



UOHSX0090ZX3

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0651/2016/VZ-47366/2016/542/ODv

Brno: 28. listopadu 2016

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 11. 10. 2016 z moci úřední, jehož účastníkem řízení je zadavatel:

- 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 citovaného zákona uzavřeli dne 26. 3. 2012 smlouvu o sdružení zadavatelů, ve správním řízení zastoupeni na základě plné moci ze dne 31. 10. 2016 JUDr. Janem Olejníčkem, advokátem ev. č. ČAK 10558, se sídlem Helénská 1799/4, 120 00 Praha,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) citovaného zákona v souvislosti s možným nedodržením závazného postupu zadavatele ve veřejné zakázce „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,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – 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 – se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že při zadávání veřejné zakázky „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, porušil ustanovení § 60 odst. 1 ve spojení s § 51 odst. 4 citovaného zákona, neboť posoudil kvalifikaci dodavatele – ENVINET a.s. (dle aktuálního výpisu z obchodního rejstříku nově obchodní firma NUVIA a.s.), IČO 25506331, se sídlem Modřínová 1094, 674 01 Třebíč – jako splněnou, přestože ze smlouvy uzavřené dne 19. 11. 2014 mezi uvedeným dodavatelem a jeho subdodavatelem – FLORES VALLES S.A., se sídlem Isla de Jamaica 10, 280 34 Madrid, Španělsko, zapsaná v obchodní rejstříku pod. č. A 28145191 – kterou dodavatel prokazoval splnění technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 1 písm. d) citovaného zákona, nevyplýval závazek subdodavatele k poskytnutí konkrétního plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či k poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace podle § 50 odst. 1 písm. d) citovaného zákona, když v této smlouvě nebyl specifikován rozsah závazku subdodavatele k poskytnutí konkrétního plnění, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel dne 2. 6. 2015 smlouvu na veřejnou zakázku.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se zadavateli – Ústav molekulární genetiky AV ČR, v.v.i., IČO 68378050, se sídlem Vídeňská 1083, 142 00 Praha – podle ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **ukládá:**

pokuta ve výši 70 000,- Kč (sedmdesát tisíc korun českých).

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

III.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se zadavateli – Univerzita Karlova v Praze, IČO 00216208, se sídlem Ovocný trh 560/5, 110 00 Praha – podle ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **ukládá:**

pokuta ve výši 50 000,- Kč (padesát tisíc korun českých).

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

ODŮVODNĚNÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), jako orgán příslušný podle ustanovení § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších

předpisů (dále jen „zákon“), obdržel podnět k přezkoumání postupu zadavatele – Ústav molekulární genetiky AV ČR, v.v.i., IČO 68378050, se sídlem Vídeňská 1083, 142 00 Praha, (dále jen „zadavatel Ústav molekulární genetiky AV ČR, v.v.i.“) a Univerzita Karlova v Praze, IČO 00216208, se sídlem Ovocný trh 560/5, 110 00 Praha (dále jen „zadavatel Univerzita Karlova v Praze“), kteří ve smyslu § 2 odst. 9 zákona uzavřeli dne 26. 3. 2012 smlouvu o sdružení zadavatelů, ve správním řízení zastoupeni na základě plné moci ze dne 31. 10. 2016 JUDr. Janem Olejníčkem, advokátem ev. č. ČAK 10558, se sídlem Helénská 1799/4, 120 00 Praha (dále společně jen „zadavatel“ nebo „zadavatelé“), ve veřejné zakázce „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), na kterou byla dne 2. 6. 2015 uzavřena smlouva o dílo s vybraným uchazečem – ENVINET a.s. (dle aktuálního výpisu z obchodního rejstříku nově obchodní firma NUVIA a.s.), IČO 25506331, se sídlem Modřínová 1094, 674 01 Třebíč (dále jen „vybraný uchazeč“).

2. Na základě podnětu k přezkoumání postupu zadavatele si Úřad vyžádal dokumentaci související se zadáním veřejné zakázky. Z obdržené dokumentace Úřad zjistil následující skutečnosti.

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

3. Dne 28. 8. 2014 zadavatel odeslal k uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek oznámení o zakázce, které bylo tamtéž dne 29. 8. 2014 uveřejněno.
4. Předmětem veřejné zakázky byla podle bodu 3.1 „Předmět plnění veřejné zakázky“ zadávací dokumentace k veřejné zakázce (dále jen „zadávací dokumentace“) 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 dle zadavatelem specifikovaných technických a obchodních podmínek.
5. V bodu 6.5.1. „Seznam významných dodávek“ zadávací dokumentace veřejné zakázky zadavatel k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů požadoval mj. předložení seznamu významných dodávek, jehož přílohou musela být příslušná osvědčení o realizaci v seznamu uvedených zakázek, přičemž za poskytnutí významné dodávky zadavatel podle odrážky A) citovaného ustanovení zadávací dokumentace považoval ukončené plnění spočívající v dodávce a montáži laboratorního nábytku v minimální hodnotě 70 000 000,- Kč bez DPH.
6. Z protokolu o otevírání obálek ze dne 6. 1. 2015 vyplývá, že zadavatel v zadávacím řízení na veřejnou zakázku obdržel celkem šest nabídek.
7. V protokolu o posouzení kvalifikace ze dne 9. 4. 2015 zadavatel mj. uvedl, že „Uchazeč ENVINET a.s. (pozn. Úřadu: vybraný uchazeč) prokázal splnění kvalifikace v požadovaném rozsahu.“.
8. Součástí nabídky vybraného uchazeče byla mj. smlouva o spolupráci ze dne 19. 11. 2014 uzavřená mezi vybraným uchazečem a 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 podle § 51 odst. 4 zákona prokazoval splnění technického kvalifikačního předpokladu uvedeného v bodu 6.5.1. „Seznam významných dodávek“ zadávací dokumentace pod odrážkou A), tedy realizaci dodávky a montáže laboratorního nábytku v minimální hodnotě 70 000 000,- Kč bez DPH.

9. Podle bodu 2.1 překladu subdodavatelské smlouvy *„Subdodavatel 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.“*.
10. V bodu 2.2 překladu subdodavatelské smlouvy je uvedeno, že *„Seznam 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.“*.
11. Bod 2.3 překladu subdodavatelské smlouvy stanoví, že *„Subdodavatel se zavazuje uzavřít smlouvu s uchazečem, jejímž cílem bude dodávka část veřejné zakázky.“*.
12. V bodu 2.4 překladu subdodavatelské smlouvy je uvedeno, že *„Podmínky 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.“*.
13. Rozhodnutím o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 17. 4. 2015 zadavatel rozhodl o tom, že nejvhodnější nabídkou je nabídka vybraného uchazeče. Dne 2. 6. 2015 pak zadavatel s vybraným uchazečem uzavřel smlouvu o dílo (dále jen „smlouva o dílo“) na plnění předmětu veřejné zakázky, přičemž celková cena za provedení díla včetně DPH činila 108 323 072,- Kč.

II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

14. Vzhledem k tomu, že Úřad na základě posouzení dokumentace o šetřené veřejné zakázce získal pochybnosti, zda zadavatel postupoval v souladu s § 60 odst. 1 zákona ve spojení § 51 odst. 4 zákona, když při zadávání veřejné zakázky posoudil kvalifikaci vybraného uchazeče jako splněnou, přestože ze subdodavatelské smlouvy, kterou vybraných 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 zadavatel uzavřel dne 2. 6. 2015 smlouvu na veřejnou zakázku, zahájil Úřad správní řízení z moci úřední.
15. Účastníkem správního řízení podle ustanovení § 116 zákona je zadavatel.

16. Zahájení správního řízení oznámil Úřad zadavateli Ústav molekulární genetiky AV ČR, v.v.i. a zadavateli Univerzita Karlova v Praze přípisem č. j. ÚOHS-S0651/2016/VZ-41586/2016/542/ODv ze dne 11. 10. 2016. Oznámení o zahájení správního řízení bylo zadavateli Ústav molekulární genetiky AV ČR, v.v.i. doručeno dne 11. 10. 2016 a tímto dnem bylo podle § 46 odst. 2 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), zahájeno správní řízení ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
17. Úřad dále zadavateli usnesením č. j. ÚOHS-S0651/2016/VZ-41594/2016/542/ODv ze dne 13. 10. 2016 určil lhůtu, v níž mohl navrhopvat důkazy či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které mohl vyjádřit své stanovisko.

Vyjádření zadavatele ze dne 21. 10. 2016

18. Dne 21. 10. 2016 obdržel Úřad vyjádření zadavatele k zahájenému správnímu řízení z téhož dne. Dle podaného vyjádření má zadavatel za to, že smysl a záměr zákonodárce v případě ustanovení § 51 odst. 4 písm. b) zákona spočívá v tom, že veřejný zadavatel by si měl z obsahu předložené subdodavatelské smlouvy primárně ověřit, zda existuje závazek subdodavatele poskytujícího kvalifikaci k plnění části veřejné zakázky, pro kterou kvalifikaci poskytl, a současně zda je zajištěno plnění veřejné zakázky kvalifikovaným dodavatelem, přičemž dle zadavatele byly obě podmínky v případě vybraného uchazeče splněny. Jiná aplikace než výše uvedená by byla dle zadavatele nanejvýš formalistická a pomíjela by účel dotčeného ustanovení.
19. Zadavatel je toho názoru, že mu nelze dávat k tíži rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0107/2016/VZ-16236/2016/512/LVa, ze dne 15. 4. 2016, neboť uvedené rozhodnutí bylo vydáno až rok poté, co zadavatel zadávací řízení na veřejnou zakázku ukončil. Zadavatel rovněž zdůraznil, že Úřad v uvedeném rozhodnutí výslovně připustil možnost, aby podmínka stanovená v § 51 odst. 4 písm. b) zákona byla naplněna konkrétní činností či úkolem, jenž byl, a to alespoň částečně, předmětem prokázání kvalifikace. Dle zadavatele je rovněž nutné odlišovat, že Úřad v citovaném rozhodnutí za nedostatečné označil doložení skutečné účasti subdodavatele na plnění poskytnutém dodavatelem vyjádřením podílu, aniž by byly specifikovány konkrétní činnosti či úkoly, které bude subdodavatel vykonávat. V nyní posuzovaném případě však dle zadavatele z čl. 2 odst. 2.3 subdodavatelské smlouvy nade vší pochybnost vyplývá, že předmětem subdodávky bude dodávka části předmětu plnění veřejné zakázky, přičemž z přílohy č. 4 „Prohlášení uchazeče“ ze dne 17. 12. 2014 smlouvy o dílo vyplývá, že se bude konkrétně jednat o dodávku laboratorních a mycích stolů.
20. Zadavatel dále zdůraznil, že rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 57/2013-90 byl v době zadávacího řízení na veřejnou zakázku předmětem kasační stížnosti a zadavatel tak neměl relevantní judikaturu praxi k dispozici. Zadavatel naopak vycházel z rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S540/2012/VZ-2901/2013/IMa ze dne 14. 2. 2013, ve kterém Úřad dospěl k závěru, že zadavatelé mohou akceptovat i taková znění subdodavatelských smluv, kde závazek subdodavatele a rozsah závazku není vyjádřen explicitně, nýbrž i v případech, kdy je takový závazek z obsahu smlouvy logicky dovoditelný. Dle zadavatele pak předmětná subdodavatelská smlouva výše uvedený požadavek naplňuje, když obsahuje náležitosti platného závazku, jehož účelem je zajištění spolupráce v rámci veřejné zakázky nejen ve smyslu prokázání splnění kvalifikace, ale rovněž ve smyslu poskytnutí relevantního plnění.

Vybraný uchazeč prostřednictvím subdodavatele prokazoval rovněž existenci referenční zakázky, přičemž závazky jsou v rámci subdodavatelské smlouvy systematicky řazeny v jediném článku a tvoří tak jeden funkční celek. Dle zadavatele je tak závazek subdodavatele ve smlouvě formulován tak, že z něj konkrétní úkol subdodavatele vyplývá, respektive jej lze bez obtíží dovodit.

21. Zadavatel dále argumentoval zněním originálu subdodavatelské smlouvy, ve kterém je uvedeno: „*The Sub-supplier agrees to enter into a contract with the Competitor to realize the delivery of the part of the procurement.*“ Dle zadavatele je s ohledem na základní pravidla anglické gramatiky nezbytné vycházet ze skutečnosti, že v případě obratu „*the part of the procurement*“ je použit určitý člen „*the*“, z čehož jednoznačně vyplývá, že se jedná o určitou část konkrétní zakázky.
22. Zadavatel dále zdůraznil, že subdodavatelská smlouva může být uzavřena i ve formě smlouvy o smlouvě budoucí, jak vyplývá z rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S133/2/90-12235/2009/530/RPá ze dne 9. 10. 2009. S odkazem na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 78/2010 – 192 ze dne 30. 9. 2011 a na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 57/2013 ze dne 6. 10. 2014 by dle zadavatele pak měl být zcela dostačující i faktický závazek subdodavatele poskytnout dodavateli práva spočívající ve zkušenosti s výrobou některých specifických zařízení.
23. Zadavatel je vzhledem k výše uvedenému toho názoru, že vymezení závazku subdodavatele bylo v posuzovaném případě za zcela dostačující i dle rozhodovací praxe v dané době. Zadavatel nemohl předpokládat změnu rozhodovací praxe a je toho názoru, že nemůže být sankcionován za postup, který byl v rozhodné době považován za konformní s rozhodovací praxí a souladný se zákonem. V opačném případě by se dle zadavatele jednalo o porušení zásady právní jistoty jakožto základní zásady právního státu.
24. Rozsudky Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 51/2013 – 90 a Nejvyššího správního soudu č. j. 3 As 204/2014 – 46 pak nejsou dle zadavatele přílehlavé a aplikovatelné na přezkoumávaný postup zadavatele, neboť subdodavatelská smlouva, kterou se oba rozsudky zabývaly, byla formulována naprosto odlišně. Nejvyšší správní soud pak v uvedeném rozsudku uvedl, že „*Smyslem subdodavatelského způsobu prokazování kvalifikace je tedy umožnit zásadně vhodnému a kompetentnímu dodavateli pouze doplnit vlastní kvalifikační předpoklady dílčími kvalifikačními předpoklady v určitých specifických segmentech, které splňuje jeho subdodavatel. Pokud podle shora citovaného ustanovení zákona o veřejných zakázkách má ze subdodavatelské smlouvy vyplývat „závazek subdodavatele“, je primárně třeba, aby subdodavatelská smlouva vůbec obsahovala nějakou jasně vymezenou kvalifikační dovednost (schopnost, licenci, zkušenost) a reálný platný závazek k jejímu plnění. Subdodavatelská smlouva proto vždy musí splňovat minimálně obecné požadavky na platnost právních úkonů. To znamená, že kromě obecných požadavků na platnost právního úkonu musí subdodavatelská smlouva být dostatečně určitá a srozumitelná. ...Zcela detailní úprava celého subdodavatelského vztahu ve smlouvě, již se prokazuje splnění části kvalifikace subdodavately, není nezbytná.*“ Dle zadavatele pak subdodavatelská smlouva naplňuje výše uvedené požadavky, když jako kvalifikační dovednost uvádí „*dodávku a instalaci laboratorního nábytku a digestoří*“ a přitom definuje závazek subdodavatele vymezením konkrétní činnosti, a to tím, že předmětem budoucího závazku „*bude dodávka části veřejné zakázky*“.

25. Zadavatel dále zdůraznil, že subdodavatel skutečně a řádně poskytl své plnění podle subdodavatelské smlouvy. Dle zadavatele se tak nemohlo jednat o nakupování kvalifikace ale o skutečnou spolupráci mezi dodavatelem a jeho partnerem.
26. Zadavatel dále odkázal na „Expertní právní posudek k veřejným zakázkám a vytýkaným pochybením ze strany poskytovatele dotace“ Doc. JUDr. Ing. Radka Jurčíka, Ph.D. ze dne 24. 7. 2016, ve kterém jsou obsaženy především výše uvedené argumenty zadavatele, přičemž Doc. JUDr. Ing. Radek Jurčík, Ph.D. dospěl k závěru, že ze subdodavatelské smlouvy vyplývalo, že subdodavatel hodlá poskytnout vybranému uchazeči své kapacity na plnění veřejné zakázky s tím, že rozsah prací byl konkretizován.
27. Závěrem zadavatel uvedl, že dle jeho názoru dostál všem zákonným povinnostem a z jeho strany nedošlo k žádnému pochybení. Zadavatel posuzoval subdodavatelské smlouvy v celé komplexnosti podané nabídky, tedy i s ohledem na přílohu č. 4 návrhu smlouvy o dílo, kterou byli uchazeči povinni v nabídce předložit. Předmětná subdodavatelská smlouva dle zadavatele po obsahové stránce splňuje požadavek § 51 odst. 4 písm. b) zákona, neboť obsahuje písemný závazek subdodavatele poskytnout část plnění veřejné zakázky, a to prostřednictvím subdodavatelem prokazované kvalifikace.
28. S ohledem na své argumenty zadavatel navrhl, aby Úřad správní řízení zastavil.

Další průběh správního řízení

29. Dne 27. 10. 2016 vydal Úřad usnesení č. j. ÚOHS-S0651/2016/VZ-43768/2016/542/ODv, kterým zadavateli dle § 39 odst. 1 správního řádu určil lhůtu k vyjádření k podkladům rozhodnutí dle § 36 odst. 3 správního řádu.
30. Dne 3. 11. 2016 Úřad obdržel vyjádření zadavatele z téhož dne, ve kterém zadavatel zopakoval své argumenty uvedené ve svém předchozím vyjádření ze dne 21. 10. 2016.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

31. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve vzájemných souvislostech, a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, vyjádření účastníka řízení a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky, porušil ustanovení § 60 odst. 1 zákona ve spojení s § 51 odst. 4 zákona, neboť posoudil kvalifikaci vybraného uchazeče jako splněnou, přestože ze subdodavatelské smlouvy, kterou vybraný uchazeč prokazoval splnění technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 1 písm. d) zákona, nevyplývá závazek subdodavatele k poskytnutí konkrétního plnění určeného k plnění veřejné zakázky vybraným uchazečem či k poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel 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 smlouvě nebyl specifikován rozsah závazku subdodavatele k poskytnutí konkrétního plnění, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel dne 2. 6. 2015 smlouvu na veřejnou zakázku. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

K právnímu postavení zadavatele Ústav molekulární genetiky AV ČR, v.v.i.

32. Před přezkoumáním samotného postupu zadavatele v zadávacím řízení se Úřad nejprve zabýval otázkou, zda zadavatel – Ústav molekulární genetiky AV ČR, v.v.i. – naplňuje definici zadavatele podle zákona.
33. Podle § 2 odst. 2 písm. d) zákona je veřejným zadavatelem jiná právnická osoba, pokud
1. byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a
 2. je financována převážně státem či jiným veřejným zadavatelem nebo je státem či jiným veřejným zadavatelem ovládána nebo stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu.
34. Dle čl. I. odst. 2 zřizovací listiny zadavatele Ústav molekulární genetiky AV ČR, v.v.i.¹ se na základě zákona č. 341/2005 Sb., o veřejných výzkumných institucích, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o v.v.i.“) právní forma zadavatele změnila ze státní příspěvkové organizace na veřejnou výzkumnou instituci.
35. Podle § 2 odst. 1 zákona o v.v.i. je veřejná výzkumná instituce právnickou osobou, jejímž hlavním předmětem činnosti je výzkum, včetně zajišťování infrastruktury výzkumu, vymezený zákonem o podpoře výzkumu, vývoje a inovací. Veřejná výzkumná instituce svou hlavní činností zajišťuje výzkum podporovaný zejména z veřejných prostředků v souladu s podmínkami pro poskytování veřejné podpory stanovenými právem Evropských společenství.
36. Dle čl. III. odst. 1 zřizovací listiny zadavatele Ústav molekulární genetiky AV ČR, v.v.i. je „*Účelem zřízení ÚMG uskutečňovat vědecký výzkum v oblasti buněčné a molekulární biologie a genetiky, přispívat k využití jeho výsledků a zajišťovat infrastrukturu výzkumu.*“.
37. Dle čl. III. odst. 2 tamtéž je „*Předmětem hlavní činnosti ÚMG vědecký výzkum v oblasti molekulárních základů závažných onemocnění (leukémie, rakovina, AIDS), biologie normální a zhoubně transformované buňky a imunitních dějů, zúčastněných na obraně organismu.*“.
38. Vzhledem k výše uvedenému, kdy hlavní činností zadavatele Ústav molekulární genetiky AV ČR, v.v.i. je výzkum látek zkvalitňujících léčbu při určitých typech onemocnění, přičemž tato činnost zcela nepochybně slouží k ochraně života a zdraví obyvatelstva, Úřad posoudil tuto činnost jako činnost sloužící k uspokojování potřeb veřejného zájmu.
39. Z Výroční zprávy o činnosti a hospodaření za rok 2015 vyplývá, že státní finanční zdroje ve výši 500 282 108,- Kč tvořily 75,23% z celkového příjmu zadavatele Ústav molekulární genetiky AV ČR, v.v.i., pročež lze konstatovat, že podstatným zdrojem jeho příjmů jsou veřejné prostředky.
40. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že Ústav molekulární genetiky AV ČR, v. v. i. je právnickou osobou, která byla zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a je financován převážně státem či jiným veřejným zadavatelem, tudíž naplňuje definici veřejného zadavatele podle § 2 odst. 2 písm. d) zákona.

¹ dostupné z: <http://www.img.cas.cz/files/2012/04/Zrizovaci-listina.pdf>

K právnímu postavení zadavatele Univerzita Karlova v Praze

41. Úřad se rovněž zabýval posouzením otázky právního postavení Univerzity Karlovy v Praze jako zadavatele podle § 2 zákona.
42. Podle § 2 odst. 1 zákona se za zadavatele veřejné zakázky považuje veřejný, dotovaný a sektorový zadavatel.
43. Podle § 2 odst. 2 písm. d) zákona je veřejným zadavatelem jiná právnická osoba, pokud
 1. byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a
 2. je financována převážně státem či jiným veřejným zadavatelem nebo je státem či jiným veřejným zadavatelem ovládána nebo stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu.
44. Z § 101 odst. 1 zákona č. 111/1998 Sb., o vysokých školách a o změně a doplnění dalších zákonů (zákon o vysokých školách), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o vysokých školách“), ve spojení s přílohou č. 1 citovaného zákona vyplývá, že Univerzita Karlova v Praze je veřejnou vysokou školou podle citovaného zákona. Z ustanovení § 2 odst. 2 zákona o vysokých školách vyplývá, že vysoká škola je právnickou osobou.
45. Podle ustanovení § 1 zákona o vysokých školách jsou vysoké školy jako nejvyšší článek vzdělávací soustavy vrcholnými centry vzdělanosti, nezávislého poznání a tvůrčí činnosti a mají klíčovou úlohu ve vědeckém, kulturním, sociálním a ekonomickém rozvoji společnosti tím, že:
 - a) uchovávají a rozhojňují dosažené poznání a podle svého typu a zaměření pěstují činnost vědeckou, výzkumnou, vývojovou a inovační, uměleckou nebo další tvůrčí činnost,
 - b) umožňují v souladu s demokratickými principy přístup k vysokoškolskému vzdělání, získání odpovídající profesní kvalifikace a přípravu pro výzkumnou práci a další náročné odborné činnosti,
 - c) poskytují další formy vzdělávání a umožňují získávat, rozšiřovat, prohlubovat nebo obnovovat znalosti z různých oblastí poznání a kultury a podílejí se tak na celoživotním vzdělávání,
 - d) hrají aktivní roli ve veřejné diskusi o společenských a etických otázkách, při pěstování kulturní rozmanitosti a vzájemného porozumění, při utváření občanské společnosti a přípravě mladých lidí pro život v ní,
 - e) přispívají k rozvoji na národní a regionální úrovni a spolupracují s různými stupni státní správy a samosprávy, s podnikovou a kulturní sférou,
 - f) rozvíjejí mezinárodní a zvláště evropskou spolupráci jako podstatný rozměr svých činností, podporují společné projekty s obdobnými institucemi v zahraničí, vzájemné uznávání studia a diplomů, výměnu akademických pracovníků a studentů.
46. Z čl. 2 „Poslání a činnosti univerzity“ Statutu zadavatele Univerzita Karlova v Praze² vyplývá, že „*Posláním univerzity je šíření vzdělanosti a ochrana poznání, pěstování svobodného*

² dostupné z: <http://www.cuni.cz/UK-5257.html>

myšlení, nezávislého vědeckého bádání i svébytné umělecké tvorby a všestranná podpora tvůrčího ducha lidské společnosti.“

47. Úřad konstatuje, že potřeby veřejného zájmu jsou takové potřeby, jejichž uspokojování slouží širšímu okruhu subjektů a bezpochyby k nim náleží i potřeby vztahující se ke sféře vzdělávání. Jestliže vysoké školy svou činností, resp. poskytováním svých služeb, směřují k uspokojení potřeb společnosti v oblasti vědecké, kulturní, sociální a ekonomické, nemůže být sporu o tom, že jsou zakládány za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, neboť poskytování vzdělávacích služeb je jedním ze základních předpokladů hospodářského, politického i společenského rozvoje celé společnosti. Vzhledem k právě řečenému tedy Úřad uzavírá, že zadavatel Univerzita Karlova v Praze byl založen za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu (a sice za účelem poskytování terciálního vzdělávání), které s ohledem na způsob financování zadavatele (viz dále) nemají průmyslovou nebo obchodní povahu.
48. K tomu, aby bylo možné zadavatele Univerzita Karlova v Praze v šetřeném případě označit za veřejného zadavatele podle § 2 odst. 2 písm. d) zákona, je dále podstatné ověřit, zda je splněna i druhá z podmínek předvídaných v citovaném ustanovení zákona.
49. Podle § 18 odst. 2 písm. a) zákona o vysokých školách je příjmem rozpočtu veřejné vysoké školy zejména příspěvek ze státního rozpočtu na vzdělávací a vědeckou, výzkumnou, vývojovou a inovační, uměleckou nebo další tvůrčí činnost.
50. Z rozpočtu Univerzity Karlovy v Praze na rok 2016, konkrétně z bodu 1. „Neinvestiční příspěvek a dotace v hlavní činnosti“ a bodu 2. „Vlastní výnosy v hlavní činnosti“ vyplývá, že zadavatel Univerzita Karlova v Praze předpokládá celkové výnosy v hlavní činnosti ve výši 9 058 916 000,- Kč, přičemž celkové veřejné prostředky neinvestičního charakteru poskytované univerzitě ve formě příspěvku nebo dotace činí 6 370 316 000,- Kč. Celkové náklady pro rok 2016 pak zadavatel Univerzita Karlova v Praze předpokládá ve výši 9 110 916 000,- Kč.
51. Z výše uvedeného vyplývá, že financování zadavatele Univerzita Karlova v Praze je v roce 2016 zajišťováno z více než 50 % z veřejných zdrojů, a proto Úřad konstatuje, že byla splněna i druhá podmínka uvedená v § 2 odst. 2 písm. d) zákona. Uvedené ostatně Úřad nepovažuje za spornou skutečnost, jelikož ji ani zadavatel Univerzita Karlova v Praze (ve smyslu § 2 zákona) nezpochybňuje.
52. Z výše uvedeného je zřejmé, že zadavatel Univerzita Karlova v Praze je právnickou osobou, která byla zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které s ohledem na způsob financování zadavatele nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a je financována převážně státem či jiným veřejným zadavatelem.
53. Vzhledem k výše uvedenému Úřad konstatuje, že zadavateli Univerzita Karlova v Praze svědčí postavení veřejného zadavatele ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) zákona.

Relevantní ustanovení zákona

54. Podle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
55. Podle § 51 odst. 4 zákona, pokud není dodavatel schopen prokázat splnění určité části kvalifikace požadované veřejným zadavatelem podle § 50 odst. 1 písm. b) a d) v plném

rozsahu, je oprávněn splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prokázat prostřednictvím subdodavatele. Dodavatel je v takovém případě povinen veřejnému zadavateli předložit

- a) doklady prokazující splnění základního kvalifikačního předpokladu podle § 53 odst. 1 písm. j) zákona a profesního kvalifikačního předpokladu podle § 54 písm. a) zákona subdodavatelem a
 - b) smlouvu uzavřenou se subdodavatelem, z níž vyplývá 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 prokázal splnění kvalifikace podle § 50 odst. 1 písm. b) a d) zákona.
56. Podle § 56 odst. 1 písm. a) zákona k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na dodávky může veřejný zadavatel požadovat seznam významných dodávek realizovaných dodavatelem v posledních 3 letech a v případě oblasti obrany nebo bezpečnosti v posledních 5 letech s uvedením jejich rozsahu a doby plnění; přílohou tohoto seznamu musí být
1. osvědčení vydané či podepsané veřejným zadavatelem, pokud bylo zboží dodáno veřejnému zadavateli,
 2. osvědčení vydané jinou osobou, pokud bylo zboží dodáno jiné osobě než veřejnému zadavateli, nebo
 3. smlouva s jinou osobou a doklad o uskutečnění plnění dodavatele, není-li současně možné osvědčení podle bodu 2 od této osoby získat z důvodů spočívajících na její straně.
57. Podle § 60 odst. 1 zákona dodavatel, který nesplní kvalifikaci v požadovaném rozsahu nebo nesplní povinnost stanovenou v § 58, musí být veřejným zadavatelem vyloučen z účasti v zadávacím řízení.
58. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.

K výroku I. tohoto rozhodnutí

59. Úřad předně v obecné rovině uvádí, že z ustanovení § 51 odst. 4 zákona vyplývá, že v případě prokazování splnění technických kvalifikačních předpokladů prostřednictvím subdodavatele musí dodavatel předložit zadavateli mj. smlouvu uzavřenou se subdodavatelem, ze které bude vyplývat závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky či k poskytnutí práv či věcí, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat při plnění veřejné zakázky alespoň v takovém rozsahu, v jakém bylo splnění kvalifikace prokázáno subdodavatelem. Obecně lze tedy konstatovat, že dodavatel je v případě prokazování chybějící kvalifikace subdodavatelem vždy povinen veřejnému zadavateli předložit smlouvu se subdodavatelem, ze které je zřejmé, k jakému plnění a v jakém rozsahu se subdodavatel zavazuje, a současně taková smlouva bude splňovat i veškeré náležitosti stanovené občanským zákoníkem. I v případě, že je smlouva koncipována obecněji, musí být vždy z takové smlouvy patrný závazek subdodavatele k poskytnutí plnění veřejné zakázky nebo k poskytnutí určitých věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci

plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokazuje splnění části kvalifikace místo dodavatele. V tomto ohledu lze textaci dotčeného ustanovení zákona považovat za jednoznačnou.

60. Uvedené obecné závěry Úřadu potvrzuje rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 57/2013-90 ze dne 6. 10. 2014, ve kterém se Krajský soud v Brně k prokazování kvalifikace prostřednictvím subdodavatele vyjádřil následovně: *„Je tedy na uchazeči, aby zvolil způsob, jakým splnění kvalifikace prokáže. K tomu může zčásti využít i kvalifikace svědčící jinému subjektu, avšak hodlá-li jej využít jako subdodavatele (a splnění „své“ kvalifikace prokazovat jejím splněním „u svého subdodavatele“), je na něm, aby reálnou míru participace subdodavatele na veřejné zakázce s ohledem na charakter konkrétního kvalifikačního předpokladu, jehož splnění má být takto prokazováno a jenž vyjadřuje skutečnou odbornost, zkušenost, zdroje, osoby či jiné zázemí, jež bude uchazeči k plnění veřejné zakázky k dispozici, zadavateli prokázal. Neplyne-li reálná dispozice s prostředky, které pro prokázání kvalifikace má uchazeč k dispozici, již z toho, že osoba, o jejíž prostředky se jedná, je pod kontrolou uchazeče (v takovém případě by prokázání kontroly nutně muselo být postaveno naroveň smlouvě podle § 51 odst. 4 písm. b/ ZVZ), je třeba reálnou dispozici s takovými prostředky prokázat smlouvou (jak ukládá § 51 odst. 4 písm. b/ ZVZ). Splnění kvalifikace coby obecnou způsobilost předmět veřejné zakázky podle požadavků zadavatele splnit si tedy z pohledu uchazeče nestačí toliko formálně smluvně „koupit“ (neboť takto formálně „koupená“ kvalifikace uchazečovu způsobilost předmět veřejné zakázky splnit fakticky nemůže prokazovat), nýbrž 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, a v čem bude taková participace spočívat, popř. v jakých ohledech, ve vztahu k jakým částem veřejné zakázky, jakým konkrétním způsobem a do jaké konkrétní míry bude uchazeč reálně disponovat věcmi či právy subdodavatele, a o jaké věci či o jaká práva půjde.“* Citovaný rozsudek Krajského soudu v Brně byl potvrzen rozsudkem Nejvyššího správního soudu sp. zn. 3 As 204/2014 ze dne 14. 5. 2015, ve kterém Nejvyšší správní soud výslovně plně odkázal na závěry ohledně požadavků na podobu subdodavatelských smluv učiněné Krajským soudem v Brně v citovaném rozsudku.
61. Z dokumentace o veřejné zakázce Úřad zjistil, že zadavatel posoudil splnění kvalifikace v případě vybraného uchazeče za prokázané, jak vyplývá z protokolu o posouzení kvalifikace ze dne 9. 4. 2015. Vzhledem k tomu, že vybraný uchazeč prokazoval splnění technických kvalifikačních předpokladů podle bodu 6.5 zadávací dokumentace o veřejné zakázce prostřednictvím subdodavatele, když jako nejvýznamnější referenční dodávku spočívající v dodávce a montáži laboratorního nábytku v minimální hodnotě 70 000 000,- Kč použil právě zakázku subdodavatele (viz bod 8. odůvodnění tohoto rozhodnutí), bylo s ohledem na textaci ustanovení § 51 odst. 4 zákona nezbytné, aby ze subdodavatelské smlouvy vyplýval závazek subdodavatele k poskytnutí plnění, věcí, či práv, alespoň v rozsahu, v jakém prokázal splnění kvalifikace podle § 50 odst. 1 písm. d) zákona.
62. Ze subdodavatelské smlouvy, konkrétně z bodů 2.1 až 2.4 (viz body 9. až 12. odůvodnění tohoto rozhodnutí) vyplývá, 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, když v bodu 2.4 subdodavatelské smlouvy je uvedeno, že *„Podmínky 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 podepíše později.“* Ze subdodavatelské smlouvy tak naopak jednoznačně vyplývá, že rozsah dodávek není určitě a konkrétně stanoven, když dle bodu 2.4 subdodavatelské smlouvy měl být rozsah dodávek upřesněn v následné smlouvě. Ze znění subdodavatelské smlouvy tak 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. Na základě znění subdodavatelské smlouvy tak nebylo možné učinit závěr o splnění technických kvalifikačních předpokladů vybraným uchazečem, neboť subdodavatelská smlouva nespĺňuje podmínky stanovené § 51 odst. 4 zákona.

63. Uvedený závěr ostatně potvrzuje postup zadavatele při posouzení splnění kvalifikace uchazeče MERCI, s.r.o., IČO 46966447, se sídlem Hviezdoslavova 1192/55b, 627 00 Brno (dále jen „uchazeč MERCI, s.r.o.“), jenž prokazoval splnění technických kvalifikačních předpokladů obdobným způsobem jako vybraný uchazeč, a to subdodavatelskou smlouvou uzavřenou s totožným subdodavatelem, společností FLORES VALLES S.A., přičemž subdodavatelská smlouva uzavřená mezi uchazečem MERCI, s.r.o. a subdodavatelem dne 16. 12. 2014 byla v rozhodných ustanoveních prakticky totožná se subdodavatelskou smlouvou uzavřenou mezi vybraným uchazečem a subdodavatelem FLORES VALLES S.A. Rovněž v subdodavatelské smlouvě uzavřené mezi uchazečem MERCI, s.r.o. a subdodavatelem dne 16. 12. 2014 bylo v bodu 2.4 uvedeno, že *„Podmínky smlouvy (která bude podepsána mezi Uchazečem a Subdodavatelem za předpokladu, že Uchazeč vyhraje výše uvedenou veřejnou zakázku) nejsou touto smlouvou o spolupráci specifikovány. Rozsah dodávek bude specifikován ve smlouvě, která bude poté podepsána mezi Uchazečem a Subdodavatelem“*. Přestože znění uvedených subdodavatelských smluv je prakticky totožné, pouze uchazeč MERCI, s.r.o. musel v reakci na požadavky zadavatele předložit nové znění subdodavatelské smlouvy ze dne 11. 3. 2015, ve kterém je v bodu 2.4 závazek subdodavatele nově definován následovně: *„Minimální rozsah dodávky ze strany subdodavatele pro uchazeče v rámci smlouvy o dodávce odpovídá rozsahu práce, který subdodavatel předal v referenčním seznamu uchazeči za účelem podání nabídky ve veřejné zakázce.“*
64. V případě uchazeče MERCI, s.r.o. tak zadavatel dospěl k závěru, že ze subdodavatelské smlouvy uzavřené mezi uchazečem MERCI, s.r.o. a subdodavatelem dne 16. 12. 2014 nevyplývá přesný rozsah závazku subdodavatele a předmětná subdodavatelská smlouva tak nespĺňuje podmínky ustanovení § 51 odst. 4 zákona. Z postupu zadavatele ve vztahu k uchazeči MERCI, s.r.o. je zřejmé, že zadavatel si byl vědom, jaké podmínky musí subdodavatelská smlouva podle ustanovení § 51 odst. 4 zákona spĺňovat, neboť v případě uchazeče MERCI, s.r.o. si od tohoto uchazeče dle § 59 odst. 4 zákona další informace a doklady k prokázání splnění kvalifikace vyžádal.

65. V případě vybraného uchazeče zadavatel postupoval odlišným způsobem a nevyužil možnost požádat jej o objasnění informací podle § 59 odst. 4 zákona. Dle zadavatele totiž z přílohy č. 4 „Prohlášení uchazeče“ ze dne 17. 12. 2014 smlouvy o dílo, která je součástí nabídky vybraného uchazeče, vyplývá, že předmětem dodávky subdodavatele budou laboratorní a mycí stoly (viz bod 19. odůvodnění tohoto rozhodnutí). V „Prohlášení uchazeče“ ze dne 17. 12. 2014 je uvedeno, že vybraný uchazeč „*má v úmyslu zadat plnění části výše uvedené veřejné zakázky (dodávka laboratorních a mycích stolů na základě požadavků zadavatele, dle ZD) jiné osobě (subdodavateli). ...Dále prohlašuji, že pomocí výše uvedeného subdodavatele prokážeme splnění části technických kvalifikačních předpokladů: (A) dodávka a montáž laboratorního nábytku v minimální hodnotě 70 000 000,- Kč bez DPH) – viz. SMLOUVA O SPOLUPRÁCI (referenční č. smlouva MN1258-BIOCEV).*“. K uvedené argumentaci zadavatele Úřad uvádí, že jak z textace přílohy č. 4 „Prohlášení uchazeče“ ze dne 17. 12. 2014 smlouvy o dílo v nabídce vybraného uchazeče, tak z její samotné povahy je jednoznačně zřejmé, že předmětná listina nemůže obsahovat žádný závazek subdodavatele, a tím méně pak stanovit jeho rozsah. Předmětné prohlášení vybraného uchazeče je pouze jednostranným úkonem, který subdodavatele nijak nezavazuje a nemá žádnou právní spojitost se subdodavatelskou smlouvou. Předmětné prohlášení navíc, jak vyplývá přímo z jeho textace, obsahuje pouze vyjádření určitého úmyslu vybraného uchazeče, a rovněž s ohledem na tuto skutečnost není žádným způsobem relevantní pro posouzení náležitostí subdodavatelské smlouvy ve smyslu ustanovení § 51 odst. 4 zákona, neboť z něj ve spojitosti se subdodavatelskou smlouvou nevyplývá závazek subdodavatele k poskytnutí konkrétního 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 prokázal splnění kvalifikace podle § 50 odst. 1 písm. d) zákona.
66. Zadavatel sám ve svém vyjádření ze dne 3. 11. 2016 uvedl, „*že smysl a záměr zákonodárce v případě ust. § 51 odst. 4 písm. b) ZVZ spočívá v tom, že veřejný zadavatel by si měl z obsahu předložené subdodavatelské smlouvy primárně ověřit, zda 1) existuje závazek subdodavatel poskytujícího kvalifikace k plnění části veřejné zakázky, pro kterou kvalifikaci poskytl, a současně zda 2) je zajištěno plnění veřejné zakázky kvalifikovaným dodavatelem.*“. S ohledem na výše uvedené skutečnosti je ovšem zřejmé, že závazek subdodavatele k poskytnutí plnění pro část veřejné zakázky, pro kterou poskytl kvalifikaci, ze subdodavatelské smlouvy jednoznačně nevyplývá, a to ani v kombinaci s přílohou č. 4 „Prohlášení uchazeče“ smlouvy o dílo. Sám zadavatel tak vykládá ustanovení § 51 odst. 4 písm. b) zákona způsobem, který potvrzuje jeho pochybení při posouzení splnění kvalifikace vybraného uchazeče.
67. Úřad dále ve vztahu k naplnění skutkové podstaty šetřeného správního deliktu uvádí, že zákon nevyžaduje prokázání podstatného vlivu na výběr nejvhodnější nabídky, ale postačí pouze možnost takového ovlivnění, přičemž tento závěr vyplývá z rozhodovací praxe jak Úřadu, tak soudů. Např. Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 58/2010-159 ze dne 20. 3. 2012 konstatoval: „*Pro naplnění skutkové podstaty deliktu je přitom takováto možnost zcela postačující a soudu tedy nezbývá než uzavřít s tím, že žalobce nevyvrátil, že by existovala možnost, že by v případě řádného zadání veřejné zakázky byla podána nabídka další, přičemž nelze vyloučit alespoň potenciální možnost, že by se taková nabídka stala nabídkou vítěznou... K tomu je třeba poukázat na to, že se jedná toliko o možnost (hypotézu),*

kerou není možné jakkoli prokázat“. Obdobně pak v rozhodnutí č. j. ÚOHS-R406/2013/VZ-19255/2014/310/PMo ze dne 12. 10. 2014 předseda Úřadu konstatoval, že „*V tomto kontextu je třeba poukázat na znění ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, dle něhož postačuje pouhá možnost podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, což vyplývá z formulace tohoto ustanovení zákona, cit.: „...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“.* Rovněž v rozhodnutí č. j. ÚOHS-R180/2008/VZ-1837/2009/310/ASc ze dne 12. 2. 2009 je uvedeno, že: „*Skutková podstata správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona je navíc naplněna, i pokud jednání zadavatele má pouze potenciál podstatně ovlivnit výběr nabídky, tedy je pouze schopno tohoto ovlivnění, aniž by k němu nutně došlo. Z dikce zákona jasně plyne, že slovo „podstatně“ se vztahuje jak na skutečné ovlivnění (ovlivnil) tak i na potenciální možnost ovlivnění (mohl ovlivnit) výběru nabídky. ...k uložení pokuty Úřadem postačí pouze potenciální možnost ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Úřad tedy není nucen zkoumat, zda k ovlivnění skutečně došlo či nedošlo, neboť z hlediska ustanovení § 120 zákona stačí pouhá možnost tohoto ovlivnění“.* Z výše uvedeného je tedy zřejmé, že není nezbytné prokázat, zda ke skutečnému podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky fakticky došlo, ale postačí „pouhá“ eventualita, resp. potencialita, podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky.

68. V daném případě zadavatel pochybil při posouzení splnění kvalifikace v případě vybraného uchazeče. Pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, musel by stejně jako v případě uchazeče MERCI, s.r.o. vyzvat vybraného uchazeče k vyjasnění kvalifikace postupem dle § 59 odst. 4 zákona. Ani využití tohoto postupu však nemohlo s jistotou zaručit, že by vybraný uchazeč v zadavatelem stanovené lhůtě kvalifikaci v požadovaném rozsahu prokázal, neboť mohlo dojít k situaci, kdy nebude schopen potřebné podklady zadavateli dodat, případně s nimi vůbec nebude disponovat. V takovém případě by pak zadavatel byl nucen přistoupit k vyloučení vybraného uchazeče z účasti v zadávacím řízení podle § 60 odst. 1 zákona, pročež by nutně jako nejvhodnější musela být vybrána nabídka jiného uchazeče. Vzhledem k výše uvedenému vzal Úřad za prokázané, že pochybení zadavatele mohlo mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky, čímž došlo k naplnění i tohoto znaku skutkové podstaty správního deliktu.
69. K argumentu zadavatele, že určitost závazku subdodavatele vyplývá z originálního anglického znění subdodavatelské smlouvy, kde je použit v případě části veřejné zakázky určitý člen „the“, Úřad uvádí, že uvedená argumentace nemůže obstát. Jedná se o obdobnou situaci, jako kdyby v českém znění subdodavatelské smlouvy bylo uvedeno, že „subdodavatel poskytne plnění určité části veřejné zakázky“. Jedná se pouze o vyjádření nejasné konkrétnosti bez její následné specifikace. Argumentace zadavatele by byla správná, pokud by část veřejné zakázky byla v rámci subdodavatelské smlouvy dále blíže (co do konkrétně vymezených práv a povinností) specifikována, avšak o takovou situaci se v posuzovaném případě nejedná. Určitý člen v posuzované subdodavatelské smlouvě může představovat celkem jasnou situaci pro strany smlouvy, které se mohou ústně domluvit na specifikaci části, avšak pro potřeby posouzení subdodavatelské smlouvy zadavatelem s ohledem na § 51 odst. 4 zákona a na příkré citované závěry judikatury soudů není použití určitého členu ani

v nejmenším dostačující, neboť nelze dovodit rozsah této určité části a tedy nelze konkretizovat rozsah závazku subdodavatele.

70. Zadavatel v rámci svého vyjádření opakovaně zdůraznil, že subdodavatelská smlouva může být uzavřena mj. ve formě smlouvy o smlouvě budoucí. S tímto závěrem zadavatele nelze než souhlasit, neboť obdobný závěr v rámci své rozhodovací praxe zastává také Úřad. V posuzovaném případě však není forma subdodavatelské smlouvy pro posouzení věci rozhodná. I v případě, že je subdodavatelská smlouva uzavřena ve formě smlouvy o smlouvě budoucí, musí z ní vyplývat konkrétní závazek subdodavatele k poskytnutí plnění, práv či věcí v určitém rozsahu. Jak však vyplývá z výše uvedeného, právě tyto náležitosti rozhodné pro prokazování splnění kvalifikačních předpokladů ze subdodavatelské smlouvy při žádném výkladu nevyplývaly.
71. Zadavatel dále argumentoval rozhodovací praxí a judikaturou dostupnou v době zadávání veřejné zakázky. Zadavatel např. odkázal na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S540/2012/VZ-2901/2013/IMa ze dne 14. 2. 2013, přičemž uvedl, že předmětné rozhodnutí *„umožňovalo zadavatelům akceptovat i taková znění subdodavatelských smluv, kde závazek subdodavatele a rozsah závazku není vyjádřen explicitně, nýbrž i v případech, kdy je takový závazek z obsahu smlouvy jakkoli logicky dovoditelný.“* O takovou situaci se však v nyní posuzovaném případě nejedná, jak Úřad rozebral výše (viz body 62. až 65. a 69. odůvodnění tohoto rozhodnutí), neboť z obsahu subdodavatelské smlouvy nelze učinit logický závěr o rozsahu závazku subdodavatele. Uvedené rozhodnutí Úřadu navíc bylo dne 6. 10. 2014 zrušeno rozsudkem Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 57/2013, který byl následně dne 14. 5. 2015, tedy sice po rozhodnutí zadavatele o výběru nevhodnější nabídky ze dne 17. 4. 2015, avšak před podpisem smlouvy o dílo na veřejnou zakázku dne 2. 6. 2015, potvrzen rozsudkem Nejvyššího správního soudu č. j. 3 As 204/2014 – 46. Již v říjnu roku 2014 však muselo být zadavateli s ohledem na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 57/2013 ze dne 6. 10. 2014, pokud skutečně sledoval rozhodovací praxi Úřadu a související judikaturu, zřejmé, že subdodavatelská smlouva předložená vybraným uchazečem nesplňuje podmínky stanovené v ustanovení § 51 odst. 4 písm. d) zákona, neboť Krajský soud v Brně tyto podmínky jednoznačně specifikoval v uvedeném rozhodnutí (viz bod 60. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
72. Zadavatel rovněž odkázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 78/2010 – 192 ze dne 30. 9. 2011. Předmětný rozsudek se však zabýval skutkově značně odlišnou situací, kdy v případě řešeném Nejvyšším správním soudem zadavatel (obecně) nepřipustil prokázání technického kvalifikačního předpokladu prostřednictvím subdodavatele postupem podle § 51 odst. 4 zákona, respektive předmětný technický kvalifikační předpoklad chybně vyhodnotil jako jiný požadavek ve smyslu § 44 odst. 3 písm. g) zákona a neumožnil jeho prokázání prostřednictvím subdodavatele s ohledem na skutečnost, že se jednalo o podstatnou část veřejné zakázky. Právě ve světle těchto skutečností je tak nutné nahlížet na zadavatelem citovanou pasáž předmětného rozsudku Nejvyššího správního soudu: *„Podmínky prokazování části kvalifikace (a sice splnění technických kvalifikačních předpokladů) subdodavatelsky, obsažené v ustanovení § 51 odst. 4 zákona, nejsou vázány na míru, v níž se subdodavatel bude podílet na realizaci veřejné zakázky, popř. na vztah požadované kvalifikace k případnému dílčímu subdodavatelskému úkolu na straně dodavatele. Skutečnost, zda se příslušný zadavatelův požadavek váže k „podstatné části*

veřejné zakázky“ či nikoliv, není podmínkou aplikovatelnosti ustanovení § 51 odst. 4 zákona o možnosti prokazovat část kvalifikace subdodavately. To je vázáno na objektivní neschopnost dodavatele prokázat splnění určité části kvalifikace. Oprávnění uchazeče prokázat splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prostřednictvím subdodavatele není dále limitováno. Je na uchazeči, aby si rozdělení činností na straně dodavatele organizoval tak, aby mohl nést ve vztahu k zadavateli odpovědnost za řádnou a včasnou realizaci plnění, a je též na něm, aby si, byť i subdodavately, zajistil k řádnému a včasnému plnění ve prospěch zadavatele podmínky. Pak je též na něm, aby zajistil odpovídající rozdělení odpovědnosti na straně dodavatele. To však nic nemění na skutečnosti, že ve vztahu k zadavateli ponese za splnění veřejné zakázky odpovědnost nadále on sám, stane-li se vítězným uchazečem, a že tedy, vyjma kvalifikačních předpokladů ustanovení § 50 odst. 1 písm. a ZVZ, je oprávněn zadavateli doložit splnění kvalifikačních předpokladů souhrnně za stranu dodavately.“.

73. Výše citovaná pasáž rozsudku Nejvyššího správního soudu se vyjadřuje pouze ke skutečnosti, že zadavatel nesmí omezit možnost uchazeče prokázat splnění kvalifikace prostřednictvím subdodavatele podle § 51 odst. 4 zákona bez ohledu na význam konkrétní části plnění pro veřejnou zakázku. Z rozhodnutí pouze vyplývá, že uchazeč má právo prokázat splnění kvalifikačních předpokladů podle § 50 odst. 1 písm. b) a d) zákona v jakémkoli rozsahu, ve kterém není uvedené kvalifikační předpoklady sám schopen prokázat. Uchazeč tedy může např. prokazovat splnění veškerých technických kvalifikačních předpokladů vůči zadavateli prostřednictvím subdodavatele, avšak následně sám ponese za řádné plnění veřejné zakázky vůči zadavateli odpovědnost, a je jen na něm, jak zajistí, aby subdodavatel vše řádně splnil. Uvedené však nic nemění na nárocích, které jsou na obsah subdodavately smlouvy kladeny ustanovením § 51 odst. 4 písm. b) zákona. Subdodavately smlouva stále musí obsahovat závazek subdodavatele a jeho konkrétní rozsah, citovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu pouze upřesňuje, že rozsah závisí pouze na uvážení uchazeče, který následně ponese za plnění veřejné zakázky odpovědnost, přičemž právo na využití subdodavatele nemůže zadavatel a priori omezit.
74. S ohledem na výše uvedený výklad citovaného rozsudku je pak nutné nahlížet na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 57/2013 ze dne 6. 10. 2014. V případě uvedeného rozsudku Krajského soudu v Brně se z povahy věci nemůže jednat o překonání výše citovaného rozsudku Nejvyššího správního soudu nejen s ohledem na skutečnost, že rozsudek soudu vyššího stupně nemůže být překonán rozsudkem soudu nižšího stupně, ale především s ohledem na skutečnost, že oba rozsudky se zabývají jinou věcnou problematikou a tudíž existují vedle sebe a nelze je řadit hierarchicky. Skutečnost, že rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 78/2010 – 192 ze dne 30. 9. 2011 a rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 57/2013 ze dne 6. 10. 2014 se zabývají odlišnou problematikou, ostatně konstatoval přímo v uvedeném rozsudku Krajský soud v Brně, přičemž Nejvyšší správní soud předmětný rozsudek Krajského soudu v Brně rozsudkem sp. zn. 3 As 204/2014 ze dne 14. 5. 2015 potvrdil.
75. Krajský soud v Brně se v předmětném rozsudku zabýval obsahem subdodavately smlouvy, a konkrétně otázkou, zda z obsahu dané subdodavately smlouvy vyplývá závazek subdodavatele v konkrétním rozsahu. Jednalo se tedy o skutkově obdobnou situaci jako v nyní Úřadem přezkoumávaném případě. V uvedeném případě řešeném Krajským soudem v Brně však byla subdodavately smlouva mnohem podrobnější, když v dotčené

subdodavatelské smlouvě bylo mj. uvedeno: „Subdodavatel se zavazuje dodavateli poskytnout plnění alespoň v rozsahu, v jakém prokázal splnění kvalifikace pro plnění veřejné zakázky. Subdodavatel se zejména zavazuje při plnění veřejné zakázky: - podílet se na ekonomickém řízení zakázky a garantovat ekonomickou výkonnost dodavatele, - podílet se na organizaci a řízení realizace veřejné zakázky, poskytnout odborné zázemí a odbornou zkušenost svoji i svých pracovníků, jakož i součinnosti při kontrole jakosti plnění veřejné zakázky, dále dát dodavateli k dispozici veškeré know-how potřebné k plnění veřejné zakázky a poskytnout mu veškeré zdroje a kapacity, jimiž by snad sám dodavatel nedisponoval“. V případě posuzovaném Krajským soudem v Brně v citovaném rozsudku tak byla subdodavatelská smlouva mnohem obsáhlejší a přesnější, přičemž z ní bylo možné dovodit určitý rozsah závazku subdodavatele, jak vyplývá z výše citované pasáže. S ohledem na tuto skutečnost je pak nutné nahlížet na pasáž citovanou zadavatelem v jeho vyjádření ze dne 21. 10. 2016. Krajský soud skutečně uvedl, že „Se žalovaným lze tedy souhlasit nejvýše v tom, že subdodavatel nemusí práce, ve vztahu k nimž kvalifikaci „prokazoval za dodavatele“, sám realizovat (bod 34. napadeného rozhodnutí), neboť namísto toho může poskytnout uchazeči věci či práva, jak § 51 odst. 4 písm. b) ZVZ také umožňuje.“, avšak toto vyjádření nic nemění na skutečnosti, že ze subdodavatelské smlouvy musí vyplývat určitý rozsah takto poskytnutých práv či věcí. Dále totiž Krajský soud v Brně v citovaném rozsudku uvedl následující: „Je tedy na uchazeči, aby zvolil způsob, jakým splnění kvalifikace prokáže. K tomu může zčásti využít i kvalifikace svědčící jinému subjektu, avšak hodlá-li jej využít jako subdodavatele (a splnění „své“ kvalifikace prokazovat jejím splněním „u svého subdodavatele“), je na něm, aby reálnou míru participace subdodavatele na veřejné zakázce s ohledem na charakter konkrétního kvalifikačního předpokladu, jehož plnění má být takto prokazováno a jenž vyjadřuje skutečnou odbornost, zkušenost, zdroje, osoby či jiné zázemí, jež bude uchazeči k plnění veřejné zakázky k dispozici, zadavateli prokázal. Neplyne-li reálná dispozice s prostředky, které pro prokázání kvalifikace má uchazeč k dispozici, již z toho, že osoba, o jejíž prostředky se jedná, je pod kontrolou uchazeče (v takovém případě by prokázání kontroly nutně muselo být postaveno naroveň smlouvě podle § 51 odst. 4 písm. b) ZVZ), je třeba reálnou dispozici s takovými prostředky prokázat smlouvou (jak ukládá § 51 odst. 4 písm. b) ZVZ).“.

76. Rovněž podle rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 57/2013 ze dne 6. 10. 2014 tak musí ze subdodavatelské smlouvy vyplývat konkrétní závazek subdodavatele a jeho rozsah, respektive míra participace, přičemž jak bylo uvedeno výše (viz bod 62. až 65. odůvodnění tohoto rozhodnutí) v přezkoumávaném případě konkrétní závazek v určitém rozsahu ze subdodavatelské smlouvy žádným způsobem nevyplývá.
77. Z výše uvedených skutečností je patrné, že v rozhodné době již judikatura soudů dostatečně jasně stanovila podmínky aplikace § 51 odst. 4 zákona, o čemž ostatně svědčí i postup zadavatele vůči uchazeči MERCI, s.r.o. (viz bod 64. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad tak vzhledem k výše uvedenému nemohl souhlasit ani s argumentem zadavatele, že rozhodovací praxe a judikatura jeho postup v rozhodném období aprobovala.
78. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel postup uvedený v § 60 odst. 1 zákona ve spojení s § 51 odst. 4 zákona, když při zadávání veřejné zakázky posoudil 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 smlouvě nebyl specifikován rozsah závazku subdodavatele k poskytnutí konkrétního plnění, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel dne 2. 6. 2015 smlouvu na veřejnou zakázku, čímž se dopustil spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

K výrokům II. a III. tohoto rozhodnutí

79. Podle ustanovení § 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.
80. V předmětném případě zadavatel nedodržel postup stanovený v § 60 odst. 1 zákona ve spojení s § 51 odst. 4 zákona, když posoudil kvalifikaci vybraného uchazeče jako splněnou, přestože ze subdodavatelské smlouvy, kterou zadavatel 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 smlouvě nebyl specifikován rozsah závazku subdodavatele k poskytnutí konkrétního plnění, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
81. Vzhledem k výše uvedenému a vzhledem ke skutečnosti, že zadavatelé již na plnění předmětné veřejné zakázky s vybraným uchazečem uzavřeli dne 2. 6. 2015 smlouvu o dílo, naplnili tak skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
82. Podle § 121 odst. 3 zákona (účinného v době zahájení zadávacího řízení) odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.
83. Podle ustanovení čl. 40 odst. 6 ústavního zákona č. 2/1993 Sb., Listina základních práv a svobod (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. Ústavní pravidlo zakotvené v čl. 40 odst. 6 Listiny zakládá výjimku z jinak obecného zákazu retroaktivity a dle judikatury Nejvyššího správního soudu se aplikuje rovněž v řízeních o sankci za správní delikty.
84. V šetřeném případě před zahájením správního řízení nabyl dne 1. 10. 2016 účinnosti zákon č. 134/2016 Sb. o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“), který v ustanovení § 270 odst. 3 uvádí, že odpovědnost zadavatele za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán. Úřad proto v šetřeném případě aplikoval výjimku zakotvenou v čl. 40 odst. 6

Listiny, a posoudil případ ve vztahu k případnému zániku odpovědnosti podle ZZVZ, účinného v době zahájení správního řízení, neboť dospěl k závěru, že je pro zadavatele příznivější.

85. Před uložením pokuty tedy Úřad ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 270 odst. 3 ZZVZ k uložení pokuty. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl z podnětu, který obdržel dne 13. 9. 2016. Ke spáchání správního deliktu došlo dne 2. 6. 2015, kdy zadavatelé uzavřeli s vybraným uchazečem smlouvu o dílo. Správní řízení bylo zahájeno dne 11. 10. 2016. Z uvedených údajů vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatelů za správní delikt nezanikla.
86. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a), c) nebo d).
87. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatelé dopustili správního deliktu, za který může být zadavatelům uložena pokuta, činí 108 323 027,- Kč včetně DPH (podle obsahu smlouvy o poskytování služeb). Horní hranice možné pokuty (10 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí po zaokrouhlení částku ve výši 10 832 303,- Kč.
88. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
89. Hlavním kritériem, které je dle výše citovaného ustanovení rozhodné pro určení výměry pokuty, je závažnost správního deliktu. Jde o obecnou kategorii poměřující rozsah dopadu konkrétního deliktního jednání na specifický právem chráněný zájem s přihlédnutím k významu tohoto chráněného zájmu. Zákon pak demonstrativním výčtem vymezuje, co lze pod pojem závažnost správního deliktu podřadit (způsob jeho spáchání, jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchán). Při zvažování závažnosti správního deliktu Úřad zohlednil následující skutečnosti.
90. Ke způsobu, respektive okolnostem, za kterých byl správní delikt spáchán, Úřad uvádí, že zadavatelé neoprávněně posoudili kvalifikaci vybraného uchazeče jako splněnou, když subdodavatelská smlouva, kterou vybraný uchazeč prokazoval splnění technických kvalifikačních předpokladů, neobsahovala konkrétní závazek subdodavatele k poskytnutí konkrétního plnění v určitém rozsahu, neboť zadavatelé měli dle svého tvrzení za to, že předmětný závazek z nabídky vybraného uchazeče lze logicky dovodit. Zadavatelé tak jednali na základě svého chybného přesvědčení a postupovali v rozporu se zákonem, přičemž při posuzování a hodnocení nabídek a ani v době, kdy uzavírali smlouvu s vybraným uchazečem, nemohli mít jistotu, že předmět plnění dané veřejné zakázky bude plnit uchazeč, který má dostatečné zkušenosti s obdobným předmětem plnění, tedy že bude schopen po technické a profesní stránce zajistit kvalitní provedení předmětu plnění v rámci předmětné veřejné zakázky. Jako k polehčující okolnosti Úřad přihlédl rovněž ke skutečnosti, 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. Uvedená skutečnost ovšem nemůže zhojit předchozí nezákonný postup zadavatelů.
91. Úřad při stanovení výše pokuty vzal v úvahu rovněž závažnost správního deliktu, za který ukládá sankci, přičemž vycházel ze skutečnosti, že v předmětné věci zadavatelé

nepostupovali zcela mimo režim zákona a nedošlo k rozsáhlému ovlivnění hospodářské soutěže, neboť pochybení se zadavatelé dopustili až při posouzení kvalifikace vybraného uchazeče, a nezabránili tak účasti potenciálních uchazečů v zadávacím řízení na veřejnou zakázku. Postupem zadavatelů však 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. Úřad tak posoudil správní delikt jako závažnější, byť vzhledem k výše uvedenému nedosahuje závažnosti nejvyšší, neboť hospodářská soutěž nebyla pochybením zadavatelů zcela vyloučena.

92. Co se týče následků správního deliktu, nesprávným postupem zadavatelů došlo k narušení soutěže, když v návaznosti na vadný postup zadavatelů došlo k uzavření smlouvy s uchazečem, který neprokázal splnění kvalifikace. Základním účelem zadávání veřejných zakázek je uzavření smlouvy s uchazečem, který nejlépe splňuje požadavky zadavatele. Chybným postupem zadavatelů tak došlo k ovlivnění hospodářské soutěže, které mohlo mít dopad do konkurenčního prostředí v daném tržním odvětví.
93. Výše uvedené argumenty v souvislosti s aspekty nutnými pro určení výměry pokuty podle ustanovení § 121 odst. 2 zákona se týkají zadavatelů stejně a nerozdílně, a proto je Úřad neuvádí u každého z příslušných zadavatelů jednotlivě.
94. Při zhodnocení aspektů nutných pro určení výměry pokuty podle ustanovení § 120 odst. 2 zákona však Úřad dospěl k určitým odlišnostem při spáchání správního deliktu jednotlivými zadavateli, a proto při stanovení výše pokut zohlednil rovněž níže uvedené okolnosti, za nichž byl správní delikt spáchán.
95. Úřad ve vztahu ke způsobu stanovení výše uložené pokuty na tomto místě odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 6 As 245/2015 – 33 ze dne 16. 8. 2016, v němž je mimo jiné konstatováno následující: *„Podle § 35 trestního zákona se při postihu souběhu trestných činů ukládá úhrnný nebo souhrnný trest. Tyto tresty „představují pro pachatele výhodnější postup, neboť je v nich zohledněna skutečnost, že pachatel se dopustil dalšího trestného činu, aniž byl varován odsuzujícím rozsudkem týkajícím se dřívějšího trestného činu“ (viz Šámal, P., Púry, F., Rizman, S.: cit. dílo, str. 301). Z této ustanovení pak plyne zásada uložení shodného trestu za sbíhající se trestné činy bez ohledu na to, zda je o těchto činech vedeno společné řízení (§ 20 odst. 1 trestního řádu) či ne. Při ukládání úhrnného i souhrnného trestu soud vychází ze stejných zásad. Z hlediska trestního práva tedy nehraje roli, kdy všechny sbíhající se trestné činy vyjdou najevo, tato skutečnost nesmí být pachateli ani ku prospěchu, ani na újmu. Je zřejmé, že pro trestání souběhu není bezpodmínečně nutné vedení společného řízení, ale naopak je zcela nezbytné použití absorpční zásady, tedy vzájemné posouzení veškerých souvisejících trestních sazeb.“*
96. S ohledem na výše uvedené provedl Úřad šetření, zda je v daném případě na místě zohlednit i jiné sbíhající delikty, za které již zadavatelům byla uložena pokuta podle zákona. Jak již bylo uvedeno v bodu 85. odůvodnění tohoto rozhodnutí, ke spáchání právě projednávaného správního deliktu došlo dne 2. 6. 2015.
97. Z úřední činnosti je Úřadu známo, že dne 24. 7. 2015 vydal ve správním řízení vedeném pod sp. zn. S0324/2015/VZ rozhodnutí z téhož dne, kterým zadavateli Ústav molekulární genetiky AV ČR, v.v.i. uložil pokutu za spáchání správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. b) zákona,

kterého se zadavatel Ústav molekulární genetiky AV ČR, v.v.i. dopustil tím, že v rozporu s § 147a odst. 1 písm. a) zákona ve spojení s § 147a odst. 2 zákona neuveřejnil smlouvu uzavřenou dne 16. 4. 2014 s dodavatelem VWR International s.r.o., IČO 60373242, se sídlem 281 67 Stříbrná Skalice, č. p. 442 (v době uzavření smlouvy se sídlem Nuselská 1419/53, 140 00 Praha 4) na plnění části třetí „ostatní laboratorní přístroje“ veřejné zakázky malého rozsahu „Dodávka drobných laboratorních přístrojů pro projekty OPVK“ zadávané ve výběrovém řízení zahájeném na základě výzvy k podání nabídek ze dne 18. 3. 2014 uveřejněné na profilu zadavatele (<https://www.profilyzadavatele.cz/rizeni-detail/1072/>) dne 21. 3. 2014, na profilu zadavatele do 15 dnů od jejího uzavření, tedy nejpozději dne 2. 5. 2014, ale až dne 20. 10. 2014. Za daný správní delikt, jehož se zadavatel Ústav molekulární genetiky AV ČR, v.v.i. dopustil dne 3. 5. 2014, mu byla podle § 120 odst. 2 písm. b) zákona uložena pokuta ve výši 8 000,- Kč.

98. Z úřední činnosti je Úřadu rovněž známo, že dne 9. 12. 2015 vydal ve správním řízení vedeném pod sp. zn. S0889/2015/VZ příkaz z téhož dne, kterým zadavateli Univerzita Karlova v Praze uložil pokutu za spáchání správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, kterého se zadavatel Univerzita Karlova v Praze dopustil tím, že při zadávání veřejné zakázky „UK FSV – Rekonstrukce prostor v CDMS Krystal pro umístění knihovního fondu“ ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy k podání nabídky ze dne 4. 9. 2014 uveřejněné na profilu zadavatele dne 5. 9. 2014, nedodržel postup stanovený v § 44 odst. 11 zákona, když v příloze č. 1 „Projektová dokumentace včetně výkazu výměr“ zadávací dokumentace stanovil v rámci technické specifikace v jednotlivých položkových rozpočtech požadavky tak, že užil odkazů na konkrétní výrobky příznačné pro jednotlivé výrobce, aniž by přitom pro plnění veřejné zakázky výslovně umožnil použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení, přičemž uvedený postup zadavatele Univerzita Karlova v Praze mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a uvedený zadavatel uzavřel dne 28. 11. 2014 s uchazečem JEŽ spol. s r.o., IČO 49551281, se sídlem Karlštejská 115, 267 12 Loděnice, smlouvu na plnění předmětné veřejné zakázky. Za daný správní delikt, jehož se zadavatel Univerzita Karlova v Praze dopustil dne 28. 11. 2015, mu byla podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona uložena pokuta ve výši 20 000 Kč.
99. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že správní delikty uvedené v bodech 97. a 98. odůvodnění tohoto rozhodnutí a právě projednávaný správní delikt jsou sbíhajícími se správními delikty, za jejichž spáchání by bylo na místě dle principů trestního práva uložit souhrnný trest. Jelikož však (jak již bylo uvedeno výše) k takovému postupu nemá Úřad dostatečnou právní oporu v příslušných právních předpisech (tj. zejména ve správním řádu), Úřad postupoval při aplikaci zásady absorpce per analogiam tak, že při ukládání pokut za právě projednávaný správní delikt přihlédl u zadavatele Ústav molekulární genetiky AV ČR, v.v.i. k již uložené pokutě v rámci správního řízení vedeného u Úřadu pod sp. zn. S0324/2015/VZ a u zadavatele Univerzita Karlova v Praze k již uložené pokutě v rámci správního řízení vedeného u Úřadu pod sp. zn. S0889/2015/VZ.
100. Při stanovení výše pokuty Úřad rovněž zohlednil způsob jednání zadavatelů v rámci zadávacího řízení. V čl. III „Způsob jednání jménem smluvních stran“ smlouvy o sdružení zadavatelů ze dne 26. 3. 2012 je mj. uvedeno následující:

„Ke všem jednáním a činnostem souvisejícím se zadáváním veřejných zakázek dle této smlouvy je jménem smluvních stran ve smyslu § 2 odst. 9 zákona o veřejných zakázkách

oprávněn, vyjma uzavření příslušných smluv s vybranými uchazeči v souladu s čl. VI. odst. 2 této smlouvy:

Ústav molekulární genetiky AV ČR, v.v.i.,

IČ: 68378050,

se sídlem Vídeňská 1083, 142 20 Praha 4,

(dále jen „zástupce sdružení zadavatelů“).

101. Výše specifikovaný způsob jednání rovněž potvrzuje postup zadavatele Ústav molekulární genetiky AV ČR, v.v.i. při zadávání veřejné zakázky, neboť např. rozhodnutí o výběru nevhodnější nabídky ze dne 17. 4. 2015, stejně jako čtyři rozhodnutí o vyloučení jednotlivých uchazečů ze dne 15. 4. 2015 a rozhodnutí o vyloučení uchazeče ze dne 7. 5. 2015 jsou signována prof. RNDr. Václavem Hořejším, CSc., ředitelem zadavatele Ústav molekulární genetiky AV ČR, v.v.i. Zadavatel Ústav molekulární genetiky AV ČR, v.v.i. tak při zadávání veřejné zakázky postupoval podle výše citovaného čl. III „Způsob jednání jménem smluvních stran“ smlouvy o sdružení zadavatelů ze dne 26. 3. 2012, jednal jménem sdružení zadavatelů samostatně, a tedy jeho podíl na porušení zákona je v šetřeném případě větší než podíl zadavatele Univerzita Karlova v Praze, protože Úřad uložil zadavateli Ústav molekulární genetiky AV ČR, v.v.i. vyšší pokutu nežli zadavateli Univerzita Karlova v Praze.
102. I přes výše uvedené však odpovědnost zadavatelů za spáchaný správní delikt zůstává společná, přičemž z dokumentace se nepodává, že by se zadavatel Univerzita Karlova v Praze kvalifikovaným způsobem sám snažil napravit postup zadavatele Ústav molekulární genetiky AV ČR, v.v.i. nebo že by jinak činil či namítal postup zadavatele Ústav molekulární genetiky AV ČR, v.v.i. v průběhu zadávacího řízení na veřejnou zakázku. Ostatně i z vyjádření ze dne 3. 11. 2016 je zřejmé, že oba zadavatelé měli a nadále mají na danou věc stejný názor, resp. oba nadále považují takovýto postup za souladný se zákonem.
103. Úřad dále přihlédl i k ekonomické situaci jednotlivých zadavatelů, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. Z výroční zprávy o činnosti a hospodaření za rok 2015 zadavatele Ústav molekulární genetiky AV ČR, v.v.i., konkrétně z čl. VI. „Finanční informace o skutečnostech, které jsou významné z hlediska posouzení hospodářského postavení instituce a mohou mít vliv na její vývoj“ vyplývá, že příjmy zadavatele Ústav molekulární genetiky AV ČR, v.v.i. se pohybují v řádu stamilionů Kč. Z rozpočtu zadavatele Univerzita Karlova v Praze pro rok 2016, konkrétně z bodu 1. „Neinvestiční příspěvek a dotace v hlavní činnosti“ a bodu 2. „Vlastní výnosy v hlavní činnosti“ vyplývá, že uvedený zadavatel hospodaří s příjmy v řádu miliard Kč. Vzhledem k této skutečnosti Úřad konstatuje, že stanovené výše pokut nelze vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatelé v rámci svých rozpočtů disponují, považovat za likvidační.
104. Úřad vychází z premisy, že pokuta uložená zadavateli za spáchaní správního deliktu má obecně plnit mj. dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní, tj. postih za porušení povinností stanovených zákonem, a funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu.
105. Úřad posoudil postup zadavatelů ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatelů přistoupil k uložení pokut, neboť smlouva na realizaci předmětné veřejné

zakázky byla uzavřena a nápravy již nelze dosáhnout. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů považuje Úřad pokutu ve výši 70 000,- Kč uloženou výrokem II. tohoto rozhodnutí zadavateli Ústav molekulární genetiky AV ČR, v.v.i. i pokutu ve výši 50 000,- Kč uloženou výrokem III. tohoto rozhodnutí zadavateli Univerzita Karlova v Praze za dostačující.

106. Pokuty jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj v Brně zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO zadavatele.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží:

JUDr. Jan Olejníček, advokát, Helénská 1799/4, 120 00 Praha

Vypraveno dne:

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