



UOHSX00AXDGC

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0011/2018/VZ-03917/2018/531/Est

Brno: 7. února 2018

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, v řízení o přestupku zahájeném dne 12. 1. 2018 z moci úřední, jehož účastníkem je

- obviněný – Moravskoslezský kraj, IČO 70890692, se sídlem 28. října 2771/117, 702 00 Ostrava - Moravská Ostrava,

ve věci možného spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, obviněným při zadávání veřejné zakázky „Rámcová dohoda na poskytování komplexních právních služeb a právního poradenství v oblasti veřejného investování a administrace zadávacích řízení“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 8. 2. 2017 a ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 13. 2. 2017 pod ev. č. Z2017-003853, ve znění oprav uveřejněných dne 13. 3. 2017 a dne 20. 3. 2017, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 11. 2. 2017 pod ev. č. 2017/S 030-054124, ve znění oprav uveřejněných dne 14. 3. 2017 pod ev. č. 2017/S 051-094435 a dne 18. 3. 2017 pod ev. č. 2017/S 055-102303,

rozhodl takto:

I.

Obviněný – Moravskoslezský kraj, IČO 70890692, se sídlem 28. října 2771/117, 702 00 Ostrava - Moravská Ostrava – se při zadávání veřejné zakázky „Rámcová dohoda na poskytování komplexních právních služeb a právního poradenství v oblasti veřejného investování a administrace zadávacích řízení“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku

veřejných zakázek odesláno dne 8. 2. 2017 a ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 13. 2. 2017 pod ev. č. Z2017-003853, ve znění oprav uveřejněných dne 13. 3. 2017 a dne 20. 3. 2017, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 11. 2. 2017 pod ev. č. 2017/S 030-054124, ve znění oprav uveřejněných dne 14. 3. 2017 pod ev. č. 2017/S 051-094435 a dne 18. 3. 2017 pod ev. č. 2017/S 055-102303, **dopustil přestupku** podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, tím, že postupoval při vyřizování námitek ze dne 20. 4. 2017 podaných stěžovatelem – Fiala, Tejkal a partneři, advokátní kancelář, s.r.o., IČO 28360125, se sídlem Helfertova 2040/13, 613 00 Brno – v rozporu s § 245 odst. 1 citovaného zákona, když se v rozhodnutí o námitkách ze dne 4. 5. 2017 podrobně a srozumitelně nevyjádřil k námitkám stěžovatele ohledně

- požadavku obviněného uvedeného v čl. 3 „Požadavky na prokázání kvalifikace“, konkrétně v bodě 3.4. „Technická kvalifikace:“, zadávací dokumentace, kde obviněný požadoval, aby významné služby k prokázání kritéria technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. b) citovaného zákona byly dodavatelem (nebo jinou osobou ve smyslu ustanovení § 83 citovaného zákona) realizovány v posledních 3 letech před zahájením zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku pro veřejného zadavatele, nikoliv však postupem pro sektorového zadavatele podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, resp. zadávání sektorových veřejných zakázek dle citovaného zákona, přičemž stěžovatel k tomuto namítal, že mu není zřejmé, proč jsou z významných služeb vyloučeny administrace zadávacích řízení pro dotované zadavatele, kteří zároveň nebyli veřejnými zadavateli, když podle § 2 odst. 5 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, dotovaný zadavatel při zadávání veřejné zakázky postupoval podle ustanovení platných pro veřejného zadavatele; požadavek obviněného na významné služby realizované pouze pro veřejné zadavatele označil stěžovatel za nedůvodně zužující, diskriminační a vytvářející bezdůvodné překážky hospodářské soutěže,
- požadavku obviněného uvedeného v čl. 3 „Požadavky na prokázání kvalifikace“, konkrétně v bodě 3.4. „Technická kvalifikace:“, zadávací dokumentace, kde obviněný požadoval, aby v případě společného prokazování technické kvalifikace, tj. v případě, že více dodavatelů podává společnou nabídku nebo pokud dodavatel tuto část kvalifikace prokazuje prostřednictvím jiné osoby, jeden z dodavatelů (nebo jiná osoba ve smyslu ustanovení § 83 citovaného zákona) samostatně splňoval požadavek na realizaci alespoň 3 zadávacích řízení (bez ohledu na druh zadávacího řízení), jež se týkala nadlimitní veřejné zakázky na stavební práce a alespoň 2 zadávacích řízení, jež se týkala nadlimitní veřejné zakázky na služby v oblasti ICT, přičemž stěžovatel k tomuto namítal, že považuje shora popsany požadavek obviněného na společné prokazování technické kvalifikace za diskriminační, neboť bezdůvodně omezuje možnost dodavatelů podat společnou nabídku a účelově směřuje k nedovolenému omezení okruhu dodavatelů.

II.

Za spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se obviněnému – Moravskoslezský kraj, IČO 70890692, se sídlem 28. října 2771/117, 702 00 Ostrava - Moravská Ostrava – podle ustanovení § 268 odst. 2 písm. b) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **ukládá:**

pokuta ve výši 35 000,- Kč (třicet pět tisíc korun českých).

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

III.

Podle § 95 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, v návaznosti na § 79 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, a § 6 odst. 1 vyhlášky č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení, se obviněnému – Moravskoslezský kraj, IČO 70890692, se sídlem 28. října 2771/117, 702 00 Ostrava - Moravská Ostrava – ukládá:

uhradit **náklady řízení ve výši 1 000 Kč** (jeden tisíc korun českých).

Náklady řízení jsou **splatné do dvou měsíců** od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Obviněný – Moravskoslezský kraj, IČO 70890692, se sídlem 28. října 2771/117, 702 00 Ostrava - Moravská Ostrava (dále jen „obviněný“ nebo „zadavatel“) – uveřejnil podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), ve Věstníku veřejných zakázek dne 13. 2. 2017 pod ev. č. Z2017-003853, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 11. 2. 2017 pod ev. č. 2017/S 030-054124, oznámení o zahájení otevřeného zadávacího řízení nadlimitní veřejné zakázky „Rámcová dohoda na poskytování komplexních právních služeb a právního poradenství v oblasti veřejného investování a administrace zadávacích řízení“ (dále jen „veřejná zakázka“). Oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo zadavatelem do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 8. 2. 2017 a tímto dnem bylo podle § 56 odst. 1 zákona zahájeno zadávací řízení na předmětnou veřejnou zakázku.
2. Lhůtu pro podání nabídek obviněný stanovil v bodě IV.2.2) oznámení o zahájení zadávacího řízení do 16. 3. 2017, kterou následně prodloužil do 27. 3. 2017 a posléze do 20. 4. 2017 do 12:00 hod. Dne 20. 4. 2017 v 11:45:19 hod. podal dodavatel – Fiala, Tejkal a partneři, advokátní kancelář, s.r.o., IČO 28360125, se sídlem Helfertova 2040/13, 613 00 Brno (dále jen „stěžovatel“) – obviněnému námitky z téhož dne proti zadávací dokumentaci veřejné zakázky.
3. Obviněný rozhodnutím ze dne 4. 5. 2017, které stěžovatel obdržel téhož dne, podané námitky ze dne 20. 4. 2017 podle § 245 odst. 2 zákona odmítl.
4. Vzhledem k tomu, že stěžovatel nepovažoval rozhodnutí obviněného o jím podaných námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 15. 5. 2017 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“).
5. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0188/2017/VZ-18919/2017/531/Est ze dne 23. 6. 2017 Úřad podle § 263 odst. 5 zákona zrušil rozhodnutí zadavatele ze dne 4. 5. 2017 o námitkách stěžovatele (dále jen „rozhodnutí o námitkách“) z důvodu nepřezkoumatelnosti pro nedostatek důvodů. Citované rozhodnutí nabylo právní moci dne 11. 7. 2017.

6. Vzhledem k tomu, že Úřad považoval skutková zjištění z předložených materiálů za dostatečná a považoval za prokázané, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona, zahájil následně postupem podle § 90 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (dále jen „zákon o přestupcích“) a podle § 150 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), řízení o přestupku z moci úřední vydáním příkazu (viz dále bod 7. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Ve výroku I. příkazu Úřad rozhodl, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona tím, že postupoval při vyřizování námitek ze dne 20. 4. 2017 podaných stěžovatelem v rozporu s § 245 odst. 1 zákona, když se v rozhodnutí o námitkách ze dne 4. 5. 2017 podrobně a srozumitelně nevyjádřil k námitkám stěžovatele ohledně požadavku obviněného uvedeného v čl. 3 „Požadavky na prokázání kvalifikace“, konkrétně v bodě 3.4. „Technická kvalifikace:“, zadávací dokumentace, kde obviněný požadoval, aby významné služby k prokázání kritéria technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. b) zákona byly dodavatelem (nebo jinou osobou ve smyslu ustanovení § 83 zákona) realizovány v posledních 3 letech před zahájením zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku pro veřejného zadavatele, nikoliv však postupem pro sektorového zadavatele podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“), resp. zadávání sektorových veřejných zakázek dle zákona, přičemž stěžovatel k tomuto namítal, že mu není zřejmé, proč jsou z významných služeb vyloučeny administrace zadávacích řízení pro dotované zadavatele, kteří zároveň nebyli veřejnými zadavateli, když podle § 2 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách dotovaný zadavatel při zadávání veřejné zakázky postupoval podle ustanovení platných pro veřejného zadavatele; požadavek obviněného na významné služby realizované pouze pro veřejné zadavatele označil stěžovatel za nedůvodně zužující, diskriminační a vytvářející bezdůvodné překážky hospodářské soutěže, a požadavku obviněného uvedeného v čl. 3 „Požadavky na prokázání kvalifikace“, konkrétně v bodě 3.4. „Technická kvalifikace:“, zadávací dokumentace, kde obviněný požadoval, aby v případě společného prokazování technické kvalifikace, tj. v případě, že více dodavatelů podává společnou nabídku nebo pokud dodavatel tuto část kvalifikace prokazuje prostřednictvím jiné osoby, jeden z dodavatelů (nebo jiná osoba ve smyslu ustanovení § 83 zákona) samostatně splňoval požadavek na realizaci alespoň 3 zadávacích řízení (bez ohledu na druh zadávacího řízení), jež se týkala nadlimitní veřejné zakázky na stavební práce a alespoň 2 zadávacích řízení, jež se týkala nadlimitní veřejné zakázky na služby v oblasti ICT, přičemž stěžovatel k tomuto namítal, že považuje shora popsany požadavek obviněného na společné prokazování technické kvalifikace za diskriminační, neboť bezdůvodně omezuje možnost dodavatelů podat společnou nabídku a účelově směřuje k nedovolenému omezení okruhu dodavatelů. Ve výroku II. příkazu Úřad uložil obviněnému za spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. pokutu ve výši 35 000 Kč splatnou do jednoho měsíce od nabytí právní moci příkazu.

II. PRŮBĚH ŘÍZENÍ O PŘESTUPKU

7. Úřad vydal dne 12. 1. 2018 příkaz č. j. ÚOHS-S0011/2018/VZ-01153/2018/531/Est, který byl obviněnému doručen téhož dne (dále jen „příkaz“). Tímto dnem bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 46 odst. 1 a § 150 odst. 1 správního řádu, a ve spojení s § 90 odst. 1 zákona o přestupcích zahájeno řízení o přestupku z moci úřední.
8. Účastníkem řízení o přestupku je podle § 256 zákona obviněný.

9. Proti uvedenému příkazu podal obviněný dne 19. 1. 2018 odpor z téhož dne. Podle § 150 odst. 3 správního řádu se podáním odporu příkaz ruší a řízení pokračuje, přičemž lhůty pro vydání rozhodnutí začínají znovu běžet dnem podání odporu.
10. Usnesením č. j. ÚOHS-S0011/2018/VZ-01900/2018/531/Est ze dne 19. 1. 2018 určil Úřad obviněnému lhůtu, ve které byl podle § 36 odst. 1 správního řádu oprávněn navrhopat důkazy a činit jiné návrhy a podle § 36 odst. 2 správního řádu oprávněn vyjádřit v řízení své stanovisko. Obviněný se ve lhůtě určené citovaným usnesením nijak nevyjádřil.
11. Usnesením č. j. ÚOHS-S0011/2018/VZ-02897/2018/531/Est ze dne 29. 1. 2018 určil Úřad obviněnému podle § 261 odst. 3 zákona lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Obviněný se ve lhůtě určené citovaným usnesením Úřadu k podkladům rozhodnutí nevyjádřil.

Obsah odporu ze dne 19. 1. 2018

12. Obviněný předně konstatuje, že nerozporuje tvrzení Úřadu obsažené ve výroku I. příkazu, a sice že se podrobně a srozumitelně nevyjádřil ke dvěma námitkám stěžovatele. Obviněný nicméně poznamenává, že obě předmětné námitky tvořily pouze jedny z mnoha dílčích argumentů stěžovatele uvedených v jeho námitkách ze dne 20. 4. 2017, jichž bylo celkem 13 stran textu. Obviněný podotýká, že v rozhodnutí o námitkách věcně reagoval na všechny okruhy námitek uvedených v čl. III. až VII. námitek stěžovatele. K tomu obviněný doplňuje, že mu námitky stěžovatele byly doručeny dne 20. 4. 2017, z čehož vyplývá, že rozhodnutí o nich byl stěžovateli povinen odeslat nejpozději dne 5. 5. 2017. Obviněný tak měl na prostudování a vyřízení námitek fakticky toliko 10 pracovních dnů, neboť v době od 21. 4. 2017 do 5. 5. 2017 bylo celkem 5 dnů pracovního volna, resp. pracovního klidu.
13. Jestliže se tedy, s ohledem na shora řečené, obviněný v rámci rozsáhlého rozhodnutí o námitkách ze dne 4. 5. 2017 nedopatřením nevyjádřil ke dvěma dílčím tvrzením stěžovatele obsaženým v jeho námitkách ze dne 20. 4. 2017, lze toto neúmyslné pochybení obviněného pokládat za relativně málo závažné, což by měl Úřad zohlednit především při úvaze o stanovení výměry a druhu správního trestu za spáchaný přestupek. Obviněný k tomu dodává, že o zcela jinou situaci by se jednalo tehdy, jestliže by o námitkách uplatněných stěžovatelem nerozhodl vůbec, popř. pokud by o nich rozhodl opožděně. Obviněný však v rozhodnutí o námitkách včas reagoval na všechny okruhy stěžovatelem vznesených námitek, když se v důsledku nedopatření nevyjádřil ke dvěma dílčím skutečnostem uvedeným v daných námitkách. K tomu obviněný dodává, že v době, kdy připravoval rozhodnutí o námitkách, se stále jednalo o relativně novou právní úpravu této problematiky, přičemž ještě neexistovala, popř. nebyla známa, bohatá judikatura Úřadu týkající se aplikace § 245 zákona.
14. Obviněný v dalším uvádí, že z obsahu návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele, tj. obviněného, který stěžovatel podal dne 15. 5. 2017, vyplývá, že důvodem pro podání tohoto návrhu zjevně nebyla skutečnost, že se obviněný v rozhodnutí o námitkách ze dne 4. 5. 2017 nevyjádřil ke dvěma jednotlivým tvrzením stěžovatele, nýbrž to, že stěžovatel nesouhlasil s právní argumentací obviněného, stran jednotlivých okruhů námitek, jak ji obviněný uvedl v předmětném rozhodnutí. Právě řečené je dle názoru obviněného potvrzeno i tím, že ačkoliv v návaznosti na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0188/2017/VZ-18919/2017/531/Est ze dne 23. 6. 2017 vydal dne 17. 7. 2017 „nové“ rozhodnutí

o námitkách stěžovatele, v němž se již podrobně vypořádal se všemi tvrzeními stěžovatele, stěžovatel přesto podal dne 27. 7. 2017 nový návrh. Obviněný tedy dovozuje, že v důsledku jeho pochybení při vyřizování námitek stěžovatele ze dne 20. 4. 2017 stěžovateli reálně nevznikla žádná újma, jelikož stěžovatel by návrh na přezkoumání úkonů zadavatele (obviněného) podal i tehdy, pokud by se obviněný ke všem jeho tvrzením podrobně a srozumitelně vyjádřil již v rámci prvního rozhodnutí o námitkách ze dne 4. 5. 2017.

15. Obviněný má za to, že ve zde projednávané věci se vzhledem ke skutkovým okolnostem nejedná o přešůpek „středně závažný“, jak Úřad uvedl v bodě 39. odůvodnění příkazu, nýbrž o méně závažné pochybení, za něž je možno podle § 45 zákona o přestupcích uložit i sankci ve formě napomenutí, popř. uložit pokutu toliko v symbolické výši. Obviněný tedy v závěru odporu Úřadu navrhuje, aby mu uložil buď jen správní trest ve formě napomenutí, eventuálně aby mu uložil povinnost zaplatit pokutu, avšak v částce nižší, než která byla uvedena ve výroku II. příkazu.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

16. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, a po zhodnocení všech podkladů, dokumentace o zadávacím řízení, odporu obviněného a na základě vlastního zjištění konstatuje, že se obviněný dopustil spáchání přešůpku podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona tím, že při vyřizování námitek stěžovatele ze dne 20. 4. 2017 nepostupoval v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

K postavení obviněného jako zadavatele podle zákona

17. Úřad se nejprve zabýval otázkou, zda obviněný v šetřeném případě spadá do některé z kategorií zadavatelů podle § 4 zákona.
18. Podle § 4 odst. 1 písm. d) zákona je veřejným zadavatelem územní samosprávný celek nebo jeho příspěvková organizace.
19. Podle čl. 99 ústavního zákona č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, ve znění pozdějších ústavních zákonů, se Česká republika člení na obce, které jsou základními územními samosprávnými celky, a kraje, které jsou vyššími územními samosprávnými celky.
20. Podle čl. 1, bod 13., ústavního zákona č. 347/1997 Sb., o vytvoření vyšších územních samosprávných celků a o změně ústavního zákona České národní rady č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, ve znění pozdějších ústavních zákonů (dále jen „ústavní zákon o vytvoření vyšších územních samosprávných celků“), se na území České republiky vytvářejí tyto vyšší územní samosprávné celky: Moravskoslezský kraj se sídlem v Ostravě, vymezený územím okresů Bruntál, Frýdek-Místek, Karviná, Nový Jičín, Opava a Ostrava-město.
21. Jak je zřejmé z čl. 1, bodu 13., ústavního zákona o vytvoření vyšších územních samosprávných celků, je obviněný, tj. Moravskoslezský kraj, vyšším územním samosprávným celkem. Z uvedeného tak vyplývá, že obviněný je veřejným zadavatelem podle § 4 odst. 1 písm. d) zákona. Osoba „zadavatele veřejné zakázky“ je tudíž prokazatelně dána.

Relevantní ustanovení zákona

22. Podle § 241 odst. 1 zákona může námitky podat dodavatel, kterému postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním podlimitní nebo nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona nebo se zvláštními postupy podle části šesté zákona hrozí nebo vznikla újma.
23. Podle § 241 odst. 2 písm. a) zákona se námitky podle § 241 odst. 1 zákona podávají písemně a lze je podat proti všem úkonům nebo opomenutím zadavatele v zadávacím řízení a zvláštnímu postupu podle části šesté zákona, včetně stanovení zadávacích podmínek.
24. Podle § 245 odst. 1 zákona zadavatel do 15 dnů od doručení námitek odešle rozhodnutí o námitkách stěžovateli. V rozhodnutí uvede, zda námitkám vyhovuje nebo je odmítá; součástí rozhodnutí musí být odůvodnění, ve kterém se zadavatel podrobně a srozumitelně vyjádří ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách. Pokud zadavatel námitkám vyhoví, sdělí v rozhodnutí současně, jaké provede opatření k nápravě.
25. Podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona se zadavatel dopustí přestupku tím, že postupuje při vyřizování námitek v rozporu s § 245 odst. 1, 2, 3 nebo 4 zákona.

K výroku I. tohoto rozhodnutí

26. Jak již Úřad uvedl výše (viz bod 2. odůvodnění tohoto rozhodnutí), dne 20. 4. 2017 podal stěžovatel obviněnému námitky z téhož dne, které směřovaly proti zadávacím podmínkám zadávacího řízení na veřejnou zakázku.
27. Stěžovatel ve svých námitkách ze dne 20. 4. 2017 namítal především následující:
 - **Diskriminační nastavení zadávacích podmínek, které umožňuje výběr dodavatele neoprávněného poskytovat** všechny služby, zejména **právní služby**, které obviněný v rámci plnění veřejné zakázky poptává, čímž dle stěžovatele obviněný diskriminuje subjekty oprávněné výhradně k poskytování právních služeb dle zákona o advokacii, tj. advokáty a advokátní kanceláře.
 - **Diskriminační požadavky kladené obviněným na minimální úroveň pro splnění technické kvalifikace**, kdy obviněný v rámci jejího prokázání požaduje doložit zkušenosti se zajištěním komplexní organizace zadávacích řízení dle zákona a zákona o veřejných zakázkách, a to zkušenosti s administrací alespoň 5 zadávacích řízení na nadlimitní veřejné zakázky na stavební práce a současně zkušenosti s administrací alespoň 3 zadávacích řízení na nadlimitní veřejné zakázky z oblasti ICT. Za rozpornou se zásadou zákazu diskriminace považuje stěžovatel **kombinaci požadavku na nadlimitní režim administrovaných veřejných zakázek s jejich věcným zaměřením**, která není dle stěžovatele objektivně odůvodnitelná a současně vytváří bezdůvodné překážky hospodářské soutěže v rozporu s § 36 odst. 1 zákona. Stěžovatel namítá, že z pohledu administrátora veřejné zakázky **není dán zásadní rozdíl v administraci zadávacího řízení nadlimitní a podlimitní veřejné zakázky**. Za diskriminační považuje rovněž **požadavek obviněného na administraci veřejných zakázek výhradně pro veřejné zadavatele**, který shledává za neodůvodněně zužující, neboť stěžovateli není zřejmé, proč obviněný z referenčních zakázek vyloučil ty referenční zakázky, jejichž předmětem byla administrace veřejných zakázek pro dotované zadavatele.

- **Diskriminační nastavení pravidel pro společné prokazování technické a ekonomické kvalifikace**, kdy obviněný, mimo jiného, požaduje, aby v případě společného prokazování technické kvalifikace disponoval **alespoň jeden z dodavatelů zkušenostmi s administrací alespoň 3 zadávacích řízení na nadlimitní veřejné zakázky na stavební práce a současně zkušenostmi s administrací alespoň 2 zadávacích řízení na nadlimitní veřejné zakázky na služby z oblasti ICT**. K uvedenému dodává, že předmětná pravidla **bezdůvodně omezují možnost dodavatelů podat společnou nabídku**, přičemž požadavek na společné prokazování technické kvalifikace stanovil obviněný bez návaznosti na další části zadávací dokumentace, což svědčí i o nízké relevanci předmětného požadavku. Ke společnému prokazování ekonomické kvalifikace obviněný v zadávací dokumentaci požadoval, aby alespoň jeden z dodavatelů splňoval **požadavek na minimální obrat v oblasti veřejného investování ve výši 6 000 000,- Kč, aniž by dle navrhovatele bylo zřejmé, z jakého objektivního důvodu tomu tak má být**. V této souvislosti cituje stěžovatel z rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 218/2015-49 ze dne 31. 8. 2016.
- **Nastavení hodnocení dílčího hodnotícího kritéria č. 1 „Nabídková cena“ shledává stěžovatel rozporné se zásadou transparentnosti**, neboť popis způsobu přiřazení bodů v rámci předmětného hodnotícího kritéria je dle jeho názoru nesrozumitelný. Stěžovatel je přesvědčen, že popsáním způsobem hodnocení nebude s vysokou mírou pravděpodobnosti možné dosáhnout počtu bodů odpovídajícího váze daného hodnotícího kritéria, resp. **popsaný způsob hodnocení nebude odrážet míru výhodnosti jednotlivých nabídek**, a to přestože nabídky mají být hodnoceny bodovací metodou. Hodnocení nabídek v rámci dílčího hodnotícího kritéria č. 1 „Nabídková cena“ tak stěžovatel shledává netransparentním, neboť **není jasné, jakým způsobem mají být nabídky v rámci předmětného kritéria fakticky hodnoceny**.

28. K výše uvedeným námitkám stěžovatele obviněný v jeho rozhodnutí o námitkách ze dne 4. 5. 2017 uvedl následující:

- K námitce týkající se diskriminace advokátů a advokátních kanceláří obviněný v článku II. „Polemika s námitkou týkající se údajné diskriminace advokátů a advokátních kanceláří“ rozhodnutí o námitkách sděluje, že **předmět plnění veřejné zakázky vymezil v zadávací dokumentaci poměrně široce, tj. tak, že tento v sobě zahrnuje také dílčí činnosti a služby, k jejichž poskytování není nutné oprávnění k výkonu advokacie, jakož ani dosažení právního vzdělání**, nicméně některé služby čistě právní povahy jsou. S odkazem na relevantní soudní judikaturu, stanovisko České advokátní komory a rovněž rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. R319/2013/VZ-6552/2014/310/LPa ze dne 27. 3. 2014 obviněný dále dovozuje, že **ne všechny právní služby musí poskytovat pouze advokáti**, a tudíž neuplatnění požadavků na prokázání profesní způsobilosti dodavatelů nemůže mít žádný vliv na plnění případných povinností dodavatelů stanovených zvláštními právními předpisy.
- K námitce týkající se nastavení požadavků na prokázání technické kvalifikace obviněný v článku III. „Polemika s námitkami týkajícími se nastavení požadavků

na technickou kvalifikaci“ rozhodnutí o námitkách uvádí, že předmětné požadavky jsou dány především předpokládaným počtem otevřených zadávacích řízení na nadlimitní veřejné zakázky, jejichž administraci bude vítězný dodavatel zajišťovat, přičemž **u značného počtu těchto zadávacích řízení se bude jednat o nadlimitní veřejné zakázky na stavební práce nebo na služby v oblasti ICT.** Obviněný nesouhlasí s názorem stěžovatele, že z pohledu administrátora veřejné zakázky není podstatný rozdíl mezi zadáváním veřejných zakázek v podlimitním a nadlimitním režimu, neboť tyto **podstatné rozdíly mezi zmíněnými režimy vyplývají přímo z příslušných ustanovení zákona, kdy pro nadlimitní veřejné zakázky se uplatňuje speciální úprava požadavků zadavatele na kvalifikaci dodavatele,** přičemž odlišný je i samotný průběh zadávacích řízení. Stejně tak **zákon obsahuje celou řadu speciálních ustanovení pro veřejné zakázky na stavební práce,** a proto obviněným požadovaná zkušenost s veřejnými zakázkami na stavební práce, resp. na služby z oblasti ICT, je dána odlišností zadávacích řízení u předmětných veřejných zakázek. Obviněný v dalším odkazuje na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S381/2011/VZ-20015/2011/530/RNi ze dne 21. 12. 2011, v němž Úřad akceptoval jako důvodný např. požadavek zadavatele v rámci prokázání technické kvalifikace na doložení zkušeností s realizací požadovaného množství (alespoň 4) otevřených řízení na nadlimitní veřejné zakázky na služby v oblasti ICT. Konečně obviněný upozorňuje na skutečnost, že Úřad již v minulosti přezkoumával nastavení zadávacích podmínek obviněným, jež se týkaly obdobného předmětu plnění a obdobně nastavených podmínek k prokázání technické kvalifikace jako v případě šetřené veřejné zakázky, přičemž v řízení o rozkladu sp. zn. R319/2013/VZ předseda Úřadu prakticky všechny námitky příslušného navrhovatele proti zadávacím podmínkám odmítl jako nedůvodné.

- K stěžovatelem namítaným požadavkům obviněného na společné prokazování ekonomické a technické kvalifikace obviněný v článku IV. „Polemika s námitkami týkajícími podmínek společného prokazování technické a ekonomické kvalifikace“ rozhodnutí o námitkách sděluje následující: *„K těmto tvrzením stěžovatele zadavatel (obviněný, pozn. Úřadu) uvádí, že se jedná o zcela nepodložená tvrzení, která nemají žádnou oporu v zadávacích podmínkách. Zadavatel nevyloučil možnost podání společné nabídky více dodavatelů, pouze v souladu s ustanovením § 84 ZZVZ stanovil v zadávací dokumentaci určité podmínky pro společné prokazování kvalifikace více dodavatelů. Zadavatel v článku 3. odst. 3.3 písm. a) zadávací dokumentace v rámci prokázání splnění kritérií ekonomické kvalifikace dodavatelů obecně požaduje: „prokázat obrat dosažený v oblasti veřejného investování, a to min. 8 mil. Kč za každé z 3 bezprostředně předcházejících účetních období. Za obrat v oblasti veřejného investování se považuje obrat dosažený za poskytování právních služeb v oblasti zadávání veřejných zakázek (včetně koncesí) a v oblasti veřejné podpory“. Jedná se o zcela oprávněný a odůvodněný požadavek zadavatele na prokázání ekonomické kvalifikace, stanovený v souladu s ustanovením § 78 odst. 2 ZZVZ.*

Pro případ společného prokazování kvalifikace pak zadavatel v článku 3. odst. 3.3 písm. a) zadávací dokumentace uvedl, že: „požaduje, aby v případě společného prokazování (tj. v případě, že více dodavatelů podává společnou nabídku nebo pokud dodavatel tuto část kvalifikace prokazuje prostřednictvím jiné osoby) této

části kvalifikace dle bodu 3.3 této zadávací dokumentace alespoň jeden z dodavatelů (příp. jiná osoba, pokud dodavatel tuto část kvalifikace prokazuje prostřednictvím jiné osoby) samostatně splňoval požadavek na minimální obrat dodavatele v oblasti veřejného investování min. 6 mil. Kč za každé z 3 bezprostředně předcházejících účetních období.“ Zadavatel nevidí nic zvláštního, nedůvodného nebo přiměřeného na tomto svém požadavku, která sleduje pouze jediný záměr – a sice aby v případě společné nabídky více dodavatelů alespoň jeden z nich splňoval podmínku určitého minimálního obratu v oblasti veřejného investování, byť přiměřeně sníženého a částku 6 milionů korun za příslušné účetní období.

V opačném případě by kritérium ekonomické kvalifikace splnila také společná nabídka víc dodavatelů, z nichž by např. žádný nebyl schopen za uvedené období doložit výši svého obratu v oblasti veřejného investování ani ve výši 1 miliónu korun za příslušné účetní období, ačkoliv by všichni společně toto kritérium ekonomické kvalifikace splnili.

Ekonomickou kvalifikací má být obecně prokazována ekonomická síla a stabilita dodavatele. Dodavatel, který prokáže zadavatelem požadovanou ekonomickou kvalifikací, by tak měl být potenciálně ekonomicky způsobilý splnit budoucí předmět zakázky, a to po celou dobu trvání zakázky.

Bez stanovení výše popsaných pravidel pro společné prokazování ekonomické kvalifikace by však objektivně nebylo možné nijak prokázat skutečnou ekonomickou sílu a stabilitu dodavatelů, kteří podali společnou nabídku, a tedy ani jejich způsobilost splnit předmět veřejné zakázky.

Stěžovatel dále v této souvislosti ve svých upozorňuje na ustanovení článku 10. odst. 10.3. zadávací dokumentace, podle kterého: „V případě společné účasti dodavatelů zadavatel vyžaduje, aby odpovědnost nesli všichni dodavatelé podávající společnou nabídku společně a nerozdílně, a to předložením písemné smlouvy v nabídce, ve které je obsažen závazek, že všichni tito dodavatelé budou vůči veřejnému zadavateli a třetím osobám z jakýchkoliv právních vztahů vzniklých v souvislosti s veřejnou zakázkou zavázáni společně a nerozdílně, a to po celou dobu plnění veřejné zakázky i po dobu trvání jiných závazků vyplývajících z veřejné zakázky“.

K tomu zadavatel pouze uvádí, že citované ustanovení má oporu v ustanovení § 83 odst. 3 ZZVZ, podle kterého: „Zadavatel může v zadávací dokumentaci požadovat, aby dodavatel a jiná osoba, jejímž prostřednictvím dodavatel prokazuje ekonomickou kvalifikace podle § 78, nesli společnou a nerozdílnou odpovědnost za plnění veřejné zakázky“. Pokud zadavatel postupoval podle citovaného ustanovení ZZVZ, nemůže se jednat o požadavek diskriminační či nezákonný, jak tvrdí stěžovatel.“

- Ke stěžovatelem namítanému stanovení způsobu hodnocení nabídek u dílčího hodnotícího kritéria č. 1 „Nabídková cena“ obviněný v článku V. „Polemika s námitkami týkajícími se stanoveného způsobu hodnocení nabídek v rámci hodnotícího kritéria č. 1“ rozhodnutí o námitkách uvádí, že **způsob bodového hodnocení nabídek** v rámci jím zvolených hodnotících kritérií a subkritérií popsal

v článku 11. „Způsob hodnocení nabídek podle hodnotících kritérií“, konkrétně v bodu 11.4. „Metoda vyhodnocení nabídek v jednotlivých kritériích“, zadávací dokumentace, v němž je **jednoznačně a srozumitelně stanoveno**, že body přidělené nabídce podle stanovených matematických vzorců u jednotlivých subkritérií budou následně vždy propočteny procentuální váhou těchto jednotlivých subkritérií, přičemž výsledná bodová hodnocení dosažená dodavatelem v jednotlivých subkritériích se posléze sečtou a tento součet bodů se pak propočte váhou dílčího hodnotícího kritéria č. 1 „Nabídková cena“, tj. váhou 60 %, čímž se teprve získá výsledná bodová hodnota přidělená příslušnému dodavateli v tomto kritériu. Obviněný dále doplňuje, že v článku 11. „Způsob hodnocení nabídek podle hodnotících kritérií“, konkrétně v bodu 11.4.3, zadávací dokumentace zcela jednoznačně stanovil, že **celkové pořadí nabídek stanoví na základě porovnání celkových součtů všech výsledných bodových hodnot získaných jednotlivými dodavateli v jednotlivých kritériích**. S ohledem na výše řečené tudíž obviněný odmítá tvrzení stěžovatele, že je zadávací dokumentace vnitřně rozporná a objektivně umožňuje dvojí výklad, neboť je přesvědčen, že způsob hodnocení stanovil **zcela jednoznačně, srozumitelně a transparentně, a to při dodržení základních zásad zadávání veřejných zakázek uvedených v § 6 odst. 1 zákona**.

29. Úřad nejprve obecně k vyřízení námitek uvádí, že zadavatel je podle § 245 odst. 1 zákona povinen přezkoumat obdržené námítky v plném rozsahu ve lhůtě 15 dnů od jejich doručení. V této lhůtě je zadavatel povinen odeslat stěžovateli písemné rozhodnutí obsahující způsob vyřízení námitek, kdy zadavatel rozhodne buď o vyhovění námitkám či o jejich odmítnutí, přičemž je povinen své rozhodnutí podrobně a srozumitelně odůvodnit. Podstatné je, aby byly námítky jednak vyřízeny některým se shora uvedených způsobů, a současně bylo rozhodnutí zadavatele, kterým se tak stane, řádně odůvodněno a zadavatel v takovém odůvodnění reagoval na **veškeré** skutečnosti uvedené stěžovatelem v námitkách, ne pouze na některé z nich. Současně je povinen o podaných námitkách rozhodnout výlučně sám zadavatel.
30. Dále je pro řádné vyřízení námitek zadavatel povinen poučit stěžovatele v případě, kdy podané námítky odmítne, o možnosti podat ve lhůtě podle § 251 odst. 2 zákona návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu a o povinnosti doručit v téže lhůtě stejnopis návrhu zadavateli.
31. Shora uvedené povinnosti jsou zadavateli zákonem uloženy především proto, že má institut námitek sloužit jako hlavní prostředek obrany proti domnělému porušení zákona úkonem zadavatele, kdy by měl být vzniklý „problém“ pramenící z postupu zadavatele vyřešen primárně mezi zadavatelem a stěžovatelem v zadávacím řízení, nikoliv až ve správním řízení před Úřadem. Právě z tohoto důvodu by měla být argumentace zadavatele rozvedená v rozhodnutí o námitkách pokud možno co nejvíce komplexní, reagující na celý obsah podaných námitek, přičemž by měly být úvahy zadavatele přezkoumatelné, tím spíše v případě, kdy zadavatel námítky stěžovatele odmítá. To může mít zásadní význam pro rozhodnutí stěžovatele o jeho dalším postupu, tj. zejména o tom, zda bude proti postupu zadavatele brojit návrhem u Úřadu, či nikoliv. V případě, že se stěžovatel rozhodne návrh podat, jsou pak skutečnosti uvedené zadavatelem v rozhodnutí o námitkách významným podkladem pro náležitou formulaci a odůvodnění takového návrhu.

32. Důležitost institutu námitek a toho, jak mají být zadavatelem vyřízeny, vyplývá i z úmyslu zákonodárce penalizovat zadavatele v případě, že na námitky nebude reagovat ve lhůtách a způsobem stanoveným zákonem. Zákonodárce pak ve vztahu k porušení postupu zadavatele vymezeného v § 245 zákona pracuje jak s odpovědností za případný přestupek [viz § 268 odst. 1 písm. d) zákona], tak i s možností uložení zcela nového (v porovnání s předešlou právní úpravou, tzn. zákonem o veřejných zakázkách) nápravného opatření Úřadem podle § 263 odst. 5 zákona, tj. zrušení rozhodnutí o námitkách, a dále i možnost zrušení samotného zadávacího řízení podle § 263 odst. 6 zákona tam, kde Úřad v průběhu řízení o návrhu zjistí, že zadavatel o podaných námitkách nerozhodl ve smyslu § 245 odst. 5 zákona. Ignorance povinností pramenících z § 245 zákona tak může mít pro zadavatele a osud jím zadávané veřejné zakázky i zcela fatální následky. Předmětem tohoto správního řízení pak je posouzení otázky, zda došlo ke spáchání přestupku ve smyslu § 268 odst. 1 písm. d) zákona tím, že se obviněný podrobně a srozumitelně nevyjádřil ke všem namítaným skutečnostem stěžovatele v podaných námitkách.
33. Úřad posoudil rozhodnutí obviněného ze dne 4. 5. 2017 o námitkách stěžovatele a dospěl k závěru, že se obviněný v předmětném rozhodnutí vůbec nevypořádal s námitkou týkající se požadavku na realizaci významných služeb sloužících k prokázání kritéria technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. b) zákona pouze pro veřejného zadavatele. Stěžovatel v námitkách k tomuto uvedl: *„Stěžovatel dále musí poukázat, že kromě shora uvedeného, je zadávací dokumentaci třeba považovat za rozpornou s § 6 odst. 2 a § 36 odst. 1 ZZVZ i z následujícího důvodu. Zadavatel v rámci technické kvalifikace požaduje administraci veřejných zakázek výhradně pro veřejné zadavatele. Stěžovateli není zřejmé, proč jsou z referenčních služeb vyloučeny administrace veřejných zakázek pro dotované zadavatele, jež zároveň nebyli veřejnými zadavateli. Dle § 2 odst. 5 ZVZ (zákonu o veřejných zakázkách, pozn. Úřadu) přitom dotovaný zadavatel při zadávání veřejné zakázky postupoval podle ustanovení platných pro veřejného zadavatele. Nastavení technické kvalifikace tak opět nelze než označit za diskriminační a vytvářející bezdůvodně překážky hospodářské soutěže.“*
34. Současně se obviněný v rozhodnutí o námitkách vůbec nevypořádal ani s námitkou stěžovatele týkající se požadavku pro případ společného prokazování technické kvalifikace. Stěžovatel v námitkách k tomuto uvedl: *„Zadavatel mj. požaduje, aby jeden z dodavatelů v případě společného prokazování zkušeností v seznamu významných služeb disponoval zkušenostmi s administracemi alespoň 3 zadávacích řízení nadlimitních veřejných zakázek na stavební práce a alespoň 2 zadávacích řízení nadlimitních veřejných zakázek na služby v oblasti ICT. Vzhledem k tomu, že Zadavatel nestanovil požadavek na nadlimitní režim pro účely hodnocení, ani u veřejných zakázek na služby v oblasti ICT v rámci požadavků na členy realizačního týmu, Stěžovatel považuje pravidla pro společné prokazování technické kvalifikace za diskriminační, neboť bezdůvodně omezují možnost dodavatelů podat společnou nabídku. K tomu Stěžovatel dodává, že Zadavatel tato pravidla stanovil bez návaznosti na další části zadávací dokumentace, což svědčí o nízké relevantnosti tohoto požadavku k plnění Veřejné zakázky, a trvá na tom, že nastavení těchto pravidel účelově směřuje k nedovolenému omezení okruhu potenciálních účastníků zadávacího řízení. Specifika jednotlivých druhů veřejných zakázek (na stavební práce, služby, dodávky) se na trhu administrátorů veřejných zakázek projevila tím, že se někteří administrátoři specializují na administrace jednotlivých druhů veřejných zakázek (nejčastěji na stavební práce). Takoví administrátoři jsou schopni poskytovat služby na té nejvyšší úrovni, se znalostí aktuálních*

poměrů v konkrétní oblasti. Je proto s podivem, že Zadavatel znemožnil podání společné nabídky takovýmto dodavatelům, a to na úkor kvality plnění. Namítaný postup Zadavatele Stěžovatel považuje za rozporný se ZZVZ. § 84 ZZVZ sice dává Zadavateli možnost stanovit bližší pravidla pro prokazování profesní způsobilosti podle § 77 odst. 2 ZZVZ, ekonomické kvalifikace nebo technické kvalifikace, pokud se dodavatelé účastní zadávacího řízení společně nebo prokazují kvalifikaci prostřednictvím jiných osob, Zadavatelem zvolený postup však není objektivně odůvodnitelný a porušuje § 6 odst. 2 a § 36 odst. 1 ZZVZ. Zcela zřejmé je to na vztahu k nabídce podané společně více dodavateli. Tito musí být dle požadavků Zadavatele zavázáni společně a nerozdílně a navíc dle odst. 10.7. zadávací dokumentace se dodavatelé podávající společnou nabídku považují za jednoho účastníka zadávacího řízení. Jaký má pak limitace jednotlivých osob ve vztahu ke skládání a sčítání kvalifikace pro zadavatele význam než neodůvodněné vytváření překážek hospodářské soutěže.“

35. Z výše uvedeného vyplývá, že účelu institutu námitek, tj. aby se stěžovatel primárně dozvěděl autentický názor zadavatele, resp. obviněného na **veškeré** jím vznesené připomínky k jeho postupu v zadávacím řízení, tedy nebylo dosaženo. Úřad uvádí, že právě způsob, jakým mají být podané námitky ze strany zadavatele vyřízeny, je z pohledu dodržení zákona zásadní. Podle ustanovení § 245 odst. 1 zákona součástí rozhodnutí o námitkách musí být odůvodnění, ve kterém se zadavatel podrobně a srozumitelně vyjádří ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách. Zákon tak prostřednictvím shora citovaného ustanovení zákona posiluje právní jistotu stěžovatelů, kteří by se již tak v rozhodnutí o námitkách měli dozvědět veškerou relevantní argumentaci zadavatele k podaným námitkám. Lze tedy konstatovat, že pokud má zadavatel za to, že jeho postup je důvodný, měl by být schopen své stanovisko v celém rozsahu obhájit a tedy nikoliv se k některým částem námitek vůbec nevyjádřit, jak to učinil v posuzovaném případě obviněný. Takové podrobné zdůvodnění postupu obviněného by pak na druhé straně mělo sloužit stěžovateli jako základní podklad pro úvahu, zda si za svým názorem o nezákonném postupu zadavatele stojí natolik, že je ochoten vyvolat zahájení správního řízení před Úřadem na základě návrhu. Úřad dodává, že jestliže se obviněný v rozhodnutí o námitkách vůbec nijak nezabýval shora uvedenými 2 skutečnostmi (jak Úřad shora popsal), což fakticky nečiní sporným ani sám obviněný (viz bod 12. odůvodnění tohoto rozhodnutí), které stěžovatel v námitkách namítal, je zjevné, že při vyřízení těchto námitek nepostupoval v souladu se zákonem a takové jednání pak zákon spojuje se spácháním přestupku.
36. Úřad shrnuje, že stěžovatel námitkami brojil i proti požadavkům obviněného týkajících se prokázání technické kvalifikace. V této souvislosti stěžovatel mj. namítal, že požadavek obviněného, aby významné služby sloužící k prokázání kritéria technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. b) zákona byly realizovány pouze pro veřejného zadavatele, je diskriminační, neboť není zřejmé, z jakých příčin jsou z významných služeb zadavatelem vyloučeny ty významné služby, jejichž předmět plnění spočíval v administraci zadávacích řízení pro dotované zadavatele, kteří zároveň nebyli veřejnými zadavateli, jelikož podle § 2 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách dotovaný zadavatel při zadávání veřejné zakázky postupoval podle ustanovení platných pro veřejného zadavatele. Obviněný však předmětnou námitku v rozhodnutí o námitkách nijak nevypořádal, tzn. ponechal ji zcela „bez povšimnutí“. Je tudíž nepochybné, že obviněný požadavkům na rozhodnutí o námitkách ve vztahu k námitce stěžovatele brojící proti údajnému diskriminačnímu nastavení technického

kvalifikačního předpokladu dle § 79 odst. 2 písm. b) zákona nedostál. Ani zde si pak stěžovatel nemohl učinit představu o tom, proč taková námitka není důvodná.

37. Stěžovatel námitkami v dalším brojil mj. proti požadavkům obviněného týkajících se společného prokazování technické a ekonomické kvalifikace. Ve vztahu ke společnému prokazování technické kvalifikace stěžovatel namítal, že požadavek obviněného, aby alespoň jeden z dodavatelů disponoval zkušenostmi s administrací alespoň 3 zadávacích řízení na nadlimitní veřejné zakázky na stavební práce a současně zkušenostmi s administrací alespoň 2 zadávacích řízení na nadlimitní veřejné zakázky na služby z oblasti ICT, je diskriminační a ve svém důsledku omezuje možnost dodavatelů podat společnou nabídku. Obviněný však danou námitku v rozhodnutí o námitkách taktéž nijak nevypořádal, tj. argumentačně na ni nijak nereagoval, kdy se věnoval pouze námitce stěžovatele týkající se společného prokazování ekonomické kvalifikace. Vzhledem k právě řečenému lze tedy shodně jako v předchozím případě dovodit, že obviněný požadavkům na odůvodnění rozhodnutí o námitkách ve vztahu k citované námitce stěžovatele nedostál.
38. Úřad se na tomto místě vyjadřuje k argumentu obviněného, že 2 námitky stěžovatele, s nimiž se v rámci rozhodnutí o námitkách ze dne 4. 5. 2017 nevypořádal, tvořily pouze jedny z mnoha dílčích argumentů stěžovatele, přičemž obviněný v předmětném rozhodnutí věcně reagoval na všechny okruhy námitek uvedených v čl. III. až VII. námitek stěžovatele ze dne 20. 4. 2017 (viz bod 12. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Jak bylo Úřadem opakovaně zmíněno již v předchozích bodech odůvodnění tohoto rozhodnutí, povinností příslušného zadavatele je, aby reagoval na **veškeré** skutečnosti uvedené konkrétním stěžovatelem v jím uplatněných námitkách. Jedině za splnění tohoto předpokladu lze rozhodnutí o námitkách považovat za souladné s požadavky § 245 zákona. V šetřeném případě obviněný zcela prokazatelně na 2 námitky stěžovatele obsažené v jeho námitkách ze dne 20. 4. 2017 v rozhodnutí o námitkách ze dne 4. 5. 2017 nijak nereagoval, tzn. nikterak se k nim nevyjádřil (v podrobnostech viz shora). Ostatně tuto skutečnost nečiní ani sám obviněný spornou. Úřad akcentuje, že na závěru, že obviněný při vyřizování námitek stěžovatele nepostupoval v souladu se zákonem, nemůže ničeho změnit ani tvrzení obviněného, že stěžovatel jeho námitky strukturoval, mimo jiné, do „obecných“ bodů IV. „Nastavení technické kvalifikace“ a V. „Pravidla pro společné prokazování technické a ekonomické kvalifikace“, přičemž obviněný na shora jmenované body v rozhodnutí o námitkách věcně reagoval. Úřad předesílá, že obviněný sice v obecné rovině v rozhodnutí o námitkách uvedl argumenty, na základě nichž považuje nastavení technické kvalifikace a pravidla pro společné prokazování technické kvalifikace za souladná se zákonem, nicméně nikterak nevypořádal 2 dílčí tvrzení stěžovatele týkající se daných otázek, tj. nastavení zadávacích podmínek, a sice tvrzení blíže specifikovaná v bodech 33. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí. Předmětná 2 tvrzení (námitky) stěžovatele zůstala v rozhodnutí o námitkách ze dne 4. 5. 2017 ze strany obviněného zcela „bez povšimnutí“, tzn. stěžovateli nebylo nijak zdůvodněno, proč jsou dané požadavky na technickou kvalifikaci a na společné prokazování technické kvalifikace, rozporované stěžovatelem právě těmito dvěma „nevypořádanými námitkami“, z pohledu obviněného v souladu se zákonem. V důsledku nevypořádání těchto 2 námitek stěžovatele uvedených v jeho námitkách ze dne 20. 4. 2017 tak rozhodnutí obviněného o předmětných námitkách ze dne 4. 5. 2017 jako celek neodpovídá požadavkům stanoveným v ustanovení § 245 odst. 1 zákona, což bez dalšího vede ke spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona obviněným.

39. Pro rozhodnutí věci je současně irelevantní i argumentace obviněného, jejímž obsahem je tvrzení, že na vyřízení námitek stěžovatele měl pouze 10 pracovních dnů, a to vzhledem ke skutečnosti, že v době od 21. 4. 2017 do 5. 5. 2017 bylo celkem 5 dnů pracovního klidu, resp. pracovního volna (viz opětovně bod 12. odůvodnění tohoto rozhodnutí). K tomu Úřad uvádí, že § 245 odst. 1 zákona ukládá zadavateli povinnost odeslat stěžovateli rozhodnutí o námitkách do 15 dnů od jejich doručení. Je přitom věcí konkrétního zadavatele, jak si nastaví svůj „vnitřní systém“, aby této povinnosti řádně dostál, a to i tehdy, pokud jsou námitky podány např. v čase, kdy určitá část zaměstnanců zadavatele čerpá dovolenou (typicky v době letních prázdnin a Vánoc), popř. pokud na dané období připadnou i dny pracovního klidu (volna). Nesplnění povinnosti plynoucí z ustanovení § 245 odst. 1 zákona, spočívající v nevypořádání všech námitek obsažených v námitkách stěžovatele ze dne 20. 4. 2017, tedy rozhodně nelze obhajovat poukazem na krátkou dobu pro jejich vyřízení, jak se o to obviněný snaží. Úřad nadto dodává, že nad rámec dvou víkendů byl obviněný ve vyřízení námitek „zkrácen“ pouze o 1 den, a sice o pondělí 1. 5. 2017, což byl státní svátek. Lze tedy mít za to, že obviněný se ve vztahu k vyřízení námitek stěžovatele nacházel v „komfortnější“ situaci, než by tomu bylo kupříkladu právě v období, kdy by část jeho zaměstnanců čerpala „souvislou“ a delší dovolenou (např. o Vánocích), byť i v takovém období by byl povinen obdržené námitky vyřídit v souladu se shora citovaným ustanovením zákona. Pakliže obviněný dále tvrdí, že v době, kdy zpracovával rozhodnutí o námitkách stěžovatele ze dne 20. 4. 2017, ještě neexistovala ustálená judikatura Úřadu týkající se aplikace § 245 odst. 1 zákona (viz bod 13. odůvodnění tohoto rozhodnutí), tak i toto tvrzení je pro rozhodnutí věci irelevantní. Podle § 245 odst. 1 věty druhé zákona platí, že zadavatel v rozhodnutí o námitkách uvede, zda námitkám vyhovuje nebo je odmítá; součástí rozhodnutí musí být odůvodnění, ve kterém se zadavatel **podrobně a srozumitelně** vyjádří ke **všem** skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách (zvýraznění provedeno Úřadem, pozn. Úřadu). Dle názoru Úřadu již ze samotné dikce výše citovaného ustanovení zákona explicitně plyne, že zadavatele stíhá povinnost vyjádřit se v rozhodnutí o námitkách k veškerým skutečnostem uvedeným konkrétním stěžovatelem v jeho námitkách. Je tedy zřejmé, že obviněný nemohl důvodně předpokládat, že judikatura Úřadu, jejíž absencí argumentuje, tuto povinnost snad zmírní v tom ohledu, že by se zadavatelé v rozhodnutích o námitkách mohli fakticky „libovolně“, resp. selektivně, vyjadřovat pouze k některým skutečnostem tvořícím obsah námitek, zatímco ostatní skutečnosti by ponechali zcela bez reakce, když zákonodárce po zadavatelích výslovně vyžaduje, aby se tito v rozhodnutí o námitkách vypořádali se všemi skutečnostmi uvedenými v námitkách, čili bezvýjimečně, tj. nedává jim v tomto jakkoliv na výběr. Je tedy zřejmé, že shora popsany argument obviněného je lichý.
40. Pokud jde o argumentaci obviněného, jejímž obsahem je tvrzení, že důvodem, pro který stěžovatel podal dne 15. 5. 2017 návrh na přezkoumání úkonů zadavatele, tj. obviněného, nebyla skutečnost, že se obviněný v rozhodnutí o námitkách ze dne 4. 5. 2017 nevyjádřil ke 2 dílčím argumentům stěžovatele (viz výše), nýbrž to, že stěžovatel nesouhlasil s právní argumentací obviněného uvedenou v předmětném rozhodnutí (viz bod 14. odůvodnění tohoto rozhodnutí), pak Úřad sděluje následující. Úřad opětovně zdůrazňuje, že zadavatele stíhá povinnost vyjádřit se v rozhodnutí o námitkách ke všem skutečnostem uvedeným v námitkách, kdy argumenty zadavatele uvedené v rozhodnutí o námitkách představují významný podklad pro náležitou formulaci a odůvodnění návrhu na přezkoumání úkonů

tohoto zadavatele, jestliže se jej konkrétní stěžovatel rozhodne podat. Polemika obviněného nad tím, za jakých okolností by stěžovatel návrh na přezkoumání jeho úkonů „stejně“ podal, je pro konstatování, že při vyřizování stěžovatelem podaných námitek ze dne 20. 4. 2017 nepostupoval v souladu se zákonem, v důsledku čehož se dopustil spáchání přestupku, zcela irelevantní. Stejně tak je bezpředmětné i tvrzení obviněného, že stěžovateli nezákonným postupem obviněného reálně nevznikla žádná újma, neboť tento by návrh na přezkoumání jeho úkonů podal i tehdy, jestliže by se obviněný již v rozhodnutí o námitkách ze dne 4. 5. 2017 řádně vypořádal se všemi skutečnostmi, jež tvořily obsah námitek stěžovatele ze dne 20. 4. 2017, tzn. včetně 2 shora konkretizovaných nevyřízených námitek. Úřad uvádí, že skutková podstata přestupku podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona nepožaduje vznik újmy na straně stěžovatele. Přestupek dle citovaného ustanovení zákona je tedy dokonán (spáchán) již tím, že zadavatel postupuje při vyřizování námitek v rozporu mj. s § 245 odst. 1 zákona, což obviněný v šetřeném případě postupoval, jak bylo Úřadem popsáno a dovozeno v předchozích bodech odůvodnění tohoto rozhodnutí, kdy tento fakt ve své podstatě nerozporuje ani sám obviněný. Úřad k tomu dodává, že podání návrhu není možné odvozovat od toho, zda je rozhodnutí zadavatele o námitkách perfektní v tom smyslu, že v něm zadavatel řádně a srozumitelně vypořádá všechny argumenty stěžovatele uvedené v námitkách, či nikoliv. Je právem stěžovatele, pokud nesouhlasí s rozhodnutím zadavatele o jím uplatněných námitkách, aby proti tomuto rozhodnutí brojil návrhem na přezkoumání úkonů zadavatele před Úřadem. K tomu, aby mohl stěžovatel náležitě zvážit, zda tento návrh vůbec podá, přičemž pokud ano, aby v něm mohl relevantním způsobem argumentačně reagovat na závěry vyjádřené zadavatelem v rozhodnutí o námitkách, však musí zadavatel v rozhodnutí o námitkách vypořádat všechny skutečnosti tvořící obsah námitek. Obviněný, ať už z jakékoliv příčiny, popř. i v důsledku nedopatření, jak sám tvrdí, se v rozhodnutí o námitkách ze dne 4. 5. 2017 nijak nevyjádřil ke 2 shora uvedeným tvrzením stěžovatele, jež byla obsažena v jeho námitkách ze dne 20. 4. 2017. Tento nesprávný postup obviněného je zákonodárcem klasifikován jako spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona, a to aniž by se bylo dále třeba jakkoliv zabývat tím (brát do úvahy), zda by stěžovatel návrh na přezkoumání úkonů zadavatele (obviněného) podal i navzdory tomu, že by rozhodnutí obviněného ze dne 4. 5. 2017 o námitkách stěžovatele ze dne 20. 4. 2017 bylo perfektní, tj. že by v něm obviněný vypořádal beze zbytku všechna tvrzení stěžovatele uvedená v předmětných námitkách.

41. Pro úplnost Úřad dodává, že znakem skutkové podstaty přestupku podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona není [na rozdíl od skutkové podstaty dle § 268 odst. 1 písm. a) zákona] alespoň potenciální vliv na výběr dodavatele. Proto tuto skutečnost není potřeba ani dovozovat. Pro posouzení věci a konstatování toho, že se obviněný dopustil přestupku ve smyslu § 268 odst. 1 písm. d) zákona, je klíčové to, že se řádně v rozhodnutí o námitkách nevyjádřil se všemi namítanými skutečnostmi, jak Úřad výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí zevrubně popsal, a nedostál tak své povinnosti stanovené v § 245 odst. 1 zákona. Úřad nad rámec uvedeného doplňuje, že na závěru, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona, ničeho nemění ani skutečnost, že Úřad obviněnému rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0188/2017/VZ-18919/2017/531/Est ze dne 23. 6. 2017 uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení daného rozhodnutí o námitkách, v důsledku čehož tak byl obviněný povinen o těchto námitkách opětovně rozhodovat. Úřad doplňuje, že v tomto smyslu nedochází ani k popření zásady zákazu dvojího trestání za totéž

jednání, resp. za tentýž skutek. Úřad má za to, že jím uložené nápravné opatření svou povahou nelze považovat za trest (sankci) ve smyslu správního trestání. Uvedené vyplývá již ze samotného smyslu nápravného opatření, jehož účelem není zadavatele „potrestat“, ale naopak pouze napravit vzniklý nezákonný stav. Samotné nápravné opatření tak nemá represivní charakter, který je výrazem správního trestání a jehož účelem je postih protiprávního jednání. V této souvislosti lze podpůrně odkázat na závěry vyplývající z rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 29 Af 1/2015 ze dne 17. 1. 2017, kde soud mimo jiné uvedl, že „[l]ze rovněž souhlasit s žalovaným (pozn. s Úřadem), že jím ukládaná nápravná opatření nejsou projevem správního trestání, a tedy není možné nazírat na souvztažnost výroků žalovaného o porušení zákona zadavatelem a výroku žalovaného o uložení nápravného opatření stejným pohledem jako v případě souvztažnosti výroku žalovaného o spáchání správního deliktu zadavatele a o uložení pokuty zadavateli za takové porušení zákona. [...] Nelze z ničeho dovodit, že by uložení nápravného opatření mělo mít za následek zánik deliktní odpovědnosti zadavatele (či snad popření toho, že k deliktnímu jednání vůbec došlo), pokud je toto deliktní jednání zároveň důvodem pro ono nápravné opatření.“

42. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že se obviněný při zadávání veřejné zakázky dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona tím, že postupoval při vyřizování námitek stěžovatele ze dne 20. 4. 2017 v rozporu s § 245 odst. 1 zákona, když se v rozhodnutí o námitkách ze dne 4. 5. 2017 podrobně a srozumitelně nevyjádřil ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách. Vzhledem k uvedenému proto Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K výroku II. tohoto rozhodnutí – uložení sankce

43. Úřad posoudil postup obviněného a vzhledem ke zjištěným skutečnostem přistoupil k uložení pokuty, neboť obviněný svým postupem naplnil skutkovou podstatu přestupku podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona.
44. V šetřeném případě se obviněný dopustil přestupku podle ustanovení § 268 odst. 1 písm. d) zákona tím, že postupoval při vyřizování námitek stěžovatele ze dne 20. 4. 2017 v rozporu s § 245 odst. 1 zákona, když se v rozhodnutí o námitkách ze dne 4. 5. 2017 podrobně a srozumitelně nevyjádřil ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách.
45. Podle § 270 odst. 5 zákona činí promlčecí doba 5 let, přičemž podle odst. 6 písm. a) téhož ustanovení se promlčecí doba přerušuje, a to oznámením o zahájení přestupku.
46. Podle § 31 odst. 1 zákona o přestupcích promlčecí doba počíná běžet dnem následujícím dni spáchání přestupku; dnem spáchání přestupku se rozumí den, kdy došlo k ukončení jednání, kterým byl přestupek spáchán. Je-li znakem přestupku účinek, promlčecí doba počíná běžet dnem následujícím po dni, kdy takový účinek nastal.
47. V návaznosti na výše uvedené Úřad před uložení pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 270 odst. 5 zákona. Obviněný se ve zde projednávané věci dopustil spáchání přestupku marným uplynutím lhůty pro vyřízení námitek (odeslání rozhodnutí o námitkách) dne 6. 5. 2017 a na uvedené skutečnosti ani ničeho nemění to, že obviněný dne 4. 5. 2017 odeslal rozhodnutí o námitkách stěžovatele, neboť se obviněný v uvedeném rozhodnutí o námitkách dostatečně podrobně a srozumitelně nevypořádal se všemi namítanými skutečnostmi, jak mu stanovuje § 245 odst. 1 zákona, jak Úřad dovodil

v předchozích bodech odůvodnění tohoto rozhodnutí. Řízení o přestupku bylo zahájeno doručením příkazu č. j. ÚOHS-S0011/2018/VZ-01153/2018/531/Est ze dne 12. 1. 2018 obviněnému, k čemuž došlo dne 12. 1. 2018. Z uvedeného vyplývá, že promlčecí doba ve vztahu k projednávanému přestupku neuplynula.

48. Podle § 268 odst. 2 písm. b) zákona platí, že za přestupek podle odstavce 1 citovaného ustanovení zákona, nepoužije-li se postup podle odstavce 3 citovaného ustanovení zákona, lze uložit pokutu do 20 000 000 Kč, jde-li o přestupek podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona.
49. Podle § 37 písm. a), b) a c) zákona o přestupcích (Úřad zde cituje pouze ta ustanovení, která jsou v daném případě pro určení druhu a výměry trestu relevantní, pozn. Úřadu) se při určení druhu správního trestu a jeho výměry přihlédne zejména k povaze a závažnosti přestupku, k tomu, že o některém z více přestupků, které byly spáchány jedním skutkem nebo více skutky, nebylo rozhodnuto ve společném řízení, a k přitěžujícím a polehčujícím okolnostem.
50. Podle § 38 zákona o přestupcích povaha a závažnost přestupku je dána zejména významem zákonem chráněného zájmu, který byl přestupkem porušen nebo ohrožen, dále významem a rozsahem následku přestupku a okolnostmi jeho spáchání (Úřad zde uvádí pouze ty skutečnosti citovaného ustanovení zákona o přestupcích, které jsou relevantní ve vztahu k posuzovanému případu).
51. Z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 46/2011-78 ze dne 6. 12. 2012 vyplývá, že je-li výše uložené pokuty výsledkem správního uvážení Úřadu a rozhodnutí je vydáváno s využitím zákonem uložené diskrece, je povinností Úřadu zabývat se všemi hledisky, která jsou pro posouzení výše pokuty nezbytná, nadto musí zohlednit i další skutečnosti, jež mohou mít na konkrétní výši pokuty vliv. Klíčovou je pak podmínka, aby z rozhodnutí bylo seznatelné, jaké konkrétní úvahy vedly správní orgán k uložení pokuty v příslušné výši, a aby výše pokuty s ohledem na zvažovaná kritéria a zákonnou limitaci vyhověla podmínce přiměřenosti. S požadavky soudu na řádné odůvodnění pokuty, obsaženými ve výše citovaném rozsudku, se Úřad vypořádává následujícím způsobem.
52. V rámci posouzení povahy a závažnosti přestupku Úřad konstatuje, že pro zadavatele ze zákona jednoznačně vyplývá povinnost přezkoumat a vyřídit veškeré námitky proti jeho postupu v zadávacím řízení. Tuto jemu uloženou povinnost obviněný v případě šetřené veřejné zakázky nesplnil, když konkrétní námitky stěžovatele vůbec nevyřídil, neboť se k nim nijak nevyjádřil. Pochybení, kterého se obviněný dopustil, v podobě nepřezkoumání dotčených námitek stěžovatele tak, jak požaduje zákon, je přitom nutné hodnotit vzhledem k účelu, jehož má být institutem námitek dosaženo, jako středně závažné, neboť obviněný tyto jednotlivé námitky stěžovatele v rámci své argumentace v citovaném rozhodnutí o námitkách v podstatě ignoroval, když neuvedl konkrétní důvody, které ho vedly k jejich odmítnutí. Následkem protiprávního jednání obviněného bylo, že se stěžovatel nedozvěděl o postoji obviněného vůči jím namítaným skutečnostem obsaženým v podaných námitkách. Zcela oprávněně očekávání stěžovatele, že na jeho **veškeré** námitky bude ze strany obviněného náležitě a včas reagováno, tak v daném případě nebylo naplněno. Výše zmíněným jednáním obviněného tak nebyl naplněn základní účel námitek, tedy především odůvodnění postoje zadavatele (obviněného) k nim a sdělení skutečnosti, proč námitky odmítá. Přitom úkon obviněného spočívající ve vyřízení veškerých námitek, resp. poskytnutí věcného stanoviska stěžovateli, nelze nikterak zhojit či nahradit. Následkem nevyřízení

předmětné části námitek tak byl v šetřeném případě výše uvedený „informační deficit“ na straně stěžovatele zásadní a přestupek zadavatele tak má přímý dopad na řádný průběh zadávacího řízení, přičemž to byl právě stěžovatel, kdo musel přezkum úkonu zadavatele před Úřadem iniciovat, resp. byl v této souvislosti povinen složit nemalou finanční částku jako kauci. K intenzitě následků Úřad uvádí, že nezákonný postup obviněného při vyřízení námitek měl bezprostřední dopad na podaný návrh stěžovatele, kdy stěžovatel nemohl nikterak rozvinout svoji argumentaci stran diskriminačně nastavených zadávacích podmínek v návaznosti na případnou reakci obviněného. Z uvedeného důvodu Úřad konstatuje, že v daném případě je nutné následky jednání obviněného posoudit jako středně intenzivní. Pro úplnost Úřad dodává, že z hlediska intenzity zásahu do právem chráněného zájmu se nejedná ani o nejzávažnější porušení zákona ze strany obviněného. V daném případě nelze dovodit, že by obviněný zcela rezignoval na posouzení všech námitek, resp. nelze dovodit, že by obviněný námitky jako celek zcela ignoroval. Současně však nelze na nezákonný postup obviněného, s ohledem na výše řečené, nazírat jako na „méně závažné“, resp. „bagatelní“ pochybení, jak jej obviněný prezentuje (viz bod 15. odůvodnění tohoto rozhodnutí), jelikož nežádoucí následky tohoto nezákonného postupu prokazatelně dosahují středně závažné intenzity.

53. Byť tedy jednání zadavatele nelze s ohledem na výše uvedené rozhodně bagatelizovat, Úřad však současně nemůže v rámci stanovení trestu (výše sankce) pominout zohlednění i dalších aspektů případu, které by bylo možné případně vyhodnotit jako polehčující okolnosti ve vztahu k postupu zadavatele, což nepochybně vede k dosažení spravedlivého účelu trestu.
54. Úřad v uvedeném smyslu proto jako polehčující okolnost ve prospěch obviněného zohlednil tu skutečnost, že pochybení zadavatele při přezkoumání námitek stěžovatele nevedlo v konečném důsledku z pohledu stěžovatele k „fatálním“ následkům, neboť Úřad rozhodnutí zadavatele ze dne 4. 5. 2017 o námitkách stěžovatele rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0188/2017/VZ-18919/2017/531/Est ze dne 23. 6. 2017 podle § 263 odst. 5 zákona zrušil (viz bod 5. odůvodnění tohoto rozhodnutí). V šetřeném případě byly tedy následky pochybení zadavatele částečně minimalizovány s tím, že věcný obsah námitek stěžovatele byl zadavatel povinen opětovně přezkoumat. Tato polehčující okolnost však nemůže hrát zcela zásadní roli, neboť opětovného přezkoumání svých námitek se stěžovatel musel domoci podáním návrhu u Úřadu (k tomu srov. bod 52. odůvodnění tohoto rozhodnutí), který podával, ač v něm nemohl reagovat na myšlenky zadavatele k některým jeho výtkám obsaženým v námitkách, poněvadž v rozhodnutí o námitkách absentovaly. Jako další polehčující okolnost Úřad přihlédl k tomu, že obviněný na přezkum námitek stěžovatele ze dne 20. 4. 2017 jako na celek nerezignoval, kdy předmětné námitky ve zbytku, tj. vyjma námitek specifikovaných ve výroku I. tohoto rozhodnutí, vypořádal svým rozhodnutím ze dne 4. 5. 2017. Úřad nad rámec doplňuje, že žádné další polehčující okolnosti, jakož ani přitěžující okolnosti, které by měly na výši uložené pokuty vliv, neshledal.
55. Úřad se dále zabýval skutečností, zda přestupek, za který je obviněnému nyní ukládán trest, není v souběhu s dalším přestupkem (správním deliktem) obviněného. Tento postup Úřadu vychází z konstantní rozhodovací praxe správních soudů, kdy je možné uvést rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 18. 6. 2009, č. j. 1 As 28/2009 – 62 (publikován ve Sb. NSS 2248/2011), popřípadě rozsudek NSS ze dne 16. 9. 2016 č. j. 6 As 245/2015 – 33. V prvně uvedeném rozhodnutí Nejvyšší správní soud konstatoval, že *»soud dovodil, že při trestání*

správních deliktů tímž správním orgánem se přiměřeně uplatní i principy ovládající souběh trestných činů. Nutnost aplikovat tento trestněprávní institut vyplývá z obecné potřeby použít ve prospěch obviněného analogii z trestního práva ve správním trestání všude tam, kde vzhledem k neexistenci jednotného kodexu správního trestání v českém právním řádu nejsou výslovně upraveny některé základní zásady a instituty, jež by měly být zohledněny v případě jakéhokoliv veřejnoprávního deliktu. K této zásadě se již Nejvyšší správní soud vyslovil např. ve svém rozsudku ze dne 16. 4. 2008, č. j. 1 As 27/2008 - 67, dle něhož „použití analogie ve správním trestání je přípustné, a to v omezeném rozsahu, pouze tam, kdy to, co má být aplikováno, určitou otázkou vůbec neřeší, nevede-li takový výklad k újmě účastníka řízení a ani k újmě na ochraně hodnot, na jejichž vytváření a ochraně je veřejný zájem.“«. Soud dále pokračuje tak, že »[t]restněprávní doktrína uvádí, že souběh „je dán tehdy, jestliže se pachatel dopustil dvou nebo více trestných činů dříve, než byl pro některý z nich vyhlášen soudem prvního stupně odsuzující rozsudek za podmínky, že tento rozsudek později nabyl právní moci a že o něm neplatí fikce neodsouzení“ (viz Šámal, P., Púry, F., Rizman, S.: Trestní zákon. Komentář. I. díl. 6., doplněné a přepracované vydání. C. H. Beck, Praha, 2004, str. 26).«. Současně je v citovaném rozsudku uvedeno, že pro potrestání souběhu není bezpodmínečně nutné vedení společného řízení, ale je nezbytné použití absorpční zásady, pakliže zde existují sbíhající se správní delikty.

56. Úřad konstatuje, že zjistil, resp. ověřil, že v právě projednávaném případě není přestupek obviněného v souběhu s žádnými dalšími přestupky (správními delikty) obviněného. Vzhledem k právě řečenému tedy Úřad nemusel přikročit k uplatnění institutu souhrnného trestu.
57. Při určení výše pokuty Úřad přihlédl k majetkovým poměrům obviněného, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. Nepřípustné jsou pak takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Z rozpočtu obviněného na rok 2017 uveřejněného na jeho webových stránkách¹ vyplývá, že příjmy obviněného se pohybují v jednotkách miliard korun. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že vyměřenou výši pokuty nelze v tomto případě považovat za likvidační ani za nepřiměřeně zasahující ekonomickou podstatu obviněného (a v tomto smyslu nespravedlivou).
58. Při posuzování výše uložené pokuty vycházel Úřad z premisy, že pokuta uložená obviněnému za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, jež nelze oddělit, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla obviněným pocíťována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání. Obdobně se vyjádřil i Krajský soud v rozsudku sp. zn. 62 Af 46/2011 ze dne 6. 12. 2012, ve kterém uvedl, že konkrétní forma postihu musí působit natolik silně, aby od podobného jednání odradila i jiné nositele obdobných povinností (preventivní funkce) a zároveň musí být postih dostatečně znatelný v zadavatelově materiální sféře, aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl ovšem pro zadavatele likvidačním. Úřad uvádí, že

¹https://www.msk.cz/cz/verejna_sprava/rozpocet-41275/

peněžitá sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do sféry porušitele, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinam.

59. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů obviněného Úřad při určení výměry uložené pokuty posoudil stanovenou výši pokuty v hodnotě 35 000,- Kč, vzhledem k okolnostem případu, jako dostačující. Uložená pokuta tak naplňuje dostatečně obě shora uvedené funkce právní odpovědnosti. Úřad dále uvádí, že výše uložené pokuty v žádném případě nedosahuje zákonem připuštěné maximální výše, je naopak třeba konstatovat, že uložená pokuta se pohybuje při spodní hranici zákonné sazby a plní tak výrazně preventivní funkci.
60. K názoru obviněného, že se ve zde projednávané věci vzhledem ke skutkovým okolnostem jedná o méně závažné pochybení, za které je možno podle § 45 zákona o přestupcích uložit i sankci ve formě napomenutí (viz bod 15. odůvodnění tohoto rozhodnutí), Úřad uvádí, že při rozhodování o přestupku postupuje dle § 268 odst. 2 písm. b) zákona, kde je uvedeno, že za přestupek dle § 268 odst. 1 písm. d) zákona se uloží pokuta, což Úřad v příkazu učinil, stejně jako v rámci tohoto rozhodnutí. Úřad upozorňuje, že druh správního trestu ve formě napomenutí za protiprávní jednání obviněnému uložit nelze. Podle § 35 písm. a) zákona o přestupcích sice platí, že za přestupek lze uložit správní trest napomenutí, avšak toto ustanovení se výslovně dle § 270 odst. 11 zákona (o zadávání veřejných zakázek) na postup Úřadu nepoužije, tj. za toto protiprávní jednání je možno uložit výlučně správní trest ve formě pokuty. V této souvislosti Úřad pro úplnost odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 3 Ads 53/2011 ze dne 1. 2. 2012, z něhož vyplývá, že pokud je v příslušném právním předpisu za porušení konkrétní povinnosti uložena sankce ve formě pokuty do konkrétní výše, pak tato pokuta musí být uložena, kdy na uvážení správního orgánu pouze závisí, do jaké výše pokutu uloží. Totožný závěr pak vyplývá i z bodu 101. rozhodnutí Úřadu ÚOHS-S146,162/2015/VZ-8581/2015/532/IBu,ZČa ze dne 6. 5. 2015, jež bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R148/2015/VZ-22114/2016/321/BRy ze dne 24. 6. 2016.
61. Úřad se na tomto místě pro úplnost vyjadřuje k návrhu obviněného, aby mu za jeho nezákonný postup při vyřizování námitek stěžovatele byla uložena pokuta pouze v symbolické výši. Úřad je toho názoru, že výše uložené pokuty není, vzhledem k okolnostem případu, excesivní, kdy je současně zapotřebí podotknout, že uloženou pokutu nelze pokládat za excesivní, resp. vybočující z rozhodovací praxe Úřadu, neboť např. příkazem Úřadu č. j. ÚOHS-S0023/2018/VZ-01890/2018/522/KČe ze dne 19. 1. 2018 byla konkrétnímu zadavateli za spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona uložena pokuta ve výši 80 000 Kč. Je tedy zřejmé, že Úřad již konkrétního zadavatele potrestal ještě vyšší pokutou, než tomu je ve zde posuzovaném případě. K tomu Úřad pokládá za vhodné dodat, že i samotným zákonodárcem není porušení povinnosti stanovené v § 245 odst. 1 zákona vnímáno jako marginální, jelikož § 268 odst. 2 písm. b) zákona umožňuje za porušení dané povinnosti zadavateli uložit pokutu až do výše 20 000 000 Kč. Výše uložené pokuty obviněnému se tak stále pohybuje při dolní hranici maximálně připuštěné sazby podle výše citovaného ustanovení zákona. Úřad tedy shrnuje, že nelze vyhovět návrhu obviněného na uložení pokuty v symbolické výši, neboť v takovém případě by z pohledu Úřadu nedošlo k naplnění sankčních účinků pokuty, tj. zejména předcházení budoucího porušování zákona.
62. S ohledem na výše uvedené Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

63. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj – pracoviště Brno zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO obviněného.

K výroku III. tohoto rozhodnutí – uložení úhrady nákladů řízení

64. Podle ustanovení § 93 odst. 1 písm. i) zákona o přestupcích se ve výrokové části rozhodnutí o přestupku, kterým je obviněný uznán vinným, se kromě náležitostí podle správního řádu uvede výrok o náhradě nákladů řízení.
65. Správní orgán podle § 95 odst. 1 zákona o přestupcích uloží obviněnému, který byl uznán vinným, povinnost nahradit náklady řízení paušální částkou. Pokud bylo rozhodnutí o přestupku zrušeno jiným orgánem veřejné moci a tato skutečnost má za následek nesplnění podmínek pro uložení náhrady nákladů řízení, správní orgán nahrazené náklady vrátí.
66. Vzhledem k tomu, že zákon o přestupcích v současné době náklady řízení blíže neupravuje, musel správní orgán vycházet z obecného právního předpisu, kterým je správní řád.
67. Podle § 79 odst. 5 správního řádu uloží správní orgán povinnost nahradit náklady řízení paušální částkou účastníkovi, který řízení vyvolal porušením své právní povinnosti. Podle citovaného ustanovení správního řádu výši paušální částky nákladů řízení stanoví prováděcí právní předpis. Tímto předpisem je vyhláška č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení (dále jen „vyhláška“), která v § 6 odst. 1 stanoví, že paušální částka nákladů správního řízení, které účastník vyvolal porušením své právní povinnosti, činí 1 000,- Kč.
68. Jelikož v daném případě Úřad zahájil řízení o přestupku z moci úřední, neboť dospěl k závěru, že se obviněný dopustil přestupku, je zřejmé, že řízení bylo vyvoláno porušením právní povinnosti obviněného a Úřad je tedy povinen obviněnému uložit náhradu nákladů řízení ve výši stanovené vyhláškou. Z toho důvodu Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí.
69. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2018000011.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona se rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu zasílají Úřadu výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží

Moravskoslezský kraj, 28. října 2771/117, 702 00 Ostrava - Moravská Ostrava

Vypraveno dne

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