



UOHSX00CUX9K

## PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Brno 9. prosince 2019

Č. j.: ÚOHS-R0196/2019/VZ-33920/2019/322/HSc

V řízení o rozkladu ze dne 22. 10. 2019 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 24. 10. 2019 obviněným –

- **město Varnsdorf**, IČO 00261718, se sídlem Nám. E. Beneše 470, 407 47 Varnsdorf, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 12. 8. 2019 společností VIA Consult a.s., IČO 25084275, se sídlem nám. Svobody 527, 739 61 Třinec,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0307/2019/VZ-27650/2019/542/MKd ze dne 9. 10. 2019 vydanému ve správním řízení ve věci možného spáchání přestupku obviněným v souvislosti se zadáváním veřejné zakázky s názvem „**Nájem systémů pro měření rychlostí na pozemních komunikacích včetně příslušného software pro správu a zpracování přestupků**“ v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 21. 12. 2018 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 27. 12. 2018 pod ev. č. Z2018-044956 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 26. 12. 2018 pod ev. č. 2018/S 248-573608,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0307/2019/VZ-27650/2019/542/MKd ze dne 9. 10. 2019,

**ruším**

a věc

**vracím**

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

## ODŮVODNĚNÍ

### I. Postup před zahájením řízení o přestupku

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)<sup>1</sup> k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem, v roli kontrolního orgánu, ve smyslu § 1 a § 2 zákona č. 255/2012 Sb., o kontrole, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**kontrolní řád**“), ve spojení s § 248 odst. 1 písm. e) zákona, zahájil dne 15. 5. 2019 z moci úřední doručením oznámení o zahájení kontroly z téhož dne, č. j. ÚOHS-K0008/2019/VZ-12837/2019/544/MDb, zadavateli — město Varnsdorf, IČO 00261718, se sídlem Nám. E. Beneše 470, 407 47 Varnsdorf (dále jen „**obviněný**“ nebo „**zadavatel**“) – kontrolu postupu zadavatele u veřejné zakázky „Nájem systémů pro měření rychlostí na pozemních komunikacích včetně příslušného software pro správu a zpracování přestupků“ v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 21. 12. 2018 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 27. 12. 2018 pod ev. č. Z2018-044956 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 26. 12. 2018 pod ev. č. 2018/S 248-573608 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Dne 23. 5. 2019 obdržel kontrolní orgán od obviněného dokumentaci pořízenou v souvislosti s předmětnou veřejnou zakázkou.
3. V protokolu o kontrole č. j. ÚOHS-K0008/2019/VZ-18596/2019/544/MDb ze dne 3. 7. 2019 Úřad konstatoval, že obviněný nepostupoval při zadávání předmětné veřejné zakázky v souladu se zákonem.
4. Proti kontrolním zjištěním uvedeným v protokolu o kontrole podal dne 3. 8. 2019 Mgr. Bc. Milan Konečný, statutární ředitel společnosti VIA Consult a.s., IČO 25084275,

---

<sup>1</sup> Pozn.: Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu § 58 zákona v návaznosti na § 273 zákona.

se sídlem nám. Svobody 527, 739 61 Třinec (dále jen „**VIA Consult**“), coby zástupce zadavatele v předmětném zadávacím řízení námitky. Dne 5. 8. 2019 obdržel Úřad námitky totožného znění rovněž od obviněného. Úřad v roli kontrolního orgánu informoval obviněného v přípisu ze dne 9. 8. 2019, č. j. ÚOHS-K0008/2019/VZ-21434/2019/544/MDB, že podané námitky budou v souladu s § 14 odst. 3 kontrolního řádu vyřízeny v navazujícím správním řízení.

5. Z důvodu existence pochybnosti o tom, zda obviněný v souvislosti se zadáváním výše uvedené veřejné zakázky nespáchal přestupek podle § 268 odst. 1 písm. b) zákona, zahájil Úřad v této věci správní řízení z moci úřední.

## II. Průběh správního řízení

6. Zahájení řízení o přestupku oznámil Úřad obviněnému přípisem ze dne 9. 8. 2019, č. j. ÚOHS-S0307/2019/VZ-22012/2019/542/MCI, kterým mu současně stanovil lhůtu pro navrhování důkazů, k podávání jiných návrhů a k vyjádření stanoviska v rámci řízení.
7. Správní řízení bylo zahájeno podle § 78 odst. 2 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon o přestupcích**“), ve spojení s § 248 zákona dne 9. 8. 2019, tj. dnem, kdy bylo oznámení o zahájení řízení o přestupku doručeno obviněnému.
8. Účastníkem řízení o přestupku je podle § 256 zákona obviněný.

## III. Napadené rozhodnutí

9. Dne 9. 10. 2019 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0307/2019/VZ-27650/2019/542/MKd (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým rozhodl ve výroku I tak, že obviněný se při zadávání veřejné zakázky dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. b) zákona tím, že při stanovení zadávacích podmínek, resp. při stanovení kritéria technické kvalifikace nepostupoval v souladu s § 73 odst. 6 písm. b) zákona ve spojení s § 6 odst. 1 a 2 zákona, neboť stanovením požadavku na předložení seznamu významných služeb poskytnutých za poslední tři roky před zahájením zadávacího řízení včetně uvedení ceny a doby jejich poskytnutí a identifikace objednatele zahrnujícího:
  - minimálně 1 zakázku, „*kteřá spočívala v poskytnutí a provozu systému automatické detekce přestupků (okamžitá a úseková rychlost) spolu s poskytnutím systému (agendy) správy dopravních přestupků pro řešení přestupku výzvou a řešení přestupku v rámci přestupkového řízení s řidičem i provozovatelem vozidla, přičemž bylo zpracováno minimálně 20 000 případů ročně. Poskytnutím agendy se rozumí provoz z datového centra a přístup do systému pomocí tenkého klienta (přes webový prohlížeč) spolu s požadavkem na integrace na navazující systémy v rozsahu dle specifikace v ZD a to na spisovou službu, ekonomický SW, centrální registr vozidel, informační systém základních registrů, ISDS, hybridní poštu spolu s požadavkem na roční objem zpracovaných měření alespoň 20.000 přestupků.*“
  - a dále minimálně 1 zakázku, „*jejíž součástí byla agenda správy dopravních přestupků, tj. poskytnutí softwarové navázání měření rychlosti na přestupky, přičemž bylo zpracováno minimálně 30 000 případů ročně. Poskytnutím agendy se rozumí provoz z datového centra a přístup do systému pomocí tenkého klienta*“

*(přes webový prohlížeč) spolu s požadavkem na integrace na navazující systémy v rozsahu dle specifikace v ZD a to na spisovou službu, ekonomický SW, centrální registr vozidel, informační systém základních registrů, ISDS, hybridní poštu spolu s požadavkem na roční objem zpracovaných měření alespoň 30.000 přestupků.“*

nevymezil minimální úroveň tohoto kritéria v souladu se zásadou přiměřenosti a zásadou zákazu diskriminace tak, aby odpovídala rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, přičemž dne 9. 4. 2019 uzavřel s vybraným dodavatelem Water Solar Technology Ltd., registrační číslo 7113037, se sídlem Manchester, 6 Bexley Square, M3 6BZ, Spojené království Velké Británie a Severního Irska, odštěpný závod Water Solar Technology Ltd. - branch, organizační složka, IČO 29041643, se sídlem Bořivojova 878/35, 130 00 Praha 3 (dále jen „**vybraný dodavatel**“) smlouvu o nájmu měřících zařízení.

10. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad uzavřel, že účelem stanovení požadavků na technickou kvalifikaci má být ověření personálních a technických kapacit dodavatele, resp. jeho odborných schopností a zkušeností v rozsahu nezbytném pro plnění veřejné zakázky v požadované kvalitě. Jedná se o prvek relativní diskriminace, proto je nutno důsledně dbát na jeho přiměřenost s ohledem na složitost a rozsah veřejné zakázky. Nutno je reagovat i na podmínky panující na trhu, zejména v případě trhu relativně mladého.
11. V daném případě zadavatel požadoval referenci několika druhů zakázek, a to vždy rovněž se stanovením minimálního počtu zpracovaných přestupků v průběhu jednoho roku. Úřad však v daném případě preferoval spíše stanovení kritéria technických parametrů měřících zařízení např. kapacita datového balíku, výpočetní výkon, diskový prostor, architektura serverů apod. Ačkoliv zadavatel předpokládal zpracování cca 40 000 – 60 000 přestupků ročně a počet referencí v objemu 20 000 resp. 30 000 případů ročně se tedy nejeví na první pohled nepřiměřeným, nebyl Úřad přesvědčen, že existuje úměrná souvislost mezi počtem zpracovaných přestupků a odborností dodavatele. Poukazyval na případnou diskriminaci dodavatele, který je schopen prokázat zkušenosti se službami obsahově totožnými, s obdobnými technickými parametry, avšak s nižším počtem zpracovaných přestupků. Úřad zdůraznil, že dodavatel měl v rámci veřejné zakázky poskytnout pouze vlastní měřící zařízení a příslušný software pro vedení agendy dopravních přestupků včetně navazující technické podpory, ale vlastní správu přestupků (tedy činnost náročnou na technické a lidské zdroje) měl realizovat sám obviněný. Obviněný se tak z pohledu Úřadu dopustil skryté diskriminace těch dodavatelů, kteří nemuseli být schopni doložit požadované reference z důvodu, že sice mohli mít zkušenosti s poskytováním systému pro měření rychlostí včetně příslušného software pro správu a zpracování přestupků, avšak s nižším počtem řešených přestupků.
12. Pro úplnost Úřad připomněl, že obviněný obdržel pouze dvě žádosti o účast a následně dvě nabídky. S ohledem na uvedené tak Úřad uzavřel, že s přihlédnutím k rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 3 As 63/2014-28 ze dne 30. 9. 2014, v němž bylo judikováno, že nízký počet nabídek „*může zakládat (nepřímý) zásah a narušení konkurenčního prostředí mezi dodavateli*“, není přesvědčen o tom, že se předmětného zadávacího řízení zúčastnil takový počet dodavatelů schopných předmět veřejné zakázky realizovat, o němž by bylo možné prohlásit, že zajistil řádnou soutěž mezi dodavateli.
13. Výrokem II napadeného rozhodnutí uložil Úřad obviněnému za spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. pokutu ve výši 300 000 Kč (dále jen „**pokuta**“).

14. Úřad při stanovení výše pokuty uvážil, že přestupek je v souběhu s dalšími přestupky projednávanými v řízeních vedených pod sp. zn. ÚOHS-S0149/2019/VZ a ÚOHS-S0148/2019/VZ a uplatnil absorpční zásadu tak, že předchozí uložené pokuty za přestupky, které jsou s projednávaným přestupkem v souběhu, zohlednil. Přestupek byl posouzen v porovnání s přestupky souběžnými jako nejzávažnější, pokuta však byla s ohledem na absorpční zásahu stanovena na samé spodní hranici maximální možné výše pokuty.
15. Výrokem III uložil Úřad obviněnému povinnost uhradit náklady řízení.

#### **IV. Rozklad obviněného**

16. Dne 24. 10. 2018 podal obviněný proti napadenému rozhodnutí rozklad, který byl Úřadu doručen téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo obviněnému doručeno dne 9. 10. 2019. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě.
17. V úvodu rozkladu obviněný zdůrazňuje, že Úřad již jeho postup při zadávání předmětné veřejné zakázky posuzoval v rámci šetření podnětu vedeného pod sp. zn. ÚOHS-P0090/2019/VZ, přičemž neshledal důvody pro zahájení správního řízení z moci úřední. Obviněný má za to, že nenastaly žádné nové skutečnosti, jež by Úřad opravňovaly k novému přezkumu, nesouhlasí proto s následným zahájením kontroly podle kontrolního řádu a dále se zahájením řízení o přestupku z moci úřední. V souvislosti s uvedeným pak obviněný uvádí, že Úřad fakticky vyvodil dva odlišné závěry ze dvou kontrol prováděných na základě totožných podkladů.
18. Napadené rozhodnutí považuje obviněný za nejasné, nepodložené, nepřezkoumatelné a neobjektivní. K požadavkům na technickou kvalifikaci obviněný uvedl, že je přesvědčen, že byly nastaveny souhrnně i jednotlivě v souladu s předmětem veřejné zakázky, přiměřeně, opodstatněně a odůvodnitelně, a to zejména s ohledem na předpokládaný roční počet přestupků ve výši 40 000 až 60 000 v rámci plnění veřejné zakázky. Obviněný považuje požadované reference za obsahově odpovídající předmětu plnění veřejné zakázky, jejich rozsah pak za přehledný a přiměřený ve vztahu k rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky.
19. Obviněný připomíná, že požadoval předložení 8 referenčních zakázek, avšak zdůrazňuje, že bylo možné splnit více kritérií pomocí jedné referenční zakázky, tedy dovozuje, že potenciální dodavatelé mohli předložit pouze 3 referenční zakázky ke splnění všech požadavků na technickou kvalifikaci.
20. Obviněný dle svého přesvědčení nestanovil kvalifikační požadavky v míře obrovských podrobností, přísně a složitě, ale pomocí jednoduchých parametrů. Použití parametru „minimální objem zpracovaných přestupků“ v rámci referenčních zakázek považuje obviněný za zaručující schopnost potenciálního dodavatele zajistit potřebný SW a HW. Obviněný odmítá závěr Úřadu, že neodůvodnil, proč by měl být počet přestupků v rámci dokládaných referencí stěžejním indikátorem technické odbornosti dodavatele, a že nelze dovodit přímou souvislost mezi počtem řešených přestupků a náročností předmětu plnění. V této souvislosti obviněný uvádí, že je dle jeho názoru zřejmá přímá vazba počtu přestupků na technickou odbornost a zkušenost dodavatele, neboť počet přestupků přímo ovlivňuje technický objem služby, zapojení množství osob, techniky a vývoje. Současně se obviněný neztotožňuje s úvahou Úřadu o lepší vypovídací hodnotě kritéria „technických parametrů realizovaných

zakázek“ o zkušenostech dodavatele, neboť dle jeho názoru jsou technické parametry proměnnou veličinou, která se může během realizace měnit, navíc u nich nastává rychlý vývoj, architektura serverů je individuální, diskový procesor je mnohokrát měněn, tedy všechny výkonové parametry přímo závisí na zpracování a správě určitého množství přestupků.

21. Ke stanovení minimální úrovně referenčních zakázek ve výši 20 000 a 30 000 zpracovaných přestupků ročně obviněný uvádí, že požadoval předložení referencí v hodnotách odpovídajících nejvýše polovině hodnoty celkového objemu předmětu veřejné zakázky, a to v zájmu zajištění dostatečné hospodářské soutěže a současně v zájmu výběru dodavatele schopného danou veřejnou zakázku řádně plnit. Nesouhlasí s konstatováním Úřadu, že by způsobilost potenciálních dodavatelů mohla být dána i doložením referencí s výrazně nižším počtem přestupků.
22. Obviněný tvrdí, že mu Úřad vytýká narušení hospodářské soutěže v důsledku stanovení požadavků na referenční zakázky zcela neoprávněně, neboť neuvedl žádný konkrétní negativní dopad na relevantní trh. Současně obviněný nepovažuje za relevantní argument Úřadu o obdržení pouze dvou žádostí o účast, resp. dvou nabídek, neboť Úřad dle jeho názoru nevzal v úvahu možnost, že se případní dodavatelé pouze nechtěli zadávacího řízení účastnit.

#### **Závěr rozkladu**

23. Obviněný je přesvědčen, že napadené rozhodnutí je věcně nesprávné, nezákonné a nepřezkoumatelné, proto navrhuje předsedovi Úřadu, aby napadené rozhodnutí zrušil a řízení zastavil.

#### **V. Řízení o rozkladu**

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

#### **Stanovisko předsedy Úřadu**

25. Po projednání rozkladu a veškerého souvisejícího spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech předseda podle § 89 odst. 2 správního řádu ve spojení s § 98 odst. 1 přestupkového zákona přezkoumal soulad výroků napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání napadeného rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy, jakož i jeho správnost v plném rozsahu.
26. Tímto přezkumem bylo zjištěno, že napadené rozhodnutí je třeba zrušit, a to jak v rozhodnutí o tom, zda se obviněný dopustil přestupku, tak následně i v rozhodnutí o uložení pokuty a náhrady nákladů řízení.

## VI. Ke zrušení výroku I napadeného rozhodnutí

### *Dotčená právní úprava*

27. Dle ustanovení § 6 odst. 1 a 2 zákona platí, že zadavatel při postupu podle zákona musí dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti, ve vztahu k dodavatelům pak musí zadavatel dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazů diskriminace.
28. Dle ustanovení § 36 odst. 1 zákona platí, že zadávací podmínky nesmí být stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.
29. Podle § 73 odst. 6 písm. b) platí, že pokud zadavatel požaduje prokázání ekonomické nebo technické kvalifikace, musí minimální úroveň pro jejich splnění stanovit v zadávací dokumentaci přiměřeně vzhledem ke složitosti a rozsahu předmětu veřejné zakázky.

### *Obecné závěry k otázce dodržení zásady přiměřenosti a zákazu diskriminace ve vztahu ke stanovení kritérií technické kvalifikace*

30. Předně lze uvést, že je to zadavatel, kdo stanovuje zadávací podmínky tak, aby odpovídaly jeho potřebám a tedy reflektovaly jeho požadavky na předmět plnění. Zadavatel je rovněž osobou, která je oprávněna stanovit zadávací podmínky tak, aby realizace veřejné zakázky byla schopna zajistit nezbytné potřeby zadavatele (srov. rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S437/2011/VZ-17139/2011/540/MKr ze dne 29. 2. 2012). Zadavatel je však i osobou, která nese plnou odpovědnost za stanovení zadávacích podmínek, včetně toho, že zadávací podmínky nebudou bezdůvodně klást překážky dodavatelům, nebudou bezdůvodně „protěžovat“ konkrétního dodavatele nebo okruh dodavatelů, budou transparentní a nediskriminační a nebudou jakýmkoli způsobem (a to jak přímo, tak skrytě) neodůvodněně omezovat hospodářskou soutěž mezi uchazeči o předmětnou veřejnou zakázku. K případnému stanovení technických podmínek se pak vyjádřil Krajský soud v Brně ve svém rozhodnutí ze dne 2. 3. 2010, č. j. 62 Af 7/2010-135 tak, že požadavky a charakteristiky předmětu veřejné zakázky musí být vymezeny jednoznačně s důrazem na účel využití požadovaného plnění.
31. Základní zásady zadávání veřejných zakázek, tedy zásada transparentnosti, přiměřenosti, rovného zacházení a zákazů diskriminace, které jsou zakotveny v § 6 odst. 1 a 2 zákona, spadají do kategorie tzv. neurčitých právních pojmů. Tyto pojmy není v zásadě vhodné blíže specifikovat přímo v zákoně, neboť jejich smyslem je reagovat na širokou škálu různých okolností, kterými se jednotlivé (byť třeba na první pohled totožné) případy liší. Ke způsobu aplikace a interpretace základních zásad se vyjádřil i Nejvyšší správní soud ve svém rozhodnutí ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010 – 159. Ačkoliv se soud v rozhodnutí zabývá zásadou transparentnosti, lze závěry týkající se zásady jakožto neurčitého právního pojmu vztáhnout i na ostatní zásady zadávání veřejných zakázek, v daném případě na zásadu přiměřenosti a zásadu zákazů diskriminace. Z citovaného rozhodnutí se podává následující: „*Pojem ‚zásada transparentnosti‘ spadá do kategorie tzv. neurčitých právních pojmů; jejich definování obecně v právních předpisech pro jejich povahu samu nemusí být vhodné, dokonce ani možné. To platí tím spíše o právních zásadách, jejichž obecnost a abstraktnost je již samotným klasifikačním znakem právních zásad jako specifického druhu právních pravidel (srov. Holländer, P. Filosofie práva, Aleš Čeněk, Plzeň 2006, s. 139 násl.). Neurčité právní pojmy zahrnují jevy nebo skutečnosti, které nelze úspěšně zcela přesně právně definovat;*

*jejich obsah a rozsah se může měnit, často bývá podmíněn časem a místem aplikace normy. Při interpretaci neurčitého právního pojmu se správní orgán musí zabývat konkrétní skutkovou podstatou, jakož i ostatními okolnostmi případu, přičemž sám musí alespoň rámcově obsah a význam užitého neurčitého pojmu objasnit, a to z toho hlediska, zda posuzovaná věc lze do rámce vytvořeného rozsahem neurčitého pojmu zařadit. Proto se zjištění, zda v daném případě byla porušena zásada transparentnosti, musí odvíjet od hodnocení všech okolností konkrétního případu, z nichž správní orgán učiní závěr, zda je daný pojem naplněn či nikoli. Zákonodárce užitím neurčitých pojmů dává orgánu aplikujícímu právní předpis prostor, aby posoudil, zda konkrétní situace patří do rozsahu neurčitého pojmu či nikoli.“*

32. Otázkou aplikace zásady zákazu diskriminace ve vztahu k nastavení kvalifikačních předpokladů se podrobně zabývalo rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152. Ačkoliv toto rozhodnutí vykládá § 6 původního zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zejména tedy zásadu zákazu diskriminace, lze jeho závěry použít pro výklad zásad zakotvených v zákoně současném a jeho § 6 odst. 1 a 2, zejména tedy zásady zákazu diskriminace a rovněž nově zakotvené zásady přiměřenosti. Hlavní myšlenky uvedeného rozhodnutí, které je nutno aplikovat na posuzovaný případ tak lze uvést takto: *„Smysl zákazu diskriminace vyjádřený v § 6 zákona je ve své podstatě instrumentální. Toto ustanovení totiž v prvé řadě směřuje k cíli samotného zákona o veřejných zakázkách, kterým je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky...Zákaz diskriminace uvedený v § 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, zahrnuje jednak formu zjevnou, jednak formu skrytou. Za skrytou formu nepřipustné diskriminace je třeba považovat i takový postup, kterým zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením technických kvalifikačních předpokladů zjevně nepřiměřených ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, v důsledku čehož je zřejmé, že zakázku nemohou splnit někteří z potenciálních uchazečů, jež by jinak byli bývali k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými....Klíčovým problémem takto pojaté skryté diskriminace je tedy „zjevná nepřiměřenost“ kvalifikačních předpokladů ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce. Tato zjevná nepřiměřenost není vymezitelná žádnou obecnou floskulí, nýbrž je nutno ji vykládat vždy se zřetelem na individuální kauzu. Má-li Nejvyšší správní soud parafrázovat své předchozí rozhodnutí, nelze předem a obecně stanovit s matematickou přesností – ostatně právo není matematika – kdy je naplněna podmínka „zjevné nepřiměřenosti“ kvalifikačních předpokladů ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce. Samotný pojem „zjevné nepřiměřenosti“ se vyznačuje jistou obsahovou pružností, aby mohl reagovat na nekonečné množství životních situací, na něž nemůže ve své obecnosti konkrétněji formulovaná právní norma pamatovat...V každém případě musí správní soudy při aplikaci kritéria „zjevné nepřiměřenosti“ poskytnout prostor pro legitimní ekonomickou úvahu zadavatele, a tedy shledání skryté diskriminace je přípustné tam, kde kvalifikační předpoklady jsou vskutku excesivní a jasně vybočují z oprávněných potřeb dané zakázky...musí být též zřejmé, že v důsledku takto nastavených předpokladů mohou veřejnou zakázku splnit toliko někteří z potenciálních uchazečů, kteří by jinak (bez nepřiměřeně nastavených kvalifikačních předpokladů) byli bývali k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými. Takto nastavené kvalifikační předpoklady totiž již neplní jakoukoliv rozumnou ekonomickou funkci, ale v rozporu s cílem zákona o veřejných zakázkách brání*



*konkurenčnímu prostředí mezi dodavateli. Jak totiž správně uvedl krajský soud, někteří z dodavatelů mají v takovém případě a priori znemožněnu účast v zadávacím řízení, byť by předmět veřejné zakázky mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní.“*

33. Je tedy zjevné, že smyslem uvedených zásad, v daném případě tedy zásady přiměřenosti a zákazu (skryté) diskriminace, je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky, a to i ve vztahu k nastavení kvalifikačních předpokladů. Zadavatel má jistě možnost nastavit kritéria technické kvalifikace ve formě referenčních zakázek tak, aby vybíral dodavatele pouze z okruhu subjektů, jež poskytují záruky o své schopnosti veřejnou zakázku řádně, včas a v odpovídající kvalitě realizovat. Při formulaci kritérií technické kvalifikace je tak zadavatel v rámci zásady přiměřenosti a zákazu diskriminace povinen zvažovat veškeré relevantní okolnosti předmětné veřejné zakázky tak, aby v každém konkrétním případě byla vyvážená oprávněná potřeba řádné, včasné a kvalitní realizace veřejné zakázky a zároveň zájem na co nejširší možné hospodářské soutěži. Vedle samotného předmětu veřejné zakázky a jeho jednotlivých specifik je tak třeba zvážit i relevantní trh s obdobnými plněními.

*Ke konkrétním důvodům zrušení napadeného rozhodnutí*

34. Úřad dospěl v napadeném rozhodnutí k závěru, že kritéria technické kvalifikace nastavil zadavatel v rozporu se zákonem. Poukázal na větší množství a kombinace požadovaných referenčních zakázek, kdy zadavatel uspokojivě nevysvětlil, proč referenční zakázky takto diferencioval. Dále uzavřel, že ačkoliv požadovaný počet jednotlivých měření (20 000 a 30 000 v průběhu roku) nelze považovat čistě matematicky za nepřiměřený vzhledem k rozsahu požadovaného plnění (předpoklad vyřízení cca 40 000 – 60 000 přestupků ročně), jeví se mu vhodnější použití spíše kritéria technických parametrů realizovaných zakázek, např. kapacita datového paketu, výpočetní výkon, diskový prostor, architektura serverů apod. (bod 71-72 napadeného rozhodnutí). Konstatoval dále, že obviněný Úřad nepřesvědčil, že existuje „přidaná zkušenost“ neboli přímo úměrná souvislost mezi počtem zpracovaných přestupků a odborností dodavatele. Úřad následně uzavřel, že obviněný se z pohledu Úřadu dopustil skryté diskriminace těch dodavatelů, kteří nemuseli být schopni doložit dané reference z důvodu požadavku na příliš vysoký počet řešených přestupků. Závěrem Úřad uvedl, že zadávacího řízení se účastnili pouze 2 dodavatelé, což může svědčit o narušení konkurenčního prostředí.
35. Předseda Úřadu se se závěry Úřadu obsaženými v napadeném rozhodnutí neztotožňuje. Předně samo odůvodnění hlavního výroku působí nepřesvědčivě, když obsahuje množství podmíněných závěrů, např. v bodě 71: „...jevílo by se dle názoru Úřadu pro obviněného jistější použití spíše...“, v bodě 75: „...proč by měl kvalifikační požadavek...zaručovat zvýšenou odbornost dodavatele...“, v bodě 77: „...by tedy zadavatel měl tento požadavek promítnout spíše do...“ apod. Samotná skutečnost, že Úřad činí své závěry podmíněně, že si na základě správního uvážení učiní na posuzovanou problematiku vlastní názor, případně vysloví určitou domněnku podporující jeho závěry, není sama o sobě důvodem pro zrušení rozhodnutí. V daném případě však na takové argumentaci stojí v podstatě celé odůvodnění napadeného rozhodnutí. S ohledem na skutečnost, že Úřad zde navíc konstatuje naplnění skutkové podstaty přestupku dle § 268 odst. 1 písm. b) zákona, musí jeho závěry o stanovení zadávacích podmínek v rozporu se zákonem stát především na přesvědčivých a jasných argumentech. Podobně jako v trestním řízení musí i ve správní řízení při posuzování deliktu

(přestupku) platit zásada presumpce nevinny a zásada *„in dubio pro reo“*. Zásada presumpce nevinny nepřímo požaduje jednoznačné prokázání případné viny a souvisí zejména se zásadou zjištění stavu věci bez důvodných pochybností, a to v rozsahu, který je nezbytný pro vydání rozhodnutí ve smyslu § 3 správního řádu. K zásadě *„in dubio pro reo“* se výstižně vyjádřil Nejvyšší správní soud v rozsudku sp. zn 2 As 20/2006 ze dne 31. 10. 2006 takto: *„V sankčním řízení platí, že nelze vyvodit odpovědnost za spáchání přestupku nebo správního deliktu jinak než tím, že správní orgán zjistí spolehlivě skutkový stav a pochybení odpovědného subjektu postaví najisto. Opačný postup, kdy by subjekt správního řízení mohl být shledán odpovědným za naplnění skutkové podstaty přestupku či správního deliktu jen na základě formálních dedukcí a závěrů, by byl protiprávní a protiústavní, protože by popíral obecnou zásadu „in dubio pro reo“, která musí být respektována nejen v trestním, ale i ve správním řízení.“* Nesrozumitelnost argumentace Úřadu například plyne z bodu 67 napadeného rozhodnutí, kde se Úřad zabývá použitím pojmu „případ“ a „přestupek“ v případě popisu několika různých referencí, které zadavatel požadoval. Úřad zde uzavírá, že tyto pojmy nemuseli všichni zájemci považovat za synonyma a činí to požadavky zadavatele matoucími, avšak následně Úřad akceptuje možný obsahově totožný výklad daných pojmů. Popsaná argumentace pak neobsahuje žádný závěr, který by z ní Úřad pro podporu napadeného rozhodnutí vyvozoval. V novém rozhodnutí tak Úřad musí dbát zejména na vyjasnění argumentace vlastní, její porovnání s argumentací zadavatele a na jasné, srozumitelné a podložené vyvození závěrů napadeného rozhodnutí.

36. Nelze se však ztotožnit ani se samotným nosným důvodem rozhodnutí, z něhož vyplývá, že neexistuje „přidaná zkušenost“ neboli přímo úměrná souvislost mezi počtem zpracovaných přestupků a odborností dodavatele. V konkrétním případě se jednalo o dodávku nájmu systémů pro měření rychlostí na pozemních komunikacích, včetně příslušného software pro správu a zpracování přestupků. Nelze přitom tvrdit, že schopnost určitého zařízení či softwaru zpracovat daný počet operací v konkrétním časovém období nevypovídá niče o kvalitě či výkonnosti tohoto zařízení. Naopak počet operací v určitém čase je častým a pro laika snadno měřitelným údajem o výkonnosti určitého zařízení. Navíc jak tvrdí sám zadavatel, z jeho pohledu je lhostejné, jakými konkrétními technologiemi dodavatel plnění veřejné zakázky zajistí, požaduje však, aby tyto technologie byly schopny plnit předmět veřejné zakázky. Požadavek Úřadu na konkrétní technickou specifikaci popotávaných zařízení (jako kapacita datového balíku, výpočetní výkon, diskový prostor, architektura serverů apod.) by tak kladl na zadavatele velké nároky v otázce odbornosti. Zadavatel však pouze požaduje, aby dodavatel prokázal předchozí referencí, že jeho zařízení je schopno naměřit a zpracovat cca jednu polovinu přestupků za rok z celkové předpokládané roční sumy přestupků. Takový požadavek nelze sám o sobě označit za zjevně nepřiměřený ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce ve smyslu rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152.
37. Navíc, jak bylo opakovaně uzavřeno v rozhodnutí předsedy Úřadu (srov. např. rozhodnutí č. j. ÚOHS-R0079,81/2019/VZ-19891/2019/322/HSc ze dne 19. 7. 2019), platí, že v praxi nelze po zadavateli požadovat, aby jednoduchou a nijak excesivní podmínku stanovenou pro požadované plnění odůvodňoval sofistickovanými úvahami, výpočty či dokonce znaleckými posouzeními, pokud pro její použití svědčí jednoduché avšak logické vysvětlení. Při stanovení zadávacích podmínek tak nelze akceptovat libovůli na straně zadavatele, nelze však ani nutit zadavatele, aby každou stanovenou podmínku zadávací dokumentace vyčerpávajícím

způsobem obhajoval. V této souvislosti lze vycházet ze skutečnosti, že čím podrobněji a rovněž specifičtěji jsou určité podmínky zadávacího řízení nastaveny, tím podrobněji a specifičtěji musí být v případě pochybností ze strany zadavatele obhájeny. Shodně se vyjadřuje i Nejvyšší správní soud ve svém rozhodnutí č. j. 1 Afs 69/2012 – 55 ze dne 28.3.2013. Jestliže v daném případě zadavatel zvolil ověření kvality dodavatele prostřednictvím předložení referenčních zakázek, které svým rozsahem a obsahem nijak zásadně nepřekračují rámec předmětné veřejné zakázky a tuto volbu odůvodnil skutečností, že z jeho pohledu není důležité, jaké parametry bude zařízení mít, ale zda dodavatel již obdobnou zakázku úspěšně realizoval, takový požadavek a jeho odůvodnění nevybočují bez dalšího z mantinelů nastavených zásadou přiměřenosti.

38. Nejasné je i vymezení se Úřadu vůči samotnému počtu zpracovaných přestupků v průběhu roku, který činil v jednom druhu referencí 20 000 a v dalším 30 000 přestupků ročně. Úřad konstatuje, že dané počty diskvalifikují ty dodavatele, kteří by mohli mít zkušenosti s poskytováním systému pro měření rychlostí včetně příslušného software pro správu a zpracování přestupků, avšak s nižším počtem řešených přestupků. Úřad zde nijak nenaznačuje, jaký počet referenčních přestupků v průběhu jednoho roku by byl dle jeho názoru přiměřeným, vycházet lze toliko ze skutečnosti, že k požadavkům na referenční měření v rozsahu 1000 přestupků za rok konkrétní výhrady neměl. Přesto však nelze pominout prosté matematické porovnání, které ostatně uvádí i Úřad v bodě 72 napadeného rozhodnutí, z něhož plyne, že požadovaná reference dosahuje zhruba poloviny přestupků, jejichž zaznamenání předpokládá zadavatel v rámci veřejné zakázky v průběhu jednoho roku. Úřad však již nijak nezdůvodnil, proč požadovaný počet zaznamenaných přestupků (20 resp. 30 tisíc ročně) označuje za nepřiměřený a naopak proč se k sumě 1000 přestupků (zbylá část referencí) za rok nijak nevymezuje. Lze předpokládat, že vždy může existovat subjekt, který bude disponovat referencí s nižším počtem zaznamenaných přestupků, než bude požadovat zadavatel. Tato skutečnost sama o sobě však jako argument nepřiměřenosti neobstojí.
39. Úřad dále v bodě 52 napadeného rozhodnutí odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 10. 3. 2011, č. j. 62 Ca 15/2009-71, který se vyjadřuje k nutnosti zvážit při posouzení úrovně technické kvalifikace i podmínky panující na relevantním trhu. Tentýž závěr učinil Úřad i v bodě 73 napadeného rozhodnutí. K podmínkám panujícím na trhu s technikou a softwarem pro záznam a vyhodnocení rychlosti vozidel na pozemních komunikacích však Úřad neučinil žádná skutková zjištění. Konstatoval pouze, že do zadávacího řízení na veřejnou zakázku se přihlásily pouze dva subjekty, což může svědčit o narušení konkurenčního prostředí mezi dodavateli. Obecně však účast dvou uchazečů v zadávacím řízení není nijak výjimečnou situací, naopak jedná se o poměrně běžný stav. Navíc relevantní trh v daném případě nebude zřejmě vzhledem ke specifickému plnění příliš široký. Jak plyne z předložených žádostí o účast jednotlivých dodavatelů a jejich referenčních zakázek, jsou zúčastněné osoby (CAMEA, spol. s r.o. v pozici subdodavatele vybraného dodavatele a GEMOS DOPRAVNÍ SYSTÉMY a.s. v pozici neúspěšného dodavatele) významnými účastníky daného trhu. Bez alespoň základního posouzení situace na relevantním trhu tak nemůže Úřad s ohledem na ostatní okolnosti dospět k závěru o diskriminačním nastavení kvalifikačních předpokladů.
40. Úřadu však lze v závěru přisvědčit, že nastavení kvalifikačních kritérií na celkem až 8 referenčních zakázek působí značně nepřehledně a zbytečně složitě a že tento způsob

nastavení kvalifikačních kritérií zadavatel nijak uspokojivě nevysvětlil. Tato skutečnost bez dalšího však nemůže odůvodnit Úřadem přijatý závěr o rozporu nastavení kritérií technické kvalifikace se zákonem.

41. Úřad tak bude povinen opětovně posoudit, zda nastavená kvalifikační kritéria jsou skutečně v rozporu s § 73 odst. 6 písm. b) zákona ve spojení s § 6 odst. 1 a 2 zákona, do úvah zahrne shora uvedenou judikaturu a rovněž posouzení relevantního trhu. V případě, že dospěje k totožnému závěru, jaký vyslovil v napadeném rozhodnutí, je povinen takový závěr řádně podložit s důrazem na odůvodnění případné zjevné nepřiměřenosti kvalifikačních předpokladů ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce, odůvodnit je nutno i skutečnost, proč je konkrétní počet řešených přestupků (tedy 20 tisíc resp. 30 tisíc přestupků za rok) nepřiměřený vzhledem k rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky.

#### *Dílčí závěr*

42. Ze shora uvedených důvodů považuji napadené rozhodnutí ve výroku I za nedostatečné a proto nepřezkoumatelné, když ze stávajícího odůvodnění nelze učinit závěr, že došlo ke spáchání přestupku.
43. K námitce obviněného rozporující postup Úřadu v dané věci, který jeho postup při zadávání předmětné veřejné zakázky posuzoval již v rámci šetření podnětu vedeného pod sp. zn. ÚOHS-P0090/2019/VZ, přičemž neshledal důvody pro zahájení správního řízení z moci úřední, se Úřad vyjadřuje v bodech 81-84 napadeného rozhodnutí. Zde se konstatuje, že ačkoliv v řízení sp. zn. ÚOHS-P0090/2019/VZ nebylo pochybení zadavatele shledáno, byla následně zcela v souladu s kontrolním řádem zahájena kontrola z moci úřední, když zákon nijak nestanoví, na základě jakých poznatků má kontrolující orgán kontrolu zahájit. V důsledku poznatků získaných v průběhu kontroly pak bylo následně zahájeno řízení z moci úřední, které vyústilo ve vydání napadeného rozhodnutí. Takový postup je zcela v souladu se zákonem i kontrolním řádem, nelze tvrdit, že původní neshledání důvodů pro zahájení správního řízení z moci úřední na základě podnětu vedeného pod sp. zn. ÚOHS-P0090/2019/VZ, představuje jakoukoliv překážku věci rozhodnuté vůči stávajícímu řízení, či snad může vyvolat legitimní očekávání obviněného v tom smyslu, že jeho postup v případě veřejné zakázky je zcela v souladu se zákonem.

#### **VII. K výroku o pokutě a nákladech řízení**

44. S ohledem na zrušení výroku I napadeného rozhodnutí pro nedostatek odůvodnění jsem nutně přikročil i ke zrušení výroku II, neboť výše pokuty byla stanovena v závislosti na spáchání přestupku, které bylo ve výroku I shledáno. Přistoupil jsem i ke zrušení výroku III, neboť k úhradě nákladů řízení má dojít až po právní moci napadeného rozhodnutí, které je však rušeno. V novém rozhodnutí tak bude opětovně rozhodnuto i o nákladech celého řízení.
45. V případě, že Úřad v novém rozhodnutí ve věci dospěje k závěru, že obviněný přestupek vytčený napadeným rozhodnutím skutečně spáchal, je povinen opětovně určit a dostatečně odůvodnit i výši pokuty. Úřad vezme v úvahu i skutečnost, že rozhodnutí o přestupcích, které byly v souběhu s přestupkem vytčeným napadeným rozhodnutím (řízení vedená Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-S0149/2019/VZ a ÚOHS-S0148/2019/VZ), byla předsedou Úřadu rozhodnutími

č. j. ÚOHS-R0141/2019/VZ-28841/2019/322/DJa, ze dne 21. října 2019 a č. j. ÚOHS-R0142/2019/VZ-28843/2019/322/PJe ze dne 21. října 2019 zrušena.

### **Shrnutí**

46. Na základě všeho shora uvedeného uzavírám, že napadené rozhodnutí považuji ve výroku I za nepřezkoumatelné a z tohoto důvodu jsem přistoupil k jeho zrušení ve výroku I a v souvisejících výrocích II a III o výši pokuty a nákladech řízení. V dalším řízení je Úřad povinen opětovně zkoumat nastavení kritérií technické kvalifikace veřejné zakázky a jeho případný rozpor se zákonem, své závěry náležitě odůvodní. Bude-li toho třeba, doplní Úřad dokazování a učiní patřičná skutková zjištění. V novém rozhodnutí je pak Úřad povinen ve smyslu § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu zohlednit závazné právní názory vyslovené v tomto rozhodnutí a současně se vypořádá s námitkami obviněného obsaženými v rozkladu.

### **VIII. Závěr**

47. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad nepostupoval v případě napadeného rozhodnutí v souladu se zákonem a správním řádem, jsem z důvodů uvedených v tomto rozhodnutí dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí v plném rozsahu, když veškeré výroky na sebe vzájemně navazují, a k jeho vrácení Úřadu k novému projednání.

## **POUČENÍ**

Proti tomuto rozhodnutí se podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 5 téhož zákona, nelze dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

### **Obdrží**

VIA Consult a. s., sídlem nám. Svobody 527, 739 61 Třinec

### **Vypraveno dne**

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