UOHSX004KUAE

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S504/2012/VZ-7510/2013/514/ZČa Brno 24. dubna 2013

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném z moci úřední dne 4. 10. 2012, jehož účastníkem je

- zadavatel – **Česká republika – Ministerstvo vnitra**, IČ 00007064, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7 – Letná,

ve věci možného spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona zadavatelem – Česká republika – Ministerstvo vnitra, IČ 00007064, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7 – Letná – při zadávání nadlimitní veřejné zakázky **„Služby projekce a inženýringu CMS“** zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 25. 4. 2008 pod evid. číslem 60016878 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 26. 4. 2008 pod značkou 2008/S 82-111627, a na kterou byla uzavřena smlouva dne 3. 11. 2008,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Česká republika – Ministerstvo vnitra, IČ 00007064, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7 – **se** při zadávání veřejné zakázky „Služby projekce a inženýringu CMS“ **dopustil správního deliktu** podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že nedodržel postup stanovený v § 56 odst. 6 citovaného zákona, když v bodě III. 2.3 oznámení o zahájení zadávacího řízení v informačním systému o veřejných zakázkách a v čl. 4.6 bod iii) zadávací dokumentace vymezil požadavek

na prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů tak, že požadoval předložení certifikátu systému řízení bezpečnosti informací řady EN ISO 27001:2005, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel již uzavřel dne 3. 11. 2008 smlouvu s vybraným uchazečem.

II.

Zadavatel – Česká republika – Ministerstvo vnitra, IČ 00007064, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7 – **se** při zadávání veřejné zakázky „Služby projekce a inženýringu CMS“ **dopustil správního deliktu** podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že nedodržel postup stanovený v § 56 odst. 7 písm. c) citovaného zákona v návaznosti na § 6 citovaného zákona, když nevymezil minimální úroveň technického kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 2 písm. a) citovaného zákona takovým způsobem, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, neboť požadoval předložení *seznamu alespoň 2 významných služeb poskytnutých uchazečem pro veřejného zadavatele v posledních 3 letech*, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel již uzavřel dne 3. 11. 2008 smlouvu s vybraným uchazečem.

III.

Zadavatel – Česká republika – Ministerstvo vnitra, IČ 00007064, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7 – **se** při zadávání veřejné zakázky „Služby projekce a inženýringu CMS“ **dopustil správního deliktu** podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že nedodržel postup stanovený v § 56 odst. 7 písm. c) citovaného zákona v návaznosti na § 6 citovaného zákona, když nevymezil minimální úroveň technického kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 2 písm. e) citovaného zákona takovým způsobem, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, neboť požadoval doložení, že se *kvalifikovaní odborníci, kteří se budou podílet na plnění veřejné zakázky, podíleli na realizaci referenční zakázky* podle čl. 4.6 bod i) zadávací dokumentace, a *nejméně 4 z nich splňují požadavky certifikace tak, aby byly při plnění veřejné zakázky zastoupeny certifikáty ISO 10006 projektový manažer, CISA, ISO 27001 auditor, ISO 20000 auditor*, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel již uzavřel dne 3. 11. 2008 smlouvu s vybraným uchazečem.

IV.

Za spáchání správních deliktů uvedených ve výrocích I. až III. tohoto rozhodnutí se zadavateli – Česká republika – Ministerstvo vnitra, IČ 00007064, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7 – **ukládá** podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

pokuta ve výši 800 000,– Kč (osm set tisíc korun českých).

ODŮVODNĚNÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), obdržel dne 14. 9. 2011 podání, jehož obsahem je podnět k přezkoumání úkonů zadavatele – **Česká republika – Ministerstvo vnitra**, IČ 00007064, se sídlem

Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7 – Letná, (dále jen „zadavatel“) – v nadlimitní veřejné zakázce **„Služby projekce a inženýringu CMS“** zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 25. 4. 2008 pod evid. číslem 60016878 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 26. 4. 2008 pod značkou 2008/S 82-111627 (dále jen „veřejná zakázka“).

2. Předmětem doručeného podání je pochybnost o zákonném postupu zadavatele při zadávání šetřené veřejné zakázky, která je spatřována ve stanovení technického kvalifikačního předpokladu na předložení certifikátu v rozporu s § 56 odst. 6 zákona, ve stanovení technického kvalifikačního předpokladu na předložení referencí v rozporu s § 6 zákona, a ve stanovení technického kvalifikačního předpokladu na složení realizačního týmu v rozporu s § 6 zákona.

3. Na základě doručeného podnětu, který byl Úřadem zaevidován pod sp. zn. ÚOHS-P767/2011/VZ, si Úřad vyžádal od zadavatele písemné vyjádření k podanému podnětu a veškerou dokumentaci pořízenou v souvislosti s předmětnou veřejnou zakázkou ve smyslu § 155 zákona. Z předložené dokumentace Úřad zjistil následující skutečnosti.

I. Průběh zadávacího řízení

4. Předmět plnění nadlimitní veřejné zakázky zadavatel vymezil jako projekce, inženýring, dodávka komplexní dokumentace související s vybudováním a provozem Centrálního místa služeb (dále jen „CMS“) a další expertní služby.

5. Zadavatel v oznámení o zahájení zadávacího řízení stanovil, že předmětná veřejná zakázka bude zadávána v otevřeném řízení a určil lhůtu pro doručení nabídek do 13. 6. 2008. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla stanovena na 29 400 000,- Kč bez DPH. Základním hodnotícím kritériem pro zadání veřejné zakázky zadavatel určil ekonomickou výhodnost nabídky.

6. Zadavatel v oznámení o zahájení zadávacího řízení dále stanovil, že dílčími kritérii v rámci hodnocení podle ekonomické výhodnosti nabídky jsou

1. Nabídková cena	váha 40 %
2. Úroveň a komplexnost nabízeného plnění	váha 35 %
3. Metodika poskytování služeb	váha 20 %
4. Výše smluvních sankcí	váha 5 %

7. V bodě III. 2.3 „Technická způsobilost“ oznámení o zahájení zadávacího řízení zadavatel stanovil, že splnění technické způsobilosti prokáže dodavatel zavedením systému řízení informační bezpečnosti EN ISO 27001:2005 v oboru poptávaných služeb. Jako minimální úroveň technické způsobilosti k prokázání splnění technického kvalifikačního předpokladu uchazeče požaduje doložení certifikátu EN ISO 27001:2005.

8. V čl. 4.6 bod iii) „Technické kvalifikační předpoklady“ zadávací dokumentace zadavatel uvedl, že k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů uchazeče pro plnění veřejné zakázky na služby projekce a inženýringu CMS mimo jiné požaduje: *„Zavedení systému řízení informační bezpečnosti EN ISO 27001:2005 v oboru poptávaných služeb. Uchazeč tuto skutečnost doloží příslušným certifikátem vydaným akreditovanou osobou.“*

9. V čl. 4.6 bod i) „Technické kvalifikační předpoklady“ zadávací dokumentace zadavatel uvedl, že k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů uchazeče pro plnění veřejné zakázky na služby projekce a inženýringu CMS mimo jiné požaduje: *„Seznam alespoň 2 významných služeb poskytnutých uchazečem pro veřejného zadavatele v posledních 3 letech.“*

10. V čl. 4.6 bod iv) „Technické kvalifikační předpoklady“ zadávací dokumentace zadavatel uvedl, že k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů uchazeče pro plnění veřejné zakázky na služby projekce a inženýringu CMS mimo jiné požaduje: *„Seznam techniků či technických útvarů, resp. kvalifikovaných odborníků, kteří se budou podílet na plnění služeb veřejné zakázky, ohledně nichž uchazeč podává svoji nabídku, bez ohledu na to, zda jde o zaměstnance uchazeče nebo osoby v jiném vztahu k uchazeči.“*

11. Zadavatel požaduje, aby kvalifikovaní odborníci splňovali mimo jiné tyto předpoklady:
    - *podíleli se na realizaci referenční zakázky* (čl. 4.6 bod i) zadávací dokumentace),
    - *nejméně 4 z nich splňují požadavky certifikace tak, aby byly při plnění veřejné zakázky zastoupeny certifikáty ISO 10006 projektový manažer, CISA, ISO 27001 auditor, ISO 20000 auditor.*

12. Z protokolu o otevírání obálek s nabídkami uchazečů ze dne 13. 6. 2008 vyplývá, že v řádném termínu pro přijetí nabídek byla doručena jediná nabídka.

13. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 2. 7. 2008 vyplývá, že hodnotící komise posoudila nabídku z hlediska splnění zákonných požadavků, z hlediska splnění požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách a zda se nejedná o nepřijatelnou nabídku ve smyslu § 22 odst. 1 písm. d) zákona. Hodnotící komise konstatovala, že posuzovaná nabídka vymezené podmínky splňuje a nejedná se o nepřijatelnou nabídku. Současně hodnotící komise konstatovala, že v souladu s § 79 odst. 6 zákona nebyla nabídka, jež byla podána jako jediná, hodnocena.

14. Zadavatel rozhodnutím ze dne 30. 7. 2008 rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky vybraného uchazeče – společnosti BDO IT a.s., IČ25056646, se sídlem Olbrachtova 5/1980, 140 00 Praha 4 (dále jen „vybraný uchazeč“ nebo „**BDO IT a.s.**“).

15. Zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem dne 3. 11. 2008 smlouvu na plnění šetřené veřejné zakázky s celkovou cenou 29 400 000 Kč bez DPH (34 341 020 Kč včetně DPH).

16. Po přezkoumání příslušné dokumentace o veřejné zakázce a s ohledem na výše uvedené, získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem. Na základě výše uvedených důvodů zahájil Úřad správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona zadavatelem při zadávání šetřené veřejné zakázky vedené pod sp. zn. S504/2012/VZ.

II. Řízení před správním orgánem

17. Účastníkem správního řízení je podle § 116 zákona:
    - zadavatel.

18. O zahájení správního řízení informoval Úřad účastníky řízení oznámením č. j. ÚOHS-S504/2012/VZ-16110/2012/514/ZČa ze dne 4. 10. 2012. Usnesením č. j. ÚOHS-

S504/2012/VZ-16111/2012/514/ZČa z téhož dne stanovil Úřad účastníkům řízení lhůtu, v níž mohli navrhovat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

19. Dne 4. 10. 2012, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno zadavateli, bylo podle § 113 odst. 1 zákona zahájeno správní řízení z moci úřední.

20. Na základě žádosti ze dne 17. 10. 2012 výše uvedené lhůty Úřad prodloužil usnesením č. j. ÚOHS-S504/2012/VZ-19561/2012/514/ZČa z téhož dne.

21. Dne 22. 10. 2012 bylo Úřadu doručeno vyjádření zadavatele z téhož dne ke skutečnostem uvedeným ve výše uvedeném oznámení.

Vyjádření zadavatele

22. K oprávněnosti požadavku na předložení certifikátu EN ISO 27001:2005 uvádí, že výčet technických kvalifikačních předpokladů, které je veřejný zadavatel oprávněn požadovat, lze podle § 56 odst. 6 zákona považovat za taxativní v tom smyslu, že § 56 odst. 6 zákona stanoví, že veřejný zadavatel je oprávněn požadovat prokázání splnění jednoho či více technických kvalifikačních předpokladů uvedených v § 56 odstavcích 1 až 5 zákona. V jednotlivých odstavcích § 56 však výčet taxativní není a pro splnění technických kvalifikačních předpokladů uvedených v jednotlivých odstavcích je možné předložit doklady, které zákon výslovně nevyjmenovává, nýbrž odkazuje na jiné právní nebo technické normy. Ve vztahu k § 56 odst. 4 zákona tak může veřejný zadavatel požadovat předložení certifikátu systému řízení jakosti vydaného podle českých technických norem akreditovanou osobou nebo jejich zahraniční ekvivalent, je-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky. ČSN ISO/IEC 27001 (dále jen „ISO 27001“) je česká technická norma s názvem „Informační technologie – Bezpečnostní techniky – Systémy managementu bezpečnosti informací – Požadavky“ a je českou verzí mezinárodní normy ISO/IEC 27001:2005.

23. Zadavatel uvádí, že uvedená veřejná zakázka byla zadaná v roce 2008 a z tehdejší relevantní rozhodovací praxe Úřadu nebylo možné dovodit, že by požadavek na předložení certifikátu ISO 27001 jako jeden z kvalifikačních předpokladů, byl shledán jako jsoucí v rozporu se zákonem. Zadavatel podle svého názoru tedy postupoval zcela v souladu s tehdy obecně přijímaným výkladem § 56 zákona. Zadavatel podotýká, že ke změně rozhodovací praxe Úřadu došlo až v průběhu roku 2011.

24. Zadavatel k předmětu veřejné zakázky uvádí, že „pro pochopení potřeby zadavatele poptávat pouze z okruhu dodavatelů, kteří mají dostatečnou technickou znalost z prostředí veřejných zadavatelů, je nezbytné analyzovat vlastní předmět veřejné zakázky, resp. konečný cíl, k jehož dosažení má činnost vybraného uchazeče přispět. CMS vytváří základní stavební prvek celé Komunikační infrastruktury Informačních systémů veřejné správy (dále jen „KIVS“), založené na Koncepci KIVS, která byla schválena Usneseními vlády. KIVS primárně slouží ke garantované, bezpečné a auditovatelné výměně informací mezi jednotlivými orgány veřejné správy (dále jen „VS“). CMS bude realizovat služby pro výměnu dat a služeb mezi jednotlivými ISVS, resp. bude umožňovat, aby každý pracovník VS prostřednictvím služeb CMS získal efektivnější přístup k informacím, na které má podle platné legislativy nárok.“

25. Dále zadavatel uvádí, že „KIVS také poskytuje všechny potřebné služby ke komunikaci v celé VS a zajišťuje komunikaci v rámci Evropské unie (dále jen „EU“), a to jak s orgány veřejné

správy jednotlivých členských států, tak s orgány EU. CMS bude tvořit geograficky redundantní komunikační infrastruktura, která slouží k řízenému bezpečnému propojování subjektů veřejné a státní správy mezi sebou a ke komunikaci těchto subjektů s jinými subjekty ve vnějších veřejných či neveřejných sítích, jako jsou Internet nebo komunikační infrastruktura EU (TESTA-II, připravovaná s-ESTA). CMS vytvoří jediné logické místo propojení jednotlivých operátorů telekomunikačních infrastruktur poskytujících služby pro KIVS."

26. Z výše uvedeného popisu předmětu veřejné zakázky je podle zadavatele zřejmé, že potenciální dodavatel měl mít nejen vysokou znalost z oblasti fungování, propojování a řízení rozsáhlých sítí, ale zároveň měl mít praktickou zkušenost mj. s návrhem technické realizace a řízením komunikační infrastruktury některého veřejného zadavatele. CMS je přitom místem, kde se propojuje komunikační infrastruktura několika desítek veřejných zadavatelů. Významná je pak i potřebná znalost dodavatele v oblasti příslušných právních předpisů, které se specificky na veřejné zadavatele vztahují, např. zákona č. 365/2000 Sb., o informačních systémech veřejné správy a o změně některých dalších zákonů, v platném znění, a množství navazujících prováděcích právních předpisů, zákona č. 412/2005 Sb., o ochraně utajovaných informací a o bezpečnostní způsobilosti, v platném znění, a množství navazujících prováděcích předpisů, jakož i příslušných specifických technických norem. Do takové míry podrobnosti zkušeností dodavatele, aby požadoval prokázání znalosti těchto předpisů, ani zadavatel nešel, aby naopak umožnil širší soutěž mezi dodavateli.

27. Zadavatel dodává, že účelem stanovení technických kvalifikačních předpokladů je zajištění, aby byla veřejná zakázka plněna dodavatelem, který k tomu má určitou technickou způsobilost, tj. bude mít k jejímu plnění potřebné odborné a materiální předpoklady. Zadavatel se domnívá, že mu nelze upírat právo na stanovení technických kvalifikačních předpokladů, které budou zaručovat bezproblémovou, kvalitní a včasnou realizaci veřejné zakázky. Tento požadavek byl podle zadavatele stanoven tak, aby s ohledem na složitost a rozsah veřejné zakázky nediskriminoval potenciální dodavatele a tak, aby nastavil rovné podmínky pro všechny dodavatele s tím, že tito musí mít všechny technické předpoklady pro zdárné a včasné dokončení díla.

III. Závěry Úřadu

28. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o šetřené veřejné zakázce, včetně obsahu smlouvy, a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel nepostupoval v souladu s § 56 odst. 6 zákona a § 56 odst. 7 psím. c) zákona v návaznosti na § 6 zákona, přičemž tyto postupy zadavatele mohly podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel již uzavřel dne 3. 11. 2008 smlouvu s vybraným uchazečem. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

K bodu I. výroku rozhodnutí

29. Podle § 56 odst. 2 zákona může veřejný zadavatel k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na služby požadovat

a) seznam významných služeb poskytnutých dodavatelem v posledních 3 letech s uvedením jejich rozsahu a doby poskytnutí; přílohou tohoto seznamu musí být

1. osvědčení vydané veřejným zadavatelem, pokud byly služby poskytovány veřejnému zadavateli, nebo
2. osvědčení vydané jinou osobou, pokud byly služby poskytovány jiné osobě než veřejnému zadavateli, nebo
3. čestné prohlášení dodavatele, pokud byly služby poskytovány jiné osobě než veřejnému zadavateli a není-li současně možné osvědčení podle bodu 2 od této osoby získat z důvodů spočívajících na její straně,

b) seznam techniků či technických útvarů, jež se budou podílet na plnění veřejné zakázky, a to zejména techniků či technických útvarů zajišťujících kontrolu jakosti, bez ohledu na to, zda jde o zaměstnance dodavatele nebo osoby v jiném vztahu k dodavateli,

c) popis technického vybavení a opatření používaných dodavatelem k zajištění jakosti a popis zařízení či vybavení dodavatele určeného k provádění výzkumu; veřejný zadavatel je oprávněn požadovat rovněž předložení certifikátu podle odstavce 4 tohoto ustanovení,

d) provedení kontroly technické kapacity veřejným zadavatelem nebo jinou osobou jeho jménem, a je-li to nutné, také provedení kontroly opatření týkajících se zabezpečení jakosti a výzkumu, a to vše za předpokladu, že služby, které mají být poskytnuty, jsou složité nebo jsou požadovány pro zcela zvláštní účely,

e) osvědčení o vzdělání a odborné kvalifikaci dodavatele nebo vedoucích zaměstnanců dodavatele nebo osob v obdobném postavení a osob odpovědných za poskytování příslušných služeb,

f) opatření v oblasti řízení z hlediska ochrany životního prostředí, která bude dodavatel schopen použít při plnění veřejné zakázky, je-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky; veřejný zadavatel je oprávněn požadovat rovněž předložení certifikátu podle odstavce 5 tohoto ustanovení,

g) přehled průměrného ročního počtu zaměstnanců dodavatele či jiných osob podílejících se na plnění zakázek podobného charakteru a počtu vedoucích zaměstnanců dodavatele nebo osob v obdobném postavení za poslední 3 roky, nebo

h) přehled nástrojů či pomůcek, provozních a technických zařízení, které bude mít dodavatel při plnění veřejné zakázky k dispozici.

30. Podle § 56 odst. 4 zákona je-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky, může veřejný zadavatel v rámci prokázání technických kvalifikačních předpokladů požadovat předložení certifikátu systému řízení jakosti vydaného podle českých technických norem akreditovanou osobou. Veřejný zadavatel uzná rovnocenné doklady vydané v členském státě Evropské unie. Veřejný zadavatel uzná rovněž jiné doklady o rovnocenných opatřeních k zajištění jakosti.

31. Podle § 56 odst. 5 zákona je-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky, může veřejný zadavatel v rámci prokázání technických kvalifikačních předpokladů podle odstavce 2 písm. f) nebo podle odstavce 3 písm. d) požadovat předložení dokladu o registraci v systému řízení a auditu z hlediska ochrany životního prostředí (EMAS) nebo certifikátu řízení z hlediska ochrany životního prostředí vydaného podle českých technických norem akreditovanou osobou. Veřejný zadavatel uzná rovnocenné doklady vydané v členském státě Evropské unie.

Veřejný zadavatel uzná rovněž jiné doklady o rovnocenných opatřeních k zajištění řízení z hlediska ochrany životního prostředí.

32. Podle § 56 odst. 6 zákona je veřejný zadavatel oprávněn požadovat prokázání splnění jednoho či více technických kvalifikačních kritérií uvedených v odstavcích 1 až 5. Spočívá-li veřejná zakázka v plnění odpovídajícím více druhům veřejných zakázek podle § 8 až 10, je veřejný zadavatel oprávněn požadovat prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů uvedených v odstavcích 1 až 5 v přiměřeném rozsahu pro každý druh zvlášť.

33. Z dokumentace o veřejné zakázce, konkrétně z bodu III. 2.3 „Technická způsobilost“ oznámení o zahájení správního řízení vyplývá požadavek zadavatele, že splnění technické způsobilosti prokáže dodavatel zavedením systému řízení informační bezpečnosti EN ISO 27001:2005 v oboru poptávaných služeb. Jako minimální úroveň technické způsobilosti k prokázání splnění technického kvalifikačního předpokladu uchazeče požaduje zadavatel doložení certifikátu EN ISO 27001:2005.

34. Z čl. 4.6 bod iii) „Technické kvalifikační předpoklady“ zadávací dokumentace vyplývá, že k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů uchazeče pro plnění veřejné zakázky na služby projekce a inženýringu CMS mimo jiné zadavatel požaduje: *„Zavedení systému řízení informační bezpečnosti EN ISO 27001:2005 v oboru poptávaných služeb. Uchazeč tuto skutečnost doloží příslušným certifikátem vydaným akreditovanou osobou.“*

35. Úřad ve věci obecně uvádí, že účelem prokazování kvalifikace je zajistit, aby vybraný uchazeč měl objektivně veškeré předpoklady a způsobilost pro řádné a včasné plnění konkrétní veřejné zakázky. Účelem kvalifikace je zabezpečit účast všech potencionálních dodavatelů, kteří jsou způsobilí předmětnou veřejnou zakázku plnit.

36. K požadavku na předložení certifikátu systému řízení bezpečnosti informací řady EN ISO 27001:2005 Úřad uvádí, že z internetových stránek www.e-ISO.cz zjistil, že ISO 27001:2005 je mezinárodní standard definující požadavky na systém managementu bezpečnosti informací. Systém managementu bezpečnosti informací je systematický přístup k řízení bezpečnosti důvěrných informací zahrnující zaměstnance, procesy, IT systém a strategii firmy. ISO 27001:2005 pomáhá identifikovat, řídit a minimalizovat hrozby zneužití důvěrných informací.

37. Úřad v šetřené věci konstatuje, že zákon v § 56 odst. 6 zákona stanoví (na rozdíl od ekonomických a finančních předpokladů) výčet dokladů k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů taxativně. Z uvedeného důvodu tedy zadavatel nemůže od dodavatelů požadovat předložení jiných, než v zákoně uvedených dokladů či forem prokázání splnění kvalifikačních předpokladů.

38. Jelikož se nejedná o českou technickou normu řady ISO 9000 či vyšší ani o normu EMAS či normu řady ISO 14000, které zákon umožňuje v odůvodněných případech jako podmínku splnění kvalifikace v zadávací dokumentaci stanovit, nebyl zadavatel ze zákona oprávněn tento doklad v rámci požadavku na technické kvalifikační předpoklady požadovat jako podmínku splnění technických kvalifikačních kritérií dodavateli (Úřad v této věci odkazuje na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S8/2011/VZ-4378/2011/540/MKr ze dne 22. 4. 2011).

39. K námitce zadavatele, že pro splnění technických kvalifikačních předpokladů je možné předložit doklady, které zákon výslovně nevyjmenovává, nýbrž odkazuje na jiné právní

nebo technické normy Úřad uvádí, že § 56 odst. 4 zákona připouští pouze předložení certifikátu systému řízení jakosti vydaného podle českých technických norem akreditovanou osobou. Jedná se o certifikát řízení jakosti založený na normě ISO 9000, které jsou vydávány na základě normy řady ČSN EN ISO 9000. Z hlediska zabránění diskriminace zahraničních dodavatelů musí veřejný zadavatel nepochybně uznat i rovnocenný certifikát (se stejnou vypovídací hodnotou), který byl vydán v členském státě EU. Jiný doklad či doklady uzná veřejný zadavatel pouze tehdy, pokud tyto doklady prokazují zavedení obdobných opatření k zajištění jakosti, jako jsou opatření, která jsou nezbytná pro získání certifikátu sytému řízení jakosti.

40. Z výše uvedeného je zřejmé, že zadavatel není oprávněn požadovat předložení certifikátu systému řízení bezpečnosti informací řady EN ISO 27001:2005, jelikož se nejedná o certifikát jakostní, který zákon v rámci § 56 odst. 4 připouští.

41. Na základě výše uvedených skutečností dospěl Úřad k závěru, že požadavek zadavatele na předložení certifikátu systému řízení bezpečnosti informací řady EN ISO 27001:2005 učinil zadavatel v rozporu se zákonem, neboť se nejedná o technický kvalifikační předpoklad, který zákon zadavateli umožňuje podle § 56 odst. 6 použít a tento postup zadavatele tak mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že by obdržel nabídky dalších dodavatelů, kteří by mu nabídli výhodnější podmínky realizace předmětné veřejné zakázky.

42. Vzhledem ke shora uvedeným skutečnostem a k tomu, že zadavatel již na předmětnou veřejnou zakázku uzavřel dne 3. 11. 2008 smlouvu s vybraným uchazečem, rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K bodu II. výroku rozhodnutí

43. Podle § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

44. Z ustanovení § 56 odst. 2 písm. a) zákona vyplývá, že veřejný zadavatel může k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na služby požadovat seznam významných služeb poskytnutých dodavatelem v posledních 3 letech s uvedením jejich rozsahu a doby poskytnutí. Přílohou tohoto seznamu musí být (1.) osvědčení vydané veřejným zadavatelem, pokud byly služby poskytovány veřejnému zadavateli, nebo (2.) osvědčení vydané jinou osobou, pokud byly služby poskytovány jiné osobě než veřejnému zadavateli, nebo (3.) čestné prohlášení dodavatele, pokud byly služby poskytovány jiné osobě než veřejnému zadavateli a není-li současně možné osvědčení podle bodu 2 od této osoby získat z důvodů spočívajících na její straně.

45. Podle § 56 odst. 7 písm. c) zákona je veřejný zadavatel ve vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům povinen v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení vymezit minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů, odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky.

46. Z čl. 4.6 bod i) „Technické kvalifikační předpoklady“ zadávací dokumentace vyplývá, že k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů uchazeče pro plnění veřejné zakázky na služby projekce a inženýringu CMS zadavatel mimo jiné požaduje: *„Seznam*

alespoň 2 významných služeb poskytnutých uchazečem pro veřejného zadavatele v posledních 3 letech.“

47. K výše stanovenému zadavatel v zadávací dokumentaci uvedl, že za významnou službu se považují služby obdobného obsahu jako je předmět plnění veřejné zakázky, a to v případech, ve kterých byla dohodnutá odměna vyšší než 17,5 mil. Kč bez DPH, tj. propojování sítí resortů a poskytovatelů nebo poskytování konzultačních služeb v oblasti informačních a komunikačních technologií a v oblasti bezpečnosti informačních a komunikačních technologií; za obdobnou službu se nepovažuje služba v oblasti finančních záležitostí (dále jen „významná služba“).

48. Zadavatel dále stanovil, že pro splnění tohoto kvalifikačního kritéria požaduje předložení čestného prohlášení uchazeče o realizaci významné služby či osvědčení objednatele, termín a cenu realizace významné služby. Pokud uchazeč není schopen takové osvědčení doložit z důvodů na straně objednatele, musí uvést osobu, na kterou se obrátil a důvod, pro který mu tato osoba odmítla vystavit osvědčení. Současně musí uchazeč předložit smlouvu na toto plnění se začerněním údajů, které podléhají důvěrnosti. V předmětném osvědčení veřejného zadavatele, popřípadě v čestném prohlášení uchazeče budou strukturovaně uvedeny tyto údaje: název zadavatele, název, popis, hodnota a doba realizace významné služby.

49. Ze zadávací dokumentace dále vyplývá, že zadavatel při hodnocení splnění kvalifikace přihlédne pouze k seznamům a osvědčením (popřípadě za stanovených podmínek též k čestnému prohlášení), která splňují formální a obsahové podmínky zadavatele, a ze kterých zcela jednoznačně vyplývá splnění všech podmínek zadavatele.

50. Úřad ve věci obecně uvádí, že zákon uvádí taxativní výčet možností, které může veřejný zadavatel požadovat za účelem prokázání technických kvalifikačních předpokladů, a veřejný zadavatel není oprávněn požadovat po dodavatelích prokázání technických kvalifikačních předpokladů způsobem odlišným od znění zákona. Zároveň Úřad uvádí, že formulace požadavků na technické kvalifikační předpoklady nesmí nikdy být využita jako prostředek k neoprávněné diskriminaci některých dodavatelů.

51. Úřad dále uvádí, že § 6 zákona určuje, že zadavatel je povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Toto ustanovení směřuje k cíli samotného zákona, kterým je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Zákon tohoto cíle dosahuje především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli. Smysl a cíl zákazu diskriminace tak nutně vede k takové interpretaci § 6 zákona, podle které tento zákaz zahrnuje jednak zákaz diskriminace zjevné, jednak též zákaz diskriminace skryté, pokud tato vede v podstatě k obdobným právem zakázaným důsledkům, tj. v oblasti práva veřejných zakázek k poškozování hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli (blíže viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 20/2008 – 152 ze dne 5. 6. 2008, publikovaný pod č. 1771/2009 Sb. NSS, či rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 9 Afs 37/2011-82 ze dne 7. 12. 2011).

52. K porušení zásady zákazu diskriminace může dojít také např. tehdy, pokud zadavatel stanoví zcela nepřiměřené požadavky na prokázání splnění kvalifikace, v důsledku čehož v rozporu se zákonem omezí účast určité skupiny dodavatelů. Úřad uvádí, že zadavatel je nepochybně

oprávněn využít prostor daný mu zákonem, a tedy prostřednictvím stanovení úrovně ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů nebo technických kvalifikačních předpokladů může zvýhodnit některé dodavatele. Toto je však možné pouze tehdy, je-li to odůvodněno objektivními okolnostmi.

53. Rozlišení objednatelů, pro které dodavatelé realizovali tzv. významnou službu (propojování sítí resortů a poskytovatelů nebo poskytování konzultačních služeb v oblasti informačních a komunikačních technologií a v oblasti bezpečnosti informačních a komunikačních technologií) na „soukromé“ a „veřejné“ nemá opodstatnění a zadavatel uvedeným nastavením kvalifikačních předpokladů omezil významnou část referencí od těch investorů, jejichž služby nebyly veřejnými zakázkami.

54. Z definice veřejné zakázky vyplývá, že se jedná o zakázku realizovanou na základě smlouvy mezi zadavatelem a jedním a více dodavateli, jejímž předmětem je úplatné poskytnutí dodávek či služeb nebo úplatné provedení stavebních prací. Za zadavatele veřejné zakázky se mimo jiné považuje zadavatel veřejný ve smyslu § 2 odst. 2 zákona. Požadoval – li zadavatel po uchazečích, aby prokázali provedení předmětných služeb pouze pro veřejného zadavatele, pak bylo z povahy věci bez pochybností zřejmé, že se mělo jednat o veřejné zakázky na služby financované z veřejných prostředků pro veřejného zadavatele. Z uvedeného je nepochybné, že požadované reference jsou omezeny povahou subjektu, který se nachází ve smluvním vztahu na straně objednatele.

55. Z výše uvedeného je zřejmé, že zadavatel technické kvalifikační předpoklady stanovil diskriminačně, neboť jimi fakticky zamezil potencionálním dodavatelům, kteří dosud nerealizovali zakázku obdobného charakteru financovanou z veřejných prostředků, soutěžit o přezkoumávanou veřejnou zakázku.

56. Úřad dospěl k závěru, že zadavatel ve svém vyjádření ve vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům stanoveným zadavatelem, neuvedl skutečnosti, které by prokázaly důvodnost jeho požadavků, tj. skutečnost, že takto vymezená minimální úroveň technických kvalifikačních předpokladů odpovídá druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, a že takto vymezené kvalifikační předpoklady vyjadřují objektivně odůvodnitelné požadavky zadavatele, neboť v tomto případě neměl požadavek předložení seznamu alespoň 2 významných služeb poskytnutých uchazečem pouze pro veřejného zadavatele v posledních 3 letech své opodstatnění.

57. V šetřeném případě snaha zadavatele nalézt dostatečně kvalifikovaného a zkušeného smluvního partnera je tak limitována požadavkem zákona na přiměřenost a opodstatněnost kvalifikačních požadavků, neboť neodůvodnění požadavků na způsobilost uchazečů nepřípustně omezují okruh potencionálních dodavatelů a vedou k jejich diskriminaci tím, že jim znemožňují zúčastnit se příslušného zadávacího řízení, ač by řádného plnění předmětu veřejné zakázky byli schopni.

58. Na základě těchto zjištění lze posuzovaný požadavek zadavatele na doložení referenčních zakázek financovaných z veřejných prostředků kvalifikovat jako diskriminační, odporující zásadám v § 6 zákona, a to z toho důvodu, že někteří z potencionálních dodavatelů měli v tomto případě a priori znemožněnou účast v zadávacím řízení, byť by předmět veřejné zakázky mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní, jelikož předmět veřejné zakázky není v případě jeho realizace pro veřejnou správu natolik odlišný od jeho realizace

pro subjekt jiný než veřejnoprávní. Vzhledem k tomu, že předmětem veřejné zakázky je zpracování projekce, inženýringu a dodávka kompletní dokumentace související s vybudováním a provozem CMS, mohl tudíž existovat širší okruh dodavatelů. Tomu ostatně nasvědčuje i fakt, že nabídku podal pouze jediný uchazeč.

59. Na základě výše uvedeného Úřad v šetřené věci konstatuje, že v případě šetřené veřejné zakázky nepostupoval zadavatel v souladu s § 56 odst. 7 psím. c) zákona v návaznosti na § 6 zákona, když nevymezil minimální úroveň technického kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 2 písm. a) citovaného zákona takovým způsobem, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, neboť v čl. 4.6 bod i) zadávací dokumentace požadoval předložení seznamu alespoň 2 významných služeb poskytnutých uchazečem pro veřejného zadavatele v posledních 3 letech.

60. Tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť pokud by zadavatel zadal veřejnou zakázku v souladu se zákonem tak, aby umožnil konkurenci a vzájemnou soutěž dodavatelů, není vyloučeno, že by mohl dosáhnout nižší nabídkové ceny, než tomu bylo v šetřeném případě.

61. Vzhledem ke shora uvedeným skutečnostem a k tomu, že zadavatel již na předmětnou veřejnou zakázku uzavřel dne 3. 11. 2008 smlouvu s vybraným uchazečem, rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

K bodu III. výroku rozhodnutí

62. Podle § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

63. Z ustanovení § 56 odst. 2 písm. e) zákona vyplývá, že veřejný zadavatel může k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na služby požadovat osvědčení o vzdělání a odborné kvalifikaci dodavatele nebo vedoucích zaměstnanců dodavatele nebo osob v obdobném postavení a osob odpovědných za poskytování příslušných služeb.

64. Podle § 56 odst. 7 písm. c) zákona je veřejný zadavatel ve vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům povinen v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení vymezit minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů, odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky.

65. Z čl. 4.6 bod iv) „Technické kvalifikační předpoklady“ zadávací dokumentace vyplývá, že k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů uchazeče pro plnění veřejné zakázky na služby projekce a inženýringu CMS zadavatel mimo jiné požaduje: *„Seznam techniků či technických útvarů či technických útvarů, resp. kvalifikovaných odborníků, kteří se budou podílet na plnění služeb veřejné zakázky, ohledně nichž uchazeč podává svoji nabídku, bez ohledu na to, zda jde o zaměstnance uchazeče nebo osoby v jiném vztahu k uchazeči.“*

66. Ze zadávací dokumentace dále vyplývá, že zadavatel požaduje, aby kvalifikovaní odborníci splňovali mimo jiné tyto předpoklady:

   - *podíleli se na realizaci referenční zakázky* (čl. 4.6 bod i) zadávací dokumentace),

- *nejméně 4 z nich splňují požadavky certifikace tak, aby byly při plnění veřejné zakázky zastoupeny certifikáty ISO 10006 projektový manažer, CISA, ISO 27001 auditor, ISO 20000 auditor.*

67. Zadavatel v zadávací dokumentaci stanovil, že výše uvedený technický předpoklad uchazeči doloží předložením příslušných certifikátů a/nebo projektovou listinou, na které jsou o daných odbornících údaje prokazující splnění požadované kvalifikace.

68. Úřad v šetřené věci uvádí, že i v tomto případě musí veřejný zadavatel vymezit minimální požadovanou úroveň této části kvalifikace, a to v přiměřeném rozsahu ve vztahu k předmětu veřejné zakázky (např. minimálně dosažené vzdělání prokazované zejména diplomy, vysvědčeními či různými certifikáty, minimální pracovní zkušenosti či minimální délku praxe u jednotlivých požadovaných profesí apod.). Je třeba vždy zvažovat, zda předložení těchto dokumentů je pro plnění veřejné zakázky nezbytné podle § 54 odst. d) zákona.

69. Veřejný zadavatel je rovněž povinen dbát, aby jeho požadavky na předložení osvědčení či jiných dokladů podle tohoto ustanovení nebyly vůči některým dodavatelům diskriminační, a to zejména tehdy, pokud se bude jednat o osvědčení či certifikáty, které jsou vydávány soukromými právnickými osobami v rámci jejich obchodní politiky.

70. Úřad uvádí, že v šetřeném případě zadavatel k prokázání splnění technického kvalifikačního předpokladu uchazeče pro plnění veřejné zakázky stanovil požadavky vycházející z ustanovení § 56 odst. 2 písm. e) zákona. Úřad souhlasí se zadavatelem, že účelem stanovení technických kvalifikačních předpokladů je zajištění, aby byla veřejná zakázka plněna dodavatelem, který k tomu má určitou technickou způsobilost, tj. bude mít k jejímu plnění potřebné odborné a materiální předpoklady.

71. Požadavek, aby se kvalifikovaní odborníci dodavatele podíleli na obdobné veřejné zakázce, by proto šlo chápat jako vhodný kvalifikační předpoklad, s tím, že samotné stanovení minimální úrovně tohoto požadavku by bylo zvoleno přiměřeně s ohledem na předmět a rozsah zakázky.

72. Úřad dále uvádí, že v šetřeném případě stanovením předmětného požadavku na kvalifikované odborníky je zřejmá snaha zadavatele uvedený ukazatel využít jako určitý filtr mezi osobami bez požadovaných zkušeností v daném oboru či s minimálními zkušenostmi a těmi, u nichž podílení se na referenční zakázce nasvědčuje tomu, že se v dané problematice orientují a jsou schopni zvládnout požadavky na ně kladené. Zadavatelem stanovená úroveň pro rozlišení těchto dvou skupin musí být ovšem odůvodnitelná a nesmí být nastavena diskriminačním způsobem.

73. Vzhledem ke skutečnosti, že zadavatel stanovil tuto minimální úroveň v případě kvalifikovaných odborníků dodavatele, kteří se budou podílet na plnění služeb veřejné zakázky, na referenční zakázku uvedenou dodavatelem jako reference podle § 56 odst. 2 písm. a) zákona v tomto zadávacím řízení, lze konstatovat, že takto vymezený kvalifikační předpoklad není stanoven na základě objektivních potřeb zadavatele. V tomto případě je minimální úroveň nastavena velmi přísně, jelikož tento ukazatel nenese reálnou rozlišovací informaci o zkušenostech dodavatele a jeho neadekvátní nastavení může mít pouze diskriminační dopad na okruh dodavatelů.

74. Na základě tohoto závěru Úřad konstatuje, že zadavatel stanovil minimální úroveň kvalifikačního předpokladu diskriminačním způsobem vůči dodavatelům, jejichž kvalifikovaní odborníci by se podíleli na jiné než referenční zakázce obdobného charakteru, která by však měla být dostačující k realizaci předmětné zakázky.

75. Ke stanovení tohoto požadavku zadavatelem Úřad uvádí, že vázanost referencí konkrétních klíčových členů na referenční zakázky dodavatele omezuje zkušenosti těchto klíčových členů na činnost u konkrétního dodavatele. Lze proto konstatovat, že takto stanovený kvalifikační předpoklad není objektivním ukazatelem zkušeností konkrétních klíčových členů s obdobnými zakázkami, jelikož jim neumožňuje doložit všechny reference na obdobná plnění. Tím, že zadavatel zúžil rozsah zakázek obdobného charakteru, na jejichž realizaci se konkrétní klíčoví členové podíleli, pouze na referenční zakázku dodavatele, omezil nepřiměřeně okruh potenciálních dodavatelů, jelikož takto nastavený kvalifikační předpoklad je diskriminační vůči dodavatelům s klíčovými členy týmu s obdobnými zkušenostmi, ale získanými u jiných dodavatelů.

76. Úřad uvádí, že požadavek zadavatele, aby nejméně 4 kvalifikovaní odborníci dodavatele splňovali požadavky certifikace tak, aby byly při plnění veřejné zakázky zastoupeny certifikáty ISO 10006 projektový manažer, CISA, ISO 27001 auditor, ISO 20000 auditor, je nastaven obdobně diskriminačním způsobem, kdy zadavatel nepřiměřeně omezil okruh potenciálních dodavatelů, neboť se nejedná o technický kvalifikační předpoklad dodavatele, který zákon zadavateli umožňuje podle § 56 odst. 6 použít, a to tím spíše pak pro jeho kvalifikované odborníky, kteří se budou podílet na plnění služeb veřejné zakázky.

77. Na základě výše uvedeného Úřad v šetřené věci konstatuje, že v případě šetřené veřejné zakázky nepostupoval zadavatel v souladu s § 56 odst. 7 psím. c) zákona v návaznosti na § 6 zákona, když nevymezil minimální úroveň technického kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 2 písm. e) zákona takovým způsobem, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, neboť v čl. 4.6 bod iv) zadávací dokumentace požadoval doložení, že se kvalifikovaní odborníci, kteří se budou podílet na plnění veřejné zakázky, podíleli na realizaci referenční zakázky podle čl. 4.6 bod i) zadávací dokumentace a nejméně 4 z nich splňují požadavky certifikace tak, aby byly při plnění veřejné zakázky zastoupeny certifikáty ISO 10006 projektový manažer, CISA, ISO 27001 auditor, ISO 20000 auditor.

78. Tento postup zadavatele tak mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že by obdržel nabídky dalších dodavatelů, kteří by mu nabídli výhodnější podmínky realizace předmětné veřejné zakázky.

79. Vzhledem ke shora uvedeným skutečnostem a k tomu, že zadavatel již na předmětnou veřejnou zakázku uzavřel dne 3. 11. 2008 smlouvu s vybraným uchazečem, rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí.

IV. K uložení sankce

80. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu s uchazečem podle § 82 zákona.

81. V případě předmětné veřejné zakázky se zadavatel prvního správního deliktu dopustil tím, že porušil § 56 odst. 6 zákona, když vymezil požadavek na prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů tak, že požadoval předložení certifikátu systému řízení bezpečnosti informací řady EN ISO 27001:2005.

82. Dále se zadavatel dopustil druhého správního deliktu tím, že nedodržel postup stanovený v § 56 odst. 7 psím. c) zákona v návaznosti na § 6 zákona, když nevymezil minimální úroveň technického kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 2 písm. a) zákona takovým způsobem, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, neboť požadoval předložení seznamu alespoň 2 významných služeb poskytnutých uchazečem pro veřejného zadavatele v posledních 3 letech,

83. Zadavatel se dopustil třetího správního deliktu tím, že nedodržel postup stanovený v § 56 odst. 7 psím. c) zákona v návaznosti na § 6 zákona, když nevymezil minimální úroveň technického kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 2 písm. e) zákona takovým způsobem, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, neboť požadoval doložení, že se kvalifikovaní odborníci, kteří se budou podílet na plnění veřejné zakázky, podíleli na realizaci referenční zakázky a nejméně 4 z nich splňují požadavky certifikace tak, aby byly při plnění veřejné zakázky zastoupeny certifikáty ISO 10006 projektový manažer, CISA, ISO 27001 auditor, ISO 20000 auditor.

84. Uvedené postupy zadavatele mohly podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že pokud by zadavatel dodržel postup stanovený zákonem a veřejnou zakázku zadal v souladu se zákonem, mohl obdržet i nabídky jiných uchazečů, kteří by nabídli výhodnější plnění než jediný uchazeč, jelikož v řádném termínu pro přijetí nabídek byla doručena jeho nabídka jako jediná.

85. Vzhledem k výše uvedenému a ke skutečnosti, že zadavatel již na plnění předmětné veřejné zakázky uzavřel dne 3. 11. 2008 smlouvu, naplnil tak skutkovou podstatu výše uvedených správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

86. K uložení pokuty za spáchání správních deliktů uvedených ve výroku I. až III. tohoto rozhodnutí Úřad předně uvádí, že při stanovení výši sankce je nutné postupovat v souladu se zásadou absorpce, která se uplatní při postihu souběhu správních deliktů a jejíž podstata tkví v absorpci sazeb. Jak již v minulosti několikráte dovodil Nejvyšší správní soud (např. v rozsudku č. j. 1 As 28/2009-62 ze dne 18. 6. 2009 nebo v rozsudku č. j. 5 Afs 9/2008-328 ze dne 31. 10. 2008), při trestání správních deliktů týmž správním orgánem se přiměřeně uplatní i principy ovládající souběh trestných činů. Nutnost aplikovat trestněprávní instituty i při trestání správním orgánem vyplývá z obecné potřeby použít ve prospěch obviněného analogii z trestního práva 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. Použití analogie ve správním trestání je v omezeném rozsahu přípustné tehdy, pokud právní předpis, který má být aplikován, určitou otázku vůbec neřeší, a nevede-li výklad za pomocí analogie ani k újmě účastníka řízení, ani k újmě na ochraně hodnot, na jejichž vytváření a ochraně je veřejný zájem (viz rozsudky Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 27/2008 – 67 ze dne 16. 4. 2008 a č. j. 8 As 17/2007 – 135 ze dne 31. 5. 2007). Pro ukládání trestů

za správní delikty se proto musí uplatnit obdobné principy a pravidla jako pro ukládání trestů za trestné činy.

87. Úprava zákona o veřejných zakázkách je ve vztahu k trestání souběhu správních deliktů na rozdíl od úpravy trestněprávní neúplná. Zejména pak neřeší moment, do kdy je správní delikty možno považovat za sbíhající se, jakož ani důsledky, není-li z jakýchkoli důvodů vedeno společné řízení. Souhrnné či úhrnné tresty, jimiž se postihuje souběh trestných činů, přitom představují pro pachatele výhodnější postup, neboť je v nich zohledněna skutečnost, že pachatel se dopustil dalšího trestného činu, aniž byl varován odsuzujícím rozsudkem týkajícím se dřívějšího trestného činu. V daném případě zadavatel naplnil skutkové podstaty různých správních deliktů.

88. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že pro stanovení konkrétní výše uložené pokuty je nutné posuzovat jednotlivé výše uvedené správní delikty samostatně.

89. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.

90. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správních deliktů dozvěděl z dokumentace o veřejné zakázce, kterou obdržel dne 26. 10. 2011 v rámci podnětu k přezkoumání postupu zadavatele v šetřené veřejné zakázce doručeného Úřadu dne 14. 9. 2011. V daném případě došlo ke spáchání správních deliktů dne 3. 11. 2008, kdy zadavatel uzavřel smlouvu na plnění předmětné veřejné zakázky. O spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se Úřad tedy dozvěděl v průběhu šetření postupu zadavatele v dotčené veřejné zakázce. Správní řízení v šetřené veřejné zakázce bylo zahájeno dne 4. 10. 2012.

91. Z uvedených údajů tedy vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za spáchání správních deliktů nezanikla.

92. Za správní delikt se podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se uloží pokuta do 5 % ceny zakázky nebo do 10 000 000,- Kč, pokud cena zakázky nebyla nabídnuta, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a).

93. Zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem dne 3. 11. 2008 smlouvu na plnění šetřené veřejné zakázky s celkovou cenou díla 34 341 020 Kč včetně DPH. Horní hranice možné pokuty (5 %) tedy činí částku ve výši 1 717 051,- Kč.

94. V daném případě se zadavatel dopustil tří správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. U všech správních deliktů je tedy s odkazem na § 120 odst. 2 písm. a) zákona shodná i možná sazba pokuty, tudíž za každý správní delikt lze uložit pokutu až do výše 1 717 051,- Kč.

95. V souladu s výše citovanou zásadou absorpce při postihu souběhu správních deliktů v rámci správněprávního trestání, se Úřad nejprve zabýval otázkou, který delikt je v šetřeném případě nejzávažnější, tj. za který z nich je možno uložit vzhledem ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán, přísnější sankci (vyšší pokutu).

96. V rámci výše uvedeného postupoval tedy Úřad podle § 121 odst. 2 zákona, podle kterého se při určení výměry pokuty právnické osobě přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.

97. Z hlediska stupně závažnosti správního deliktu vycházel Úřad ze skutečnosti, že zadavatel především tím, že nepostupoval v souladu s § 56 odst. 7 písm. c) zákona v návaznosti na § 6 zákona, když nevymezil minimální úroveň technického kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 2 písm. a) zákona takovým způsobem, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky (neboť požadoval předložení seznamu alespoň 2 významných služeb poskytnutých uchazečem pro veřejného zadavatele v posledních 3 letech), neumožnil účast dalších potencionálních dodavatelů v zadávacím řízení, byť by předmět veřejné zakázky mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní, jelikož předmět veřejné zakázky není v případě jeho realizace pro veřejnou správu natolik odlišný od jeho realizace pro subjekt jiný než veřejnoprávní. Tomu ostatně nasvědčuje i fakt, že nabídku podal pouze jediný uchazeč.

98. Pokud Úřad přihlédne ke způsobu spáchání tohoto správního deliktu, musí vzít v úvahu postup zadavatele, kdy zvolil k prokázání splnění technického kvalifikačního předpokladu výše specifikovaný diskriminační požadavek – předložení seznamu alespoň 2 významných služeb poskytnutých uchazečem pro veřejného zadavatele v posledních 3 letech, a nevymezil jeho minimální úroveň takovým způsobem, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, aniž by objektivně a bez pochyb prokázal jeho oprávněnost a objektivní existenci důvodů jeho stanovení. Tento postup tak vyústil k faktickému odepření soutěžního prostředí v zadávacím řízení.

99. Při posuzování závažnosti tohoto správního deliktu, přihlédl Úřad i k následkům spáchání správního deliktu a uvádí, že v šetřeném případě jednáním zadavatele došlo k významnému narušení hospodářské soutěže, která je smyslem samotného zákona, jehož cílem je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Zákon tohoto cíle dosahuje především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli.

100. V šetřeném případě byla tedy ve zvoleném zadávacím řízení posuzována pouze jediná nabídka. Z nabídky společnosti **BDO IT a.s.** vyplývá, že uvedená společnost nabídla cenu 29 400 000 Kč bez DPH (34 341 020 Kč včetně DPH), tedy přesně takovou cenu, kterou zadavatel v zadávací dokumentaci stanovil jako předpokládanou hodnotu veřejné zakázky.

101. Vzhledem ke skutečnosti, že byla podána jediná nabídka, neprovedla hodnotící komise ani hodnocení nabídky vybraného uchazeče. Vybraný uchazeč nebyl vystaven jakékoliv konkurenci, neproběhla žádná soutěž o cenu nebo ekonomickou výhodnost jeho nabídky. Uvedeným postupem tak zadavatel nejvýznamnější měrou narušil soutěžní prostředí, které je základním předpokladem dosažení efektivního vynakládání veřejných prostředků a prostředkem k realizaci základních atributů zákona uvedených v § 6 zákona.

102. Nezákonné omezení, resp. vyloučení principu soutěže, na němž je zadávání veřejných zakázek založeno, je jedním z vůbec nejzávažnějších porušení zákona. V důsledku uvedených skutečností nelze vyloučit, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, mohl

obdržet nabídky i od dalších dodavatelů, kteří by mu mohli nabídnout nižší cenu požadovaného plnění.

103. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem posoudil Úřad správní delikt uvedený ve výroku II. rozhodnutí jako nejzávažnější, tj. za jeho spáchání může Úřad v daném případě uložit přísnější sankci. S ohledem na výše uvedené Úřad vyměřil pokutu za výše uvedený správní delikt (výrok II. rozhodnutí) a ke zbývajícím dvěma správním deliktům (výrok I. a výrok III. rozhodnutí) přihlédnul v rámci přitěžujících okolností.

104. Při zvažování výše pokuty vzal Úřad zřetel na postup zadavatele spočívající v požadavku předložení certifikátu systému řízení bezpečnosti informací řady EN ISO 27001:2005 a v požadavku doložení, že se kvalifikovaní odborníci podíleli na realizaci referenční zakázky a nejméně 4 z nich splňují požadavky certifikace tak, aby byly při plnění veřejné zakázky zastoupeny certifikáty ISO 10006 projektový manažer, CISA, ISO 27001 auditor, ISO 20000 auditor, jelikož tento postup byl taktéž způsobilý podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Z uvedeného důvodu tedy nelze vyloučit, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, mohl zadavatel rozhodnout o výběru jiné nabídky jako nejvhodnější.

105. Vzhledem ke skutečnosti, že za způsob zadání veřejné zakázky nese odpovědnost zadavatel, a s ohledem na předmět veřejné zakázky (projekce, inženýring, dodávka komplexní dokumentace související s vybudováním a provozem Centrálního místa služeb CMS a další expertní služby), a s ohledem na její předpokládanou hodnotu (29 400 000 Kč bez DPH, 34 341 020 Kč včetně DPH), bylo na místě přistupovat k ochraně soutěžního prostředí zodpovědně. Úřad uvádí, že s ohledem k uvedeným okolnostem, za nichž byl spáchán nejzávažnější správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, výše popsané skutečnosti posoudil jako přitěžující okolnosti a přihlédl k nim při výměře pokuty.

106. Při posuzování závažnosti správního deliktu vzal Úřad taktéž v úvahu celkový kontext šetřeného případu. Veškeré úkony zadavatele by měly být činěny takovým způsobem, aby zadávání veřejných zakázek bylo transparentní a byly při něm dodržovány zásady stejného zacházení a nediskriminace zájemců a uchazečů o veřejné zakázky.

107. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci zadavatele, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. V této souvislosti Úřad odkazuje na nález Ústavního soudu č. Pl. ÚS 3/02. Podle uvedeného nálezu je v případě ukládání pokut vyloučen takový zásah do majetku, v důsledku kterého by byla „zničena“ majetková základna pro další podnikatelskou činnost. Nepřípustné jsou takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Při stanovení výše pokuty vzal tedy Úřad v úvahu i možnosti zadavatele a stanovenou pokutu posoudil vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel disponuje. Z rozpisu schváleného rozpočtu za rok 2012 Úřad zjistil, že zadavatel operuje prostředky v řádech desítek milionů korun. Vzhledem k této skutečnosti Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel v rámci svého rozpočtu disponuje, považovat za likvidační.

108. Při posuzování výše uložené pokuty vycházel Úřad z premisy, že pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, 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. Úřad dodává, že v šetřeném případě

vzhledem k následkům správního deliktu a nutnosti naplnění sankčních účinků nelze minimalizovat výši sankčního postihu a tím bagatelizovat následky spáchání tohoto správního deliktu, neboť uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pociťována jako újma, neboť uložením nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání.

109. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů Úřad při určení výměry uložené pokuty zohlednil preventivní tak zároveň i represivní charakter uložení sankce a stanovenou výši pokuty (800 000,- Kč) vzhledem k souvislostem případu posoudil jako dostačující. Proto Úřad uložil pokutu v polovině zákonné sazby, podle které mohl Úřad uložit pokutu až do výše 1 717 051,- Kč. Úřad v šetřeném případě konstatuje, že především vzhledem k závažnosti následku spáchání správního deliktu, stanovená výše pokuty splňuje jak preventivní tak represivní charakter uložení sankce.

110. Pokuta uložená zadavateli ve výroku IV. tohoto rozhodnutí je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu v Brně zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČ zadavatele.

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, tř. Kpt. Jaroše 7, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
Místopředsedkyně

Obdrží:
Česká republika – Ministerstvo vnitra, Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7 – Letná

Vypraveno dne:
viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy