



UOHSX009FTV4

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0026/2017/VZ-11194/2017/323/MOđ

Brno 3. dubna 2017

V řízení o rozkladu ze dne 27. 1. 2017, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, jež podali zadavatelé –

- **Ústav molekulární genetiky AV ČR, v.v.i.**, IČO 68378050, se sídlem Vídeňská 1083, 142 00 Praha, a
- **Univerzita Karlova**, 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 24. 1. 2017 advokátní kanceláří 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 č. j. ÚOHS-S0723/2016/VZ-01489/2017/522/JKr ze dne 12. 1. 2017,

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 „**Výpočetní technika pro centrální IT infrastrukturu II.**“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 12. 3. 2015 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 13. 3. 2015 pod ev. č. 509624 a v Úředním věstníku EU pod zn. 2015/S 054-094148 dne 18. 3. 2015,

jsem na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, rozhodl takto:

I.

Výrok I. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0723/2016/VZ-01489/2017/522/JKr ze dne 12. 1. 2017, podle § 152 odst. 5 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. c) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů

m ě n í m

takto:

„Zadavatel – Ústav molekulární genetiky AV ČR, v. v. i., IČO 68378050, se sídlem Vídeňská 1083, 142 00 Praha – **se dopustil** správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že nedodržel postup stanovený v ust. § 59 odst. 1 cit. zákona v návaznosti na ust. § 51 odst. 4 písm. b) cit. zákona, když posoudil kvalifikaci uchazeče TOTAL SERVICE s. r. o., IČO 25618067, se sídlem U Uranie 18, Praha 7 – Holešovice, jako splněnou, ačkoliv neměl postaveno najisto, zda cit. uchazeč splnil v plném rozsahu technický kvalifikační předpoklad ve smyslu § 56 odst. 1 písm. a) cit. zákona požadovaný v čl. 6.5.1. zadávací dokumentace, podle kterého dodavatel prokáže splnění předmětného technického kvalifikačního předpokladu předložením osvědčení o dvou významných dodávkách realizovaných v posledních 3 letech, přičemž za poskytnutí významné dodávky zadavatel považoval „řádné (tj. předané objednateli bez nevypořádaných reklamací) ukončené plnění spočívající v realizaci zakázky, jejímž předmětem (či součástí předmětu) byla mj. dodávka, instalace a zprovoznění datového uložení a serverů, jejíž hodnota byla minimálně 20 mil. Kč bez DPH a zároveň součástí každé takové dodávky byl vždy i odpovídající servis dodaných zařízení po dobu nejméně 12 měsíců“, když tento uchazeč prokazoval technickou kvalifikaci **podle § 56 odst. 1 písm. a) cit. zákona** výlučně prostřednictvím subdodavatele IBM Česká republika, spol. s r. o., IČO 14890992, se sídlem V Parku 2294/4, 148 00 Praha 4 – Chodov, dle § 51 odst. 4 cit. zákona, přičemž ale nepředložil smlouvu uzavřenou s cit. subdodavatelem, z níž by vyplýval jednoznačný závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či 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 § 56 odst. 1 písm. a) cit. zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a uzavřel dne 1. 7. 2015 smlouvu na veřejnou zakázku s uchazečem TOTAL SERVICE s. r. o., IČO 25618067, se sídlem U Uranie 18, Praha 7 – Holešovice.“

II.

Výrok II. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0723/2016/VZ-01489/2017/522/JKr ze dne 12. 1. 2017, podle § 152 odst. 5 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

III.

Výrok III. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0723/2016/VZ-01489/2017/522/JKr ze dne 12. 1. 2017, podle § 152 odst. 5 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. c) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů

m ě n í m

takto:

„Zadavatel – Univerzita Karlova, IČO 00216208, se sídlem Ovocný trh 560/5, 110 00 Praha – **se dopustil** správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že nedodržel postup stanovený v ust. § 59 odst. 1 cit. zákona v návaznosti na ust. § 51 odst. 4 písm. b) cit. zákona, když posoudil kvalifikaci uchazeče TOTAL SERVICE s. r. o., IČO 25618067, se sídlem U Uranie 18, Praha 7 – Holešovice, jako splněnou, ačkoliv neměl postaveno najisto, zda cit. uchazeč splnil v plném rozsahu technický kvalifikační předpoklad ve smyslu § 56 odst. 1 písm. a) cit. zákona požadovaný v čl. 6.5.1. zadávací dokumentace, podle kterého dodavatel prokáže splnění předmětného technického kvalifikačního předpokladu předložením osvědčení o dvou významných dodávkách realizovaných v posledních 3 letech, přičemž za poskytnutí významné dodávky zadavatel považoval „řádné (tj. předané objednateli bez nevypořádaných reklamací) ukončené plnění spočívající v realizaci zakázky, jejímž předmětem (či součástí předmětu) byla mj. dodávka, instalace a zprovoznění datového uložisti a serverů, jejíž hodnota byla minimálně 20 mil. Kč bez DPH a zároveň součástí každé takové dodávky byl vždy i odpovídající servis dodaných zařízení po dobu nejméně 12 měsíců“, když tento uchazeč prokazoval technickou kvalifikaci **podle § 56 odst. 1 písm. a) cit. zákona** výlučně prostřednictvím subdodavatele IBM Česká republika, spol. s r. o., IČO 14890992, se sídlem V Parku 2294/4, 148 00 Praha 4 – Chodov, dle § 51 odst. 4 cit. zákona, přičemž ale nepředložil smlouvu uzavřenou s cit. subdodavatelem, z níž by vyplýval jednoznačný závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či 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 § 56 odst. 1 písm. a) cit. zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a uzavřel dne 1. 7. 2015 smlouvu na veřejnou zakázku s uchazečem TOTAL SERVICE s. r. o., IČO 25618067, se sídlem U Uranie 18, Praha 7 – Holešovice.“

IV.

Výrok IV. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0723/2016/VZ-01489/2017/522/JKr ze dne 12. 1. 2017, podle § 152 odst. 5 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

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 (v době vydání tohoto rozhodnutí přejmenována na Univerzitu Karlovu, pozn. předsedy Úřadu), 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**“)¹ uzavřeli dne 26. 3. 2012 smlouvu o sdružení zadavatelů (dále jen „**zadavatelé**“), a to za účelem zadání veřejné zakázky s názvem „Výpočetní technika pro centrální IT infrastrukturu II.“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 12. 3. 2015 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 13. 3. 2015 pod ev. č. 509624 a v Úředním věstníku EU pod zn. 2015/S 054-094148 dne 18. 3. 2015 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Podle bodu II. 1. 5) oznámení o veřejné zakázce byl předmětem veřejné zakázky „*nákup řešení skládajícího se z: dodávky provozních a vědeckých serverů, virtualizačního serverového vybavení, datových uložišť pro provozní a vědecká data, systému pro řízení přístupu uživatelů k datovým uložišťům (systém pro řízení identit), souvisejícího HW příslušenství, zaškolení IT personálu, technických konzultací, akceptačních testů, záruky a servisu*“.
3. V bodu 6.5.1. zadávací dokumentace zadavatelé mimo jiné uvedli, že k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 1 písm. a) zákona je nutno předložit seznam významných dodávek, jehož přílohou mají být příslušná osvědčení o realizaci v seznamu uvedených zakázek, přičemž za poskytnutí významné dodávky zadavatelé považovali „*řádně (tj. předané objednateli bez nevypořádaných reklamací) ukončené plnění spočívající v realizaci zakázky, jejímž předmětem (či součástí předmětu) byla mj. dodávka, instalace a zprovoznění datového uložště a serverů, jejíž hodnota byla minimálně 20 mil. Kč bez DPH a zároveň součástí každé takové dodávky byl vždy i odpovídající servis dodaných zařízení po dobu nejméně 12 měsíců*“.
4. Z rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 19. 6. 2015 je zřejmé, že zadavatelé měli za prokázané splnění kvalifikace v požadovaném rozsahu i u uchazeče TOTAL SERVICE s. r. o., IČO 25618067, se sídlem Jankovcova 53 (pozn. předsedy Úřadu: nyní U Uranie 954/18), 170 00 Praha 7 – Holešovice, neboť jeho nabídku nakonec vyhodnotili jako nejvhodnější (dále jen „**vybraný uchazeč**“) a dne 1. 7. 2015 s ním uzavřeli na plnění předmětu veřejné zakázky kupní smlouvu s celkovou cenou 33 819 500 Kč včetně DPH.
5. Součástí nabídky vybraného uchazeče byla rovněž smlouva o spolupráci ze dne 15. 4. 2015, již vybraný uchazeč uzavřel se společností IBM Česká republika, spol. s r. o., IČO 14890992, se sídlem V Parku 2294/4, 148 00 Praha 4 – Chodov (dále jen „**subdodavatelská smlouva**“ a „**subdodavatel**“). Prostřednictvím subdodavatele vybraný uchazeč prokazoval podle § 51 odst. 4 zákona splnění technického kvalifikačního předpokladu spočívajícího v předložení seznamu významných dodávek.

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

6. Ve vztahu ke správnímu řízení vedenému Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) je vzhledem k ustanovení čl. 1.2 a 2.3 subdodavatelské smlouvy odkazujícím v podrobnostech předmětu plnění jednotlivých projektů na přílohy třeba citovat zejména z přílohy č. 1 subdodavatelské smlouvy odkazující výslovně na veřejnou zakázku, kde jsou vymezeny jednak
- „CÍLE“ spolupráce tak, že: „*Subdodavatel výslovně potvrzuje (...) a zavazuje se poskytnout TOTAL SERVICE s. r. o. níže uvedené budoucí plnění (...)*“ a rovněž se zavazuje, že v případě výběru nabídky vybraného uchazeče se „*bude na výše uvedené zakázce podílet v rozsahu své subdodávky a že poskytne Dodavateli v rámci své subdodávky věci a práva tak, aby s nimi byl dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění Zakázky. Dále se obě smluvní strany zavazují, že uzavřou v případě výzvy ze strany TOTAL SERVICE s. r. o. smlouvu v rozsahu dohodnutých činností. Smluvní strany se dohodly, že jejich vzájemný vztah a veškeré smlouvy v rámci ní vzniknuší se budou řídit Obchodními podmínkami IBM pro poskytování služeb, vydání 01/2014.*“, a jednak
 - „ČINNOSTI“ spolupráce tak, že: „*se Subdodavatel bude podílet především na následujících činnostech[:] a. Návrh architektury a kontrola implementace*“.
7. 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 23. 11. 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

8. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností a po zhodnocení všech podkladů vydal Úřad dne 12. 1. 2017 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0723/2016/VZ-01489/2017/522/JKr z téhož dne (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
9. Výrokem I. a III. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že se zadavatelé dopustili správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodrželi postup podle § 59 odst. 1 v návaznosti na § 51 odst. 4 písm. b) zákona, když posoudili kvalifikaci vybraného uchazeče jako splněnou, ačkoliv neměli postaveno najisto, zda tento „*splnil v plném rozsahu technický kvalifikační předpoklad ve smyslu § 56 odst. 1 písm. a) cit. zákona požadovaný v čl. 6.5.1. zadávací dokumentace*“ předložením osvědčení o 2 významných dodávkách, když „*prokazoval technickou kvalifikaci výlučně prostřednictvím subdodavatele*“, dle § 51 odst. 4 zákona, přičemž ale nepředložil smlouvu, z níž by vyplýval jednoznačný závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či 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 § 56 odst. 1 písm. a) cit. zákona*“, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky a zadavatelé uzavřeli na veřejnou zakázku smlouvu.
10. Výrokem II. a IV. 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 50.000 Kč a Univerzitě Karlově pokutu ve výši 15 000 Kč.

11. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad po posouzení právního postavení zadavatelů nejdříve v obecné rovině, a při zohlednění judikatury správních soudů, zejména rozsudku Krajského soudu v Brně č.j. 62 Af 57/2013 - 90 ze dne 6. 10. 2014 (dále jen „**KS**“ a „**rozsudek KS**“), kterým bylo zrušeno a vráceno rozhodnutí předsedy č. j. ÚOHS-R54/2013/VZ-8821/2013/310/PMo/IPs ze dne 15. 5. 2013 (dále jen „**rozhodnutí R54/2013**“) a zároveň zrušeno rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S540/2012/VZ-2901/2013/514/IMa ze dne 14. 2. 2013 (dále jen „**rozhodnutí S540/2012**“), a dále rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 3 As 204/2014 – 46 ze dne 14. 5. 2015 (dále jen „**NSS**“ a „**rozsudek NSS**“), jež rozsudek KS potvrdil, 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.
12. Z předložené subdodavatelské smlouvy, zejména pak z její přílohy č. 1, však dle Úřadu takový závazek neplyne. Vychází přitom například z formulace, dle které se subdodavatel zavazuje podílet na veřejné zakázce „v rozsahu své subdodávky“ a poskytnout „věci a práva, tak, aby s nimi byl dodavatel oprávněn disponovat“ bez specifikace těchto konkrétních věcí a práv. Z formulace tamtéž uvedených činností subdodavatele, kterými má být: „*Návrh architektury a kontrola implementace*“, lze dle Úřadu dovodit pouze obecný předpoklad jeho podílu na návrhu technické architektury řešení a kontrole blíže nespecifikované implementace, avšak „*[z]ávazek participace na konkrétních a z pohledu zadavatele relevantních činnostech, tedy na dodávce, instalaci a zprovoznění datového uložště a serverů včetně odpovídajícího servisu dodaných zařízení v rámci subdodavatelské smlouvy absentuje*“. Úřad měl tedy za prokázané, že zadavatel nedodržel postup podle zákona, když posoudil kvalifikaci vybraného uchazeče jako splněnou, ačkoliv ze subdodavatelské smlouvy nevyplývá „jednoznačný závazek“ subdodavatele k poskytnutí plnění, věcí či práv „alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace podle § 56 odst. 1 písm. a) zákona“.
13. Úřad v daném případě též dovodil, že pochybení zadavatelů mohlo mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky. 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, stejně jako rozsudek KS zrušující rozhodnutí R54/2013, o němž se zadavatelé opírají ve svých odkazech na ustálenou rozhodovací praxi a s tím spojené legitimní očekávání, respektive, že rozsudek NSS potvrzující správnost rozsudku KS byl vydán v řádu několika dní po uplynutí lhůty pro podání nabídek na veřejnou zakázku.
14. 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 jeho následky a také způsob a okolnosti, za nichž byl spáchán. Z hlediska závažnosti správního deliktu Úřad konstatoval, že správní delikt spočívající v nesprávném posouzení kvalifikace lze obecně pokládat za závažný, neboť tímto není ohroženo „jenom“ plnění dané veřejné zakázky dodavatelem, který by kvalifikaci neprokázal, ale i transparentnost a nediskriminační charakter zadávacího řízení jako celku, vzhledem k potenciální účasti dalších dodavatelů, pokud by i tito dopředu věděli, že jim bude podobná

„úleva“ z původně stanovených zadávacích podmínek poskytnuta. Ve prospěch zadavatelů pak Úřad zohlednil skutečnost, že zadavatelé nerezignovali na posouzení kvalifikace vybraného uchazeče jako takové, neboť subdodavatelská smlouva určitý závazek obsahovala, byť nebyl z pohledu zákona zcela dostačující.

15. Žádné další společné přitěžující ani polehčující okolnosti v souvislosti se spácháním správního deliktu nebyly Úřadem shledány, nicméně Úřad ve prospěch Univerzity Karlovy zohlednil způsob jednání zadavatelů v rámci zadávacího řízení vyplývající ze smlouvy o jejich sdružení. Úřad při výměře pokut vzal v potaz i jednotlivým zadavatelům dříve uložené pokuty v jiných správních řízeních, jak plyne z bodů 164 až 167 a 171 až 183 odůvodnění napadeného rozhodnutí. 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 50 000 Kč a 15 000 Kč neohrožují ekonomickou situaci zadavatelů hospodařících v řádech stovek milionů, respektive v řádech miliard korun českých.

III. Námitky rozkladu

16. Dne 27. 1. 2017 obdržel Úřad rozklad zadavatelů z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavatelům doručeno dne 12. 1. 2017. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
17. Zadavatelé přitom brojí proti všem výrokům napadeného rozhodnutí pro nezákonnost a vady napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo.
18. Proti výrokům I. a III. namítají jejich zásadní věcnou nesprávnost, když vybraný uchazeč neprokazoval celou „*technickou kvalifikaci výlučně prostřednictvím subdodavatele*“, jak uvedl v těchto výrocích Úřad, neboť jej využil pouze v rámci technického kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 1 písm. a) zákona.
19. Zadavatelé jsou přesvědčeni, že v důsledku nesprávného věcného posouzení, kdy Úřad opomněl samostatné prokázání (tj. vlastními kapacitami vybraného uchazeče) zbytku technické kvalifikace podle § 56 odst. 1 písm. b) zákona a podle § 56 odst. 2 písm. e) zákona, která tvořila výrazně větší část zadavatelů požadovaných technických kvalifikačních předpokladů, Úřad neposoudil subdodavatelský závazek k poskytnutí plnění pro veřejnou zakázku komplexně a objektivně, a to s důrazem na skutečný rozsah subdodavatelem prokazované kvalifikace, který navíc posuzoval ryze formalisticky, bez ohledu na skutečný kvalitativní význam činností, které subdodavatel fakticky realizoval, čímž navíc porušil zásadu proporcionality.
20. Zadavatelé dále vytýkají Úřadu nesprávné a neúplné zjištění skutkového stavu, když mimo nesprávný závěr o rozsahu prokazování kvalifikace subdodavatelem nezohlednil „*prokazatelně doloženou skutečnost, že ze subdodavatelské smlouvy a z její přílohy č. 1 plyne závazek k poskytnutí plnění (...) věcí či práv v rozsahu kvalifikace prokazované subdodavatelem a závazek uzavřít v případě výzvy (...) smlouvu v rozsahu dohodnutých činností*“, a dále se nezabýval jimi navrhovanými odbornými právními stanovisky, když v bodě 138 odůvodnění napadeného rozhodnutí pouze obecně konstatoval, že tyto nezbavují zadavatele odpovědnosti za jejich jednání.

21. Úřad dle zadavatelů porušil i jejich právo na spravedlivý proces dle čl. 36 odst. 1 *in fine* ústavního zákona - usnesení předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**Listina**“), když při svém rozhodování zohlednil pouze skutečnosti v jejich neprospěch a nevzal v úvahu ty jdoucí v jejich prospěch.
22. Nakonec zadavatelé popírají i naplnění 2. znaku skutkové podstaty, tedy podstatného vlivu na výběr nejhodnější nabídky, neboť jejich případná výzva k vysvětlení směřovaná vybranému uchazeči by vedla k prostému formálnímu doplnění textu smlouvy, a při následné realizaci se subdodavatel skutečně podílel na příslušné části zakázky.

Závěr rozkladu

23. S ohledem na námitky uvedené v rozkladu zadavatelé navrhuje, 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

24. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

25. 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 závěru uvedenému ve výročí tohoto rozhodnutí, které v podrobnostech odůvodňuji níže.

V. K důvodům změny výroků I a III. napadeného rozhodnutí

26. Zadavatelé v rozkladu předně uvádí, že výroky I. a III. napadeného rozhodnutí jsou věcně nesprávné, když neodpovídají skutečnosti, a z této nesprávnosti plyne i celkové nesprávné právní posouzení v přezkoumávaném případě. Podle zadavatelů se skutečnost, že vybraný uchazeč prokazoval „*technickou kvalifikaci výlučně prostřednictvím subdodavatele*“ neopírá o jím předloženou dokumentaci o veřejné zakázce, když je zřejmé, že převážnou část technické kvalifikace, tj. seznam požadovaných techniků a požadovaná osvědčení o vzdělání a odborné kvalifikaci osob odpovědných za poskytování příslušných služeb prokazoval vybraný uchazeč „*výlučně svými vlastními kapacitami*“. Zadavatelé zároveň zdůrazňují, že se nejedná o vadu, kterou by bylo možno kvalifikovat jako písařskou chybu nebo zřejmou nesprávnost, neboť znění předmětných výroků má nepřímý věcný dopad na posouzení celé věci, a tedy i na jejich procesní práva.

27. V souvislosti s výše uvedeným lze alespoň v obecné rovině odkázat na rozhodovací praxi Nejvyššího správního soudu (dále jen „**NSS**“) v otázkách splnění podmínek přezkumu rozhodnutí. V usnesení rozšířeného senátu NSS č. j. 2 As 34/2006-73 ze dne 15. 1. 2008 (dále jen „**usnesení rozšířeného senátu NSS**“), byla aprobována i dřívější rozhodovací praxe NSS a obzvláště pak rozhodnutí jeho třetího senátu č. j. 3 Ads 21/2004-55 ze dne 23. 2. 2005, v rámci něhož byl upřesněn i obsah pojmu nesrozumitelnost ve smyslu § 76 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů takto: *„Za nesrozumitelné je nutno považovat zejména rozhodnutí, jehož výrok je vnitřně rozporný, u něhož existuje rozpor mezi výrokem a jeho odůvodněním apod. Nepřezkoumatelnost správního rozhodnutí brání posouzení jeho zákonnosti v rozsahu uplatněných žalobních bodů.“*
28. Vzhledem k zásadní otázce přezkoumatelnosti výroků o spáchání správního deliktu pro následné podrobné posouzení zákonnosti napadeného rozhodnutí, řízení, které jeho vydání předcházelo, a jeho správnosti v rozsahu námitek uvedených v rozkladu podle § 89 odst. 2 správního řádu, a pro posouzení možnosti jeho případné změny podle § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu, je nejdříve nezbytné zabývat se námitkou nesouladu těchto výroků se skutkovým stavem a jejich tvrzenou vnitřní rozporností.
- K přezkoumatelnosti výroků I a III. napadeného rozhodnutí*
29. Podle § 3 správního řádu postupuje správní orgán tak, aby byl zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a to v rozsahu, který je nezbytný pro soulad jeho úkonu s požadavky uvedenými v § 2 správního řádu.
30. V bodě 88 odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad v části nazvané *„Zjištění z dokumentace o veřejné zakázce“* popsal svá zjištění týkající se skutkového stavu takto: *„Vybraný uchazeč prokázal ve své nabídce prokázání splnění výše citovaného technického kvalifikačního předpokladu dle § 56 odst. 1 písm. a) zákona, resp. dle bodu 6.5.1. zadávací dokumentace výlučně prostřednictvím subdodavatele, přičemž ve své nabídce předložil subdodavatelskou smlouvu.“*
31. Ve zbytku výše zmíněné části odůvodnění napadeného rozhodnutí pak Úřad popsal svá skutková zjištění týkající se vymezení předmětu plnění veřejné zakázky a závazku obsaženého v subdodavatelské smlouvě, respektive její příloze č. 1 tak, jak jsou popsány v první části odůvodnění tohoto rozhodnutí o rozkladu, přičemž žádnou konkrétní nesprávnost některého z údajů uvedených v této části jsem neshledal a nenamítali ji ani zadavatelé.
32. Z výše uvedeného je tedy zřejmé, že co do okruhu skutkových zjištění není pochyb o souladu skutkových závěrů Úřadu s tím, co ve svém rozkladu tvrdí i zadavatelé, a co považovali za nepochybné i ve svých podáních v průběhu celého dosavadního řízení před Úřadem. Vzhledem k tomu, že ani v průběhu tohoto řízení o rozkladu nebyl shledán rozpor výše uvedených zjištěných skutečností s obsahem spisu, či nedostatek podkladů v něm obsažených, je zřejmé, že Úřadu dostal požadavku § 3 správního řádu, neboť zjistil stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti.
33. Podle § 68 odst. 3 správního řádu se v odůvodnění uvedou důvody výroku nebo výroků rozhodnutí, podklady pro jeho vydání, úvahy, kterými se správní orgán řídil při jejich

hodnocení a při výkladu právních předpisů, a informace o tom, jak se správní orgán vypořádal s návrhy a námitkami účastníků a s jejich vyjádřením k podkladům rozhodnutí.

34. K přezkoumatelnosti se vyjádřil i Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 1 As 92/2009 – 65 ze dne 16. 3. 2010, ve kterém uvedl: „*O rozhodnutí nepřezkoumatelné pro nesrozumitelnost se jedná mimo jiné tehdy, když je jeho výrok v rozporu s odůvodněním nebo rozhodnutí vůbec neobsahuje právní závěry vyplývající z rozhodných skutkových okolností nebo jeho důvody nejsou ve vztahu k výroku jednoznačné (srov. přiměřeně rozsudek NSS ze dne 4. 12. 2003, čj 2 Azs 47/2003 - 130, publ. pod č. 244/2004 Sb. NSS; viz též rozsudek čj. 2 Ads 33/2003 - 78, cit. v bodě [12] shora). Rovněž to je případ rozhodnutí, jehož odůvodnění nedává smysl, z něhož by vyplývaly skutkové a právní důvody, které vedly správní orgán k vydání rozhodnutí (viz rozsudek NSS ze dne 24. 9. 2003, čj. 7 A 547/2002 - 24). Rozhodující je, zda rozpory ve výroku či mezi výrokem a odůvodněním mohou být odstraněny výkladem (srov. rozsudek NSS ze dne 23. 8. 2006, čj. 1 Afs 38/2006 - 72), a to ve vazbě na další části výroku a odůvodnění rozhodnutí či kontext dané věci.*“
35. Předně k případným rozporům uvnitř textu samotného výroku I. napadeného rozhodnutí, a obdobně i k textu výroku III. napadeného rozhodnutí lišícího se pouze co do osoby zadavatele, uvádím následující.
36. Výrok I. napadeného rozhodnutí zmiňuje kvalifikaci, jejíž prokázání bylo Úřadem zpochybňováno v souvislosti se závěry o spáchání správních deliktů zadavateli, na několika místech výroku o vině (zvýrazněno) následujícím způsobem: „*Zadavatel ... se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že nedodržel postup stanovený v ust. § 59 odst. 1 cit. zákona v návaznosti na ust. § 51 odst. 4 písm. b) cit. zákona, když posoudil kvalifikaci uchazeče (...), jako splněnou, ačkoliv neměl postaveno najisto, zda cit. uchazeč splnil **v plném rozsahu technický kvalifikační předpoklad ve smyslu § 56 odst. 1 písm. a) cit. zákona (...), když tento uchazeč prokazoval **technickou kvalifikaci výlučně prostřednictvím subdodavatele (...), dle § 51 odst. 4 cit. zákona, přičemž ale nepředložil smlouvu uzavřenou s cit. subdodavatelem, z níž by vyplýval jednoznačný závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či 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 § 56 odst. 1 písm. a) cit. zákona, přičemž tento postup (...).*****“
37. Při provedení výkladu sousloví „*prokazoval technickou kvalifikaci výlučně prostřednictvím subdodavatele*“, a to v souladu s výše citovaným rozsudkem NSS „*ve vazbě na další části výroku*“ výslovně odkazující na § 56 odst. 1 písm. a) zákona, je zřejmé, či alespoň velmi pravděpodobné, že Úřad měl na mysli pouze tento konkrétní technický kvalifikační předpoklad podle písmene a) a nikoliv veškerou technickou kvalifikaci. O tom svědčí mimo jiné i skutečnost, že nedodržení postupu podle § 59 odst. 1 zákona spatřuje Úřad především v tom, že zadavatelé neměli postaveno najisto, zda vybraný uchazeč splnil v plném rozsahu právě technický kvalifikační předpoklad podle písmene a) § 56 odst. 1 zákona. Stejně tak v závěrečné části, kde Úřad konkretizoval skutkové okolnosti nedodržení zmíněného postupu v návaznosti na § 51 odst. 4 zákona, zdůraznil absenci závazku v rozsahu prokázání kvalifikace subdodavatelem výslovně v souvislosti s písm. a) § 56 odst. 1 zákona.

38. Z odůvodnění napadeného rozhodnutí vztahujícího se k výrokům I. a III., v části nazvané „Právní posouzení“ lze pak namátkou citovat následující části textu.
39. V bodech 97 až 99 Úřad uvedl: „*Jak vyplývá z článku 6. 5. zadávací dokumentace, **žadavatel požadoval předložit splnění kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 1 písm. a) zákona (...).** Z pohledu zadavatele tedy bylo rozhodné **ověřit, zda uchazeč má nejen zkušenost s dodávkou datového úložiště a serverů, ale rovněž tak zkušenosti s konkrétními souvisejícími činnostmi** spočívajícími jednak v instalaci, dále pak zprovozněním datového úložiště a serverů, a v poslední řadě rovněž s poskytováním odpovídajícího servisu po dobu nejméně 12 měsíců. Vzhledem k tomu, že vybraný uchazeč patřičnou zkušeností (...) **nedisponoval, prokázal splnění technického kvalifikačního předpokladu ve smyslu § 56 odst. 1 písm. a) zákona výlučně prostřednictvím subdodavatele.**“*
40. V bodech 102 až 108 Úřad uvedl: „*Úřad přistoupil k posouzení toho, zda ze subdodavatelské smlouvy, resp. z přílohy č. 1, vyplývá ve světle relevantní judikatury konkrétní závazek subdodavatele (...). Vzhledem k tomu, že vybraný uchazeč **prokázal veškerou technickou kvalifikaci prostřednictvím subdodavatele,** lze důvodně očekávat (...). Jestliže tedy zadavatel požadoval **v rámci prokázání technické kvalifikace** zkušenosti s veřejnou zakázkou, jejímž předmětem (...), je nutné, aby ze subdodavatelské smlouvy vyplýval právě závazek (...). Závazek participace na konkrétních a z pohledu zadavatele relevantních činnostech, tedy na dodávce, instalaci a zprovozněním datového úložiště a serverů včetně odpovídajícího servisu dodaných zařízení v rámci subdodavatelské smlouvy absentuje. (...) se v subdodavatelské smlouvě nezavázal k plněním, jejichž schopnost provedení byla **předmětem prokazování technické kvalifikace.** (...) Jinými slovy, v šetřeném případě je nepochybné, že z pohledu zadavatele byla relevantní zkušenost s dodávkou, instalací, zprovozněním a servisem, nikoliv ,pouze‘ to, zda je uchazeč schopen připravit návrh architektury a následně kontrolovat implementaci (aniž by bylo zcela jasné čeho). Pakliže se z pohledu zadavatele nyní (v rámci fáze posouzení kvalifikace) jeví dostatečné, aby se subdodavatel podílel pouze na těchto činnostech, vede to ve svém důsledku toliko k **popření původně stanovených požadavků na technické kvalifikační předpoklady,** ve kterých zadavatel okruh jednotlivých činností stanovil jednoznačně, případně by to dokonce mohlo vyvolávat otázku, zda zadavatel **vymezil vůbec technickou kvalifikaci** tak, aby její minimální úroveň odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky. Pro úplnost Úřad dodává, že z formulace závazku subdodavatele uvedené v příloze č. 1, který je uvozen slovem ,především‘, nelze s ohledem na výše uvedenou judikaturu vyvodit závěr, že by ze subdodavatelské smlouvy bylo z pohledu zadavatele možné učinit si jednoznačný úsudek o konkrétní participaci subdodavatele, tedy úsudek o **skutečném prokázání technické kvalifikace** ze strany vybraného uchazeče, jelikož taková formulace závazku neposkytuje zadavatele jakoukoliv jistotu, zda konkrétní schopnosti subdodavatele naleznou v rámci plnění předmětu veřejné zakázky faktické uplatnění.“*
41. V bodě 109 až 110 Úřad uvedl: „*Úřad dospěl k závěru, že vymezení předmětu plnění v subdodavatelské smlouvě neodpovídá požadavkům kladeným na subdodavatelské smlouvy (...). Zadavatel tedy nemůže mít postaveno najisto, **zda vybraný uchazeč prokázal splnění kvalifikace (technických kvalifikačních předpokladů) v plném rozsahu.** (...) Úřad má tedy za prokázané, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 59 odst. 1 v návaznosti na § 51 odst. 4 písm. b) zákona, když posoudil kvalifikaci vybraného uchazeče jako splněnou, ačkoliv ze smlouvy uzavřené mezi vybraným uchazečem a subdodavatelem nevyplývá jednoznačný*

závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či 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 § 56 odst. 1 písm. a) zákona. S ohledem na uvedené je splněna první podmínka skutkové podstaty správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.“

42. Z celkového kontextu odůvodnění napadeného rozhodnutí pak vyplývá, že zatímco v úvodní části věnované obecnému výkladu relevantních právních předpisů s odkazy na příslušnou rozhodovací praxi správních soudů následované stručným zopakováním základních skutkových zjištění Úřad v souvislosti se spornou otázkou opakovaně a důsledně specifikuje technickou kvalifikaci konkrétním odkazem na § 56 odst. 1 písm. a) zákona, v prostřední části, kde jde již Úřad svými úvahami do hloubky konkrétních skutkových okolností a vzájemně „poměřuje“ věcné vymezení předmětu plnění veřejné zakázky a věcné vymezení rozsahu závazku subdodavatelské smlouvy, Úřad pracuje pouze s obecným označením „technický kvalifikační předpoklad“. V závěrečné části právního posouzení otázky nedodržení postupu podle zákona, jakožto prvního předpokladu konstatování správního deliktu, pak Úřad specifikoval předmětnou kvalifikaci opět důsledně s odkazem na písm. a) § 56 odst. 1 zákona.
43. K tomuto technickému kvalifikačnímu předpokladu prokazovanému prostřednictvím subdodavatele se pak vztahují i úvahy Úřadu v bodech 115 až 140 odůvodnění napadeného rozhodnutí v části nazvané „*K argumentaci zadavatele*“, kde jsou jednotlivě vypořádány dílčí tvrzení zadavatelů uvedená v průběhu správního řízení.
44. Obdobně jako k vnitřnímu rozporu, lze i k případným rozporům mezi předmětnými výroky napadeného rozhodnutí vůči jejich odůvodnění dospět k závěru, že jak z jednotlivých výše citovaných částí textu, tak z jejich celkového vzájemného kontextu vyplývá, že i přes občasný výskyt obecného označení „technický kvalifikační předpoklad“, měl Úřad v rámci celého správního řízení i v napadeném rozhodnutí na mysli pouze technický kvalifikační předpoklad podle písmene a) § 56 odst. 1 zákona.
45. Taktéž z převážné části rozkladu zadavatelů je zřejmé, že tito uváděli podrobné argumenty směřující proti zmíněné části odůvodnění v přesvědčení, že zadavatelé postupovali v souladu se zákonem, když považovali závazek ze subdodavatelské smlouvy za dostatečně srozumitelný a konkrétní, resp. když dospěli k závěru, že vybraný uchazeč splnil i požadavky na technickou kvalifikaci podle písm. a) § 56 odst. 1 zákona.
46. Ke srozumitelnosti výroku se NSS vyjádřil i v rozsudku č. j. 7 Afs 59/2013 – 35 ze dne 21. 11. 2013, kde mimo jiné i s odkazem na usnesení rozšířeného senátu NSS shrnul, že: „[p]ožadavek na dostatečnou specifikaci skutku ve výroku rozhodnutí správního orgánu není samoúčelný. Je nezbytný proto, aby postihované jednání nebylo zaměnitelné s jiným a aby tak nemohlo dojít k nepřijatelnému dvojímu postihu téhož jednání. Především tímto požadavkem je pak třeba poměřovat náležitosti výroku rozhodnutí.“, a s odkazem i na jiná rozhodnutí NSS korunoval hledisko „zaměnitelnosti skutku“ za hlavní ukazatel srozumitelnosti a dostatečné určitosti výroku rozhodnutí o jiném správním deliktu, když konstatoval následující: „Obecně tak platí, že není nutné, často ani možné, aby byly ve výroku uvedeny všechny zjištěné skutečnosti. Nicméně je nutno trvat na splnění požadavku

nezaměnitelnosti s jiným skutkem, a to zpravidla uvedením vlastního jednání delikventa, místa, času a způsobu spáchání deliktu.“

47. Vzhledem k již dříve citovanému obsahu výroků napadeného rozhodnutí o vině každého ze zadavatelů je zřejmé, že v kontextu jejich celkového znění vyhoví i požadavkům výše uvedeného rozsudku NSS co do zaměnitelnosti skutku alespoň z hlediska jeho dostatečného vymezení pro účely přezkumu v odvolacím řízení, neboť z výroků I. i III. napadeného rozhodnutí je zřejmé spáchání správního deliktu zadavateli v souvislosti s nesprávným posouzením „konkrétnosti“ závazku subdodavatele podílet se na plnění předmětu veřejné zakázky, a to „alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace podle § 56 odst. 1 písm. a) cit. zákona“.
48. Z textu výroků I. i III. napadeného rozhodnutí vyplývá, byť to není výslovně zopakováno, že zadavatelé neměli dle závěrů Úřadu postaveno najisto, zda vybraný uchazeč splnil v plném rozsahu technický kvalifikační předpoklad ve smyslu § 56 odst. 1 písm. a) cit. zákona, „*když tento uchazeč prokazoval technickou kvalifikaci výlučně prostřednictvím subdodavatele,*“ přičemž dle obsahového vymezení požadavku zadavatelů na technický kvalifikační předpoklad ve smyslu § 56 odst. 1 písm. a) zákona, které Úřad taktéž zahrnul do textu předmětných výroků, se konkrétně jednalo o předložení „*osvědčení o dvou významných dodávkách realizovaných v posledních 3 letech, přičemž za poskytnutí významné dodávky zadavatel považoval „řádné (tj. předané objednateli bez nevypořádaných reklamací) ukončené plnění spočívající v realizaci zakázky, jejímž předmětem (či součástí předmětu) byla mj. dodávka, instalace a zprovoznění datového uložení a serverů, jejíž hodnota byla minimálně 20 mil. Kč bez DPH a zároveň součástí každé takové dodávky byl vždy i odpovídající servis dodaných zařízení po dobu nejméně 12 měsíců“*“ (dále jen „reference“).
49. Na základě výše uvedeného tedy není pochyb o smyslu textu výroků I a III. napadeného rozhodnutí, tedy toho, v čem Úřad spatřoval nedodržení postupu podle zákona, jakožto prvního znaku spáchání správního deliktu, a sice že se jednalo o nedostatečnou konkrétnost závazku v subdodavatelské smlouvě v poměru k předmětu plnění a ke skutečnosti, že obě reference požadované zadavateli k prokázání zkušeností jejich budoucího dodavatele s plněním veřejné zakázky byly prokázány prostřednictvím subdodavatele.
50. Vzhledem k tomu, že zadavatelé namítají v souvislosti s nedostatečně zjištěným skutkovým stavem a následnou nepřezkoumatelností mimo vymezení druhu technické kvalifikace i skutečnost, že se Úřad nezabýval jimi navrhanými odbornými právními stanovisky, a citují z bodu 138 odůvodnění napadeného rozhodnutí část jeho textu, tedy že „*ani tato právní stanoviska nikterak nezbavují zadavatele odpovědnosti za jednání*“, je možno již na tomto místě před posouzením právní a věcné správnosti závěrů Úřadu o spáchání správního deliktu předeslat, že si zadavatelé co do okruhu podkladů, ze kterých Úřad vycházel ve správním řízení, zřejmě protirečí, když právě z jimi citovaného textu vyplývá zahrnutí i těchto stanovisek.
51. Totéž pak vyplývá i z bodů 45 až 57 odůvodnění napadeného rozhodnutí, ve kterých je shrnut obsah stanovisek JUDr. Tomáše Sirovátka ze dne 31. 5. 2016, JUDr. Jana Olejníčka ze dne 31. 5. 2016, společnosti PFI s.r.o. ze dne 1. 6. 2016 i obsah stanoviska doc. JUDr. Ing. Radka Jurčíka, Ph.D. ze dne 24. 7. 2016 označeného jako „*Expertní právní posudek k veřejným zakázkám a vytýkaným pochybením ze strany poskytovatele dotace*“,

a z obsahu správního spisu. Skutečnost, že se Úřad nepřiklonil k tvrzením obsaženým v těchto stanoviscích, pak nesevřídčí o nedostatečném zjištění skutkového stavu a platí tedy to, co bylo k dodržení § 3 správního řádu uvedeno již výše, především v bodě 32 odůvodnění tohoto rozhodnutí o rozkladu.

52. Stejně tak neobstojí ani tvrzení zadavatelů o nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí z důvodů porušení § 68 odst. 3 správního řádu, dále § 50 odst. 3 a odst. 4 správního řádu, a porušení jejich procesních práv daných čl. 36 odst. 1 Listiny, která se opírají o citaci textu vytrženou z kontextu bodu 138 odůvodnění napadeného rozhodnutí, který celý zní takto:

*„138. Úřad ve vztahu k opakovanému odkazu zadavatele na odborná právní stanoviska, která zadavatel předkládá na podporu svého postupu v zadávacím řízení, uvádí, že k relevantním argumentům, které byly prezentovány v právních stanoviscích, se vyjádřil již výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí. Pro úplnost lze uvést, že **ani tato právní stanoviska nikterak nezbavují zadavatele odpovědnosti za jednání, které lze považovat za správní delikt podle zákona.**“*

53. Z výše uvedených důvodů je tedy možno tu část argumentace rozkladu zadavatelů, v níž namítají vady výroků napadeného rozhodnutí a řízení, které předcházelo jeho vydání, a kterou namítají nesprávné a neúplné zjištění skutkového stavu věci vedoucí k nepřezkoumatelnosti a nezákonnosti napadeného rozhodnutí, odmítnout jako nedůvodnou.

54. Vzhledem k výše uvedenému také nic nebrání přezkumu napadeného rozhodnutí s ohledem na naplnění znaků skutkové podstaty správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, především posouzení sporné otázky „konkrétnosti“ závazku v subdodavatelské smlouvě, jak je uvedeno v následující kapitole této části rozhodnutí o rozkladu, byť pro odstranění případných pochybností a v souladu s obecným zájmem na co nejvyšší míře srozumitelnosti pravomocných rozhodnutí správních orgánů, jimiž je konstatováno spáchání správního deliktu, bude provedeno výslovné označení druhu kvalifikace, kterou vybraný uchazeč prokazoval „výlučně“ prostřednictvím subdodavatele, odkazem na písm. a) § 56 odst. 1 zákona, jak je podrobněji rozvedeno v poslední kapitole této části rozhodnutí o rozkladu.

K správnosti závěrů o spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona vyslovených výroky I. a III. napadeného rozhodnutí

55. I přesto, že k relevantní právní úpravě nebylo nic namítáno, zadavatelé původně zpochybňovali také použitelnost stěžejní rozhodovací praxe, ze které Úřad vycházel, především pak rozsudek KS a rozsudek NSS a to s ohledem na datum zahájení zadávacího řízení (12. 3. 2015), resp. konec lhůty pro podávání nabídek (6. 5. 2015) a na ustálení praxe, ke kterému z jejich pohledu došlo až v druhé polovině března 2015, přičemž ustálenou rozhodovací praxi pro ně představovalo rozhodnutí R54/2013, potvrzující rozhodnutí S540/2012.

56. Vzhledem k tomu, co Úřad k této otázce správně uvedl v bodě 128 odůvodnění napadeného rozhodnutí, tedy že v rozhodné době byl již k dispozici rozsudek KS, který „*limity aplikace ust. § 51 odst. 4 písm. b) zákona jednoznačně specifikoval v uvedeném rozsudku již několik měsíců před zahájením předmětného zadávacího řízení*“, je zřejmé, že právní posouzení týkající se prokazování kvalifikace prostřednictvím subdodavatelů a nároků na vymezení

smluvního závazku participace ve smlouvách přiložených k nabídkám uchazečů nemohlo být pro zadavatele překvapující.

57. Rozsudek KS byl potvrzen rozsudkem NSS přibližně týden po uplynutí lhůty pro podání nabídek na veřejnou zakázku, a v rámci tohoto soudního přezkumu jediného správního řízení došlo ke zrušení právě těch rozhodnutí, která pro zadavatele představovala ustálenou rozhodovací praxi, tedy rozhodnutí R54/2013 a rozhodnutí S540/2012. Vzhledem ke skutečnosti, že z rozhodnutí vydaných v jediném správním řízení, která navíc byla zrušena soudem nelze dovozovat vznik ustálené rozhodovací praxe, a i vzhledem k časovým okolnostem přijetí výše zmíněných rozsudků a průběhu zadávacího řízení na veřejnou zakázku, je zřejmé, že Úřad neporušil legitimní očekávání zadavatelů.
58. Podle rozsudku KS, aby subdodavatelská smlouva vyhověla požadavku § 51 odst. 4 písm. b) zákona, „[m]usel by z ní tedy **vyplýnout konkrétní závazek subdodavatele, jenž by spolehlivě dokládal reálnou míru participace subdodavatele na samotném plnění, jež je veřejnou zakázkou (tj. míru přímého podílu subdodavatele na realizaci plnění), nebo konkrétní závazek subdodavatele, jenž by spolehlivě dokládal reálné poskytnutí věcí či práv, s nimiž by byl dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a jeho natolik přesný popis, aby bylo možno posoudit skutečný podíl subdodavatele na veřejné zakázce realizované uchazečem.**“
59. Již z pasáží citovaného textu zvýrazněných v tomto rozhodnutí o rozkladu je zřejmé, že v přezkoumávaném případě je pro posouzení sporné otázky rozhodující nejen naplnění (i) formálního požadavku konkrétnosti závazku a (ii) obsahového požadavku, aby závazek ze smlouvy odpovídal rozsahu subdodavatelem prokazované kvalifikace, zde 2 referencí, ale i (iii) časový okamžik, tedy podmínka, že skutečnosti (i) a (ii) budou patrné již z dokladů předložených v průběhu zadávacího řízení, nejpozději v okamžiku, kdy zadavatel činí definitivní závěr o tom, zda daný uchazeč tu kterou kvalifikaci prokázal či nikoliv.
60. V rozsudku KS je dále uvedeno, že je na uchazeči, 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.**(...) 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. Jen tak může mít zadavatel najisto postaveno, že jeho požadavky, které se promítly do zadávacích podmínek, ať už jde o požadavky odborného charakteru či charakteru ekonomického, uchazeč ve skutečnosti splňuje a je tak dle představ zadavatele také skutečně způsobilý předmět veřejné zakázky**

*splnit. Požadavku podle § 51 odst. 4 písm. b) ZVZ tedy **vyhoví takový závazek subdodavatele, podle něhož bude subdodavatel část veřejné zakázky sám ve skutečnosti plnit.***“

61. Z tohoto důvodu tedy není možno souhlasit s tvrzeními zadavatelů v souvislosti s nedodržením postupu podle zákona, a taktéž jeho vlivem na výběr nejhodnější nabídky, která se v různých obměnách zakládají na vždy stejném předpokladu, že „reálná“ či „faktická“ míra participace může být prokázána i tím, že po ukončení zadávacího řízení, podpisu smlouvy s vybraným uchazečem a následně proběhlé a ukončené realizaci předmětu plnění veřejné zakázky je možno doložit, že se subdodavatel skutečně podílel na plnění veřejné zakázky v takové míře, v jaké pomohl vybranému uchazeči prokázat splnění některých kvalifikačních předpokladů.
62. I přesto, že lze souhlasit s tvrzením zadavatelů, že „*i formalismus má své meze*“, hledisko okamžiku, ke kterému je prokázáno splnění kvalifikace, není možno označit za formalismus, nýbrž za vyžadování skutečného naplnění smyslu § 51 odst. 4 písm. b) zákona. V tomto smyslu tedy není pravda, že by Úřad „rezignoval“ na materiální hledisko daného případu, jak zadavatelé uvádí s odkazy na rozsudek vydaný KS pod č. j. 62 Ca 17/2006-116 ze dne 4. 10. 2006, či rozsudek Soudního dvora Evropské unie ve věci C-389/92.
63. 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 Marca 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 související argumentaci zadavatelů o přílišné formálnosti posouzení provedeného Úřadem odmítnout, neboť ani tyto nesvědčí pro zrušení napadeného rozhodnutí, popřípadě pro jeho změnu.
64. Lze pak souhlasit i s názorem Úřadu, že z textu přílohy č. 1 subdodavatelské smlouvy, například při výkladu formulace, dle které se subdodavatel zavazuje podílet na veřejné zakázce „*v rozsahu své subdodávky*“ a poskytnout „*věci a práva, tak, aby s nimi byl dodavatel oprávněn disponovat*“ bez specifikace těchto konkrétních věcí a práv, a formulace tamtéž uvedených činností subdodavatele, kterými má být: „*Návrh architektury a kontrola implementace*“, neplyne takový závazek, který by dostal požadavkům zákona ve smyslu jeho výkladu správními soudy. Z formulace činností lze dovodit pouze obecný předpoklad podílu subdodavatele na návrhu technické architektury řešení a kontrole blíže nespecifikované implementace, není z něj však patrný závazek podílu na zadávací dokumentaci konkrétně definovaných, a tedy na základě toho i relevantních, 4 činnostech, tedy (a) dodávce, (b) instalaci, (c) zprovoznění a (d) servisu předmětných zařízení.
65. Zadavatelé argumentují větším poměrem samostatně prokazované technické kvalifikace podle § 56 odst. 1 písm. b) zákona a podle § 56 odst. 2 písm. e) zákona, nutností posoudit prokazování technické kvalifikace komplexně a objektivně, s důrazem na skutečný rozsah

subdodavatelem prokazované kvalifikace, a v tomto kontextu upozorňují na složení předmětu plnění veřejné zakázky z dodávky i služeb a nemožnost přiřazení jednotlivých kvalifikačních požadavků zvláště k dodávkám a zvláště ke službám pro jejich vzájemné prolínání dané nejednoznačnou povahou předmětu plnění.

66. V tomto kontextu je možno opět zmínit, co je uvedeno v rozsudku KS, že „[j]e 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**.
67. Ke tvrzení o vzájemném prolínání kvalifikací je pak třeba zdůraznit, že podstatu jednotlivých druhů technických kvalifikačních předpokladů, ať už podle § 56 odst. 1 či odst. 2 zákona, nelze vnímat tak, že požadavek zadavatele a následné naplnění uchazeče jednoho z nich končí tam, kde začíná požadavek a naplnění druhého, ani tak, že se jednotlivé technické kvalifikační požadavky vztahují vždy pouze k jednomu konkrétnímu úseku, fázi či druhu předmětu plnění veřejné zakázky.
68. Pokud tedy vybraný uchazeč splnil (vlastními prostředky) kvalifikační předpoklad související se vzděláním a odbornou kvalifikací techniků, odpovědných za poskytování služeb, lze sice souhlasit, že takový kvalifikační předpoklad souvisel například i (d) se servisem předmětných zařízení, a vybraný uchazeč tedy prokázal tu část požadavku zadavatelů, která směřovala do odbornosti personálu, jehož prostřednictvím bude veřejná zakázka včetně servisu realizována, nedošlo tím však k nahrazení technického kvalifikačního předpokladu, který bylo nutno prokázat předložením 2 referencí svědčících o v minulosti zrealizovaných zakázkách zahrnujících mimo činnosti (a), (b) a (c) i činnost (d) servis předmětných zařízení.
69. Je tedy zřejmé, že zmíněné požadavky zadavatelů na technickou kvalifikaci vůči sobě působily nezávisle - paralelně - a prokázání jednoho či dvou z nich tedy nemohlo nijak snižovat nároky, které měli zadavatelé klást na konkrétnost závazku subdodavatele ze subdodavatelské smlouvy předložené vybraným uchazečem, respektive nároky, které musí na zadavateli provedené posouzení kvalifikace vybraného uchazeče klást Úřad.
70. Zadavatelé v rozkladu podávají též podrobnou argumentaci dotýkající se výkladu projevu vůle smluvních stran podle příslušných, v rozkladu jmenovaných, ustanovení zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**občanský zákoník**“). 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.

71. 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.
72. V souvislosti s vlivem jednání zadavatelů na výběr nejvhodnější nabídky a materiální stránkou správního deliktu je pak nutno zdůraznit následující.
73. V přezkoumávaném případě neexistovala jistota, že by subdodavatel vybranému uchazeči podepsal dostatečně konkretizovaný závazek participace nebo obecně, že by vybraný uchazeč takovou subdodavatelskou smlouvu předložil, protože nelze postup podle § 59 odst. 4 zákona považovat za „formalitu“. Není zřejmé, z jakého objektivně přípustného důvodu se lze domnívat, že pokud spočívá problém v doložení nějakého dokumentu, tak je „vlastně již předem splněný“.
74. V tomto kontextu je třeba poukázat na formulaci ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, podle něž postačuje toliko možnost podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. V souvislosti s uvedeným odkazují na rozsudek ze dne 25. 7. 2013, sp. zn. 9 Afs 78/2012, kde NSS 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“*.
75. Je taky zřejmé, že ustanovení § 51 odst. 4 zákona má preventivní charakter, kdy má minimalizovat riziko zadavatelů ve smyslu toho, co uvedl KS například i ve svém rozsudku č. j. 62 Af 60/2011-142 ze dne 6. 12. 2012, tedy že účel stanovení technických kvalifikačních předpokladů *„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“*. Pro porušení takového účelu zákona 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.
76. K dané problematice NSS vyjádřil 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.“

77. 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.
78. Na základě výše uvedeného je tedy zřejmé, že zadavatelé nedodrželi postup podle zákona, jakožto první znak skutkové podstaty správního deliktu, a zároveň je možno souhlasit s Úřadem, že tímto jednáním zadavatelé mohli ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, čímž byl naplněn i druhý znak skutkové podstaty správního deliktu, a podpisem smlouvy mezi zadavatelem a vybraným uchazečem pak došlo k dokonání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona naplněním třetího znaku jeho skutkové podstaty.
79. Z výše uvedených důvodů je tedy možno tu část argumentace rozkladu zadavatelů, v níž namítají nesprávnost právního posouzení věci a nenaplnění znaků skutkové podstaty správního deliktu, odmítnout jako nedůvodnou.

K možnosti změny výroků I a III. napadeného rozhodnutí

80. I přesto, že je možno potvrdit správnost napadeného rozhodnutí s ohledem na naplnění znaků skutkové podstaty správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona zadavatelem, včetně správného posouzení sporné otázky „konkrétnosti“ závazku v subdodavatelské smlouvě Úřadem, nelze popřít, že z textu výroků I. i III. napadeného rozhodnutí sice vyplývá, avšak není výslovně a opětovně specifikováno, že zadavatelé neměli dle závěrů Úřadu postaveno najisto, zda vybraný uchazeč splnil v plném rozsahu technický kvalifikační předpoklad konkrétně „podle § 56 odst. 1 písm. a)“ zákona.
81. Jak bylo uvedeno již dříve v odůvodnění tohoto rozhodnutí o rozkladu, pro odstranění případných pochybností a v souladu s obecným zájmem na co nejvyšší míře srozumitelnosti pravomocných rozhodnutí správních orgánů, jimiž je konstatováno spáchání správního deliktu, rozhodl jsem se provést výslovné označení druhu kvalifikace, kterou vybraný uchazeč prokazoval „výlučně“ prostřednictvím subdodavatele, odkazem na písm. a) § 56 odst. 1 zákona, a to změnou výroků I. i III. napadeného rozhodnutí.
82. K přesnosti výroku v rozhodnutích o jiném správním deliktu se NSS vyjádřil i v rozsudku č. j. 8 Afs 82/2013 - 37 ze dne 19. 12. 2014, kde mimo jiné uvedl, že „*být lze skutkovou podstatou správního deliktu podle § 102 odst. 1 písm. původního ZVZ, resp. § 120 odst. 1 písm. a) nového ZVZ, naplnit oběma zmíněnými způsoby, tato skutečnost nemůže vést k rezignaci na řádné vymezení skutku ve výroku rozhodnutí o uložení pokuty*“, s odkazem na usnesení rozšířeného senátu NSS shrnul, že výrok rozhodnutí „*slouží ústavní hodnotě právní jistoty, a je klíčovou normativní částí rozhodnutí, na kterou musí být kladeny vysoké formální*

požadavky. Pouze výroková část je totiž schopna zasáhnout práva a povinnosti účastníků a jako taková nabýt právní moci a vykonatelnosti. Řádně formulovaný výrok je nezastupitelnou částí rozhodnutí, pouze z něj lze zjistit, zda a jaká povinnost byla porušena a jaká sankce byla uložena, pouze porovnáním výroku lze usuzovat na existenci překážky věci rozhodnuté, jen výrok rozhodnutí může být vynucen správní exekucí (obdobně srov. také rozsudek čj. 1 As 92/2009 – 65)“, a v jím posuzované věci uzavřel, že „výrok rozhodnutí o uložení pokuty nedostal zmíněným požadavkům. Byl stížen pochybeními, jejichž výskyt není možno v rozhodnutí o jiném správním deliktu, tj. rozhodnutí trestního charakteru, připustit“.

83. Podle § 152 odst. 4 správního řádu platí pro řízení o rozkladu ustanovení o odvolání, nevylučuje-li to povaha věci.
84. Podle § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu, jestliže odvolací správní orgán dojde k závěru, že napadené rozhodnutí je v rozporu s právními předpisy nebo že je nesprávné, napadené rozhodnutí nebo jeho část změnit; změnu nelze provést, pokud by tím některému z účastníků, jemuž je ukládána povinnost, hrozila újma z důvodu ztráty možnosti odvolat se.
85. K podmínkám pro změnu napadeného rozhodnutí podle § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu je možno přihlídnout k názoru KS vyslovenému v rozsudku č. j. 29 Af 22/2012-106 ze dne 31. 3. 2014: *„Dle ustálené judikatury správní řízení tvoří v zásadě jeden celek (od zahájení řízení až do právní moci konečného rozhodnutí) a není vyloučeno, aby správní orgán druhého stupně napravil vady řízení před správním orgánem prvního stupně, resp. vady jeho rozhodnutí (včetně doplnění a zpřesnění odůvodnění). Došlo-li k takovéto změně za naprosto stejného důkazního a právního stavu věci (...) k porušení zásady dvojinstančnosti správního řízení dojít nemohlo“.*
86. Jak bylo již zmíněno, Úřad v bodu 88 odůvodnění napadeného rozhodnutí v části nazvané *„Zjištění z dokumentace o veřejné zakázce“* v rámci popisu svých skutkových zjištění uvedl i to, že vybraný uchazeč *„prokázal ve své nabídce prokázání splnění výše citovaného technického kvalifikačního předpokladu dle § 56 odst. 1 písm. a) zákona, resp. dle bodu 6.5.1. zadávací dokumentace výlučně prostřednictvím subdodavatele, přičemž ve své nabídce předložil subdodavatelskou smlouvu“*, a obdobně zopakoval i v rámci svého právního posouzení v bodu 99 odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde úvodem poukázal na skutečnost, že když vybraný uchazeč patřičnou zkušeností *„nedisponoval, prokázal splnění technického kvalifikačního předpokladu ve smyslu § 56 odst. 1 písm. a) zákona výlučně prostřednictvím subdodavatele“.*
87. Vzhledem k výše uvedenému je tedy zřejmé, že napravení vad v podobě *„doplnění a zpřesnění“* výroku I. a III. napadeného rozhodnutí provedená mnou, jako orgánem rozhodujícím o rozkladu, jsou prováděna bez toho, že bych v rámci řízení o rozkladu prováděl nové dokazování a z něho planoucí nové právní posouzení věci, a že změnu předmětných výroků činím při zachování *„stejného důkazního a právního stavu věci“*, jaký panoval ke dni vydání napadeného rozhodnutí.
88. Vzhledem k tomu, že se Úřad dostatečně zabýval odůvodněním závěrů o nesplnění podmínky pro prokázání technické kvalifikace podle § 56 odst. 1 písm. a) zákona subdodavatelem již v napadeném rozhodnutí, vzhledem k tomu, že zadavatelé měli možnost se proti správnosti a zákonnosti takových závěrů Úřadu odvolat, této své možnosti náležitě využili podáním rozkladu, a v rámci řízení o tomto rozkladu byla správnost i zákonnost závěrů

napadeného rozhodnutí přezkoumána, přičemž z důvodů rozvedených podrobněji v předchozí kapitole této části rozhodnutí o rozkladu byla správnost závěrů Úřadu o spáchání předmětných správních deliktů potvrzena, a to právě v souvislosti s prokazováním splnění technické kvalifikace podle § 56 odst. 1 písm. a) zákona vybraným uchazečem prostřednictvím subdodavatele, je zřejmé, že změnou výroků I. a III. napadeného rozhodnutí, provedené upřesněním technické kvalifikace, jež je specifikována jak na začátku a konci obou výroků, a jak vyplývá i z textu odůvodnění napadeného rozhodnutí, dojde toliko k odstranění nepřesnosti v části textu výroku, která nemění nic na faktických závěrech Úřadu, proti nimž zadavatelé měli možnost se odvolat.

89. Z výše uvedeného je tedy zřejmé, že byla naplněna podmínka pro možnost změny části napadeného rozhodnutí, konkrétně jeho výroků I. a III. doplněním slov „podle § 56 odst. 1 písm. a) cit. zákona“ mezi text „*když tento uchazeč prokazoval technickou kvalifikaci*“ a „*výlučně prostřednictvím subdodavatele*“, neboť tím účastníkům, jimž je ukládána povinnost, nehrozí újma z důvodu ztráty možnosti se odvolat.

VI. Ke správnosti výroků II a IV. napadeného rozhodnutí

90. Vzhledem k tomu, že zadavatelé nevznesli žádné konkrétní námítky proti správnosti postupu Úřadu při stanovení pokuty, výroky II. a IV. napadeného rozhodnutí jsem ve smyslu ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal alespoň z hlediska jejich zákonnosti a z hlediska zákonnosti postupu Úřadu, který jeho vydání předcházelo.
91. Po přezkoumání těchto výroků mám za to, že Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí správně vymezil horní hranici pro uložení pokuty v souladu s § 120 odst. 2 zákona, individuálně u každého ze zadavatelů správně zohlednil souběh správních deliktů a dodržel zásadu absorpce při jejich trestání.
92. Úřad současně při určení výše pokuty přihlédl ke všemu, k čemu ve smyslu ustanovení § 121 odst. 2 zákona přihlédnout měl, když posoudil závažnost jak z hlediska způsobu spáchání správního deliktu, tak jeho následků a okolností, za nichž byl správní delikt spáchán, přičemž v přezkoumávaném případě především shledal polehčující okolnost spáchání správního deliktu v tom, že zadavatelé nerezignovali na posouzení kvalifikace vybraného uchazeče jako takové, neboť subdodavatelská smlouva určitý závazek obsahovala, byť nebyl z pohledu zákona zcela dostačující, a své úvahy srozumitelně odůvodnil.
93. Současně se Úřad přezkoumatelným způsobem vypořádal i s tím, že uložená pokuta není v daném případě likvidační. Mám tak za to, že Úřad stanovil výši pokuty v souladu se zákonem a své rozhodnutí přezkoumatelným způsobem odůvodnil.

VII. Závěr

94. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že výrok I. a III. napadeného rozhodnutí není možno považovat za zcela správný, ale tento nedostatek je odstranitelný, a to i plně v souladu s § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu, jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro změnu výroku I. a III. napadeného rozhodnutí.
95. Po zjištění, že co do naplnění deliktovní odpovědnosti zadavatelů postupoval Úřad v souladu se zákonem a správním řádem, a že stanovil výši pokuty v souladu se zákonem a své rozhodnutí

přezkoumatelným způsobem odůvodnil, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu výroků II. a IV. napadeného rozhodnutí.

96. Vzhledem k výše uvedenému jsem rozhodl tak, jak je ve výrocích 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