



UOHSX009M08F

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0035/2017/VZ-12382/2017/321/OHo

Brno 18. dubna 2017

V řízení o rozkladu ze dne 10. 2. 2017, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 13. 2. 2017, který podal zadavatel –

- **Karlovarský kraj**, IČO 70891168, se sídlem Závodní 88, 360 06 Karlovy Vary,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0398/2015/VZ-02898/2017/513/IHl ze dne 27. 1. 2017, vydanému ve správním řízení, zahájeném dne 13. 7. 2015 z moci úřední, ve věci možného spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání veřejné zakázky „**Dodání poradenských služeb a informačního systému pro řízení lidských zdrojů a jeho implementaci**“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno do Věstníku veřejných zakázek dne 3. 2. 2011 a uveřejněno dne 7. 2. 2011 pod ev. č. 60056277, ve znění opravy uveřejněných dne 15. 2. 2011,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0398/2015/VZ-02898/2017/513/IHI ze dne 27. 1. 2017

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

I. Postup zadavatele a správní řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Zadavatel – Karlovarský kraj, IČO 70891168, se sídlem Závodní 88, 360 06 Karlovy Vary (dále jen „**zadavatel**“) zahájil zadávací řízení na veřejnou zakázku s názvem „Dodání poradenských služeb a informačního systému pro řízení lidských zdrojů a jeho implementaci“ zadávanou v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno do Věstníku veřejných zakázek dne 3. 2. 2011 a uveřejněno dne 7. 2. 2011 pod ev. č. 60056277, ve znění opravy uveřejněných dne 15. 2. 2011 (dále jen „**veřejná zakázka**“) dne 3. 2. 2011 odesláním oznámení o zakázce do Věstníku veřejných zakázek.
2. Podle čl. 2 zadávací dokumentace (a oznámení o zakázce) bylo předmětem zakázky odborné poradenství pro realizaci personálního auditu Krajského úřadu Karlovarského kraje, dodávka podpůrného SW nástroje pro řízení lidských zdrojů, jeho implementace a proškolení vybraných zaměstnanců krajského úřadu.
3. Dne 12. 5. 2011 uzavřel zadavatel smlouvu o dílo na plnění veřejné zakázky.
4. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), který je podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ příslušný k dohledu nad dodržováním tohoto zákona, obdržel podnět, na základě něhož dne 13. 7. 2015 zahájil správní řízení. Dne 11. 9. 2015 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0398/2015/VZ-27751/2015/513/IHI (dále jen „**původní rozhodnutí Úřadu**“), které bylo zrušeno rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0316/2015/VZ-46542/2016/321/OHo ze dne 22. 11. 2016 (dále jen „**rozhodnutí předsedy Úřadu**“) a věc byla Úřadu vrácena k novému projednání.
5. Úřad se dopisy ze dne 16. a 19. 12. 2016 obrátil na zájemce o veřejnou zakázku, kteří si převzali zadávací dokumentaci veřejné zakázky s žádostí o poskytnutí informací o předmětu své činnosti, schopnosti plnit danou veřejnou zakázku jako celek a o důvodech nepodání nabídky na veřejnou zakázku. Úřad obdržel vyžádané informace celkem od 17 dodavatelů.

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. Úřad do správního spisu založil stanovisko Českého institutu pro akreditaci, o.p.s. (dále jen „ČIA“) ze dne 15. 11. 2016 č. j. 008050/16/ČIA/DS_001 a usnesením č. j. ÚOHS-S0398/2015/VZ-00598/2017/513/IHI ze dne 5. 1. 2017 a určil zadavateli lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

II. Napadené rozhodnutí

7. Dne 27. 1. 2017 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0398/2015/VZ-02898/2017/513/IHI (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), v němž ve výroku I. konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu tím, že nedodržel zásadu zákazu diskriminace v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, když vymezil předmět veřejné zakázky příliš široce, neboť požadoval po dodavatelích v rámci jednoho předmětu veřejné zakázky různé druhy plnění, které spolu vzájemně nesouvisejí, a tím diskriminoval dodavatele, kteří by byli schopni dodat jen některé z požadovaných plnění. Ve výroku II. Úřad konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu tím, že nedodržel postup stanovený v § 56 odst. 6 zákona, když požadoval k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele předložení certifikátu systému managementu bezpečnosti informací v organizaci, ačkoli jej nebyl oprávněn požadovat. Výrokem III. byla zadavateli za spáchání uvedených správních deliktů uložena pokuta ve výši 33 000 Kč.
8. V souladu se závazným názorem vysloveným v rozhodnutí předsedy Úřadu se Úřad v napadeném rozhodnutí zabýval okolnostmi veřejné zakázky. Aby bylo možno konstatovat, že se jedná o jedinou veřejnou zakázku, byla dle Úřadu rozhodná věcná, místní a časová souvislost plnění, případně skutečnost, zda by poptávané plnění mělo tvořit jeden funkční celek. Zároveň bylo podstatné, zda dané plnění není nutno z technických či ekonomických důvodů poptávat společně jako plnění jediné či zda je jedna část plnění podmíněna druhou.
9. Úřad vycházel ze zadávací dokumentace a návrhu smlouvy na veřejnou zakázku a shledal, že byl předmět veřejné zakázky vymezen příliš široce. Úřad vycházel z několika dílčích závěrů, jež v souhrnu odůvodňují závěr, že předmětem veřejné zakázky byla dvě nezávislá plnění, která mohla být poptávána samostatně. Nejprve vyšel Úřad z toho, že dodávka poradenských služeb v oblasti personalistiky zahrnuje analýzu současného stavu, návrh opatření, jeho realizaci a vyhodnocení (ve formě zpráv, manuálů, příruček), přičemž dodávka informačního systému zahrnuje vytvoření programu (software) a následně poskytnutí licence k užívání. Dále předmětnou veřejnou zakázku vymezují dva různé CPV kódy a dva předměty plnění jsou obsaženy i přímo v názvu zakázky (poradenské služby, dodávka informačního systému). Ze zkoumání zadávacích podmínek vyplynulo, že je požadována technická kvalifikace (seznam významných zakázek) ze dvou oblastí (personální audit a vývoj IS). V průběhu správního řízení pak Úřad z informací poskytnutých potenciálními zájemci o zakázku zjistil, že většina podnikala buď v jedné nebo druhé činnosti (v personálním poradenství nebo v IT službách), a konečně že vybraný uchazeč plnil část předmětu veřejné zakázky spočívající ve vývoji software pomocí subdodavatele, a to toho, který již zadavateli v minulosti informační systém pro personalistiku dodával.
10. Úřad uvedl, že pokud povaha předmětu veřejné zakázky připouští rozdělení veřejné zakázky na části, čímž by bylo vyloučeno porušení zásady zákazu diskriminace a tomuto rozdělení nebrání § 13 odst. 3 zákona, je vhodné, aby zadavatel institutu rozdělení zakázky na části využil, a to bez ohledu na to, že zákon jeho využití výslovně neukládá. Pokud pak zadavatel

nemá k dispozici jiný postup, kterým by byly dodrženy základní zásady zákona, pak je nutné rozdělení veřejné zakázky na části z důvodu zabránění diskriminace, považovat za postup zákonem uložený. V důsledku postupu zadavatele mělo méně dodavatelů možnost podat nabídku, než pokud by zadavatel veřejnou zakázku rozdělil, čímž došlo k diskriminaci a možnému podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, tudíž ke spáchání správního deliktu.

11. K výroku II. Úřad s odkazem na stanovisko ČIA uvedl, že se požadovaný certifikát týká systému řízení bezpečnosti informací, nikoli systému řízení jakosti, jak požadoval zákon v § 56 odst. 4. Zadavatel tak nebyl oprávněn v rámci požadavků na technické kvalifikační předpoklady tento certifikát požadovat a tento požadavek tak mohl mít vliv na rozhodnutí dodavatelů, zda se zadávacího řízení zúčastní, tím pádem došlo ke skryté diskriminaci.
12. Při uložení sankce Úřad postupoval dle zásady absorpce a pokutu ukládal za delikt uvedený ve výroku I., přičemž ke spáchání správního deliktu, uvedeného ve výroku II., přihlédl jako k přitěžující okolnosti. Uložená pokuta ve výši 33 000 Kč dle Úřadu dostatečně splňuje obě funkce právní odpovědnosti.

III. Námítky rozkladu

13. Dne 13. 2. 2017 obdržel Úřad rozklad zadavatele ze dne 10. 2. 2017. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 27. 1. 2017. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
14. Zadavatel nejprve k otázce příliš širokého vymezení předmětu veřejné zakázky stejně jako již ve svém předchozím rozkladu sp. zn. ÚOHS-R0316/2015/VZ namítá, že byl výklad Úřadu povrchní a nezákonný, když Úřad neposoudil specifika veřejné zakázky, upřednostnil vlastní pohled a nesprávně interpretoval skutková zjištění. Zadavatel nepožadoval dva nesouvisející předměty plnění, ale bylo třeba již v průběhu personálního auditu analyzovat, zohlednit, plánovat, navrhnout a programovat takové řešení, které by bylo možné implementovat do již zaběhnutého prostředí zadavatele. Zadavatel tedy nepožadoval již hotový krabicový software, ale požadoval nový software kompatibilní se stávajícím programovým řešením a jeho tvorba měla probíhat v průběhu celé veřejné zakázky. Zadavatel je přesvědčen, že je předmětem veřejné soutěže nediskriminační, transparentní a rovná soutěž co nejširšího charakteru na plnění, které zadavatel potřebuje.
15. Zadavatel odmítá, že by byl popis veřejné zakázky obecný a nekonkrétní, když z něj naopak vyplývá provázanost jednotlivých částí plnění. Zadavatel odkazuje na úvodní odstavec pátého bodu zadávací dokumentace, dle něž je cílem softwarového řešení dodávka systému, který zásadně zkvalitní (předčí) stávající řešení. Je tak dle zadavatele nezbytné, aby byla provedena analýza stávajícího systému, vyhodnocena a současně aby byla zvolena a navržena vhodná řešení, což odpovídá bodům 1 – 4 veřejné zakázky. Tato provázanost je zřejmá i z podbodů 2.1 – 2.4 bodu pátého zadávací dokumentace.
16. Dále zadavatel namítá, že nepožadoval plnění v takové podobě, jako uvádí Úřad, tedy že by byly výstupy z personálního poradenství vkládány do softwarového programu. Dodavatel softwaru dle zadavatele musel odhalit nedostatky stávajícího systému, a navrhnout kvalitnější řešení, čehož by bez znalosti oblasti personalistiky nebyl schopen. Obdobně nemohl dodavatel z oblasti personalistiky analyzovat stávající systém a jeho funkční řešení.

Dle zadavatele tak nebyl možný postup navržený Úřadem, že by personální specialista navrhnul určitá opatření, která by softwarový specialista naprogramoval. Byla nezbytná vzájemná kooperace obou subjektů. Jiné řešení, než ke kterému zadavatel přistoupil, by dle jeho názoru nevedlo k úspěšnému dodržení záměru veřejné zakázky. Za Úřadem nastoleného předpokladu dělení profesí by tak dle zadavatele nastávala absurdní situace, kdy by personalista musel sám nastudovat programovací jazyk, aby mohl vyvinout personalistický software. Dle zadavatele lze jednoznačně dospět k závěru, že byla obě plnění vzájemně podmíněna a Úřad na daný příklad aplikuje měřítko pro typově zcela odlišné druhy plnění.

17. Dále dle zadavatele došlo k dezinterpretaci důkazů, když z vyjádření oslovených dodavatelů vyplývá, že by byla pětina schopna bez dalšího veřejnou zakázku jako celek plnit, i další dodavatelé by toho byli schopni za využití subdodavatelů a nabídku nepodali jen z podružných důvodů, přičemž ale skutkové okolnosti zakázky vyžadovaly soutěž dodavatelů působících v obou oblastech a tito dodavatelé na trhu existují. Zadavatel považuje za zcela dostatečný počet 4 dodavatelů a 1 vybraný uchazeč, kteří byli schopni plnit veřejnou zakázku jako celek a Úřad se přitom nezabýval i možnou existencí dalších dodavatelů, schopných plnit předmět veřejné zakázky, když oslovil jen ty, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci.
18. I časový harmonogram veřejné zakázky zadavatel plánoval s ohledem na postup prací jednoho vybraného dodavatele, přičemž termín dvou měsíců pro dodávku softwarového řešení je třeba chápat jako samotné dodání předmětu informačního systému, jehož vývoj měl probíhat průběžně. Dle zadavatele by nebylo možno splnit v termínu dvou měsíců samotný vývoj. Zadavatel by také musel stanovit minimálně půlroční termín pro veřejnou zakázku na dodání softwarové části a počítat s celkovým prodloužením harmonogramu, což by mohlo vést ke zmaření dotačního titulu.
19. Zadavatel nesouhlasí s tvrzením Úřadu v bodu 86. napadeného rozhodnutí, jelikož byl nucen veřejnou zakázku zadávat předmětným způsobem z důvodu, že její okolnosti neumožňovaly jiný zákonný postup, nikoli aby nedošlo k poklesu předpokládané hodnoty zakázky pod zákonné limity. Zadavatel namítá, že po něm nelze požadovat, aby dodržel ust. § 6 zákona i za předpokladu, že tím ohrozí své finanční zdraví a prostředí. Dále zadavatel odkazuje na výzvu č. 57 OP LZZ, dle níž byla stanovena maximální délka projektu 24 měsíců, takže by se projekt nestihl, pokud by byl vypisován až na základě provedeného auditu, přičemž by účastníci tohoto následného projektu nemuseli být schopni dle daných výstupů příslušný software naprogramovat. Zadavatel je tak přesvědčen, že dodržení § 6 zákona je nutno posuzovat v rámci potřeb zadavatele a jeho možností při zadávání veřejné zakázky.
20. Zadavatel oponuje údajně mylnému názoru Úřadu ohledně absolutního zákazu využití subdodavatelů s ohledem na zavedenou programovou strukturu. Nelze racionálně požadovat, aby se zadavatel této struktury vzdal a soutěžil zcela nové řešení, což zadavatel připodobňuje situaci, kdy by měl soutěžit nové softwarové, hardwarové, síťové a možná i úklidové řešení při pořizování marginálního softwaru. Úřad podle zadavatel neosvětlil, proč považuje subdodávku společností FLUX za diskriminační, jelikož i při soutěži způsobem nastíněným Úřadem by zřejmě došlo k využití určité formy spolupráce s touto společností. Úřadem navrhované řešení by dle zadavatele rovněž vedlo k navýšení ceny na programování softwaru.

21. K technickému kvalifikačnímu požadavku na předložení příslušného certifikátu zadavatel uvádí, že výklad § 56 odst. 4 zákona v napadeném rozhodnutí je nutno považovat za výklad restriktivní a nepředvídatelný. Prokázání předmětných technických kvalifikačních předpokladů nebylo zákonem omezeno toliko na normy ČSN týkající se kategorie QMS, ale kategorie širší, jinak by to bylo v zákoně nerozporně promítnuto. Zadavatel je přesvědčen, že mu nemůže být přičítána k tíži případná nedůslednost zákonodárce. Potřebou zadavatele bylo ochránit vlastní data před únikem a požadovaný certifikát splňoval veškeré požadavky na zabezpečení informací. Nejednalo se přitom o certifikaci u možných dodavatelů ojedinelou, a kdyby zadavatel certifikátu obdobné požadavky stanovil jako smluvní podmínky, mohlo by se jednat o skrytou diskriminaci. Výklad Úřadu zpochybňuje celé ust. § 56 odst. 4 zákona, je právně neudržitelný, a proto je jej nutno odmítnout.
22. Zadavatel poukazuje na dobovou praxi dalších orgánů, jmenovitě Ministerstva pro místní rozvoj a na jeho vypořádání námitek, dále na důvodovou zprávu k zákonu č. 55/2012 Sb., kterým byl novelizován zákon. Ze stanoviska Úřadu pro technickou normalizaci, metrologii a státní zkušebnictví pak dle zadavatele vyplývá, že držitel certifikátu má data zabezpečena v určité kvalitativní struktuře, tedy jakosti a nevidí tak důvod pro výklad restriktivní ohledně požadavku na předložení certifikátu, za situace kdy byl tento požadavek oprávněný a odůvodněný předmětem veřejné zakázky.
23. Zadavatel namítá rovněž nezákonný způsob vedení řízení, když bylo zcela evidentně prováděno dokazování, avšak zadavatel o něm nebyl nijak vyrozuměn, ani s jeho výsledky seznámen. Úřad tak porušil § 51 odst. 2 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), a zadavatel se tak neměl možnost vyjádřit k prováděným důkazům co do formulace dotazů, ani nemohl dotazovaným klást vlastní otázky.
24. Celé vedení správního řízení pak bylo dle zadavatele chaotické, když mu byla po zrušení předchozího rozhodnutí Úřadu stanovena lhůta k vyjádření a následně lhůta k seznámení se s podklady rozhodnutí, aniž by ze strany Úřadu bylo uvedeno shrnutí vlastních zjištění a zadavatel nebyl informován ani o provedených důkazech a do spisu založených písemnostech. Zadavatel namítá, že při postupu Úřadu mu nebylo sděleno nic o závěrech či snad důvodech těchto závěrů a zadavatel se tak neměl ani k čemu vyjadřovat, když ani v rámci posledního úkonu Úřadu, kterým bylo stanovení lhůty pro seznámení se s podklady pro rozhodnutí a v rámci něhož se zadavatel také ničeho nedozvěděl. Zadavatel nesouhlasí s takovýmto vedením řízení, jelikož Úřad měl zjistit všechny okolnosti důležité pro posouzení konkrétního případu a pro ochranu veřejného zájmu. Vedené řízení tak bylo dle zadavatele zatíženo vadou nezákonnosti a vyústilo ve vydání nezákonného rozhodnutí.
25. K uložené pokutě zadavatel namítá, že z průběhu případu jasně plyne vůle nikoho nediskriminovat, když nebyly vzneseny žádné námítky a zadavatel byl dobré víry ve správnost svého postupu. Pochybení identifikovaná pro výrok I. byla vyvolaná specifickým prostředím zadavatele a pro výrok II. nejednoznačností zákona, spíše než úmyslem zadavatele a i vzhledem k tomu, jakých cen by zakázky dosahovaly při rozdělení veřejné zakázky, je zadavatel přesvědčen, že stanovení pokuty by mělo být stanoveno až na samé spodní hranici škály. Snížení pokuty o dva tisíce nepovažuje zadavatel za vhodné, když jeho úmyslem nebylo porušit zákon.

26. Závěrem zadavatel namítá, že již uplynula lhůta pro zánik odpovědnosti podle příznivější právní úpravy, kterou je nutno v deliktním oboru práva třeba zohlednit.

Závěr rozkladu

27. Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí v plném rozsahu zrušil.

IV. Řízení o rozkladu

28. Úřad neshledal důvody pro postup podle § 87 správního řádu, a v souladu s ustanovením § 88 odst. 1 téhož zákona postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

29. 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 jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
30. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0398/2015/VZ-02898/2017/513/IHI ze dne 27. 1. 2017 rozhodl tak, jak je uvedeno v napadeném rozhodnutí, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

31. Podstatou napadeného rozhodnutí ve vztahu k výroku I. bylo posouzení, zda předmětem veřejné zakázky byla dvě na sobě nezávislá plnění nebo se jednalo o plnění jediné, které bylo nutno poptávat společně. V souladu s názorem vysloveným v předchozím rozhodnutí předsedy Úřadu, bylo ve správním řízení třeba posoudit, zda existuje věcná, místní a časová souvislost plnění, případně skutečnost, zda by poptávané plnění mělo tvořit jeden funkční celek. Zároveň bylo podstatné, zda předmět plnění není nutno například z technických či ekonomických důvodů poptávat společně či zda je jedna část plnění podmíněna druhou.
32. Úřad toto posouzení provedl v odst. 65 a násl. napadeného rozhodnutí. Po formální stránce přezkoumání odůvodnění Úřadu lze tedy konstatovat, že Úřad naplnil svou povinnost, která mu byla v předchozím rozhodnutí o rozkladu uložena. Je přitom zřejmé, že Úřad vycházel z dokumentace o veřejné zakázce, která byla zadavatelem pro účely správního řízení poskytnuta a vlastního šetření, které provedl v rámci správního řízení.
33. Obsah úvah Úřadu je pak zadavatelem zpochybňován především v tom smyslu, že oba dílčí předměty veřejné zakázky byly vzájemně závislé, především pak že bylo nutno informační systém vyvíjet zároveň s prováděním personálního auditu. Zadavatel v této souvislosti svou argumentaci konkretizuje v části rozkladu, v níž uvádí: „*Již v úvodním odstavci pátého bodu zadávací dokumentace je nepochybné, že nadstavbový systém má významným způsobem přispět ke zkvalitnění personální práce a manažerského řízení lidských zdrojů, tedy cílem softwarového řešení není výhradně dodávka obecného software zpracovávajícího tabulky a další dokumenty dodané na základě personálního poradenství nýbrž dodávka software, který zásadně zkvalitní (předčí) stávající řešení. (...) Odvolatel si dovoluje podotknout,*

že provázanost na ostatní dílčí plnění veřejné zakázky je zřejmá i z pod-bodů 2.1 – 2.4 bodu pátého zadávací dokumentace.“ Je třeba uvést, že bod (článek) pátý zadávací dokumentace se týká jistoty. Zadavatelem je tak zjevně myšlen čl. „2. Předmět plnění, cíle plnění“, který obsahuje bod „5. Implementace IS pro řízení lidských zdrojů“.

34. Úvodem se ztotožňuji se zadavatelem, že není možné předpokládat, že by stejná fyzická osoba provádějící audit zároveň naprogramovala i IT systém. Je tedy třeba vycházet z toho, že nějaké výstupy, vycházející z personálního auditu, budou muset být poskytnuty osobám znalým IT oblasti, aby mohly být jedním z podkladů pro naprogramování požadované nadstavby stávajícího systému (další penzum poznatků musí vycházet z podoby IT prostředí zadavatele). Je tedy třeba posoudit, nakolik zadávací podmínky veřejné zakázky zohledňují tento transfer informací pro dosažení synergického výsledku, jaké podmínky pro něj stanovují a k jakým fázím plnění veřejné zakázky jej vyžadují.
35. Úřad za tímto účelem v bodu 41. napadeného rozhodnutí citoval celé znění čl. 2 zadávací dokumentace, protože je zjevné, že právě informace, které byly v této části obsažené, byly východiskem pro zjištění o představě zadavatele o plnění veřejné zakázky. Zadavatel v této souvislosti konkrétně odkazuje na úvodní odstavec týkající se implementace systému, ten stanoví následující: *„Cílem této části je implementace IS, který přispěje významným způsobem ke zkvalitnění personální práce a manažerského řízení lidských zdrojů. Informační systém zlepší správu přiřazení odpovědností a činností organizačním útvarům a pozicím, přičemž nepůjde o náhradu současného informačního systému, ale o jeho nadstavbu. Pořizovaný informační systém bude kompatibilní se současným informačním systémem a s používanou spisovou službou.“* Z citovaného pak je skutečně zřejmé, co zadavatel považoval za cíl poptávání informačního systému a čeho by tak mělo být dosaženo. Citovaná pasáž ale neobsahuje žádnou informaci o tom, že by bylo nezbytné informační systém vyvíjet v úzké provázanosti s prováděným personálním auditem, když na audit ani náznakem neodkazuje.
36. Samotné cíle, kterých má být dosaženo plněním specifikovaným v této části zadávací dokumentace, neříkají vůbec nic o zadavatelem vyžadovaném průběhu plnění veřejné zakázky nebo třeba o návaznosti fází vývoje nového systému na zjištění provedená v průběhu provádění personálního auditu. Z citované pasáže je možné identifikovat informaci, že se jedná o nadstavbu dosavadního systému a požadavek na kompatibilitu plnění, ale ani jeden z těchto požadavků zadavatele neospravedlňuje jeho postup z pohledu provázanosti plnění. Jediné, co pak v citované pasáži ve vztahu k předmětu plnění zůstává, je informace, že systém *„zlepší správu přiřazení odpovědností a činností organizačním útvarům a pozicím“*. Ani z tohoto konstatování však není možné dovodit od jaké fáze plnění veřejné zakázky je nezbytná totožnost v osobě plnící jak personální audit, tak vývoj IT systému, resp. v jakém nejzazším okamžiku je při vývoji software nutno zohledňovat informace o fungování personalistiky zadavatele a na základě jakého výstupu. Zadávací podmínky tedy neobsahují žádné určité informace o propojení fáze provádění personálního auditu a fáze vývoje IT systému, které by odůvodňovaly nerozdělení předmětu veřejné zakázky.
37. Dále také v neprospěch argumentace zadavatele působí fakt, že jediné, v zadávací dokumentaci konkretizované, výstupy personálního auditu představují tzv. *„Výstupy zakázky (...) dle uvedených dílčích aktivit“*. S těmito výstupy by ale zjevně mohla pracovat i zcela jiná osoba, než jen sám dodavatel personálního auditu, když jsou již ze své podstaty adresovány

zadavateli. Již tedy informace ve výstupu 1 a) „Zpráva s návrhy optimalizace organizační struktury a kapacit pro zajištění veřejných služeb“ by mohla být pro dodavatele informačního systému určitým podkladem pro vývoj následné nadstavby systému, avšak není možné dovodit, že by tento výstup nemohla využít osoba jiná, než která personální audit prováděla, jelikož pak by byl tento výstup zcela bezcenný i pro zadavatele. Přitom tento (a každý jiný v zadávací dokumentaci uvedený) výstup měl být poskytnut zadavateli, když zadávací dokumentace neobsahuje žádná ustanovení o tom, že tyto výstupy nelze poskytnout dalším osobám pro účely prací, jež nejsou součástí prováděného auditu. Proto pokud měly mít nějakou výpovědní hodnotu, mohly být zcela jistě poskytnuty i případnému odlišnému dodavateli další části plnění.

38. Z výše uvedeného vyplývá, že jestliže měly být výstupem personálního auditu i nějaké jiné podklady, které měly být určující pro provedení souvisejících IT služeb, není takový postup nijak v podkladech veřejné zakázky zachycen. Výstupy, o nichž zadávací dokumentace hovoří, pak nepředstavují překážku pro rozdělení veřejné zakázky.
39. V souvislosti s výše uvedeným zdůrazňuji, že z termínování plnění veřejné zakázky v návrhu smlouvy nijak nevyplývá, že by zadavatel vůbec vyhrzoval časový rámec na vývoj softwaru, tudíž nelze přihlídnout k tomu, kdy zadavatel tvrdí, že měl být tento vývoj případně zahájen. Z popisu aktivity C „Implementace IS pro řízení lidských zdrojů“ (!sic) v návrhu smlouvy je zřejmé, že revize stávajícího softwarového vybavení, implementace nadstavbového systému a jeho testování jsou všechno fáze spadající do aktivity C, které zadavatel následně nepochybně vyhradil onen 2 měsíční časový horizont (08/2011 – 09/2011), který byl zohledněn i Úřadem v napadeném rozhodnutí.
40. Zadavatel odkazuje na body 2.1 – 2.4 v části zadávací dokumentace, která se zabývá implementací IS. Úřad tyto body rovněž citoval a zohlednil v napadeném rozhodnutí a po přezkoumání jejich obsahu v řízení o rozkladu konstatuji, že neshledávám, že by z těchto bodů vyplývala taková povaha plnění IT části veřejné zakázky, která by neumožňovala její rozdělení na části. Z předmětného segmentu zadávací dokumentace se podává přehled požadovaných funkcionalit:

„2.1 Funkcionalita pro administraci výběrových řízení - evidence výběrových řízení, jejich účastníků (vč. zájemců) a na ně kladených požadavků (vč. vyžadovaných dokumentů a evidence jejich doložení), vyhodnocení účastníků výběrového řízení

2.2 Funkcionalita pro správu dokumentů vztahujícím se k oblasti personalistiky (dokumenty v běžných formátech)

2.3 Funkcionalita pro hodnocení zaměstnance zahrnující údaje o hodnocení zaměstnance a kritéria hodnocení

2.4 Funkcionalita pro uveřejňování aktuálních vzdělávacích akcí s možností přihlašování se na tyto akce (např. webová aplikace)“

Již z uvedeného považuji za zřejmé, že provázanost jednotlivých funkcionalit s prováděným personálním auditem je zanedbatelná, minimálně tedy neodůvodňuje spojení dvou jinak nesouvisejících předmětů plnění veřejné zakázky.

41. Se zohledněním cílů implementace nadstavby systému je nutné konstatovat, že klíčovou činností na provedení těchto funkcionalit musela být analýza stávajícího systémového vybavení a fungování zadavatele, což je ovšem součástí části veřejné zakázky, označované

zadavatelem jako bod 5. Není zde tedy dána souvislost se samotným personálním auditem. Po přečtení popisu bodů 1. – 4. a 6. ostatně také konstatuji, že zadavatel nikde nezadáva jako předmět auditního zkoumání fungování svého stávajícího IT systému z pohledu personalistů. Pouze v bodě 3. „*Audit hodnotícího a motivačního systému*“ se vyskytuje alespoň textový náznak v použití termínu „systém“. Ten je však využit ve významu označujícím „způsob nějakého jednání“, zatímco termín „IT systém“ je třeba chápat jako „soubor několika jednotlivostí určitého typu“ (viz Internetová jazyková příručka Ústavu pro jazyk český Akademie věd ČR. Dostupné z: <http://prirucka.ujc.cas.cz/?slovo=syst%C3%A9m>). Jinými slovy řečeno pod bodem 3. má být zkoumán způsob jakým zadavatel provádí hodnocení a motivování zaměstnanců, ale ze zadávací dokumentace neplyne, že by měl být v nějaké fázi personálního auditu hodnocen samotný soubor jednotlivého IT vybavení zadavatele (i třeba jen vztahující se k personálnímu zabezpečení). Z popisu jednotlivých funkcionalit pak pouze vyplývá, v čem spočívá „naplnění“ jednotlivé funkcionality, tedy s jakými daty má ve finále pracovat. Jsem tedy toho názoru, že Úřad zadávací podmínky zadavatele vyložil správným způsobem.

42. I s přihlédnutím k tomu, že k odkazu na popis jednotlivých funkcionalit zadavatel neuvedl nic konkrétního, jen že by z jeho znění měla vyplývat provázanost na ostatní dílčí plnění veřejné zakázky, konstatuji, že jsem se ztotožnil s Úřadem, že z popisu předmětu plnění veřejné zakázky nevyplývá žádná spojitost, jež by odůvodňovala nutnost společného zadávání dvou vzájemně nepodmíněných předmětů plnění. Pokud přitom IT část veřejné zakázky měla obsahovat ještě nějaké další dílčí části plnění, pak je nutno konstatovat, že zadavatel tato dílčí plnění v dokumentaci o veřejné zakázce nijak nezachytil a není k nim proto možno přihlížet.
43. K námitce zadavatele, že dle závěrů Úřadu by dodavatel softwaru musel odhalit nedostatky stávajícího systému a bez znalostí personalistiky by toho nebyl schopen, tudíž by nebylo možno takovým způsobem dosáhnout splnění předmětu veřejné zakázky, uvádím, že se jedná o námitku spekulativní, nemající oporu ve zjištěném stavu věci. Jak totiž uvedl Úřad v bodu 46. napadeného rozhodnutí, dodavatelem celé nadstavby IS nebyl vybraný uchazeč sám, ale jeho subdodavatel spol. Flux, spol. s r. o., IČO 16979613, se sídlem Musílkova 167/13, 150 00 Praha 5 (dále jen „Flux“), která byla autorem stávajícího systému. Jedná se o subdodavatele, který k okamžiku uzavření smlouvy na veřejnou zakázku dle obchodního rejstříku zaměřoval svou činnost na automatizované zpracování dat, poskytování software, zprostředkovatelskou činnost v oblasti obchodu, služeb a přenosu informací, montáž a opravy kancelářské a reprodukční elektroniky, vedení účetnictví a koupě zboží za účelem jeho dalšího prodeje a prodej. K zápisu činnosti „Výroba, obchod a služby neuvedené v přílohách 1 až 3 živnostenského zákona“, kterou měl v době uzavření smlouvy na veřejnou zakázku zapsanou vybraný uchazeč a v rámci které tak prováděl poradenství v oblasti personalistiky, došlo u spol. Flux až v roce 2014. V době zadávacího řízení tak z veřejně přístupného rejstříku nelze dovodit, že by se tato společnost personálním poradenstvím zabývala, přičemž ale bylo jejím úkolem naprogramovat celou nadstavbu IS, tedy část 5 veřejné zakázky. Jsem tedy toho názoru, že argumentace zadavatele ve smyslu, že dodat požadovaný systém by byl schopen jen dodavatel provádějící jak IT služby, tak poradenství v oblasti personalistiky, je argumentací zcela lichou.

44. Z nabídky vybraného uchazeče tak plyne, že dělba práce na veřejné zakázce byla velmi reálnou variantou. Rozdílem je jen to, že v případě „sloučeného“ předmětu plnění nemohl dodavatel pouze IT softwaru podat nabídku sám, ale musel vystupovat jako subdodavatel (a *vice versa*), přičemž při rozdělení veřejné zakázky by tomu tak nebylo. I v případě plnění předmětu veřejné zakázky v souladu s nabídkou vybraného uchazeče spolu jednotliví dodavatelé museli spolupracovat, což by zadání veřejné zakázky na části nijak nepopřelo, ač by takový postup teoreticky mohl klást vyšší požadavky na zadavatele při formulaci podmínek této spolupráce. Vyšší administrativní náročnost určitého postupu však nemůže být důvodem pro jeho odmítnutí a postupování v rozporu se zákonem. Tímto považuji za vypořádanou i námitku zadavatele, že by nestihl zadat veřejnou zakázku na IT služby až po provedení auditu z hlediska lhůt dotačního titulu. Z napadeného rozhodnutí nikde nelyne, že by Úřad chápal jako souladné se zákonem jen takovéto navazující vypsání dvou zadávacích řízení. Naopak je z napadeného rozhodnutí zřejmé, že by Úřad kvitoval zadání obou částí veřejné zakázky v rámci jedné zakázky rozdělené na části v režimu § 98 zákona. Takovým postupem je rovněž eliminována obava zadavatele, že by část veřejné zakázky nedosahovala zákonných limitů a došlo by tak k dělení veřejné zakázky v rozporu se zákonem. Postupem nastíněným v napadeném rozhodnutí by k ničemu takovému nedošlo, jelikož předpokládaná hodnota veřejné zakázky rozdělené na části podle § 98 zákona by se určila v souladu s § 13 odst. 4 zákona jako součet předpokládaných hodnot všech jejích částí.
45. Považuji za poněkud zmatečnou námitku zadavatele, že nelze požadovat, aby dodržel zásady zadávání veřejných zakázek „*i za předpokladu, že tím ohrozí své finanční zdraví a prostředí; k ZVZ jako celku a dalším zákonům tedy nesmí přihlížet.*“ Tato námitka je nejasná, i přesto je však třeba zdůraznit, že Úřad zadavateli nenařizuje, co smí a nesmí poptávat (tedy slovy zadavatele „*plnění, které zadavatel nepotřebuje*“). Také připomínám závěry Nejvyššího správního soudu z rozsudku č. j. 8 Afs 60/2009 – 78 ze dne 31. 5. 2010, které Úřad citoval v odst. 72 napadeného rozhodnutí, z nichž vyplývá, že smlouvy na plnění veřejných zakázek je třeba uzavírat při zajištění soutěžního prostředí a při dodržení základních zásad zákona. Jinak je zcela na volbě zadavatele jaké plnění bude vyžadovat, případně jaké dotační tituly k financování využije. Podřízení se dotačním podmínkám ale zadavatele nijak nevyjímá z aplikace zákona. V předmětném případě přitom ani náznakem není sporu o tom, že by se jednalo o plnění, o které nebylo možné nějakým zákonným postupem soutěžit, resp. o plnění nespádající do věcné působnosti zákona. Také se nejedná o plnění mimořádné, ale spíše běžné, což ostatně bylo jedním z podstatných východisek Úřadu v napadeném rozhodnutí. To, zda zadavatel naplní dotační podmínky, pak nijak do úvah Úřadu nevstupuje a ani vstupovat nemůže, jelikož se nejedná o povinnosti zadavatele vyplývající ze zákona. K zadávání předmětné veřejné zakázky zadavatel mohl nepochybně přistoupit i bez nutnosti využití dotací. Předmětem přezkumu vymezení předmětu veřejné zakázky bylo, zda její specifikace uvedená v zadávacích podmínkách odpovídá tomu, jak ve správním řízení zadavatel odůvodňuje nutnost spojení dvou samostatných předmětů plnění. Nedá se však konstatovat, že by tato tvrzení byla stavem věci podepřena.
46. Co se údajného zákazu využití subdodavatele týká, zadavatel dezinterpretuje podstatu argumentace Úřadu. Není pravdou, že by Úřad absolutně zakazoval využití subdodavatele, avšak Úřad reagoval na tezi zadavatele, že si každý dodavatel, schopný dodat jen jednu část plnění, mohl pro druhou část plnění zajistit spoluprací se subdodavatelem. Úřad v odst. 85. napadeného rozhodnutí jinými slovy říká, že ač tato možnost sice existovala, nemůže být

sama o sobě důvodem pro závěr, že šíří předmětu veřejné zakázky vlastně nikdo diskriminován nebyl. Tato teze ostatně vyplývá i z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 57/2011-96, ve kterém se podává, že „pokud je předmět veřejné zakázky vymezen příliš široce (lze-li plnění v něm zahrnuté dodávat samostatně a děje-li se tak v praxi) a v důsledku toho podává nabídku méně dodavatelů než v situaci, kdy by byla plnění poptávána samostatně, vede to k diskriminaci těch dodavatelů, kteří by byli schopni podat nabídku na jednotlivá plnění, nicméně nejsou schopni nabídnout plnění všechna, bez ohledu na jejich možnost zajistit si subdodávky nebo podávat společnou nabídku; tím se totiž diskriminační účinek s vlivem na efektivní soutěžní prostředí, v němž se dodavatelé o veřejnou zakázku mají nacházet, nikterak neeliminuje.“ Podstatou argumentace Úřadu naopak nebylo, že by byli uchazeči diskriminováni nutností využití určité formy spolupráce se společností Flux. Skutečnost o využití dodavatele stávajícího systému zadavatele byla jen dílčím poznatkem ohledně charakteru předmětu plnění veřejné zakázky a námitky zadavatele v této souvislosti jsou tak bezpředmětné.

47. K otázce rozsahu okruhu dodavatelů, kteří byli schopni plnit veřejnou zakázku, uvádím, že neshledávám jakoukoli vadu na závěrech Úřadu. Skutečností, že byla prokázána existence 5 dodavatelů schopných plnit veřejnou zakázku jako celek, nelze negovat závěr, že byl příliš širokým vymezením předmětu plnění větší okruh dodavatelů zkrácen na možnosti usilovat o zisk veřejné zakázky. Tento závěr byl ve správním řízení podložen zcela konkrétním posouzením relevantní výšece trhu a lze kvitovat, že Úřad dodržel, co mu bylo rozhodnutím předsedy Úřadu uloženo, a zabýval se podrobně situací mezi dodavateli, kterými byl projeven prvotní zájem o veřejnou zakázku.
48. Ve vztahu k výroku I. napadeného rozhodnutí tedy shrnuji, že z dokumentace o veřejné zakázce ani z podkladů, na něž bylo odkazováno zadavatelem, nevyplývalo, že by bylo třeba předmět plnění poptávat jako jeden celek. Ze specifikace předmětu plnění v zadávací dokumentaci stejně jako z návrhu smlouvy také nevyplývalo, že by Úřadem označené dílčí části plnění musel plnit jediný dodavatel. V takové situaci bylo z pohledu zákona nutné, aby zadavatel veřejnou zakázku rozdělil na části. Zadavatel se dopustil diskriminace, pokud předmět plnění poptával jako jeden celek, jelikož se jednalo o plnění běžné, které byl schopný vykonávat velký okruh dodavatelů. Nejen že tak bylo vhodné veřejnou zakázku rozdělil, bylo povinností zadavatele takto učinit, aby k diskriminaci nedošlo. Lze tedy uzavřít, že se zadavatel dopustil spáchání správního deliktu tak, jak Úřad v napadeném rozhodnutí uvedl.
49. V další části rozkladu se zadavatel zabývá deliktem popsaným ve výroku II. napadeného rozhodnutí. I ten byl Úřadem konstatován již v původním rozhodnutí, avšak toto rozhodnutí bylo v příslušné části nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů.
50. Upozorňuji, že je v § 56 odst. 4 zákona uvedeno, že zadavatel může požadovat předložení takového certifikátu vydaného podle českých technických norem, avšak dále je v tomto ustanovení uvedeno, že zadavatel uzná rovněž jiné doklady o rovnocenných opatřeních k zajištění jakosti. Ve vztahu k požadavkům na předložení certifikátu systému řízení jakosti se tedy zcela jistě jedná o výčet demonstrativní a nikoliv taxativní, jak by mohlo vyplývat z bodu 109. napadeného rozhodnutí, protože předmětné ustanovení zákona de facto umožňuje prokázat opatření k zajištění jakosti i případnými jinými, blíže neurčenými doklady. Musí se však vždy jednat o doklad prokazující splnění určité normy či standardu z hlediska zajištění

jakosti. Žádný jiný doklad na základě tohoto ustanovení není možné požadovat. Zákodárce tak normativně stanovil rámec možného požadavku. S ohledem na uvedené je námitka zadavatele týkající se kategorizace certifikátů nedůvodná, neboť i z poslední věty § 56 odst. 4 zákona je zřejmé, že jak certifikát či případné jiné doklady vždy musí směřovat k zajištění jakosti.

51. Úkolem Úřadu tak, jak byl i zavázán rozhodnutím předsedy Úřadu, bylo vyložit chápání kategorie „jakosti“ a posoudit, zda požadavek zadavatele spadá pod kategorii certifikátu řízení jakosti, resp. zajištění jakosti. Pokud pod uvedenou kategorií nespadá, nelze jej podle zákona požadovat. Nejedná se přitom ani o výklad restriktivní ani překvapivý, ale jediný logický a zákonný.
52. V souladu s § 16 zákona č. 22/1997 Sb., o technických požadavcích na výrobky a o změně a doplnění některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon o technických požadavcích na výrobky**“) o udělení akreditace rozhoduje akreditační orgán.
53. Dle § 15 odst. 1 zákona o technických požadavcích na výrobky může Ministerstvo průmyslu a obchodu rozhodnutím pověřit k výkonu působnosti akreditačního orgánu pouze jednu právnickou osobu. Dle § 15 odst. 4 zákona o technických požadavcích na výrobky zveřejní Ministerstvo průmyslu a obchodu rozhodnutí o pověření k provádění akreditace a rozhodnutí o změně nebo zrušení tohoto rozhodnutí ve formě sdělení ve Sbírce zákonů. Uvedené vyplývá i z nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 765/2008 ze dne 9. 7. 2008, kterým se stanoví požadavky na akreditaci a dozor nad trhem týkající se uvádění výrobků na trh a kterým se zrušuje nařízení (EHS) č. 339/93, ve znění opravy vyhlášené v Úředním věstníku Evropské unie dne 3. července 2015 (dále jen „**nařízení EP a Rady (ES) č. 765/2008**“). To mimo jiné stanoví, že pokud akreditaci neprovádějí přímo orgány veřejné moci, svěří členské státy provádění akreditace vnitrostátnímu akreditačnímu orgánu jako činnost orgánu veřejné moci a formálně ho uznají.
54. V České republice tedy působí Český institut pro akreditaci, o. p. s. jako jediný formálně uznaný vnitrostátní akreditační orgán, oprávněný provádět akreditaci v souladu s nařízením EP a Rady (ES) č. 765/2008, a to na základě pověření dle § 15 odst. 1 zákona o technických požadavcích na výrobky k provádění akreditace rozhodnutím Ministerstva průmyslu a obchodu č. 190/2010 ze dne 29. 10. 2010 a rozhodnutím ministra průmyslu a obchodu č. 319/2009 ze 17. 12. 2009 o notifikaci ČIA Komisi ES.
55. V souladu s právní úpravou tak provádí ČIA akreditaci v rozsahu specifikovaném zakládací listinou a pověřením Ministerstva průmyslu a obchodu jako činnost orgánu veřejné moci (v intencích citovaného nařízení), tedy prostřednictvím správního řízení nebo s využitím veřejnoprávní smlouvy o akreditaci.
56. Úřad vázán závazným právním názorem předsedy Úřadu v odůvodnění napadeného rozhodnutí vyložil pojem „jakost“. Konkrétně v bodu 112 odůvodnění napadeného rozhodnutí konstatoval, že pojem jakost je „*normou ČSN EN ISO 9000:2006 definován jako zastaralý a preferovaný pojem je „kvalita“*“. Tou se pak dle Úřadu rozumí „*splnění požadavků (potřeb nebo očekávání, které jsou stanoveny, obvykle se předpokládají nebo jsou závazné) souborem inherentních charakteristik (znaků, vlastností) objektu (entity, položky)*.“ Své závěry Úřad opřel o stanovisko ČIA ze dne 15. 11. 2016, č. j. 008050/16/ ČIA/DS_001 (dále jen „**stanovisko ČIA**“) a normu ČSN EN ISO 9000:2015.

57. S tímto závěrem Úřadu se ztotožňuji a konstatuji, že Úřad dostal svým povinností zjistit stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, k čemuž byl zavázán rozhodnutím předsedy Úřadu. V napadeném rozhodnutí Úřad uvedené intence naplnil tím, že vycházel z jednoznačného stanoviska ČIA (jakožto věcně příslušného národního akreditačního orgánu), zda lze certifikát systému řízení bezpečnosti informací podřadit pod certifikáty systému řízení jakosti, přičemž ČIA uvedl, že nikoliv.
58. Stanovisko ČIA, jehož závěry Úřad doslovně cituje v bodě 106. odůvodnění napadeného rozhodnutí, na položenou otázku podává jednoznačnou odpověď, že systém managementu bezpečnosti informací v organizaci nelze podřadit pod kategorii systému řízení jakosti. Dále k tomu ČIA dodává, že *„[c]ílem zavedení a následné certifikace podle této normy [...] není jakost/kvalita produktu nebo služby [...], ale zabezpečení důvěrnosti, integrity a dostupnosti informací. Základním cílem pak je chránit informační aktiva organizace, aby se informace nedostaly do nesprávných rukou nebo aby nedošlo k jejich ztrátě.“*
59. Úřad tedy postupoval v souladu se závazným právním názorem předsedy Úřadu, vyložil potřebné pojmy a následně na základě doplněného dokazování dovedl, že se nejedná o požadavek, který by byl zadavatel v souladu s § 56 odst. 6 zákona oprávněn požadovat.
60. Dle § 56 odst. 6 zákona je totiž veřejný zadavatel oprávněn požadovat prokázání splnění jednoho či více technických kvalifikačních předpokladů uvedených v odstavcích 1 až 5. Spočívá-li veřejná zakázka v plnění odpovídajícím více druhům veřejných zakázek podle § 8 až 10, je veřejný zadavatel oprávněn požadovat prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů uvedených v odstavcích 1 až 5 v přiměřeném rozsahu pro každý druh zvlášť. Jak bylo výše dovozeno požadavkem na předložení certifikátu systému managementu bezpečnosti informací v organizaci, překročil zadavatel meze § 56 odst. 4 zákona, na základě kterého stanovoval požadavek v zadávacích podmínkách. Nad rámec pouze doplňuji, že nelze vzhledem k obsahu požadavku ani dovést, že by jej bylo možné podřadit pod jiný požadavek na technický kvalifikační předpoklad.
61. I ohledně odůvodnění výroku II. napadeného rozhodnutí se tedy ztotožňuji s Úřadem. Zadavatel porušil zákon, když požadoval předložení certifikátu, který nebyl oprávněn požadovat, jelikož certifikát systému managementu bezpečnosti informací v organizaci se týká zajištění bezpečnosti a ne zajištění kvality. Vzhledem k tomu, že nezákonný požadavek zadavatele mohl podstatně ovlivnit okruh dodavatelů, kteří mohli podat veřejnou zakázku, došlo k naplnění skutkové podstaty správního deliktu tak, jak Úřad ve výroku II. napadeného rozhodnutí uvedl. I ve vztahu k výroku II. je tak napadené rozhodnutí správné a v souladu se zákonem.
62. K námitce zadavatele, že Úřad přistoupil ke zjištění stavu ryze formalisticky a neposuzoval specifika předmětu plnění veřejné zakázky, uvádím následující.
63. Zadávací řízení je vysoce formalizovaným procesem vycházejícím ze základních zásad uvedených v § 6 odst. 1 zákona, jež se promítají do ostatních ustanovení zákona, čímž je zaručen rovný přístup k jednotlivým uchazečům po celou dobu zadávacího řízení. Uvedené závěry potvrzuje např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 1. 2010, č. j. 2 Afs 64/2009-109, ve kterém je uvedeno, že *„[t]o, co by bylo ve veřejném sektoru nepřijatelné, je v soukromém zcela legální a legitimní. Zatímco soukromý subjekt si může vybírat ty, s nimiž hodlá obchodovat, podle své libovůle, zadavatel veřejné zakázky je striktně*

vázán zákonem o veřejných zakázkách a zejména pasážemi o zadávacím řízení, neboť prostředky, které jsou v takovém případě vynakládány, jsou prostředky veřejné [...] Zadávací řízení je vysoce formalizovaný proces, zatímco kontraktace soukromých subjektů navzájem je výrazně volnější [...]“. Zadavatel proto musí v zadávacím řízení striktně postupovat podle jednotlivých ustanovení zákona. Není tedy oprávněn rozšiřovat své požadavky v zadávacích podmínkách nad rámec stanovený zákonem.

64. Poté, co Úřad přezkoumatelným způsobem dovodil, že požadavek zadavatele překračuje zákonné meze a své závěry opřel o stanovisko ČIA, jenž svou činnost vykonává v rámci přenesené působnosti, a je orgánem, který je oprávněn se v rámci své činnosti k otázkám certifikátů vyjadřovat, nebylo nutné již dále provádět další posouzení věci, neboť byl zjištěn stav, o němž nejsou důvodné pochybnosti. S ohledem na uvedené nelze zadavatelově námitce přisvědčit. Výsledné hodnocení případu nemohou změnit ani důkazy, které zadavatel k rozkladu přiložil. Ostatně Úřad se jak s důvodovou zprávou k zákonu č. 55/2012 Sb., tak k rozhodnutí Ministerstva pro místní rozvoj o námitkách vypořádal v odst. 125 a 126 napadeného rozhodnutí. Na toto odůvodnění plně odkazují.
65. Závěry o nezákonnosti zadavatelova požadavku na certifikaci jsou podpořeny i rozhodovací praxí Úřadu, např. rozhodnutí Úřadu ze dne 22. 4. 2011, č. j. ÚOHS-S8/2011/VZ-4378/2011/540/MKr, rozhodnutí Úřadu ze dne 29. 6. 2011, sp. zn. ÚOHS-S60,113/2011/VZ, rozhodnutí Úřadu ze dne 24. 4. 2013, sp. zn. ÚOHS-S504/2012/VZ, potvrzené rozhodnutím předsedy Úřadu ze dne 7. 1. 2015, sp. zn. ÚOHS-R138/2013/VZ.
66. Zcela nad rámec pak jen uvádím, že ve smyslu rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 32/2013 – 24 ze dne 13. 9. 2013, je pravdou, že „*např. obsah Wikipedie, s ohledem na způsob jeho utváření, není vždy zcela spolehlivý, na druhou stranu však nelze krajským soudem využití informační zdroje apriorně odmítnout*“. Tedy i v předmětném případě nepovažuji za vhodné, aby Úřad při definici termínů využíval volně přístupné a veřejností neomezeně editovatelné zdroje, jako je slovenská (či veškerá jiná) mutace webu Wikipedia. V daném případě ale na definování pojmu „bezpečnost“ jako „stavu bez reálné hrozby nebezpečí“ neshledávám ničeho závadného, i s ohledem na to, že se jedná prakticky o definici kruhem. Samotné definování pojmu „bezpečnost“ není pro posouzení věci natolik významné, aby využití neověřeného zdroje informací za účelem definování tohoto pojmu vyvolalo pochybnosti o správnosti napadeného rozhodnutí.
67. K námitkám zadavatele ohledně procesního postupu Úřadu ve správním řízení nejprve uvádím, že jsem se jimi zabýval již v rozhodnutí, kterým bylo zrušeno předchozí rozhodnutí Úřadu. Uvedl jsem, že „*námitku zmatečnosti správního řízení je nutno odmítnout, jelikož z tohoto hlediska Úřad ve správním řízení postupoval v souladu s právními předpisy a zadavateli byla nesporně dána možnost vyjádřit se k podezření Úřadu, specifikovaným v oznámení o zahájení správního řízení, jež vycházela z doručeného podnětu. Konečný závěr o případu si správní orgán vytváří až po nashromáždění veškerých podkladů a s ohledem na vyjádření účastníků řízení, což musí být obsáhnuto ve vydaném rozhodnutí, tudíž v okamžiku zahájení správního řízení nebylo ani možné zadavatele o závěrech správního orgánu informovat. Po prostudování spisového materiálu jsem tak dospěl k závěru, že procesní práva zadavatele byla v plném rozsahu zachována.*“ Na tomto závěru setrvávám, přičemž právě z předchozích rozhodnutí ve správním řízení byl zadavatel zcela podrobně

informován o úvahách správního orgánu, tudíž tvrdit i v nynějším rozkladu, že zadavatel vlastně netušil, k čemu se má vyjadřovat, považují za účelové.

68. V souvislosti s postupem Úřadu při doplňování dokazování po vrácení věci k novému posouzení a v souvislosti s námitkami zadavatele ohledně procesního postupu, odkazují na rozhodovací praxi správních soudů. V rozsudku č. j. 29 Af 1/2015 – 228 ze dne 17. 1. 2017 Krajský soud v Brně uvedl následující: *„K samotnému provádění důkazu listinou konstatuje krajský soud, že § 53 odst. 6 správního řádu stanoví povinnost o provedení důkazu listinou učinit záznam do spisu, aniž by rozlišoval, zda se jedná o provedení důkazu za přítomnosti účastníků řízení, příp. jiných osob či nikoliv. Nicméně sepsání záznamu o provedení důkazu listinou vždy i v případě neúčasti účastníků (příp. dalších osob) nemá z hlediska ochrany jejich práv žádnou další přidanou hodnotu. Relevantní části předložené dokumentace o veřejné zakázce se staly stálou součástí spisu a žalobci z hlediska svého obsahu nebyly neznámé. Lze proto uzavřít, že striktní nedodržení formálních procesních pravidel při provádění dokazování ve vztahu k žalobci neznamenal ztížení možnosti jeho účinné obrany a nemá za následek nezákonné rozhodnutí ve věci samé; k tomu srov. též rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 6. 2015, č. j. 9 As 290/2014-53, a ze dne 10. 7. 2014, č. j. 6 As 81/2014-65, oba dostupné na www.nssoud.cz, v nichž uvedený soud shodně dospěl k závěru, že absence záznamu o provedení důkazu listinou mimo ústní jednání nezpůsobuje nezákonnost rozhodnutí správního orgánu.“* V předmětném řízení byl zadavatel usnesením č. j. ÚOHS-S0398/2015/VZ-00598/2017/513/IHI ze dne 5. 1. 2017, které mu bylo doručeno následujícího dne, informován o možnosti vyjádřit se k podkladům ve správním řízení. V souladu s právní zásadou *vigilantibus iura scripta sunt*, tak bylo na zadavateli, aby svá práva ve správním řízení uplatnil, tedy kupříkladu zažádal o nahlédnutí do spisu. Není úkolem správního orgánu, aby to činil za něj a proaktivně mu veškeré podklady rozhodnutí zasílal. Přitom nelze pominout, že byl o nutném postupu Úřadu informován již rozhodnutím předsedy Úřadu, jímž byla Úřadu vytýkána nepřezkoumatelnost rozhodnutí a nedostatečné podložení svých závěrů, když z něj vyplývala povinnost Úřadu k provedení dalšího dokazování. Samotná absence záznamu o provedení dokazování tedy nemá vliv na zákonnost správního řízení, pokud nebyla účastníku řízení ztížena možnost procesní obrany a při přezkoumání postupu Úřadu jsem neshledal, že by k tomu došlo v daném případě. Konstatuji tedy, že procesní práva zadavatele nebyla porušena a výsledkem správního řízení tak je zákonné rozhodnutí.
69. K samotné uložené sankci nejprve konstatuji, že Úřad správně aplikoval příznivější právní úpravu ust. § 121 odst. 3 zákona tak, jak se zadavatel v rozkladu dovolává. I přes aplikovatelnou kratší délku lhůt tedy nedošlo k zániku deliktní odpovědnosti zadavatele z prostého důvodu, že zákon tyto lhůty vztahuje k okamžiku zahájení správního řízení. Rozhodná data Úřad uvedl v odst. 136. napadeného rozhodnutí, z něhož plyne, že ani při zohlednění příznivější právní úpravy k zániku deliktní odpovědnosti nedošlo a Úřad tak postupoval správně.
70. Při určení výše sankce Úřad postupoval v souladu se zásadou absorpce. Ukládal tak pokutu za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. napadeného rozhodnutí. Při ukládání pokut je Úřad dle § 121 odst. 2 zákon povinen přihlídnout k závažnosti spáchaného správního deliktu, především ke způsobu jeho spáchání, k jeho následkům a k okolnostem, za nichž k jeho spáchání došlo. Z odst. 144. a násl. napadeného rozhodnutí je zřejmé, že Úřad

všechna tato kritéria vyhodnotil a v jejich souladu individualizoval výši uložené sankce. S odůvodněním pohledu Úřadu na kritéria určující výměru pokuty se plně ztotožňuji. Úřad pokutu ukládal jako souhrnný trest se zohledněním předchozího rozhodnutí, za nějž byla totožnému zadavateli uložena sankce za jiné porušení zákona. I v těchto intencích tak Úřad postupoval v souladu s principy správního trestání.

71. Horní hranicí pro uložení sankce byla hodnota 166 800 Kč, tudíž je zřejmé, že Úřad ani souhrnným trestem nepřekročil zákonný rámec pro hodnotu uložené sankce. Pokuta uložená zadavateli napadeným rozhodnutím nepředstavuje ani 20 % její maximální možné výše, tudíž lze konstatovat, že se jedná o pokutu ve spodní části přípustného spektra. S ohledem na nominální hodnotu uložené pokuty pak jsem toho názoru, že se nejedná o pokutu nepřiměřenou, ale naopak o účinný postih nezákonného postupu zadavatele, který naplňuje funkce právní odpovědnosti ve vztahu ke všem zadavatelem spáchaným deliktům. Jednoznačně se také nemůže jednat o pokutu likvidační, když se nejedná ani o částku, která by měla potenciál ovlivnit běžné fungování zadavatele.
72. Plně se tedy ztotožňuji s odůvodněním sankce uložené Úřadem za spáchání deliktu uvedeného ve výroku I. napadeného rozhodnutí, když při hodnocení jeho závažnosti Úřad akcentoval, že porušením zákona zadavatel ovlivnil zadávací řízení již od jeho počátku. Při stanovení výše pokuty se Úřad zabýval i veškerými dílčími okolnostmi, které dle zadavatele mohly mít vliv na její výši. Připomínám jen, že koncepce správních deliktů podle zákona vychází z principu objektivní odpovědnosti. Úřad tak zásadně nezkoumá otázku zavinění, tedy ani úmyslu či nedbalosti. Nepovažuji tak za nesprávné, pokud Úřad v rámci svého správního uvážení nepřihlédl k tvrzení zadavatele, že nebylo jeho úmyslem porušit zákon či kohokoli diskriminovat.
73. Ztotožnil jsem se tak s Úřadem, že zadavatelem byl vymezen předmět veřejné zakázky příliš široce, čímž byla v zadávacím řízení znemožněna účast některých dodavatelů. Zároveň zadavatel stanovil požadavek na prokázání kvalifikace, k němuž nebyl zákonem oprávněn. Závěry Úřadu v napadeném rozhodnutí jak ohledně porušení zákona, tak ohledně naplnění skutkové podstaty správního deliktu jsou tedy správné a v souladu se zákonem, stejně jako zadavateli uložená sankce je přiměřená projednávanému případu.
74. Nelze tedy po přezkoumání napadeného rozhodnutí přisvědčit tvrzení navrhovatele, že napadené rozhodnutí je nesprávné z důvodu nesprávného posouzení věci a nezákonné z nepřezkoumatelnosti či nesprávné aplikace právních předpisů. Závěry Úřadu, obsažené v napadeném rozhodnutí považuji za správné, dostatečně odůvodněné, vnitřně logicky uspořádané, vycházející z řádně zjištěného skutkového stavu, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a rovněž vycházející ze smyslu a účelu zákona. Shrnuji tedy, že Úřad rozhodl správně a v souladu se zákonem, když konstatoval, že se zadavatel dopustil specifikovaných správních deliktů, a za tyto delikty zadavateli uložil pokutu ve výši 33 000 Kč.

VI. Závěr

75. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
76. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

Karlovarský kraj, Závodní 88, 360 06 Karlovy Vary

Vypraveno dne:

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