



UOHSX0013N1K

Č. j.: UOHS-R135,151/2008/02-1007/2009/310/JHa

V Brně dne 26. ledna 2008

Ve správním řízení o rozkladu doručeném dne 15.7.2008 zadavatelem

- **městem Mělník, IČ 00237051, se sídlem nám. Míru 1, 276 01 Mělník**, zast. starostou Mgr. Miroslavem Neumannem,

a dále o rozkladu doručeném dne 25.7.2008 účastníky sdružení, založeného na základě Smlouvy o sdružení ze dne 3.8.2007, kterému byla veřejná zakázka přidělena, a to

- **CZECH RADAR a. s., IČ 27164900, se sídlem Anglické nábřeží 2434/1, 305 45 Plzeň**, zast. předsedou představenstva Milanem Bednářem a místopředsedou představenstva Ing. Danielem Fuskou,
- **Burke & Freeman Czech, s. r. o., IČ 27595340, se sídlem Berounská 404, 104 00 Praha 10**, zast. jednatelem Michaelem Šturmou a
- **JUDr. Květoslavem Hlínou, advokátem se sídlem AK Novák, Hlína, Schenk, Příkazská a partneři, IČ 66209137, Čechova 2, 750 02 Přerov**, ve správním řízení právně zast. advokátem JUDr. Zdeňkem Novákem, se sídlem AK Čechova 2, 750 00 Přerov,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 7.7.2008 č. j. S115/2008/VZ-13469/2008/530/Kr, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – města Mělník, se sídlem nám. Míru 1, 276 01 Mělník, učiněných při zadání veřejné zakázky „**Měření rychlosti**“ formou otevřeného řízení podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách pod ev. č. 60009806 dne 3.8.2007, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 4.8.2007 pod ev. č. 2007/S 149-185496, jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 7.7.2008, č. j. S115/2008/VZ-13469/2008/530/Kr,

**p o t v r z u j i**

a podaný rozklad

**z a m í t á m.**

## O d ů v o d n ě n í

### I. Zadávací řízení a řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Město Mělník, IČ 00237051, se sídlem nám. Míru 1, 276 01 Mělník, zast. starostou Mgr. Miroslavem Neumannem (dále jen „zadavatel“), vyhlásil zadání veřejné zakázky „Měření rychlosti“ formou otevřeného řízení podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), jejíž oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách pod ev. č. 60009806 dne 3.8.2007, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 4.8.2007 pod ev. č. 2007/S 149-185496.
  
2. Dne 12.10.2007 zahájil Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), na základě návrhu uchazeče OMNIPOL a. s., správní řízení, které dne 19.11.2007 rozhodnutím č. j. S270/2007-000314/2007/550-OB zastavil z důvodu nesložení kauce. Dne 12.11.2007 pak Úřad obdržel podnět týkající se této veřejné zakázky, a proto dopisem ze dne 10.4.2008 zahájil ve věci správní řízení z vlastního podnětu, ve kterém jako účastníky správního řízení označil zadavatele a vybraného uchazeče – společnost CZECH RADAR a. s., IČ 27164900, se sídlem Anglické nábřeží 2434/1, 305 45 Plzeň, zast. předsedou představenstva Milanem Bednářem a místopředsedou představenstva Ing. Danielem Fuskou, společnost Burke & Freeman Czech, s. r. o., IČ 27595340, se sídlem Berounská 404, 104 00 Praha 10, zast. jednatelem Michaelem Šturmou, a JUDr. Květoslava Hlínu, advokáta se sídlem AK Novák, Hlína, Schenk, Příkazská a partneři, IČ 66209137, Čechova 2, 750 02 Přerov, které jsou účastníky sdružení založeného na základě Smlouvy o sdružení ze dne 3.8.2007, ve správním řízení všichni právně zast. advokátem JUDr. Zdeňkem Novákem, se sídlem AK Čechova 2, 750 02 Přerov (dále jen „vybraný uchazeč“), se kterým zadavatel uzavřel smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky. Oznámení o zahájení správního řízení bylo prvním z účastníků správního řízení doručeno dne 16.4.2008 a tímto dnem bylo správní řízení zahájeno.

### Napadené rozhodnutí

3. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 7.7.2008 rozhodnutí č. j. S115/2008/VZ-13469/2008/530/Kr, ve kterém ve výroku I. konstatoval, že se zadavatel dopustil správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 50 odst. 3 zákona, v návaznosti na § 54 písm. d) zákona, neboť v zadávací dokumentaci stanovil v rámci profesního kvalifikačního předpokladu povinnost předložit doklad osvědčující odbornou způsobilost uchazeče, která však není pro plnění veřejné zakázky nezbytná podle zvláštních právních předpisů. Zadavatel rovněž nedodržel postup stanovený v § 56 odst. 7 písm. c) zákona, neboť jeho požadavek na specialistu na vymáhání pohledávek neodpovídá druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, a dále pak proto, že v zadávací dokumentaci požadoval k prokázání shody požadovaného výrobku, aby uchazeči předložili platný atest použitého programového vybavení vydaný ve shodě se Standardem ISVS pro náležitosti životního cyklu informačního systému, verze 005/02.01, přičemž zákonem č. 81/2006 Sb., o změně zákona o informačních systémech veřejné správy a o změně některých dalších zákonů, byly standardy ISVS ke dni 31.12.2006 zrušeny. Zadavatel rovněž nevymezil seznam významných služeb odpovídajících druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky. Dále zadavatel porušil § 67 odst. 1 zákona, neboť

požadoval poskytnutí jistoty pouze formou bankovní záruky. Postup zadavatele pak mohl podstatně ovlivnit výběr nejuvhodnější nabídky a zadavatel již uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu. Ve výroku II. napadeného rozhodnutí Úřad podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona uložil zadavateli za spáchaný správní delikt pokutu ve výši 100 000,- Kč.

4. V odůvodnění svého rozhodnutí Úřad uvádí, že v rámci kvalifikace měli dodavatelé předkládat rovněž autorizaci k výkonu úředního měření v oboru měření rychlosti silničních vozidel podle § 13 odst. 1 písm. c) a § 21 zákona č. 505/1990 Sb., o metrologii, ve znění pozdějších předpisů. Pokud jako dodavatel zařízení a souvisejících služeb uchazeč měření neprovádí, není dle názoru Úřadu požadavek na tuto autorizaci ze strany zadavatele nutný, přičemž Úřad odkázal na stanovisko Úřadu pro technickou normalizaci, metrologii a státní zkušebnictví ze dne 23.4.2008, které si vyžádal v rámci správního řízení.
5. K atestu použitého programového vybavení Úřad v odůvodnění svého rozhodnutí uvedl, že zadavatelem požadovaný atest byl v době zadávání veřejné zakázky novelou č. 81/2006 Sb., zákona o informačních systémech veřejné správy zrušen a požadavek zadavatele tak byl v rozporu se zákonem. Uchazeči, jejichž výrobky jsou v souladu s aktuální právní úpravou a nemají požadovaný atest, tak dle názoru Úřadu nemohli podat nabídku.
6. K požadavku na předložení seznamu významných služeb, poskytnutých dodavatelem v posledních 3 letech s uvedením jejich rozsahu a doby poskytnutí, Úřad konstatoval, že vymezení tohoto kritéria vedlo k omezení okruhu subjektů schopných předmět veřejné zakázky splnit. Koncepce měření rychlosti zajišťovaná pomocí soukromých dodavatelů je dle názoru Úřadu novou záležitostí, proto neexistuje mnoho dodavatelů nabízejících v minulosti tuto službu a je nutné, aby zadavatel umožnil i ostatním dodavatelům přístup na tento trh. Požadavky zadavatele by dle názoru Úřadu bylo možno za normálních okolností shledat přiměřenými, avšak vzhledem k tomu, že dosud existuje pouze jediný subjekt disponující přesně totožnou referencí, je požadavek zadavatele nepřiměřený předmětu veřejné zakázky.
7. Zadavatel dále požadoval, aby specialista na vymáhání pohledávek byl advokát disponující minimálně 10-ti lety advokátní praxe, který současně formou referenční listiny prokáže zkušenost s minimálně jednou zakázkou na vymáhání pohledávek v exekučním řízení, kdy celková hodnota vymáhaných pohledávek v rámci zakázky činila minimálně 50 000 000,- Kč. K tomu Úřad uvádí, že vymáhání pokut za přestupky v dopravě není natolik specializovanou činností, která by opravňovala požadování výhradně advokáta, a tedy tento požadavek není přiměřený předmětu plnění, tj. přípravě podkladů pro exekuční řízení. Úřad připomíná, že exekučním správním orgánem je v daném případě sám zadavatel, přičemž pokud by exekuce měla být prováděna prostřednictvím soudu, není v takovém případě dána povinnost být zastoupen advokátem.
8. K požadavku na poskytnutí jistoty Úřad pouze uvádí, že formu složení jistoty ponechává § 67 odst. 1 zákona na uchazečích, a tedy pokud zadavatel požadoval pouze formu bankovní záruky, porušil zákon.

9. Za spáchaný správní delikt Úřad uložil zadavateli pokutu ve výši 100 000,- Kč, když horní hranici pokuty činila částka 10 727 850,- Kč. K přiměřenosti sankce Úřad uvedl, že zadavatel nepřiměřeným způsobem stanovil kvalifikační předpoklady, které neodpovídají druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky a uvedený postup ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, neboť omezil počet dodavatelů, kteří mohli podat nabídku a tím i soutěž o zakázku. Dle názoru Úřadu nelze pominout následky postupu zadavatele na hospodárnost vynakládání veřejných prostředků, k níž má dodržování pravidel zadávání veřejných zakázek směřovat, neboť při více nabídkách by zadavatel mohl obdržet lepší podmínky plnění od dodavatele.

## **II. Námitky rozkladů**

### **K otázce autorizace výkonu úředního měření rychlosti silničních vozidel**

10. Dne 15.7.2008 podal zadavatel proti uvedenému rozhodnutí rozklad a namítá, že Úřad neodůvodnil podstatné ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Zadavatel uvádí, že Úřad měl již dříve v rámci procesního rozhodování učinit opatření k nápravě. Zadavatel dále nesouhlasí s hodnocením přiměřenosti jeho požadavku na problematiku autorizace k výkonu úředního měření rychlosti silničních vozidel zejména v tom ohledu, že měl být posuzován jako opatření k zajištění jakosti dle § 56 odst. 2 písm. c) zákona. V této souvislosti se zadavatel odvolává i na stanovisko Úřadu pro technickou normalizaci, metrologii a státní zkušebnictví, v němž je uvedeno, že „odborné znalosti úředního měřiče jsou pro uvedené činnosti výhodou“. Závěry Úřadu nejsou dle názoru zadavatele seriózním podkladem k rozhodnutí.
11. Dne 25.7.2008 podal rozklad proti napadenému rozhodnutí rovněž vybraný uchazeč a uvádí, že za zadávací řízení nese odpovědnost zadavatel. Hodnocení potřebnosti požadavku ze strany Úřadu je nahrazováním činnosti zadavatele, což není v kompetenci Úřadu. Požadavek na autorizaci k výkonu úředního měření rychlosti silničních vozidel měl za cíl minimalizovat obchodně-právní riziko související s předmětem veřejné zakázky, do něhož spadá řada odborných činností, jež jsou předpokladem či souvisejí s výkonem úředního měření a to i v případě, že úřední měření uchazeč sám neprovádí. To je dle názoru vybraného uchazeče v souladu i se stanoviskem Úřadu pro technickou normalizaci, metrologii a státní zkušebnictví.

### **K požadavku na atest použitého programového vybavení**

12. Zadavatel dále namítá, že závěr Úřadu o tom, že uchazeči nemohli atesty ISVZ splnit, se zakládá na pravdě jen z části. Připomíná, že příslušná novela sice zrušila pojem atest ISVZ, ale současně je nahradila novými typy atestů. Součástí úpravy je i přechodné období, ve kterém budou původní atesty nahrazovány novými. Nesprávnost napadeného rozhodnutí spatřuje zadavatel v tom, že nebylo prokázáno, že neexistuje vztah mezi atesty ISVZ a novými typy atestů. Zadavatel požadoval dřívější typy atestů, protože nepovažoval za pravděpodobné, že by mohli uchazeči mít již nové. On byl připraven přijmout i atesty ISVZ. Konečně namítá, že neexistuje důkaz o tom, že by nějakému konkrétnímu uchazeči bylo tímto postupem skutečně zamezeno v podání nabídky.
13. Vybraný uchazeč v této souvislosti připouští, že atest se Standardem ISVS sice zadavatel v zadávacích podmínkách požadoval, ačkoli byl novelou zákona zrušen, ale

Úřad dle jeho názoru nevzal v úvahu, že byl současně nahrazen jinými atesty a právní předpisy řeší i přechodné období. Proto mohli podat nabídku i uchazeči, kteří tento atest neměli. Kdyby zadavatel požadoval nové atesty, mohlo by to vést k tomu, že by je pro krátkost doby neměl žádný uchazeč. I tak, pokud by nový atest některý z potencialních uchazečů nemohl např. pro krátkost doby získat, měl možnost je nahradit jinými rovnocennými doklady ve smyslu ustanovení § 56 odst. 7 a 8 zákona. Tuto skutečnost Úřad při svém rozhodování nezohlednil.

### **K seznamu významných služeb**

14. K otázce kvalifikačních předpokladů zadavatel považuje za překvapivý závěr Úřadu o nevymezení kvalifikačního předpokladu „seznam významných služeb“ způsobem odpovídajícím druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky. Vyslovuje přesvědčení, že je nesmyslné zkoumání okruhu uchazečů, kteří jsou schopni splnit určitý kvalifikační předpoklad a toto nemá oporu v zákoně. Zadavatel chtěl pouze získat jistotu, že předmět zakázky bude plněn takovým uchazečem, který je k tomu schopen. V daném případě je tato schopnost dána dle jeho názoru předchozími zkušenostmi. Je logické, že jestliže někdo v minulosti takový předmět zakázky plnil, byť v menším rozsahu, existuje vysoká pravděpodobnost kvalitního plnění i této zakázky. Pokud Úřad nutí zadavatele k nastavení nižší míry kvalifikačního předpokladu, představuje to v důsledku vyšší míru realizačního rizika pro zadavatele. Úřad tím de facto doplňuje myšlenkové pochody zadavatele a nahrazuje je svými, což zákon zakazuje. K vyřešení této otázky by bylo třeba se zabývat otázkou analýzy rizik a vzhledem k tomu, že se tím Úřad v rozhodnutí nezabýval, není jeho rozhodnutí správné. Nelze spekulovat o tom, kolik uchazečů by bylo schopné tento předpoklad splnit, když nebyl Úřadem učiněn na toto téma výzkum a nebylo prokázáno, že by byl nějaký uchazeč zadavatelem poškozen.
15. Vybraný uchazeč v této souvislosti nesouhlasí s výkladem § 56 odst. 7 zákona, týkajícího se kvalifikačního předpokladu. Závěr Úřadu o tom, že koncepce měření rychlosti je novou záležitostí, a proto neexistuje mnoho soukromých dodavatelů, nabízejících v minulosti tuto službu, považuje za absurdní a spekulativní. Technická způsobilost uchazečů je upravena v závislosti na předmětu konkrétní zakázky. Její nízké nastavení brání zavádění moderních technologií a výrob. Zadavateli nemůže být dáno k tíži, když požaduje v rámci zadávací dokumentace to, co zákon dovoluje.

### **K požadavku na poskytnutí jistoty**

16. V problematice jistoty je zadavatel přesvědčen, že podstatné je to, co zákon deklaruje, přičemž on ve svých stanoviscích prokázal, že postupoval v plném souladu s těmito ustanoveními. Namítá, že Úřad operoval s nerelevantními podklady, požaduje vypracování „řádné právní analýzy“ a opětovně uvádí, že nebylo doloženo, že by postupem zadavatele byla nějakému dodavateli způsobena újma.
17. Vybraný uchazeč vyslovil názor, že se zadavatel nedopustil porušení § 67 odst. 1 zákona, když požadoval složení jistoty výhradně bankovní zárukou. Uvádí, že ze zákonné dikce „jistotu poskytne uchazeč formou složení peněžní částky na účet zadavatele (dále jen „peněžní jistota“), nebo formou bankovní záruky“ nelze dovodit, že volba jedné z forem provedená zadavatelem je protizákonná. Toto stanovisko Úřadu odporuje všem druhům výkladu – jazykovému, legálnímu, autentickému i

doktrinálnímu. Rozhodovací praxe Úřadu je v tomto ohledu dle názoru vybraného uchazeče příliš extenzivní, nesprávná a nerelevantní a nelze se jí dovolávat.

### **K požadavku na specialistu vymáhání pohledávek**

18. V závěru rozkladu zadavatel nesouhlasí s názorem Úřadu, že v exekučním řízení není třeba zastoupení advokátem s desetiletou praxí a zkušeností s vymáháním pohledávek ve výši 50 milionů korun, neboť osoba advokáta – specialisty by měla sloužit pouze k podpoře vzájemného vztahu podpory procesu vymáhání, nikoli k vlastnímu vymáhání pohledávek. Zadavatel je toho názoru, že předmětný kvalifikační předpoklad byl stanoven zcela v kontextu potřeb veřejné zakázky a v požadavcích na osobu advokáta nejsou obsaženy žádné požadavky, které by nekopírovaly skutečný obsah činnosti tohoto pracovníka v rámci plnění veřejné zakázky. Zadavatel požaduje přehodnocení tohoto spekulativního závěru.
19. Rovněž vybraný uchazeče ve své poslední námitce jednoznačně odmítá závěr Úřadu o porušení § 56 odst. 7 zákona požadavkem na specialistu – advokáta s desetiletou praxí k zabezpečení vymáhání pohledávek při tomto druhu, rozsahu a složitosti zakázky. Dle tvrzení vybraného uchazeče mu je totiž svěřena řada úkonů a služeb, z nichž jednu tvoří komplexní vymáhání pohledávek u dlužníků pachatelů přestupků. Je zcela vyloučené, aby právní pomoc vykonávala jiná osoba než ta, která disponuje zvláštní způsobilostí a speciálními znalostmi a vztahuje se na ni povinnost mlčenlivosti, pokud by se setkala s citlivými údaji, a takovou osobou je výhradně advokát. Výkon takovéto činnosti prováděný jinou osobou by byl dle názoru vybraného uchazeče nedovolený a protiprávní.

### **III. Řízení o rozkladu**

20. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladech a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
21. Úřad tím, že ve svém rozhodnutí uložil zadavateli za zjištěné správní delikty pokutu ve výši 100 000,- Kč, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se ztotožnil.

### **IV. K námitkám rozkladu**

#### **Autorizace výkonu úředního měření rychlosti**

22. Vybraný uchazeč opakovaně namítá, že požadavek zadavatele na autorizaci k výkonu úředního měření rychlosti silničních vozidel měl za cíl minimalizovat obchodně-právní riziko související s předmětem veřejné zakázky a tyto specializované činnosti vyžadují osobu disponující autorizací k měření. K tomu uvádím, že vybraný uchazeč tak pouze opakuje svou dřívější argumentaci, která však již byla vyvrácena v napadeném rozhodnutí. K novému argumentu vybraného uchazeče, že „odborné znalosti úředního

měřiče jsou pro uvedené činnosti výhodou“, který vybraný uchazeč opírá o stanovisko Úřadu pro technickou normalizaci, metrologii a státní zkušebnictví, pak mohou konstatovat, že toto tvrzení prokazuje právě jen zisk „výhody“, nikoli nezbytnou potřebu autorizačního osvědčení na straně soutěžitele. Ustanovení § 54 odst. d) zákona však požadavek na prokazování odborné způsobilosti omezuje pouze na případy, kdy je podle zvláštních právních předpisů tato odbornost pro plnění veřejné zakázky „nezbytná“, nikoliv pouze „výhodná“. Vybraný uchazeč tak předmětnou námitkou sám vyvrací svou předchozí argumentaci.

23. K námitce zadavatele, že požadavek na autorizaci k výkonu úředního měření měl být posuzován jako opatření k zajištění jakosti dle § 56 odst. 2 písm.c) zákona uvádím, že i kdyby byl uveden správně v jiné části zadávací dokumentace, jednalo by se i v takovém případě o porušení zákona, neboť k realizaci předmětu této veřejné zakázky není předmětná autorizace nezbytně nutná, jak bylo uvedeno výše. „Přesunutí“ požadavku do jiné části zadávací dokumentace by totiž nemělo vliv na jeho faktický obsah, neboť by i nadále byla na uchazeče kladena povinnost prokázat odbornou způsobilost, která není pro plnění veřejné zakázky nezbytná.
24. Požadavek pak nelze považovat ani za opatření k zajištění jakosti. Zadavatel totiž svým požadavkem směřuje nikoliv k dosažení určitého stavu faktické kvality, ale akcentuje vydání mocenského aktu (autorizace). Takový akt pak příslušnou kvalitu sice předpokládá, avšak současně nelze vyloučit, že totožnou kvalitu služeb může poskytnout i subjekt, který tímto mocenským aktem nedisponuje. Požadavek zadavatele je tedy třeba označit za nepřiměřený a z hlediska zákona diskriminující.

#### **Atest použitého programového vybavení**

25. V souvislosti s požadavkem zadavatele na předložení atestu použitého programového vybavení uvádím, že již v rozkladu samotném je připuštěno, že zadavatel požadoval atest, který byl v době zadání veřejné zakázky neplatný. Zadavatel pak ve své argumentaci dovozuje, že právní úprava řeší eventuální možnost jeho nahrazení jiným dokladem, avšak tuto argumentaci nelze přijmout jako relevantní. Předmětem posouzení zde totiž není právní úprava standardů ISVS a jiných typů atestů, ale úroveň kvalifikačního předpokladu v posuzovaném případě a možnost jejího splnění. Jakkoli totiž platná právní úprava v sobě zahrnuje přechodná ustanovení, nelze z této skutečnosti dovodit, že žádný dodavatel nebyl tímto požadavkem poškozen, když se na zadavatele neobrátil nikdo, kdo by potřeboval tuto otázku konzultovat. Skutečnost, že v této souvislosti nebyly vzneseny dodatečné dotazy, nemůže být průkazná, neboť mezi těmito dvěma fakty neexistuje přímá příčinná souvislost. Dále je třeba zdůraznit, že jestliže zadavatel měl povědomí o těchto otázkách v době zadávání zakázky, pak je více než s podivem, že je nepromítl do zadávací dokumentace. Dodatečné úvahy prováděné v této věci až v rozkladu je třeba označit za opožděné a účelové. V neposlední řadě lze rovněž konstatovat, že zadavatel nemůže požadovat na uchazečích doklad, který již v okamžiku zadávání veřejné zakázky nelze podle právního řádu ČR získat.
26. K tvrzení vybraného uchazeče, že předložení požadovaného atestu bylo možno „nahradit“ předložením atestu podle platné právní úpravy v režimu § 56 odst. 8 zákona, tedy jako jiný rovnocenný doklad prokazující splnění technického předpokladu, uvádím, že vybraný uchazeč zde zaměňuje dvě odlišné situace, a to „prokázání splnění totožného technického předpokladu jiným než zadavatelem požadovaným dokladem“ a „prokázání

splnění jiného, byť obdobného technického předpokladu“. V případě první z uvedených situací by zcela jistě bylo možno postupovat podle § 56 odst. 8 zákona a předložit rovnocenný doklad. V šetřeném případě však nastala druhá z výše specifikovaných možností, kdy zadavatel jako technický předpoklad požaduje, aby uchazeči předložili atest jakožto doklad o atestaci na shodu se Standardem ISVS pro náležitosti životního cyklu informačního systému. Předložení atestu prokazujícího jinou atestaci, relevantní podle platné právní úpravy (jak navrhuje vybraný uchazeč), pak není předložením rovnocenného dokladu ve smyslu § 56 odst. 8 zákona, ale jedná se o prokázání jiného než zadavatelem stanoveného požadavku. Předložení takového dokladu tak nelze považovat za splnění podmínek zadavatele formulovaných v zadávací dokumentaci.

### **Seznam významných služeb**

27. Z úřední činnosti Úřadu je známo, že problematika koncepce a způsobů měření rychlosti soukromými dodavateli ve městech se teprve vytváří. To samo o sobě dokládá, že pokud zadavatel požadoval po uchazečích poměrně rozsáhlou předchozí zkušenost na tomto trhu (požadavkem na předložení seznamu významných služeb), má takový požadavek potenciál omezit soutěž uchazečů o veřejnou zakázku ve směru k omezení možnosti účasti dalších nových dodavatelů. Zadávací podmínky je totiž nutno vždy formulovat s přihlédnutím k předmětu veřejné zakázky, protože podmínka, která je na jednom trhu zcela odůvodněná a v souladu se zákonem, může na jiném trhu vykazovat výrazně diskriminační charakter, jako je tomu v šetřeném případě. Je sice pravda, že se jednalo o otevřené řízení náležitě zveřejněné v informačních systémech (jak zdůrazňuje vybraný uchazeč), avšak tato skutečnost nedává odpověď na otázku, proč se právě do veřejné zakázky tohoto typu (s předpokládanou hodnotou v řádu desítek milionů Kč) přihlásil prakticky jeden uchazeč, respektive pouze jeden uchazeč byl schopen splnit zadávací podmínky.
28. Nelze proto paušálně souhlasit s tvrzením zadavatele, že nemá povinnost zkoumat, kolik potenciálních uchazečů je schopno splnit zadávací podmínky, neboť podobné tvrzení by umožňovalo v takto výjimečných případech volit výrazně diskriminační podmínky. Současně nelze přehlédnout, že zadavatel si mohl jednoduchým způsobem ověřit, že předmětný trh je fakticky ovládan pouze jediným subjektem. Tato skutečnost je Úřadu známa z jeho úřední činnosti (jak bylo uvedeno výše), ale současně je i pro zadavatele jednoduše seznatelná např. z informačního systému o veřejných zakázkách, podle kterého veškeré zakázky s obdobným předmětem plnění (monitorování silničního provozu) byly zadány téměř výhradně společnosti Czech Radar, a. s., případně sdružením, kde byla tato společnost vedoucím účastníkem. V rámci přípravy zadávacích podmínek tak zadavatel s péčí řádného hospodáře byl povinen zohlednit i specifika relativně nového trhu a adekvátním způsobem na ně reagovat.
29. V této souvislosti nelze souhlasit s argumentací, že by striktním dodržováním tohoto pravidla docházelo až k nemožnosti realizace nových moderních technologií a progresivních výrob, neboť jak již bylo uvedeno výše; pokud zadavatel požaduje poskytnutí nové moderní technologie, kterou po technické stránce je schopno poskytnout více subjektů, avšak vzhledem k dosud krátkému období její aplikace s ní má reálnou zkušenost např. pouze jeden subjekt, pak požadavek na prokázání referenčních zakázek v nezanedbatelném rozsahu je zjevně diskriminační.



30. K námitce zadavatele, že posouzení věci je v tomto bodě ze strany Úřadu založeno pouze na domněnkách, spekulacích a subjektivním hodnocení, uvádím, že cílem správního řízení je posouzení, zda byla či nebyla dodržena příslušná zákonná ustanovení. Úřad v tomto řízení nepostupuje subjektivně s cílem nahrazovat myšlenkové pochody zadavatele, nebo dokonce zadavatele nutit k tomu, aby při realizaci a plnění zakázky přistoupil na vyšší míru rizika. Takový postup by byl jednoznačně v rozporu se zákonem. V daném případě však správní uvážení Úřadu bylo nutno vést ve směru, zda je požadavek zadavatele přiměřený okolnostem zakázky či nikoliv, a to především ve vztahu k druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění. Úřad pak dopěl k závěru (jak již bylo prezentováno výše), že předmět veřejné zakázky není natolik obtížný a neproveditelný, aby odůvodňoval přísné požadavky zadavatele na odbornost a především zkušenost uchazečů. Zadavatel tedy nevymezil minimální úroveň těchto „kvalifikačních předpokladů, odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky“ adekvátně a podle dikce i smyslu ustanovení zákona, čímž porušil zásadu rovnosti a nediskriminačního přístupu k uchazečům o veřejnou zakázku.

### Poskytnutí jistoty

31. K problematice omezení formy poskytnutí jistoty uvádím, že souhlasím s tím, že při řešení této otázky je nezbytné vycházet ze zákonného znění § 67 odst. 1 zákona in fine, podle kterého „jistotu poskytne uchazeč formou složení peněžní částky na účet zadavatele (dále jen „peněžní jistota“), nebo formou bankovní záruky.“ Z této citace je nade vše pochybnost zřejmé, že zákonodárce zde zakotvil dvě formy (možnosti, způsoby) poskytnutí jistoty, a to složením na účet, nebo bankovní zárukou. Námitku obsaženou v rozkladu, že jazykovým výkladem nelze dovodit, že volbu formy poskytnutí jistoty ponechává zákon na uchazečích (jak v rozhodnutí vyslovil Úřad) nemohu považovat za logicky postavenou. Zákon dává dvě varianty formy poskytnutí jistoty a je nerozhodné, jakou interpretaci lze použít k jejímu vysvětlení. Buď tedy, že zadavatel je povinen stanovit dvě varianty, a nebo že uchazeč je oprávněn si vybrat, kterou formu záruky zvolí, což se z hlediska formální logiky jeví jako správnější. Zákon nedává zadavateli možnost vyloučit některou ze zákonných možností složení jistoty, přičemž v této souvislosti je třeba se držet zásady, že zadavatel je oprávněn činit pouze to, co mu zákon umožňuje.
32. K námitkám zadavatele o nemožnosti hotovostní platby dodávám, že „složit na účet“ zadavatele je možné bezhotovostní formou. Současně není sporu o tom, že bankovní záruka představuje technicky a ekonomicky náročnější instrument pro splnění peněžní jistoty, a proto svou omezující podmínkou zadavatel svévolně vyloučil pro uchazeče tu příznivější ze dvou zákonných možností. Uzavírám tedy, že se zadavatel svým postupem dopustil porušení zákona.
33. K tvrzení vybraného uchazeče, že rozhodovací praxe Úřadu je v tomto ohledu příliš extenzivní a nesprávná a rozhodování podle ní odporuje všem druhům interpretace právní normy uvádím, že vybraný uchazeč ve své argumentaci opomněl typ výkladu, teorií označovaný jako „interpretace aplikujícího orgánu“, se kterou bezprostředně souvisí princip „předvídatelnosti správních rozhodnutí“. Ten nachází své zákonné ukotvení v § 2 odst. 4 správního řádu, podle kterého správní orgán dbá, aby při rozhodování skutkově shodných nebo podobných případů nevznikaly nedůvodné rozdíly. V tomto smyslu je tedy odkaz na předchozí rozhodovací praxi v obdobných věcech zcela legitimním nástrojem zákonnosti napadeného rozhodnutí.

### **Specialista na vymáhání pohledávek**

34. Konečně ani námitku ohledně nezbytnosti specialisty pro komplexní právní zastoupení, zejména při vymáhání pohledávek, při zastupování před soudy a v exekučním řízení, nepovažuji za důvodnou. Otázky poskytování právních služeb se dotýká § 1 a násl. zákona č. 85/1996 Sb. o advokacii, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o advokacii“), podle kterého mohou soustavně a za úplatu poskytovat právní služby, tedy zastupovat v řízení před soudy a jinými orgány, obhajovat v trestních věcech, udělovat právní porady, sepisovat listiny, zpracovávat právní rozborů a poskytovat další formy právní pomoci, nejen advokáti (dle písm. a) předmětného ustanovení), ale rovněž dle písm. d) citovaného ustanovení „zaměstnanci právnické nebo fyzické osoby, členové družstva nebo příslušníci ozbrojených sborů, kteří poskytují právní služby osobě, k níž jsou v pracovněprávním nebo pracovním vztahu anebo ve služebním poměru, pokud je poskytování právních služeb součástí jejich povinností vyplývajících z tohoto pracovněprávního nebo pracovního vztahu anebo služebního poměru“.
35. V této souvislosti je možno konstatovat, že předmětem činnosti specialisty na vymáhání pohledávek dle zadávací dokumentace je právní zastoupení zadavatele v exekučním řízení, které zahrnuje sepis návrhu na nařízení exekuce a právní zastoupení v celém exekučním řízení až do jeho pravomocného ukončení. Jak je uvedeno v napadeném rozhodnutí, podle ustanovení § 106 správního řádu je exekučním správním orgánem sám zadavatel, resp. obecný správce daně podle zvláštního předpisu. Lze tedy uznat, že v případě soustavného zastupování za úplatu před soudy jsou k takové činnosti oprávněni jen advokáti, resp. osoby uvedené ve výše uvedeném ustanovení zákona o advokacii. V šetřeném případě však zadavatel nestanovil, že exekuce má být prováděna výhradně soudem, neboť v daném případě lze provádět exekuci rovněž prostřednictvím celních orgánů (obecný správce daně), pokud exekuci neprovede sám správní orgán (zde zadavatel). V takovém případě zadavatel nebude před soudem zastupován a dodavatel nemusí být nutně advokátem. Lze tedy uzavřít, že není nutné, aby vykonavatel předmětné části plnění veřejné zakázky byl nutně právníkem zapsaným u ČAK, resp. zákonné znaky nezbytnosti „právní služby“ vzhledem k předmětu veřejné zakázky zde absentují. Úvahy, který odborník by pak pravděpodobně mohl tuto činnost vykonávat lépe, efektivněji apod., postrádají z hlediska základního posouzení, zda byl či nebyl porušen zákon, smysl, neboť Úřad správně uzavřel, že požadavek zadavatele byl v rozporu se zákonem. Posuzování dalších doplňkových podmínek (délka praxe a referenční zakázky) je proto pro účely správního řízení již nadbytečné.

### **K dalším námitkám a k výši sankce**

36. Konečně k obecné poznámce zadavatele, kterou v rozkladu opakovaně uplatňoval, že jeho postupem nebyl poškozen žádný uchazeč, a tedy výrok o spáchání správního deliktu je vadný, uvádím, že jedním z definičních znaků spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona není pouze skutečnost, že nezákonným postupem zadavatele reálně došlo k podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky (např. tím, že zadávací podmínky poškodily některého z uchazečů, který by jinak mohl případně podat nejvhodnější nabídku), ale pro konstataci spáchání správního deliktu postačí pouhé zjištění, že nezákonný postup zadavatele v sobě nese potenciál tohoto podstatného ovlivnění výběru, aniž by však nutně k reálnému ovlivnění muselo dojít. Námitka zadavatele je tak již z tohoto důvodu bezpředmětná. Výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí o rozkladu, stejně jako i v napadeném rozhodnutí, bylo již podrobně

popsáno, jakým způsobem mohly zadavatelem zvolené zadávací podmínky deformovat okruh potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku, a proto na tomto místě pouze opakuji, že postupem zadavatele skutečně došlo ke spáchání správních deliktů dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

37. Úřad tedy správně a v souladu se zákonem uložil zadavateli za zjištěné správní delikty pokutu ve výši 100 000,- Kč. Vzhledem k horní hranici možné výše pokuty, která činí částku 10 727 850,- Kč, pak konstatuji, že pokuta byla uložena výrazně ve spodní části možné sazby, a tedy ani z tohoto důvodu a s přihlédnutím k závažnosti pochybení zadavatele, v jehož důsledku se o zakázku v hodnotě cca 215 mil. Kč mohl reálně ucházet pouze jediný dodavatel, jsem dospěl k závěru, že nejsou žádné důvody pro snížení či zrušení uložené pokuty.

## **V. Závěr**

38. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladech.
39. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody pro zrušení či změnu napadeného rozhodnutí, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

## **P o u č e n í**

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 správního řádu dále odvolat.

Ing. Martin Pecina, MBA  
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

### Obdrží:

1. město Mělník, se sídlem náměstí Míru 1, 276 01 Mělník
2. JUDr. Zdeněk Novák, advokát se sídlem AK Novák, Hlína, Schenk, Příkazská a partneři, Čechova 2, 750 02 Přerov
3. spis.

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce