadené rozhodnutí není vnitřně rozporné, pokud Úřad uvedl, že určitý člen v subdodavatelské smlouvě může představovat celkem jasnou situaci pro strany předmětné smlouvy, neboť jak bylo uvedeno v bodě výše tohoto rozhodnutí, výkladem projevu vůle stran subdodavatelské smlouvy nelze dodatečně doplňovat či konkretizovat nejasná, neúplná či zcela chybějící ustanovení, a to tím méně ve vztahu k zadavatelům, kteří jen stěžují mohou a priori přihlížet k případné zavedené praxi mezi vybraným uchazečem a subdodavatelem. Pro zadavatele tak mělo být stěžejní, že závazkové vztahy ujednané v subdodavatelské smlouvě měly být konkrétní a určité obecně, resp. tyto měly vyplývat ze subdodavatelské smlouvy, nikoliv předpokládat, že strany smlouvy zřejmě vědí, jak chtějí do budoucna spolupracovat.
41. V rozkladu zadavatelé dále namítají, že Úřad nepřihlédl ani ke skutečnosti, že po uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky uzavřel vybraný uchazeč se svým subdodavatelem kupní smlouvu, na jejímž základě došlo k řádnému plnění ze strany subdodavatele, a dále ani k faktickému průběhu a (úspěšné) realizaci veřejné zakázky. K tomu uvádím, že je primárně třeba mít na paměti samotný účel stanovení technických kvalifikačních předpokladů, který dle rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 60/2011-142 ze dne 6. 12. 2012 *„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.“* Ustanovení § 51 odst. 4 zákona má tak zřejmý preventivní charakter, kdy má minimalizovat riziko zadavatelů ve smyslu právě citovaného rozsudku Krajského soudu v Brně. Pro jeho porušení se však nevyžaduje, aby skutečně nastala situace, před kterou má § 51 odst. 4 zákona „chránit“, nýbrž postačí jeho nedodržení. S ohledem na to je pak zcela irelevantní, zda nakonec došlo k úspěšné realizaci veřejné zakázky, jelikož tuto okolnost lze zohlednit popřípadě pouze jako polehčující okolnost, avšak není možné tím zhojit předchozí nezákonný postup zadavatelů.
42. Nemám ani za to, že by Úřad ve své přezkumné činnosti překročil hranice své pravomoci, jak v rozkladu namítají zadavatelé s odkazem na judikaturu správních soudů, když posuzoval

určitost závazku, který měl vyplývat ze subdodavatelské smlouvy. Úřad nijak nevstupoval a ani nezasahoval do myšlenkových pochodů zadavatelů, nýbrž pouze zkoumal, zda došlo k posouzení dokumentů předložených vybraným uchazečem za účelem prokázání kvalifikace v souladu se zákonem. Hodnotit obsah smluv mezi dodavatelem a subdodavatelem jinak, než z pohledu splnění podmínek uvedených v zákoně, Úřadu nenáleží, přesto v daném případě nelze říci, že by Úřad posuzoval něco jiného, než skutečnost, zda ve smyslu § 51 odst. 4 zákona vyplývá ze subdodavatelské smlouvy závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či k poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění předmětu veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace.

43. Úřad zároveň podle názoru zadavatelů nezohlednil ani přílehlavou rozhodovací praxi, existující v době zadávání veřejné zakázky, která ve vztahu k posouzení otázky určitosti subdodavatelského závazku nebyla jednoznačná a striktní. Není mi zřejmé, na základě čeho se zadavatelé domnívají, že rozhodovací praxe či judikatura nebyla ustálena v době zahájení zadávacího řízení na veřejnou zakázku (tj. v srpnu roku 2014, tedy 8 let po účinnosti zákona), když zadavatelé neuvádí žádné konkrétní důvody pro takové své přesvědčení. Proto na tomto místě odkazuji na body 71. až 77. odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde se Úřad v podrobnostech věnuje existenci rozhodovací praxe a judikatury v době zadávání veřejné zakázky. Pro úplnost však okrajově, a podotýkám, že obecně, dodávám, že případná neexistence judikatury neznamena, že zadavatelé nemohou být za svůj nesprávný postup v zadávacím řízení trestáni. Z povahy věci je zřejmé, že judikatura (potažmo rozhodovací praxe) se utváří právě v průběhu doby a v rámci konkrétních případů, které musí nejdříve nastat, aby k nim mohl být zaujat určitý závazný postoj či právní názor toho kterého orgánu.
44. Ve vztahu k argumentaci Úřadu uváděnou v bodech 63. a 64. odůvodnění napadeného rozhodnutí zadavatelé konstatují, že uchazeče MERCI, s.r.o. vyzývali k objasnění téměř totožného dokladu o kvalifikaci z toho důvodu, že oproti nabídce vybraného uchazeče (tj. při zohlednění přílohy č. 4 návrhu smlouvy o dílo) z žádného jiného dokladu předloženého uchazečem MERCI, s.r.o. nevyplýval konkrétní rozsah podílu subdodavatele na realizaci veřejné zakázky. S ohledem na to, že jsem již výše podrobně zdůvodnil, proč prohlášení vybraného uchazeče nekonkretizuje rozsah závazku, resp. tento závazek ani nesjednává, mohu na tomto místě pouze odkázat na již formulované úvahy. Přesto si ve vztahu k souvisejícímu tvrzení zadavatelů (ohledně zbytečnosti „dvojího“ ověřování) dovoluji podotknout, že fakt, že uchazeč MERCI, s.r.o. prokazoval splnění technických kvalifikačních předpokladů obdobným způsobem jako vybraný uchazeč, resp. prostřednictvím téměř totožné subdodavatelské smlouvy neznamena, že ověření předložených informací a dokladů u jednoho uchazeče automaticky vyjasní obdobný problém u zcela jiného uchazeče. Byť by mohl uchazeč MERCI, s.r.o. a vybraný uchazeč reagovat na výzvu k objasnění ve smyslu § 59 odst. 4 zákona podobně, není možné tuto situaci oprávněně předjímat. Zákon předpokládá samostatné hodnocení každé jednotlivé nabídky, což mimo jiné znamená i oddělené posuzování kvalifikace každého z uchazečů bez ohledu na podobnost dokladů, jimiž svou kvalifikaci prokazují. Proto i tuto námitku zadavatelů musím pro její absurdnost odmítnout. Nad rámec uvedeného ve vztahu k předchozí argumentaci nicméně dodávám, že je s podivem, že právě u uchazeče MERCI, s.r.o. a jeho subdodavatele (totožného se subdodavatelem vybraného uchazeče) zadavatelé nepředpokládali, že tito obchodní

partneři spolu mají zavedenou praxi v obchodním styku, v jejímž kontextu je třeba vykládat jejich projev vůle a dále, že užití určitého členu „the“ v jejich subdodavatelské smlouvě v původním znění nepřispívá k objasnění subdodavatelského závazku. Tato skutečnost tak jen dokresluje pouhou snahu zadavatelů ospravedlnit svůj nesprávný postup v zadávacím řízení, který však byl ve zřejmém rozporu se zákonem.

45. Zadavatelé rovněž odkazují na odpovědnostní vztahy plynoucí ze subdodavatelské smlouvy, které jsou toliko věcí vybraného uchazeče a subdodavatele, zatímco zadavatelům za případné nesplnění závazků ze smlouvy o dílo odpovídá jen vybraný uchazeč. Ačkoliv není pochyb o tom, že subdodavatelství je vztah mezi vybraným uchazečem a subdodavatelem, kteřížto si jsou mezi sebou vzájemně odpovědní, přesto lze na tomto místě, zejména s odkazem na již citovaný rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 60/2011-142 ze dne 6. 12. 2012, připomenout, že ustanovení § 51 odst. 4 zákona má primárně minimalizovat riziko zmaření účelu zadávacího řízení, kterým je včasná a řádná, popřípadě efektivní realizace předmětu veřejné zakázky. Pokud ke zmaření cíle zadávacího řízení dojde, může to znamenat pozdržení nebo prodražení plnění předmětu veřejné zakázky, což už atakuje samotný smysl zákona, kterým je efektivní a hospodárné vynakládání prostředků z veřejných zdrojů. Jinak řečeno, podstatné tu není to, zda-li zadavatelům odpovídá za nesplnění závazků při realizaci veřejné zakázky jeden či více subjektů, ale skutečnost, že ke zmaření plnění veřejné zakázky v důsledku výběru nezpůsobilého dodavatele vůbec došlo. Proto i tuto námitku mohu jako nedůvodnou odmítnout.
46. Dále v rozkladu zadavatelé namítají i „zásadu“ summum ius, summa iniuria, kterou je apelováno na svědomí rozhodovacího orgánu tvrzením, že dokonalé dodržování práva je za určitých okolností dokonalým bezprávím. K tomu mohu ve stručnosti říci, že tento obecný řečnický výrok Marcuse Tullia Cicera nijak nemůže zvrátit ustálený náhled na nyní řešenou problematiku, stejně tak se nemůže nadřadit nad principy a zásady vyplývající přímo ze zákona. Pro úplnost nicméně doplňuji, že Úřad – jak již bylo také uvedeno – nijak nevybočil z mezí zákona, ani nešel nad rámec své dosavadní rozhodovací praxe či judikatury správních soudů. Jinými slovy řečeno, Úřad nepostupoval způsobem, který by mohl navodit objektivní pochyby o přiměřené aplikaci a výkladu přílehlavých ustanovení, stejně jako nelze tvrdit, že by snad bazíroval na formálních pochybeních. Vzhledem k tomu mohu i v tomto bodě předestřený argument zadavatelů odmítnout, neboť ani tento nesvědčí pro zrušení napadeného rozhodnutí, popřípadě pro jeho změnu.
47. Další okruh rozkladové argumentace se stáčí k otázce nesprávného a neúplného zjištění skutkového stavu věci. V tomto kontextu zadavatelé předně namítají rezignaci Úřadu na zhodnocení jimi předloženého důkazu, kterým je expertní posudek potvrzující „správnost“ postupu zadavatelů. V tomto bodě rozkladu musím dát zadavatelům za pravdu, neboť Úřad skutečně pouze uvedl, že expertní posudek obdržel, avšak se s ním žádným způsobem v odůvodnění napadeného rozhodnutí nevypořádal, přestože tak měl učinit. I přesto však nepovažuji za nutné napadené rozhodnutí zrušit, když jej mohu z důvodu procesní ekonomie o předmětnou otázku doplnit v rámci řízení o rozkladu zadavatelů, neboť dle ustálené rozhodovací praxe správních soudů platí, *„že z hlediska soudního přezkumu tvoří rozhodnutí správního orgánu I. stupně a orgánu odvolacího, resp. rozkladového jeden celek, a je tak přípustné, aby případná pochybení a nedostatky řízení vedeného před správním orgánem prvního stupně byly odstraněny, resp. napraveny v řízení před odvolacím (rozkladovým)*

orgánem.“, jak uvedl Krajský soud v Brně v rozsudku sp. zn. 30 Af 138/2012 ze dne 19. 2. 2015.

48. Proto jsem na tomto místě přistoupil k posouzení expertního posudku, jakožto zadavateli navrženému důkazního prostředku ve správním řízení. Z obsahu expertního posudku je zřejmé, že se nejedná o důkaz, který je třeba ke zjištění stavu věci a který by tak musel být správním orgánem ve smyslu § 52 správního řádu proveden.
49. Přesto pro úplnost a s ohledem na uplatněné námitky zadavatelů konstatuji, že expertní posudek nemůže být způsobilým podkladem pro vydání rozhodnutí (ať už ve prospěch nebo neprospěch zadavatelů), neboť je pouhým nezávazným zhodnocením situace ze strany externí osoby oslovené zadavateli. De facto se jedná o jakýsi druh právní konzultace, která však nemůže ovlivnit vlastní úvahy a zjištění Úřadu. Názory vyjádřené v expertním posudku rovněž nepřinášejí do věci jiný úhel pohledu, který by mohl nasvědčovat pro jiné posouzení dané věci, když je poměrně zřejmé, že řada námitek zadavatelů prezentovaná v rozkladu vychází právě z argumentace učiněné v rámci expertního posudku a které jsou v tomto rozhodnutí vypořádány. Je nepochybné, že si zadavatelé mohou pro vlastní potřeby objednat vypracování nezávislého posudku či stanoviska jimi oslovenou osobou, nicméně takovýto materiál v žádném případě nemůže zavazovat Úřad při rozhodování o merituu věci. Je nutné si uvědomit, že expertní posudek podává právní posouzení věci, které však nepřísluší žádnému odborníkovi ani znalci, nýbrž toliko Úřadu. V této souvislosti uvádím, že se podobnou problematikou zabýval také Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 12. 5. 2010, č. j. 1 Afs 71/2009-113, který na podporu výše uvedeného konstatoval, byť výslovně ve vztahu ke znalcům, následující: *„[z]nalci se ve správním nebo soudním řízení přibírají k tomu, aby jednak pozorovali skutečnosti, jejichž poznání předpokládá zvláštní odborné znalosti, jednak z takovýchto pozorování vyvozovali znalecké úsudky (posudky). Znalci se však nepřibírají, aby sdělovali úřadu nebo soudu své názory a úsudky o otázkách rázu právního nebo o otázkách, k jejichž správnému porozumění a řešení není zapotřebí odborných vědomostí nebo znalostí, nýbrž stačí, s ohledem na povahu okolností případu, běžná soudcovská zkušenost a znalost.“* Byť tento rozsudek není zcela přílehlavý právě posuzované věci, jeho obecné závěry – a to otázka irelevantnosti předkládaných právních názorů – lze podporně využít i pro právě podávanou argumentaci.
50. Jak zadavatelé sami v rozkladu uvádí, správní orgán je oprávněn v souladu s § 50 odst. 4 správního řádu hodnotit důkazy volně, dle svého uvážení, avšak s odkazem na § 68 odst. 3 správního řádu je nutné v odůvodnění rozhodnutí uvést, proč navržené důkazy neprovede. V daném případě se tak sice nestalo, nicméně tento nedostatek byl zhojen v rámci řízení o rozkladu. Proto mohu zopakovat a uzavřít, že expertní posudek z hlediska svého obsahu nepodává nic ke zjištění stavu věci, ani není způsobilým podkladem pro vydání rozhodnutí, neboť obsahuje pouze nezávazné právní stanovisko jiného subjektu. S ohledem na právě uvedené mohu uzavřít, že nevyhodnocení expertního posudku v napadeném rozhodnutí (zejména s ohledem na jeho povahu) nemohlo mít jakýkoliv vliv na výroky napadeného rozhodnutí, neboť by ničehož nemohlo změnit na konstatování, že se zadavatelé dopustili spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona způsobem blíže vymezeným ve výroku I. napadeného rozhodnutí. Jde-li tedy o důkazní prostředek, který není nezbytný pro zjištění stavu věci, nadto pokud svou povahou není ani způsobilý být důkazním prostředkem, pak jeho neprovedení v rámci prvostupňového správního řízení, nemohlo mít



vliv na správnost a zákonnost napadeného rozhodnutí a na jeho souladnost s § 68 odst. 3 správního řádu, pokud byl tento důkazní prostředek řádně proveden v rámci řízení o rozkladu.

51. V ostatním pak mohu konstatovat, že v napadeném rozhodnutí jsou uvedeny důvody výroku, tedy proč byla sankce uložena, dále podklady pro vydání napadeného rozhodnutí, úvahy, kterými se Úřad řídil při hodnocení a při výkladu právních předpisů, přičemž bylo v odůvodnění rovněž náležitě popsáno i to, jak se Úřad vypořádal s návrhy a námitkami, včetně vyjádření k podkladům rozhodnutí. Nadto je odůvodnění napadeného rozhodnutí dostatečně jasné, určité a srozumitelné.
52. S ohledem na uvedené mohu říci, že napadené rozhodnutí není nepřezkoumatelné a nezákonné, a to ani ve vztahu k námitce zadavatelů, spočívající v porušení základních zásad správního trestání. Byl-li tedy nedostatek či pochybení v řízení před Úřadem odstraněn v řízení o rozkladu (tedy u rozkladového orgánu), pak se tato námitka zadavatelů stává nedůvodnou.
53. Nyní tedy mohu přistoupit k dalšímu okruhu rozkladových námitek, které se dotýkají otázky (ne)naplnění znaků skutkové podstaty správního deliktu. Podle názoru zadavatelů Úřad zcela rezignoval na posouzení otázky vlivu jednání zadavatelů na výběr nejvhodnější nabídky, včetně posouzení intenzity tohoto vlivu, a to přestože dle přílehlavé judikatury i vlastní rozhodovací praxe Úřadu (citované v rozkladu) má Úřad povinnost vypořádat se ve svých rozhodnutích s naplněním podmínky podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Toto tvrzení zadavatelů však považuji za liché, a to ve světle níže uvedených skutečností.
54. Předně považuji za vhodné uvést, že i přes bagatelizaci eventuality navození takového stavu ze strany zadavatelů, nelze zcela vyloučit možnost, že by vybraný uchazeč při využití postupu podle § 59 odst. 4 zákona v zadavateli stanovené lhůtě kvalifikaci v požadovaném rozsahu neprokázal, neboť mohlo dojít k situaci, kdy nebude schopen potřebné podklady zadavatelům dodat, případně s nimi vůbec nebude disponovat. V takovém případě by pak zadavatelé byli nuceni přistoupit k vyloučení vybraného uchazeče z účasti v zadávacím řízení podle § 60 odst. 1 zákona, protože by nutně jako nejvhodnější musela být vybrána nabídka jiného uchazeče, důsledkem čehož pak mohl být ovlivněn výběr nejvhodnější nabídky. V tomto kontextu je nutné upozornit na to, že znaky skutkové podstaty správního deliktu spáchaného zadavatelem jsou obecně naplněny tehdy, je-li jednání zadavatele způsobilé mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky. V tomto kontextu je třeba poukázat na formulaci ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, podle nějž postačuje toliko možnost podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. V souvislosti s uvedeným odkazuji 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“*

55. V daném případě možnost podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky spočívá, jak již bylo uvedeno výše, stejně jako v napadeném rozhodnutí (viz bod 68. odůvodnění napadeného rozhodnutí), v možnosti, že by vybraný uchazeč z nějakého subjektivního či objektivního důvodu nereagoval nebo nereagoval adekvátně na případnou výzvu zadavatelů podle § 59 odst. 4 zákona. Při absenci takového písemného objasnění nebo doplnění předložených informací či dokladů by pak museli zadavatelé přistoupit k vyloučení vybraného uchazeče z účasti v zadávacím řízení podle § 60 odst. 1 zákona. Zde je však třeba říci, že postup podle § 59 odst. 4 zákona je možností, tedy fakultativním postupem zadavatelů v zadávacím řízení, nikoliv jejich povinností. V reakci na článek II. odst. 8 rozkladu zadavatelů, kde se hovoří o tom, že by jakákoliv výzva k vysvětlení dokladů a informací o kvalifikaci ve smyslu § 59 odst. 4 zákona byla nadbytečná, neefektivní a především nevhodná, je možné usuzovat, že postup podle § 59 odst. 4 zákona zadavatelé vůbec nezamýšleli – to však výhradně vůči vybranému uchazeči, neboť k objasnění dokladů a informací o kvalifikaci prokazatelně vyzvali uchazeče MERCI, s.r.o. Pokud tedy zadavatelé z jimi poskytnutých (dostupných) informací nepovažovali za vhodné postupovat podle § 59 odst. 4 zákona, pak tedy měli přímo přistoupit k vyloučení vybraného uchazeče z účasti v zadávacím řízení podle § 60 odst. 1 zákona, jelikož tento nesplnil kvalifikaci v požadovaném rozsahu, když ze subdodavatelské smlouvy, kterou vybraný uchazeč prokazoval splnění technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 1 písm. d) zákona, nevyplýval závazek subdodavatele k poskytnutí konkrétního plnění určeného k plnění veřejné zakázky vybraným uchazečem či k poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude vybraný uchazeč oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace podle § 50 odst. 1 písm. d) zákona, když v předmětné subdodavatelské smlouvě nebyl specifikován rozsah závazku subdodavatele k poskytnutí konkrétního plnění. Je pak zcela evidentní, že pokud by zadavatelé postupovali v souladu se zákonem, pak by nutně musela být jako nejvhodnější vybrána nabídka jiného uchazeče.
56. Co se týče jednotlivých namítaných skutečností, mohu říci, že fakt, že se zadavatelé neztotožnili se závěry Úřadu uvedenými v napadeném rozhodnutí (ve vztahu k formálnímu znaku skutkové podstaty správního deliktu) neznamená, že Úřad zcela rezignoval na posouzení otázky vlivu jednání zadavatelů na výběr nejvhodnější nabídky. Z bodů 67. a 68. odůvodnění napadeného rozhodnutí je zřejmé, že se Úřad předmětné problematice věnoval, a to v duchu výše uvedeného textu. Nadto sami zadavatelé dále v textu rozkladu úvahy Úřadu citují, přičemž je následně označují za nedostatečné a právně nepodložené, když tyto stojí na pouhém předpokladu Úřadu bez zohlednění možnosti účinné „obrany“ vybraného uchazeče. K tomu mohu uvést, že určitá, byť čistě hypotetická konstrukce nějaké situace plně odpovídá pouhé možnosti, čili potencialitě nastoupení nepříznivého stavu. Z hlediska podmínky ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky zákon předpokládá, že k naplnění této podmínky dojde nejen za situace, kdy skutečně k ovlivnění dojde, ale i za situace, kdy půjde o pouhou potencialitu ovlivnění. Je tak zřejmé, že postačí pouhá možnost podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, a ta v právě řešeném případě také nastala. Úřad tuto potencialitu vztahuje k možnosti, že pokud by zadavatelé využili postupu podávaného v § 59 odst. 4 zákona, mohlo by se stát, že vybraný uchazeč by v zadavateli stanovené lhůtě kvalifikaci v požadovaném rozsahu neprokázal, neboť mohlo dojít k situaci, kdy nebude schopen potřebné podklady zadavatelům dodat, případně s nimi nebude vůbec disponovat. K tomu je ale třeba doplnit, že pokud by zadavatelé tohoto fakultativního postupu nevyužili

(zde jen připomínám, že tento postup sami „vyloučili“ s odkazem na jeho neefektivnost, nadbytečnost a ne hospodárnost), pak by de facto k podstatnému ovlivnění výběru nevhodnější nabídky skutečně došlo, neboť vítězným uchazečem se stal dodavatel, který nesplnil kvalifikaci a měl tedy být vyloučen z účasti v zadávacím řízení podle § 60 odst. 1 zákona.

57. Pokud by tedy zadavatelé postupovali v souladu se zákonem, tak by mohly nastat tři situace. Buď by zadavatelé vybraného uchazeče nevyzvali ve smyslu § 59 odst. 4 zákona k objasnění kvalifikačních dokumentů, čímž by byl dán prostor pro aktivaci § 60 odst. 1 zákona okamžitě, anebo by jej uvedeným postupem vyzvali, avšak tento by kvalifikaci v požadovaném rozsahu z nějakého důvodu neprokázal, pročež by jej museli ze zadávacího řízení rovněž vyloučit, eventuálně by ji prokázal, avšak to nic nemění na tom, že teoretická možnost, že se tak nestane a bude zde dána povinnost postupu podle § 60 odst. 1 zákona, tu je. To pak nepochybně znamená, že kdyby došlo k nutnosti postupu podle § 60 odst. 1 zákona z důvodu některého vzpomenutého případu, pak by k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky došlo. Na uvedeném ničehož nemění ani argumentace zadavatelů, že se v případě výzvy podle § 59 odst. 4 zákona mohl vybraný uchazeč účinně bránit, resp. doplnit subdodavatelskou smlouvu o závazek subdodavatele specifikovaný v příloze č. 4 návrhu smlouvy o dílo. Jak bylo dovozeno výše, potažmo pak v napadeném rozhodnutí, jistá reálná možnost, že by se tak nestalo v právě posuzovaném případě dána je, tím spíše, je-li zároveň velmi pravděpodobné, že by zadavatelé pro nevyužití postupu podle § 59 odst. 4 zákona byli povinni vyloučit vybraného uchazeče okamžitě.
58. S ohledem na uvedené a na to, že zadavatelé uzavřeli s vybraným uchazečem smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky, je tedy zřejmé, že došlo k naplnění všech znaků skutkové podstaty správního deliktu stanovených v § 120 odst. 1 písm. a) zákona, přičemž tedy považují závěr Úřadu uvedený ve výroku I. napadeného rozhodnutí a v odůvodnění napadeného rozhodnutí za správný a zcela odpovídající zjištěnému skutkovému stavu ve správním řízení a rovněž odpovídající příslušným ustanovením zákona.
59. Zadavatelé namítají též absenci materiálního znaku skutkové podstaty správního deliktu, která dle judikatury musí být (vedle formálních znaků správního deliktu) rovněž naplněna. V daném případě jsou však zadavatelé přesvědčeni, že společenská škodlivost je nulová, což plyne mimo jiné i z toho, že vybraný uchazeč veřejnou zakázku fakticky realizoval. K této námitce považují za podstatné v prvé řadě poukázat na skutečnost, že v případě pojmů společenská nebezpečnost či společenská škodlivost se jedná o neurčité právní pojmy. Z obecného výkladu těchto pojmů však lze dospět k takovému závěru, že za jednání nebezpečné či škodlivé pro společnost, je možné považovat takové jednání, které směřuje proti veřejnému zájmu společnosti, a to proti takovému zájmu, který má být právem chráněn a současně dosahuje určité intenzity. Z hlediska znění a obsahu zákona je možné za právem chráněný zájem považovat zejména efektivní vynakládání veřejných prostředků a existenci spravedlivé a otevřené soutěže o veřejné zakázky. K naplnění materiálního znaku správního deliktu tak dojde tehdy, pokud jednání pachatele jednak ohrožuje některý právem chráněný zájem a současně dosahuje určité intenzity, tedy následky takového jednání nejsou zcela zanedbatelné.
60. Takový závěr vyplývá například z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 5. 2007, č. j. 8 As 17/2007-135, který se týká posuzování správních deliktů, a ve kterém Nejvyšší

správní soud uvedl: „*správní delikty představují ve srovnání s trestnými činy jinou formu protiprávního společensky nebezpečného jednání a pro jejich trestnost mají platit podobné principy a pravidla jako v případě trestných činů. Upravují-li zásady soudního trestání situaci, v níž formálně trestný skutek nelze považovat za trestný čin, je-li jeho společenská nebezpečnost nižší než nepatrná, musí obdobná pravidla platit i pro správní delikty. Podstatou správních deliktů je postih za jednání v rozporu s právem. K jeho trestnosti však nepostačuje, že jednání po formální stránce vykazuje znaky skutkové podstaty deliktu, pokud zároveň není jednáním společensky nebezpečným (škodlivým). Jinými slovy, aby mohlo být určité protiprávní jednání kvalifikováno jako správní delikt, musí být kromě formálních znaků deliktního jednání naplněna i materiální stránka deliktu, a jednání musí vykazovat určitou míru společenské nebezpečnosti ve vztahu k porušené povinnosti, stanovené zákonem na ochranu odpovídajících hodnot.*“

61. Podobně se k dané problematice vyjádřil Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 9. 8. 2011, sp. zn. 8 As 44/2010, když v závěrech tohoto rozsudku uvedl, že „*[s]e stěžovatelem lze souhlasit v tom, že při naplnění všech formálních znaků správního deliktu bude jednání pachatele současně zpravidla vykazovat i takový stupeň společenské nebezpečnosti, že bude naplněn i materiální znak správního deliktu. Neplatí to však vždy naopak, tzn., že jakékoli jednání, byť by i u něj nebyla shledána společenská nebezpečnost, bude správním deliktem jenom proto, že byly současně naplněny formální znaky skutkové podstaty správního deliktu. Právě v případech, kdy konkrétní okolnosti věci nasvědčují tomu, že jednání právnické osoby by případně nemuselo být pro společnost nebezpečné, je třeba se na konkrétní okolnosti případu zaměřit a podrobně zdůvodnit, zda byl naplněn i materiální znak skutkové podstaty.*“
62. Z výše uvedených judikátů, vyplývá, že pro to, aby správní Úřad mohl učinit závěr o tom, že došlo ke spáchání správního deliktu je zapotřebí, aby byly naplněny jak formální znaky skutkové podstaty správního deliktu, tak i znak materiální, tedy aby jednání pachatele vykazovalo určitou míru společenské nebezpečnosti, a to právě ve vztahu k porušené povinnosti. Jak však uvedl Nejvyšší správní soud v rozsudku, který je citován jako druhý (viz bod 61. tohoto rozhodnutí), je zřejmé, že pokud jednáním pachatele dojde naplnění formálních znaků skutkové podstaty správního deliktu, pak takové jednání samo o sobě bude zpravidla naplňovat i určitý stupeň společenské nebezpečnosti a dojde tedy i k naplnění materiálního znaku správního deliktu. Nicméně současně, jak uvádí Nejvyšší správní soud v tomtéž rozsudku, je třeba se v případě, kdy existují takové okolnosti, které by mohly nasvědčovat tomu, že jednání pachatele by nemuselo být pro společnost škodlivé, právě na takové okolnosti zaměřit a přezkoumat, zda došlo k naplnění materiálního znaku správního deliktu. To jinak řečeno znamená, že pokud existují takové okolnosti případu, které by mohly vést k závěru, že jednání, které naplňuje formální znaky správního deliktu, nedosahuje určitého stupně nebezpečnosti pro společnost, pak je povinností Úřadu, aby se s těmito konkrétními okolnostmi vypořádal a na základě tohoto vypořádání učinil závěr o tom, zda byl či nebyl naplněn materiální znak správního deliktu.
63. Dle § 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. Z dikce „*podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit*“ vyplývá, že může jít o poruchový nebo i ohrožovací správní delikt. Zákonodárce tedy (za běžných okolností) spatřuje společenskou

škodlivost již v tom, že mohlo dojít, nikoli nutně muselo, k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Na základě uvedeného tedy nelze souhlasit s tím, že nedošlo k naplnění materiálního znaku správního deliktu (společenské škodlivosti), jak tvrdí zadavatelé v rozkladu, neboť v daném případě byla dovozena potencialita podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky jak v napadeném rozhodnutí, tak v tomto rozhodnutí. Závěrem lze tedy shrnout, že již pouhá existence možnosti podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky je společensky škodlivá, a došlo tedy k naplnění materiálního znaku (společenské škodlivosti) správního deliktu uvedeného v ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

64. Poslední okruh rozkladové argumentace se vztahuje k otázce závažnosti deliktního jednání, neboť v napadeném rozhodnutí údajně není na žádném místě uvedeno, na základě jakých objektivních kritérií Úřad označil vytykané pochybení zadavatelů za závažné. Vzhledem k tomu, že se tato otázka vztahuje k úvahám o ukládaných pokutách, a dále že rozklad zadavatelů směřuje do všech výroků napadeného rozhodnutí, přezkoumal jsem z hlediska zákonnosti i uložené pokuty, přičemž mohu říci následující. Zákon v ustanovení § 121 odst. 2 uvádí jako hlavní kritérium rozhodné pro určení výměry pokuty závažnost správního deliktu. Demonstrativním výčtem pak zákon v témže ustanovení toto hlavní kritérium blíže definuje, když uvádí, že je třeba přihlídnout zejména ke způsobu spáchání správního deliktu, jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Vzhledem k použité legislativní technice je však možno přihlídnout i k jiným okolnostem, pokud jsou svojí povahou podstatné pro posouzení závažnosti správního deliktu a pokud by s ohledem na skutkový stav konkrétního případu mohly být kvalifikovány jako polehčující či přitěžující. Tyto jiné okolnosti je zároveň možno považovat za pomyslné čtvrté dílčí kritérium závažnosti představující jakousi zbytkovou množinu všech dalších aspektů plynoucích ze zjištěného skutkového stavu v konkrétním přezkoumávaném případě, pokud jsou shledány dostatečně relevantními, přičemž tyto již nejsou vázány přímo na jednání zadavatele, kterým došlo ke spáchání správního deliktu.
65. S ohledem na uvedené tak není pochyb o tom, že Úřad je zavázán dostát povinnosti stanovené mu v § 121 odst. 2 zákona. Proto jsem přistoupil k přezkoumání uložených pokut z hlediska zákonnosti a přiměřenosti, stejně tak k přezkoumání postupu Úřadu při jejich stanovení, přičemž mohu konstatovat, že Úřad při určení výše pokut danou povinnost naplnil, neboť jednoznačně přihlédl k závažnosti spáchaného správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl zadavateli spáchán (blíže viz body 89. a násl. odůvodnění napadeného rozhodnutí). Rovněž byla Úřadem výše pokut řádně posuzována tak, aby tato byla úměrná finančním poměrům zadavatelů a neměla vůči nim likvidační charakter či aby jí nebyla ohrožena hlavní činnost zadavatelů, když Úřad vzal v úvahu příjmy, s nimiž zadavatelé v průběhu roku hospodaří. Úřad při stanovení výše pokut tedy přezkoumal mimo jiné i majetkové poměry zadavatelů a mohu tedy konstatovat, že tím naplnil svou zákonnou povinnost, rozvedenou pak například v rozsudku Nejvyššího správního soudu pod č. j. 1 As 9/2008-133 ze dne 20. 4. 2010 (byť se v citovaném rozsudku, odlišně od zadavatele, jednalo o fyzickou osobu), který říká, že „[s]právní orgán ukládající pokutu za jiný správní delikt je povinen přihlídnout k osobním a majetkovým poměrům pachatele tehdy, pokud je podle osoby pachatele a výše pokuty, kterou lze uložit, zřejmé, že by pokuta mohla mít likvidační charakter, a to i v případech, kdy příslušný zákon osobní a majetkové poměry pachatele v taxativním výčtu hledisek rozhodných pro určení výše pokuty neuvádí.“ Nadto upozorňuji, že pokuty byly Úřadem jednotlivým zadavatelům

stanoveny při samé dolní hranici zákonné sazby, i proto je lze označit za zcela přiměřené porušení zákona a zohledňující obě základní funkce právní odpovědnosti.

66. Stran polehčujících a přitěžujících okolností se přikláním k názoru Úřadu, který v dané věci neshledal žádné přitěžující okolnosti a jako polehčující shledal pouze fakt, že vybraný uchazeč následně po uzavření smlouvy o dílo závazek v subdodavatelské smlouvě konkretizoval. Mám za to, že Úřad v daném případě dospěl ke správnému závěru, když za předmětný správní delikt dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona uložil Ústavu molekulární genetiky AV ČR, v.v.i. pokutu ve výši 70.000 Kč, když negativně přihlédl ke způsobu jednání ve sdružení zadavatelů a Univerzitě Karlově v Praze pak pokutu ve výši pouze 50.000 Kč. Zohlednil tak skutečnost, že pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavateli pocíťována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by tato neplnila svou funkci, tj. sankce za protiprávní jednání a preventivní působení pro příští postup zadavatelů při jiném zadávacím řízení. Krajský soud v Brně se ve svém rozsudku č. j. 62 Ca 33/2008-57 ze dne 18. 6. 2009 k této problematice vyjádřil následovně: *„konkrétní forma postihu a jeho výše musí působit natolik silně, aby od podobného jednání odradila i jiné nositele obdobných povinností, jaké svědčí žalobci (zadavatelé), zároveň musí být postih dostatečně znatelný v materiální sféře žalobce (zadavatele), aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl ovšem pro žalobce (zadavatele) likvidačním.“*
67. Závažnost či význam porušení zákona (shodně s Úřadem) spatřuji jednoznačně ve skutečnosti, že zadavatelé neoprávněně posoudili kvalifikaci vybraného uchazeče jako splněnou, přestože subdodavatelská smlouva, kterou vybraný uchazeč prokazoval splnění technických kvalifikačních předpokladů, neobsahovala konkrétní závazek subdodavatele k poskytnutí konkrétního plnění v určitém rozsahu, čímž došlo k ovlivnění hospodářské soutěže ve vztahu k ostatním účastníkům zadávacího řízení, nikoliv však k úplnému vyloučení soutěžního prostředí. Závažnost správního deliktu jako kritérium svou povahou základní a obecné je přitom vyjádřením intenzity porušení zákona a jeho účelu taktéž v rovině obecné. Podle výkladové praxe Úřadu dosahuje nejzávažnějšího stupně intenzity porušení zákona jednání pachatele správního deliktu spočívající v úplné ignoraci ustanovení zákona, jejichž společným cílem je zamezit deformaci či dokonce vyloučení soutěžního prostředí, které je základním předpokladem dosažení efektivního vynakládání veřejných prostředků a prostředkem k realizaci základních zásad zadávání veřejných zakázek uvedených v § 6 zákona, tedy zásady rovného zacházení, zásady zákazu diskriminace a zásady transparentnosti. Tímto je dán také základní úhel pohledu k nazírání na to, co je v konkrétním případě závažné, tedy dostatečně intenzivní pro zahrnutí do závěrů o výši pokuty, a nikoliv pouze zanedbatelné.
68. V daném případě zadavatelé nepostupovali zcela mimo režim zákona a nedošlo tak k rozsáhlému ovlivnění hospodářské soutěže, neboť pochybení se zadavatelé dopustili až při posouzení kvalifikace vybraného uchazeče. To znamená, že svým jednáním nezabránili účasti potenciálních uchazečů v zadávacím řízení na veřejnou zakázku. I přesto však postupem zadavatelů došlo k ovlivnění hospodářské soutěže ve vztahu k ostatním účastníkům zadávacího řízení na veřejnou zakázku, jejichž nabídky se umístily v pořadí za nabídkou vybraného uchazeče, zejména pak k ovlivnění ve vztahu k uchazeči, jehož nabídka se umístila jako druhá v pořadí. S ohledem na právě uvedené skutečnosti tak nelze postup zadavatelů z hlediska závažnosti jeho následků zcela bagatelizovat, neboť je zřejmé, že k pochybení

došlo. Úřad tak správně posoudil správní delikt jako závažnější, byť vzhledem k výše uvedenému nedosahuje závažnosti nejvyšší, a to když hospodářská soutěž nebyla pochybením zadavatelů zcela vyloučena. Od své rozhodovací praxe se tedy Úřad neodchýlil ani v tomto případě, neboť dostatečným a přezkoumatelným způsobem konstatoval, na čem a proč založil své úvahy promítající se do výše uložené pokuty.

69. Nad rámec odůvodnění tohoto rozhodnutí v této souvislosti upozorňuji, že každá peněžité sankce představuje nepříznivý zásah do majetkové i jiné sféry povinného (tedy v tomto případě zadavatelů), a proto negativně dopadá na jeho další činnost, a tedy i na jeho rozvoj (viz rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 16. 11. 2004, č. j. 10 Ca 250/2003-48). S přihlédnutím k následkům spáchání správního deliktu, a k nutnosti naplnění sankčních účinků, zejména předcházení budoucího porušování zákona, nelze výši sankčního postihu zcela minimalizovat.
70. S odkazem na vše uvedené mohu tedy uzavřít, že jsem postup Úřadu při stanovení výše pokut shledal na jedné straně konformním se zněním § 120 odst. 2 písm. a) zákona a § 121 zákona, na straně druhé plně přiléhavý specifickým daného případu. Proto lze postup Úřadu považovat za souladný s pravidly logického usuzování, když předpoklady takového úsudku byly zjištěny zákonným procesním postupem. Úřad při stanovení výše pokut nevybočil ze zákonem stanovených mezí správního uvážení při současném respektování základních zásad správního trestání. S ohledem na to shledávám postup Úřadu při uložení sankce a stanovení její výše za zákonný.
71. Ve smyslu § 89 odst. 2 správního řádu jsem tedy přezkoumal zákonnost napadeného rozhodnutí v jeho napadených výrocích a jeho věcnou správnost v rozsahu vznesených námitek a současně jsem přezkoumal i zákonnost postupu Úřadu, když 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 zadavatelé dopustili 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 byly splněny podmínky pro uložení sankce za spáchaný správní delikt zadavateli, přičemž zjištěný skutkový stav přezkoumal z hlediska naplnění zákonných ustanovení. Dále Úřad uvedl všechny právní normy, které v dané věci aplikoval a současně dostatečně odůvodnil jejich použití. Nelze tedy po přezkoumání napadeného rozhodnutí přisvědčit tvrzení zadavatelů, že je napadené rozhodnutí nezákonné, nepřezkoumatelné a vydané ve správním řízení vykazujícím vady.

#### **Posouzení z hlediska pozdější právní úpravy**

72. Dne 1. 10. 2016 nabyl účinnosti zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „**zákon o zadávání veřejných zakázek**“).
73. Podle čl. 40 odst. 6 usnesení č. 2/1993 Sb., o vyhlášení LISTINY ZÁKLADNÍCH PRÁV A SVOBOD jako součásti ústavního pořádku České republiky (dále jen „**Listina**“) se trestnost činu posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán. Pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější. Shodný princip je vyjádřen i v § 2 odst. 1 zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**trestní zákoník**“). Toto pravidlo zakládá výjimku z jinak obecného zákazu retroaktivity trestních norem, která se uplatní v případě, kdy je pozdější právní úprava pro pachatele příznivější.

Tato výjimka se dle konstantní judikatury Nejvyššího správního soudu aplikuje rovněž v oblasti správního trestání.

74. 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.
75. K posouzení příznivější právní úpravy ve vztahu ke konkrétním okolnostem případu uvádím následující. Deliktní odpovědnost zadavatelů konstatovaná napadeným rozhodnutím se opírá o závěr Úřadu, že zadavatelé porušili § 60 odst. 1 ve spojení s § 51 odst. 4 zákona, neboť posoudili kvalifikaci vybraného uchazeče jako splněnou, přestože ze subdodavatelské smlouvy, kterou vybraný uchazeč prokazoval splnění technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 1 písm. d) zákona, nevyplýval závazek subdodavatele k poskytnutí konkrétního plnění určeného k plnění veřejné zakázky vybraným uchazečem či k poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude vybraný uchazeč oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace podle § 50 odst. 1 písm. d) zákona, když v této subdodavatelské smlouvě nebyl specifikován rozsah závazku subdodavatele k poskytnutí konkrétního plnění, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatelé uzavřeli s vybraným uchazečem dne 2. 6. 2015 smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky. V tomto kontextu (při zachování terminologie zákona) je třeba říci, že i zákon o zadávání veřejných zakázek předpokládá, že v souladu s § 83 odst. 1 písm. d) zákona o zadávání veřejných zakázek musí ze subdodavatelské smlouvy, kterou vybraný uchazeč prokazuje splnění technických kvalifikačních předpokladů podle § 79 odst. 2 písm. b) zákona o zadávání veřejných zakázek, vyplývat závazek subdodavatele k poskytnutí konkrétního plnění určeného k plnění veřejné zakázky vybraným uchazečem či k poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude vybraný uchazeč oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokazuje splnění kvalifikace podle § 73 odst. 3 písm. b) zákona o zadávání veřejných zakázek, a zároveň že v případě, kdy vybraný uchazeč předmětnou kvalifikaci neprokáže v požadovaném rozsahu, je zadavatel s odkazem na § 48 odst. 8 ve spojení s § 48 odst. 2 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek povinen vybraného uchazeče z účasti v zadávacím řízení vyloučit. Stejně tak zůstává zachována i konstrukce správního deliktu, jehož se podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek dopustí zadavatel, který nedodrží pravidla stanovená zákonem o zadávání veřejných zakázek nebo pro zvláštní postupy podle části šesté zákona o zadávání veřejných zakázek, přičemž tím ovlivní nebo



může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu v soutěži o návrh, a zadá veřejnou zakázku, uzavře rámcovou dohodu nebo se soutěž o návrh považuje po výběru návrhu za ukončenou. Jinými slovy řečeno, vzhledem k tomu, že zákon o zadávání veřejných zakázek upravuje tytéž situace, v nichž musí zadavatelé vyloučit vybraného uchazeče ze zadávacího řízení, pak nelze konstatovat, že by posouzení dané věci podle zákona o zadávání veřejných zakázek bylo pro zadavatele příznivější.

76. Ve světle výše uvedeného konstatuji, že v šetřeném případě nelze aplikovat výjimku ze zákazu retroaktivity, neboť právní úprava dle zákona o zadávání veřejných zakázek 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 zadavatelů naplňuje stejné znaky skutkové podstaty, přičemž i výše sazby pokuty a kritéria závažnosti jsou totožná, jak dle zákona o zadávání veřejných zakázek, tak i podle zákona.
77. Z uvedeného vyplývá, že i podle pozdější právní úpravy by se jednalo o správní delikt dle § 268 odst. 1 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek, podle něž by zadavatelé porušil § 48 odst. 8 ve spojení s § 48 odst. 2 písm. a) a dále s § 81 odst. 3 písm. d) zákona o zadávání veřejných zakázek, když by nevyloučili vybraného uchazeče z účasti v zadávacím řízení pro nesplnění technických kvalifikačních předpokladů z důvodu nekonkrétní subdodavatelské smlouvy, přičemž by uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatelé na plnění předmětu veřejné zakázky uzavřeli smlouvu.
78. Co se výroků II. a III. napadeného rozhodnutí, jakožto výroků o trestu týká, uvádím, že zákon o zadávání veřejných zakázek v § 268 odst. 2 stanoví výši pokuty za správní delikt podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek ve stejné výši jako § 120 odst. 2 zákona. Pozdější právní úprava tak ani ve vztahu k výroku II. a III. napadeného rozhodnutí není pro zadavatele příznivější.

#### **Závěr**

79. 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.
80. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.

## **POUČENÍ**

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

### **Obdrží:**

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

### **Vypraveno dne:**

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