



UOHSX004M6FN

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S567/2012/VZ-1850/2013/511/MFI

Brno 29. ledna 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 – Fyzikální ústav Akademie věd ČR, v.v.i., IČ 68378271, se sídlem Na Slovance 1999/2, 182 21 Praha 8, zastoupený doc. Janem Řídkým, CSc., ředitelem,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při stanovení požadavků na prokázání kvalifikačních předpokladů v zadávacích podmínkách veřejné zakázky „Poradce pro získání dotace z OP Výzkum a vývoj pro inovace na projekt ELI“ zadávané formou otevřeného řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 30. 6. 2009 pod ev.č. 60033199 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 1.7.2009 pod ev. č. 2009/S 123–179688, rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Fyzikální ústav Akademie věd ČR, v.v.i., IČ 68378271, se sídlem Na Slovance 1999/2, 182 21 Praha 8 – **se dopustil správního deliktu** podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že při stanovení požadavků na prokázání kvalifikačních předpokladů v zadávacích podmínkách veřejné zakázky „Poradce pro získání dotace z OP Výzkum a vývoj pro inovace na projekt ELI“ zadávané formou otevřeného řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 30. 6. 2009 pod ev.č. 60033199 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 1.7.2009 pod ev. č. 2009/S 123–179688,

- a) nedodržel postup stanovený v § 56 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s ustanovením § 56 odst. 7 písm. c) a § 6 citovaného zákona o veřejných zakázkách tím, že úroveň technických kvalifikačních předpokladů nestanovil odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, když požadoval prokázání technického kvalifikačního předpokladu dle § 56 odst. 2 písm. a) zákona pouze ve vztahu k subjektům z veřejné sféry a pouze ve vztahu k strukturálním fondům Evropské unie,
- b) v rozporu s ust. § 51 odst. 4 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 6 citovaného zákona o veřejných zakázkách požadoval po uchazečích, kteří by prokazovali splnění byť i jen části technických kvalifikačních předpokladů prostřednictvím subdodavatele, předložení dalších dokumentů nad rámec zákona,

přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dne 22. 8. 2009 došlo k uzavření smlouvy na předmět této veřejné zakázky.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. se podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavateli – Fyzikálnímu ústavu Akademie věd ČR, v.v.i., IČ 68378271, se sídlem Na Slovance 1999/2, 182 21 Praha 8 – ukládá

pokuta ve výši 70 000,- Kč (slovy sedmdesát tisíc korun českých)

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

ODŮVODNĚNÍ

I. PRŮBĚH ZADÁVACÍHO ŘÍZENÍ

1. Dne 26. 6. 2009 odeslal zadavatel – Fyzikální ústav Akademie věd ČR, v.v.i., IČ 68378271, se sídlem Na Slovance 1999/2, 182 21 Praha 8, zastoupený doc. Janem Řídkým, CSc., ředitelem, (dále jen „zadavatel“) – k uveřejnění oznámení o zahájení otevřeného řízení na veřejnou zakázku na služby „Poradce pro získání dotace z OP Výzkum a vývoj pro inovace na projekt ELI“, které bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 30. 6. 2009 pod ev. č. 60033199 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 1.7.2009 pod ev. č. 2009/S 123–179688.
2. Předmětem veřejné zakázky bylo dle uveřejněného oznámení o zakázce projektové řízení související se zpracováním a projednáním žádosti o dotaci z operačního programu Výzkum a vývoj pro inovace, zpracování žádosti o dotaci včetně souvisejících příloh a zajištění projednání této žádosti na národní i evropské úrovni.
3. V části 7.1.1 zadávací dokumentace („Seznam významných služeb“), na kterou odkazuje část III.2.3 uveřejněného oznámení o zakázce, vymezil zadavatel své požadavky na splnění technického kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“). Tento kvalifikační

předpoklad dodavatel podle zadávací dokumentace splní, pokud předloží seznam významných služeb, které poskytl v posledních třech letech, s uvedením jejich rozsahu a doby poskytnutí, přičemž přílohou takového seznamu musí být osvědčení nebo čestné prohlášení ve smyslu ust. § 56 odst. 2 písm. a) zákona. Zadavatel dále v citované části zadávací dokumentace uvedl, že za významné pro účely splnění kvalifikačního předpokladu pokládá následující poradenské služby:

- A) kompletní zpracování žádosti o dotaci projektu ze strukturálních fondů EU, kterou uchazeč zpracovával pro subjekty z veřejné sféry,
 - B) kompletní zpracování žádosti o dotaci z Operačního programu Výzkum a vývoj pro inovace,
 - C) vykonávání monitorovací činnosti u schválené žádosti o dotaci ze strukturálních fondů EU.
4. Aby předmětný kvalifikační předpoklad splnil, musel dodavatel podle zadávací dokumentace předložit:
- v případě významných služeb uvedených výše pod bodem A) alespoň 5 kusů osvědčení (čestných prohlášení), přičemž celkový objem nákladů projektů vyplývajících ze zpracovaných žádostí o dotace ze strukturálních fondů EU musel v součtu činit minimálně 7 miliard Kč, z toho **(1)** jeden projekt musel mít celkové náklady minimálně 2,5 miliardy Kč, **(2)** celkový objem schválených dotací musel v součtu činit aspoň jednu miliardu Kč a **(3)** minimálně dvě zpracované žádosti o dotaci ze strukturálních fondů musely být na investiční projekty z oblasti výzkumu a vývoje, spolupráce mezi výzkumem a vývojem a ostatními subjekty nebo na projekty zlepšení aplikace výzkumu a vývoje v přímé vazbě na podniky,
 - v případě významných služeb uvedených výše pod bodem B) alespoň 1 kus osvědčení (čestného prohlášení),
 - v případě významných služeb uvedených výše pod bodem C) alespoň 2 kusy osvědčení (čestných prohlášení), přičemž celkový objem rozpočtu projektů musel v součtu činit minimálně 0,5 miliardy Kč.
5. V části 9.2.1 zadávací dokumentace („Subdodavatelé prokazující část kvalifikace“) zadavatel formuloval následující podmínky (které označuje za obchodní), které musel splnit dodavatel, který by splnění určité části kvalifikace prokazoval prostřednictvím subdodavatele:
- pokud dodavatel prokazoval byť i jen část ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů pomocí subdodavatele, musel se subdodavatel zadavateli zavázat k ručení za jakékoliv škody a pohledávky, které zadavateli vzniknou z důvodu hospodářské nestability nebo platební neschopnosti uchazeče;
 - pokud dodavatel prokazoval byť i jen část technických kvalifikačních předpokladů pomocí subdodavatele, musel se subdodavatel zadavateli zavázat k ručení za jakékoliv škody a pohledávky, které vzniknou zadavateli vůči uchazeči z důvodu nekvalitního, pozdního či jinak vadného plnění uchazeče (s tím, že toto ručení může být omezeno pouze na škody a pohledávky, bezprostředně související s rozsahem kvalifikace, kterou subdodavatel uchazeči poskytl);
 - dále musel dodavatel jako přílohu ručitelského prohlášení předložit subdodavatelovu poslední uzavřenou účetní závěrku (za účelem zjištění jeho čistého vlastního majetku);

- v ručitelském prohlášení musela být uvedena celková hodnota likvidity subdodavatele (která nesměla být menší než 1,0) a hodnota celkové zadluženosti (která nesměla být vyšší než 80 %); pokud by tyto hodnoty nebyly splněny, musel dodavatel předložit bankovní záruku na částku odpovídající hodnotě veřejné zakázky (která by zajišťovala po celou dobu jejího plnění povinnosti subdodavatele popsané výše);
 - stejně tak musel dodavatel předložit bankovní záruku, pokud by čistý vlastní majetek (celkový objem vlastního majetku mínus dlouhodobé závazky) subdodavatele byl nižší než jeho, a to ve výši rozdílu těchto hodnot
6. Z dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že o zpřístupnění zadávací dokumentace požádalo celkem 9 dodavatelů: GRANTIKA České spořitelny, a.s., Deloitte Advisory s.r.o., Euro Managers, s.r.o., NeXA, s.r.o., Československá obchodní banka, a.s., Optimus Consult & Invest a.s., PricewaterhouseCoopers Česká republika, s.r.o., RENARDS protender, s.r.o. a ENVIROS, s.r.o.
 7. Z protokolu o otevírání obálek, které se konalo dne 13. 8. 2009, se pak podává, že ve lhůtě pro podání nabídek (která uplynula dne 12. 8. 2009 ve 12:00 hod) byla zadavateli doručena pouze jediná nabídka, a to od spol. Euro Managers, s.r.o., IČ 26514958, se sídlem S.K. Neumanna 2011/7, 180 00 Praha 8 (dále jen „vybraný uchazeč“), která vyhověla kontrole úplnosti.
 8. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek vyplývá, že hodnotící komise neshledala důvody ani k vyřazení nabídky z důvodů uvedených v § 76 odst. 1 zákona (nesplnění zákonných požadavků nebo požadavků uvedených v zadávacích podmínkách, nepřijatelná nabídka), ani k tomu, aby dodavatele požádala o písemné vysvětlení nabídky, a dospěla k závěru, že nabídka neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu. Od samotného hodnocení nabídky pak v souladu s § 79 odst. 6 zákona upustila (hodnotila by nabídku pouze jednoho uchazeče).
 9. V souladu se závěry hodnotící komise rozhodl zadavatel o výběru nejvhodnější nabídky tak, že za nejvhodnější nabídku označil nabídku vybraného uchazeče, se kterým byla následně dne 22. 8. 2009 i uzavřena smlouva o dílo.

II. PRŮBĚH ŘÍZENÍ PŘED ÚŘADEM PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

10. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), který je podle § 112 zákona příslušný k dohledu nad dodržováním zákona, obdržel dne 23. 5. 2012 podnět, týkající se mimo jiné i postupu zadavatele při stanovení požadavků na prokázání kvalifikačních předpokladů v zadávacích podmínkách shora uvedené veřejné zakázky.
11. Na základě obdržení podnětu si Úřad vyžádal příslušnou dokumentaci o veřejné zakázce, která byla Úřadu doručena dne 19. 6. 2012 spolu s vyjádřením zadavatele k podanému podnětu ze dne 12. 6. 2012. Po přezkoumání předložené dokumentace získal Úřad pochybnosti o tom, zda zadavatel při formulaci zadávacích podmínek předmětné veřejné zakázky dodržel závazný postup stanovený zákonem
12. Dopisem č.j. ÚOHS-S567/2012/VZ-18627/2012/511/MFI ze dne 3. 10. 2012 Úřad oznámil zadavateli, který je podle § 116 zákona jediným účastníkem řízení, zahájení správního řízení z moci úřední. Tento dopis byl zadavateli doručen dne 4. 10. 2012 a tímto dnem tak bylo podle § 46 odst. 1 zák. č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) správní řízení zahájeno. Současně s oznámením o zahájení správního řízení

Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S567/2012/VZ-18631/2012/511/MFI ze dne 3. 10. 2012 účastníkovi řízení stanovil podle § 39 odst. 1 správního řádu lhůtu, ve které byl oprávněn navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy a ve které byl oprávněn vyjádřit svá stanoviska v řízení a lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům pro rozhodnutí.

13. Zadavatel se k zahájenému řízení vyjádřil svým podáním ze dne 17. 10. 2012, ve kterém konstatoval, že dle jeho názoru nedošlo v přezkoumávaném zadávacím řízení k žádnému porušení zákona, a navrhl, aby bylo správní řízení zastaveno.
14. Ve vztahu k pochybnostem Úřadu týkajícím se omezení referenčních zakázek (v části 7.1.1 zadávací dokumentace pod názvem „významné služby typu A“), kterými bylo možno prokázat splnění kvalifikace, pouze na zpracování žádosti o dotaci projektu ze strukturálních fondů, zadavatel uvedl, že zvolené omezení pokládá za rozumný kompromis. V daném případě totiž zadavatel dle svého názoru mohl, s ohledem na to, že každý operační program navazující na evropské strukturální fondy je do značné míry tematicky vyhraněn a každý směřuje k zajištění specifických cílů, které jsou odlišné od cílů jiných operačních programů, uvažovat i o tom, že všechny referenční zakázky (nikoli jen jedna, jak je uvedeno v konečné verzi zadávací dokumentace) budou omezeny na žádosti o dotaci přímo jen z Operačního programu Výzkum a vývoj pro inovace. S ohledem na skutečnost, že takové omezení by vedlo k významnému počtu způsobilých dodavatelů, se zadavatel rozhodl, že připustí jako způsobilé referenční zakázky i služby spočívající v kompletním zpracování žádosti o dotaci projektu ze strukturálních fondů EU, nikoli však už z Fondu soudržnosti, a to s ohledem na odlišný charakter a účel Fondu soudržnosti (jehož cíle spočívající např. v přímém financování konkrétních velkých projektů v oblasti životního prostředí nebo rozvoje dopravy jsou poměrně vzdálené cílům, k jejichž naplnění směřuje dotace, jejíž získání bylo předmětem plnění posuzované veřejné zakázky).
15. Ve vztahu k pochybnostem Úřadu týkajícím se omezení referenčních zakázek (v části 7.1.1 zadávací dokumentace pod názvem „významné služby typu A“), kterými bylo možno prokázat splnění kvalifikace, pouze na zpracování žádosti o dotaci projektu pro subjekty z veřejné sféry, zadavatel uvedl, že dané omezení lze považovat za logické a opodstatněné tam, kde realizace předmětné zakázky pro subjekty ze soukromého sektoru vykazuje podstatné odlišnosti od obdobných plnění realizovaných pro veřejné zadavatele či subjekty z veřejné sféry. V případě posuzované veřejné zakázky se dle zadavatele jedná právě o takový případ. Tento svůj názor zadavatel odůvodňuje – stručně řečeno – tím, že v případě dotací čerpaných veřejnými zadavateli (subjekty z veřejného sektoru) se jedná o typově odlišné dotační tituly zaměřené na zcela odlišné cíle sledované dotační politikou EU. Například žádost o dotaci z Operačního programu Výzkum a vývoj pro inovace, o niž se mohou dle zadavatele ucházet výhradně subjekty z veřejné sféry (vysoké školy, veřejné výzkumné instituce), akcentuje socioekonomické benefity, které projekt přinese, a jejich těžištěm není finanční analýza, která je zásadní u projektů předkládaných subjekty ze soukromého sektoru.
16. Ve vztahu k pochybnostem Úřadu vztahujícím se k dokládání dalších dokumentů v případě uchazečů, kteří by prokazovali splnění určité části kvalifikace prostřednictvím subdodavatele (část 9.2 zadávací dokumentace), zadavatel uvedl, že předmětné obchodní podmínky jsou odrazem jeho postupu s péčí řádného hospodáře, když vyvažují zvýšené riziko spočívající v tom, že v situaci, kdy dodavatel prokazuje část kvalifikace prostřednictvím subdodavatele,

zadavatel de facto uzavírá smlouvu se subjektem, který část způsobilosti k plnění zakázky sám objektivně postrádá. Zadavatel rekapituluje, že pokud se subdodavatel zaváže poskytnout dodavateli – v rozsahu jím prokazované kvalifikace – plnění, věci či práva, s nimiž pak bude dodavatel v rámci plnění zakázky disponovat, a následně tento svůj závazek nesplní, bude dodavateli odpovídat za tím způsobenou škodu. Dodavatel zase bude odpovídat za takto způsobenou škodu ve vztahu k zadavateli. Zadavatel se tedy snažil předmětnou obchodní podmínkou tento právní vztah zjednodušit tak, aby byla případná škoda vzniklá v důsledku vadného plnění subdodavatele vypořádána jednoduše přímo mezi zadavatelem (subjektem, v jehož majetkové sféře se škoda primárně projeví) a subdodavatelem (tedy tím, kdo byl v rámci prokazování kvalifikace prezentován jako „garant“ toho, že k takové negativní události nedojde). S odkazem na rozhodnutí Úřadu ve věci vedené pod sp.zn. S220/2009 pak zadavatel uvádí, že ručitelské prohlášení je způsobilé prokázat závazek subdodavatele zajistit ekonomickou a finanční stabilitu dodavatele (jejíž prokázání je samotným účelem ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů), čímž dochází k materiálnímu naplnění požadavku formulovaného v § 51 odst. 4 zákona.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

17. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména pak dokumentace o veřejné zakázce, dospěl k závěru, že zadavatel při stanovení požadavků na prokázání kvalifikačních předpokladů v zadávacích podmínkách v rámci předmětného zadávacího řízení nedodržel postup stanovený zákonem. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení zákona

18. Především Úřad uvádí, že vzhledem ke skutečnosti, že zadávací řízení bylo zahájeno uveřejněním oznámení o jeho zahájení dne 30. 6. 2009, je pro přezkum úkonů zadavatele v předmětném zadávacím řízení rozhodné znění zákona o veřejných zakázkách účinné k tomuto dni [tj. před účinností zák. č. 110/2009 Sb., kterým se mění zákon č. 130/2002 Sb., o podpoře výzkumu a vývoje z veřejných prostředků a o změně některých souvisejících zákonů (zákon o podpoře výzkumu a vývoje), ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony]. Tomu odpovídají i citace zákona o veřejných zakázkách uváděné v tomto rozhodnutí.
19. Podle § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle zákona o veřejných zakázkách dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
20. Podle § 44 odst. 1 zákona je zadávací dokumentace soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Za správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá zadavatel.
21. Podle § 56 odst. 2 písm. a) zákona k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů pro plnění veřejné zakázky na služby může veřejný zadavatel 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.

22. Podle § 56 odst. 7 písm. c) zákona je zadavatel povinen vymezit minimální úroveň technických kvalifikačních předpokladů tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky.
23. Podle § 51 odst. 4 zákona pokud není dodavatel schopen prokázat splnění určité části kvalifikace požadované veřejným zadavatelem podle § 50 odst. 1 písm. b) až d) [tj. kromě základních kvalifikačních předpokladů] v plném rozsahu, je oprávněn splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prokázat prostřednictvím subdodavatele. Dodavatel je v takovém případě povinen veřejnému zadavateli předložit smlouvu uzavřenou se subdodavatelem, z níž vyplývá závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či k poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace. Dodavatel není oprávněn prostřednictvím subdodavatele prokázat splnění kvalifikace podle § 54 písm. a).

Ke skryté diskriminaci při stanovování požadavků na kvalifikaci

24. Při posuzování požadavků na kvalifikaci je třeba vycházet z jejich účelu, kterým je objektivním, transparentním a nediskriminačním způsobem zajistit, aby zadavatel vybíral dodavatele veřejné zakázky pouze z okruhu subjektů, jež poskytují záruky o své schopnosti veřejnou zakázku řádně, včas a v odpovídající kvalitě realizovat. Adekvátně nastavené kvalifikační předpoklady jsou tedy „sítem“, které má zamezit účasti subjektů neschopných danou veřejnou zakázku řádně splnit. Zadavatel však také může vymezením kvalifikačních předpokladů, zejména stanovením příliš přísných kritérií prokázání způsobilosti dodavatele, výrazným způsobem ovlivnit okruh dodavatelů, mezi jejichž nabídkami bude v závěrečné fázi zadávacího řízení vybírat.
25. Stanovení konkrétních kvalifikačních požadavků je tak sice plně v gesci zadavatele, ten je však při jejich výběru nucen zejména respektovat základní zásady postupu zadavatele uvedené v § 6 zákona [které jsou pak navíc ve vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům promítnuty i do výše citovaného ustanovení § 56 odst. 7 písm. c) zákona]. Pokud by jeho požadavky vybočovaly z oprávněných potřeb ve vztahu k dané zakázce, porušil by jednu ze zásad postupu zadavatele vymezených v § 6 zákona, a sice zásadu zákazu diskriminace, protože takové excesivní stanovení kvalifikačních předpokladů by mohlo nedůvodně omezit okruh dodavatelů, kteří by se mohli zadávacího řízení zúčastnit. (Zadavatel přitom musí naopak umožnit rovné příležitosti všem dodavatelům, kteří jsou objektivně schopni předmětnou zakázku plnit.)
26. Porušení zásady zákazu diskriminace nelze totiž vztahovat jen na diskriminaci zjevnou (přímou), tedy případ, kdy zadavatel otevřeně postupuje jinak vůči jednotlivému dodavateli a jinak vůči dalším dodavatelům, ale též na diskriminaci skrytou (nepřímou). V tomto ohledu je možno odkázat na rozsudek Krajského soudu v Brně sp.zn. 62 Ca 9/2007 ze dne 20.3.2008 (který byl následně jako věcně správný potvrzen rozhodnutím Nejvyššího správního soudu ČR sp.zn. 1 Afs 20/2008 ze dne 5.6.2008), podle kterého za skrytou formu nepřipustné

diskriminace je třeba považovat i takový postup, pokud zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových kvalifikačních předpokladů, kdy požadovaná úroveň technické způsobilosti je zjevně nepřiměřená ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, přitom je zřejmé, že ji mohou splnit toliko někteří z dodavatelů (potenciálních uchazečů), jež by jinak byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými.

Ke stanovení některých technických kvalifikačních předpokladů v předmětné veřejné zakázce

27. Ve světle shora uvedených úvah pokládá Úřad požadavek zadavatele na prokázání technického kvalifikačního předpokladu dle § 56 odst. 2 písm. a) předložením seznamu významných služeb poskytnutých dodavatelem v posledních 3 letech spočívajících v kompletním zpracování žádosti o dotaci projektu (v části 7.1.1 zadávací dokumentace pod názvem „významné služby typu A“) **pouze ve vztahu k strukturálním fondům** (tj. tak, že byly vyloučeny služby spočívající v kompletním zpracování žádosti o dotaci projektu např. z Fondu soudržnosti) a **pouze ve vztahu k subjektům z veřejné sféry** (tj. tak, že byly vyloučeny služby spočívající v dotačním poradenství pro soukromé subjekty) za nedůvodný a neodpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění dané veřejné zakázky.
28. Pokud jde o omezení výše vymezených významných služeb, kterými bylo možno prokázat splnění kvalifikace, pouze na zpracování žádosti o dotaci projektu ze strukturálních fondů, pokládá jej Úřad za nedůvodné z toho důvodu, že z praktického hlediska se vypracování žádosti o dotaci projektu ze strukturálních fondů neliší od vypracování žádosti o dotaci projektu z Fondu soudržnosti. Velmi názorně lze tuto skutečnost demonstrovat např. na Operačním programu Doprava, který je financován jak ze strukturálních fondů (konkrétně z Evropského fondu pro regionální rozvoj), tak z Fondu soudržnosti. Rozdělení projektů na ty, které budou financovány z Evropského fondu pro regionální rozvoj, a na ty, které budou financovány z Fondu soudržnosti, je otázkou konkrétní oblasti priorit, na kterou daný projekt míří (s tím, že u každého fondu jsou i poněkud jiné způsobilé výdaje). Z hlediska techniky zpracování žádosti o dotaci (včetně např. seznamu povinných příloh) však není pro žadatele patrný žádný rozdíl. (Operační program Doprava je příhodnou ukázkou nedůvodného postupu zadavatele i proto, že nelze vyloučit, že někteří dodavatelé by – vzhledem k zadavatelem požadovaným miliardovým rozsahům referenčních projektů – mohli uvažovat o prokázání své kvalifikace právě službami poskytnutými v rámci podpory budování dopravní infrastruktury, kde nejsou – na rozdíl od jiných oblastí – projekty s miliardovými náklady takovou zvláštností. Dlužno dodat, že např. velké investiční projekty v oblasti dopravy byly z Fondu soudržnosti financovány i v předcházejícím programovacím období 2004-2006.)
29. Už jen výše uvedeným příkladem Operačního programu Doprava (v jehož případě by zpracování některého projektu představovalo významnou službu způsobilou prokázat kvalifikaci dodavatele, zatímco zpracování jiného projektu – v rámci téhož operačního programu – už nikoliv) pokládá Úřad za vyvrácenou argumentaci odlišným charakterem a účelem Fondu soudržnosti obsaženou ve vyjádření zadavatele ze dne 17. 10. 2012. Není dán věcný důvod pro to, aby zadavatel některé žádosti zpracovávané v rámci jednoho operačního programu pokládal za způsobilé k prokázání kvalifikace, zatímco jiné za nezpůsobilé, a to jen na základě toho, z jakého nadnárodního zdroje je nakonec projekt podpořen, za situace, kdy z hlediska techniky zpracování žádosti není z pohledu žadatele patrný žádný rozdíl.

30. Dlužno navíc podotknout, že argumentace zadavatele nebyla v průběhu celého přezkoumávání předmětné veřejné zakázky konzistentní. Ve svém vyjádření k podnětu ze dne 12. 6. 2012 zadavatel – v rozporu s tím, co tvrdí v rámci probíhajícího správního řízení – uvádí, že výrazem „strukturální fondy“ měl na mysli „obecně fondy, jejichž prostřednictvím jsou naplňovány cíle uvedené v čl. 174 Smlouvy o fungování EU (dále jen „SFEU“), tedy posilování hospodářské, sociální a územní soudržnosti a snižování rozdílů mezi úrovní rozvoje různých regionů a na snížení zaostalosti nejvíce znevýhodněných regionů. Jednalo se tedy o fondy, které jsou podle čl. 175 SFEU základním nástrojem programování strukturální pomoci, do níž má být dle výslovného ustanovení Nařízení Rady (ES) č. 1083/2006 ze dne 11. července 2006 o obecných ustanoveních o Evropském fondu pro regionální rozvoj, Evropském sociálním fondu a Fondu soudržnosti a o zrušení nařízení (ES) č. 1260/1999 začleněn i Fond soudržnosti.“
31. Úřad pokládá za potřebné, aby se dále vyjádřil i k této argumentaci (byť *stricto sensu* nebyla ve správním řízení uplatněna). Nelze v této souvislosti především nepřipomenout, že je to zadavatel, který odpovídá za správnost a úplnost zadávací dokumentace. Již samotná situace, kdy sám zadavatel vykládá zadávací dokumentaci takto rozdílným způsobem, svědčí spíše o tom, že v daném případě svým povinnostem podle předchozí věty nedostál.
32. Úřad se s argumentací zadavatele obsaženou v jeho vyjádření k podnětu ze dne 12. 6. 2012 neztotožňuje. Používá-li zadávací dokumentace pojem definovaný právním řádem, je nasnadě, že by měl být tento pojem vykládán v souladu s takovou definicí. Samotným zadavatelem citované Nařízení Rady (ES) č. 1083/2006 ze dne 11. července 2006 o obecných ustanoveních o Evropském fondu pro regionální rozvoj, Evropském sociálním fondu a Fondu soudržnosti a o zrušení nařízení (ES) č. 1260/1999 totiž mezi strukturálními fondy a Fondem soudržnosti důsledně rozlišuje hned ve svém čl. 1: *Toto nařízení stanoví obecná pravidla pro Evropský fond pro regionální rozvoj, Evropský sociální fond (dále jen „strukturální fondy“) a Fond soudržnosti, aniž jsou dotčena zvláštní ustanovení stanovená v nařízení (ES) č. 1080/2006, nařízení (ES) č. 1081/2006 a nařízení (ES) č. 1084/2006. Obdobně jednoznačně rozlišuje strukturální fondy (definované v čl. 2 odst. 1) a Fond soudržnosti i Nařízení Rady (ES) č. 1260/1999 ze dne 21. června 1999 o obecných ustanoveních o strukturálních fondech účinné v době zahájení předmětného zadávacího řízení.*
33. Jen pro úplnost je možno dodat, že rozdíl mezi strukturálními fondy a Fondem soudržnosti je patrný i z příručky pro žadatele OP VaVpl (Prioritní osa 1 a 2) v části „Monitorovací systém“, kde je mimo jiné uvedeno: *Informační systém, který slouží pro monitorování implementace programů a projektů spolufinancovaných ze strukturálních fondů a Fondu soudržnosti.*
34. Nelze též pominout, že zadávací dokumentací na veřejnou zakázku tohoto rozsahu se zadavatel obrací na profesionály v oboru dotačního poradenství, kterým musí být z povahy věci přesné definice pojmů spojených s podporou poskytovanou různými evropskými fondy zcela jasné. Takový profesionál pak nemůže pojem „strukturální fondy“ chápat v rozporu s definicemi uvedenými v platných právních předpisech jako generický pojem pro všechny tzv. evropské fondy a požadavek na prokázání technického kvalifikačního předpokladu dle § 56 odst. 2 písm. a) zákona si musel nutně vyložit tak, že ve vztahu k „významným službám typu A“ jsou služby spočívající v kompletním zpracování žádosti o dotaci projektu z Fondu soudržnosti irelevantní. (Tento výklad zadávací dokumentace nakonec v rámci správního řízení zaujal i sám zadavatel.)

35. Pokud jde o omezení „významných služeb typu A“, kterými bylo možno prokázat splnění kvalifikace pouze na zpracování žádosti o dotaci projektu pro subjekty z veřejné sféry, i zde ho pokládá Úřad za zcela nedůvodné.
36. Především Úřad konstatuje, že tvrzení zadavatele obsažené v jeho vyjádření ze dne 17. 10. 2012, a sice že o dotaci z Operačního programu Výzkum a vývoj pro inovace se mohou ucházet výhradně subjekty z veřejné sféry, se nezakládá na pravdě. Příjemcem dotace z Operačního programu Výzkum a vývoj pro inovace nemusí být nutně „subjekt z veřejné sféry“ (ať již je tímto povýtce neurčitým pojmem myšleno cokoli), ale i subjekt založený podle soukromého práva, který bude splňovat všechny podmínky vycházející z definice výzkumné organizace dle čl. 2.2 písm. d) Rámce Společenství pro státní podporu výzkumu, vývoje a inovací 2006/C 323/01. Tuto skutečnost Úřadu potvrdil ve svém vyjádření ze dne 19. 8. 2012 i řídicí orgán předmětného operačního programu – Ministerstvo školství, mládeže a tělovýchovy. Navíc, jak bylo taktéž ověřeno dotazem u řídicího orgánu předmětného operačního programu, podmínky pro zpracování projektové žádosti jsou jak v případě subjektu založeného podle veřejného práva, tak v případě subjektu založeného podle soukromého práva v podstatě totožné – s tou výjimkou, že jsou-li žadateli veřejné vysoké školy, státní vysoké školy a veřejné výzkumné instituce (dle dikce zadávací dokumentace patrně „subjekty z veřejné sféry“), nemusejí k žádosti přikládat některé povinné přílohy prokazující jejich „přijatelnost“ pro poskytnutí podpory. Lze tedy uzavřít, že se statutem veřejné výzkumné instituce (kterou je zadavatel) není v případě plnění předmětné veřejné zakázky v tomto směru spojena žádná zvláštnost, která by odůvodňovala předchozí specifické zkušenosti dodavatele, ale naopak de facto úleva (spočívající v tom, že některé povinné přílohy nebude muset zadavatel předkládat, a tedy dodavatel ani zpracovávat).
37. Na základě výše uvedeného tedy Úřad v tomto bodě uzavírá, že zadavatel stanovil shora vymezený technický kvalifikační předpoklad podle § 56 odst. 2 písm. a) zákona v přezkoumávaném zadávacím řízení diskriminačně, tj. v rozporu s § 56 odst. 7 písm. c) a § 6 zákona. Tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť stanovením daného kvalifikačního předpokladu (navíc v kombinaci s dalšími poměrně velmi náročnými technickými kvalifikačními předpoklady) zadavatel nedůvodně omezil okruh dodavatelů, kteří by se mohli zadávacího řízení zúčastnit. Kdyby byl předmětný technický kvalifikační předpoklad stanoven v souladu se zásadou zákazu diskriminace, nelze vyloučit, že by se zadávacího řízení mohlo dále účastnit více uchazečů.
38. Nad rámec shora uvedených úvah nelze při posuzování kvalifikačních předpokladů u dané veřejné zakázky pominout ani tu skutečnost, že zatímco zadávací dokumentaci si vyzvedlo devět dodavatelů (z nichž mnozí jsou obecně známí coby renomovaní dotační poradci), nabídku nakonec podal jen vybraný uchazeč.

K požadavku na dokládání dalších dokumentů v případě uchazečů, kteří by prokazovali splnění byť i jen části technických kvalifikačních předpokladů prostřednictvím subdodavatele

39. V části 9.2.1 zadávací dokumentace zadavatel vymezil podmínky, které označil jako obchodní a které musel splnit dodavatel, který by splnění určité části kvalifikace prokazoval prostřednictvím subdodavatele (viz blíže bod 5 odůvodnění).
40. Z těchto podmínek mimo jiné vyplývá, že

- a) dodavatel, který by prokazoval byť i jen část technických kvalifikačních předpokladů pomocí subdodavatele, musel doložit, že se subdodavatel zadavateli zaručil za jakékoliv škody a pohledávky, které by vznikly zadavateli vůči dodavateli z důvodu nekvalitního, pozdního či jinak vadného plnění (s tím, že toto ručení mohlo být omezeno pouze na škody a pohledávky bezprostředně související s rozsahem kvalifikace, kterou subdodavatel dodavateli poskytl)
 - b) přílohou ručitelského prohlášení subdodavatele musela být poslední subdodavatelova uzavřená účetní závěrka; pokud by z ní vyplývalo, že čistý majetek subdodavatele (celkový objem vlastního majetku mínus dlouhodobé závazky) je nižší než čistý majetek dodavatele, musel dodavatel předložit bankovní záruku ve výši rozdílu těchto hodnot (která by zajišťovala po celou dobu jejího plnění ručitelské povinnosti subdodavatele)
 - c) v ručitelském prohlášení musela být uvedena celková hodnota likvidity subdodavatele (která nesměla být menší než 1,0) a hodnota celkové zadluženosti (která nesměla být vyšší než 80 %); pokud by tyto hodnoty nebyly splněny, musel dodavatel předložit bankovní záruku na částku odpovídající hodnotě veřejné zakázky (která by zajišťovala po celou dobu jejího plnění ručitelské povinnosti subdodavatele)
41. Úřad má za to, že zadavatel takto stanovenými podmínkami nedodržel zásadu zákazu diskriminace, když po dodavatelích, kteří využili svého práva prokázat splnění byť i jen části technických kvalifikačních předpokladů prostřednictvím subdodavatele, požadoval předložení dokumentů nad rámec zákona, čímž je neodůvodněně znevýhodnil proti dodavatelům, kteří byli schopni celou kvalifikaci prokázat samostatně. K tomu závěru Úřad uvádí následující odůvodnění.
42. Především je třeba vyjít z toho, že všechny shora uvedené povinnosti zadavatel uložil i dodavatelům, kteří by prostřednictvím subdodavatele prokazovali i jen část **technických** kvalifikačních předpokladů.
43. Je třeba rozlišovat mezi ekonomickými a finančními kvalifikačními předpoklady a technickými kvalifikačními předpoklady. Zatímco smyslem stanovení ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů je to, aby se o veřejnou zakázku ucházel pouze takový dodavatel, jehož plnění nebude následně ohroženo jeho ekonomickou či finanční nestabilitou, účelem technických kvalifikačních předpokladů je, aby veřejná zakázka byla realizována pouze takovými dodavateli, kteří disponují dostatečnými zkušenostmi a technickou způsobilostí k řádné realizaci předmětu veřejné zakázky.
44. Požadavek na existenci „záruky“ (jakéhokoli zajišťovacího institutu) ze strany subdodavatele je možno chápat za situace, kdy uchazeč prokazuje prostřednictvím subdodavatele kvalifikaci v její ekonomické a finanční části. Vyjdeme-li z úvahy o smyslu ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů, pak se jeví jako vhodné, aby obsahem smlouvy, kterou má uchazeč zadavateli předložit podle § 51 odst. 4 zákona, bylo právě takové zajištění případných závazků dodavatele vůči zadavateli. Existence takového zajištění pak bude (a musí být) zkoumána v rámci posuzování kvalifikace, nikoli splnění obchodních podmínek (pokud tu žádné takové zajištění nebude, uchazeč nesplnil kvalifikaci).
45. Přesně v intencích právě uvedené úvahy se také drží rozhodnutí Úřadu č.j. ÚOHS-S220/2009-16376/2009/530/RKr ze dne 3. 3. 2010, kterým zadavatel argumentuje ve svém vyjádření.

Viz též část předmětného rozhodnutí: „Z výše uvedeného tedy vyplývá, že se subdodavatel zavázal k poskytnutí plnění a práv (ručení za jakékoliv škody a pohledávky, které vzniknou zadavateli vůči uchazeči z důvodu hospodářské nestability nebo platební neschopnosti uchazeče), a to v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace.“ Již z této krátké citace je zřejmé, že rozhodnutí se týkalo situace, kdy dodavatel prokazoval prostřednictvím subdodavatele kvalifikaci v její ekonomické a finanční části. V takovém případě lze jistě ručení za škody a pohledávky pokládat za poskytnutí věcí a práv ve smyslu § 51 odst. 4 zákona.

46. Úřad však konstatuje, že nepřiměřeným a v rozporu se zákonem je naopak požadavek na ručitelské prohlášení v případě, že je prostřednictvím subdodavatele prokazována technická část kvalifikace. Smyslem prokazování technické části kvalifikace je zajistit, aby se o přidělení veřejné zakázky ucházeli pouze ti dodavatelé, kteří jsou ve skutečnosti schopni danou zakázku řádně plnit po stránce technické a materiální. Pokud tedy uchazeč prokazuje prostřednictvím subdodavatele tuto část kvalifikace, musí ze smlouvy předkládané podle § 51 odst. 4 zákona vyplývat, že subdodavatel zajišťuje právě tuto technickou schopnost zakázku řádně splnit. Účelem technických kvalifikačních předpokladů není řešit případnou ekonomickou či finanční nestabilitu uchazeče. Úřad zde vychází z úvahy, že ručitelské prohlášení subdodavatele nevypovídá nic o technické schopnosti dodavatele zakázku řádně splnit, je pouze schopno – ve vztahu k zadavateli – řešit jeho případnou ekonomickou či finanční nestabilitu. V případě dodavatele, který splnil ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady (jeho ekonomickou a finanční stabilitu je tedy třeba pokládat za ověřenou), ale prokazuje prostřednictvím subdodavatele část technické části kvalifikace, je tak vlastně (prostřednictvím požadovaného ručitelského prohlášení subdodavatele) dle zadavatelem stanovených podmínek jeho ekonomická a finanční stabilita zajišťována (na rozdíl od jiného dodavatele, který prokazuje svoji kvalifikaci sám) dvakrát.
47. Shora vymezené podmínky stanovené v čl. 9.2.1 zadávací dokumentace jsou tak navíc diskriminační, protože po uchazeči, který prokazuje část své kvalifikace prostřednictvím subdodavatele, požaduje splnění dalších povinností (nad rámec stanovený zákonem, který nic takového v souvislosti s prokazováním části kvalifikace prostřednictvím subdodavatelů neupravuje), jejichž plnění nevyžaduje od uchazečů, kteří kvalifikaci prokazují sami. Za zásadní zde Úřad pokládá například tu skutečnost, že u subdodavatele, jehož prostřednictvím dodavatel prokazuje část své (i technické) kvalifikace, hodlal zadavatel zkoumat jeho likviditu a celkovou zadluženost (přičemž v zadávací dokumentaci stanovil i limity, ve kterých by měly tyto hodnoty pohybovat), tedy parametry, které – dle části 6. zadávací dokumentace [„Ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady“] – nezkoumal ani u samotných uchazečů. Dodavatelé, kteří využili svého práva podle § 51 odst. 4 zákona (prokázat část své kvalifikace prostřednictvím subdodavatele), jsou tak vlastně v rámci zadávacího řízení za tuto skutečnost „trestáni“, a to aniž by k tomu byl – v případě prokazování technických kvalifikačních předpokladů – sebemenší důvod.
48. Úřad tedy uzavírá, že výše popsaným postupem, tj. stanovením „obchodní podmínky“ v čl. 9.2.1 zadávací dokumentace takovým způsobem, že se vztahovala i na prokazování technické části kvalifikace, se zadavatel odchýlil od ust. § 51 odst. 4 zákona, a nedodržel zásadu zákazu diskriminace. Tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť stanovením dané „obchodní podmínky“ zadavatel nedůvodně ztížil případným dodavatelům,

kterí nebyli schopni sami prokázat kvalifikaci v celé její šíři, uzavření smlouvy s vhodným subdodavatelem, s jehož pomocí by kvalifikaci byli schopni prokázat. Kdyby nebyla předmětná podmínka stanovena, není vyloučeno, že by se zadávacího řízení mohlo účastnit více zájemců.

49. S ohledem na skutečnost, že skutkové okolnosti tohoto případu jsou jiné než v případě projednávaném pod č.j. ÚOHS-S220/2009 (ve kterém bylo posuzováno ručitelské prohlášení v souvislosti s ekonomickou a finanční částí kvalifikace), Úřad tím, že rozhodl, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí, neporušil zásadu legitimního očekávání ani materiální ekvity (§ 2 odst. 4 správního řádu).

IV. KE STANOVENÍ POKUTY

50. Úřad posoudil postup zadavatele a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť smlouva na předmět plnění veřejné zakázky již byla uzavřena a nápravy již nelze dosáhnout.
51. 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.
52. V případě šetřené veřejné zakázky se zadavatel dopustil správního deliktu tím, že při stanovování zadávacích podmínek **(a)** nedodržel postup stanovený v § 56 odst. 2 písm. a) zákona ve spojení s ustanovením § 56 odst. 7 písm. c) a § 6 zákona tím, že úroveň technických kvalifikačních předpokladů nestanovil odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, když požadoval prokázání technického kvalifikačního předpokladu dle § 56 odst. 2 písm. a) zákona pouze ve vztahu k subjektům z veřejné sféry a pouze ve vztahu k strukturálním fondům, a **(b)** v rozporu s § 51 odst. 4 zákona ve spojení s § 6 zákona požadoval po uchazečích, kteří by prokazovali splnění byť i jen části technických kvalifikačních předpokladů prostřednictvím subdodavatele, předložení dalších dokumentů nad rámec zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dne 22. 8. 2009 došlo k uzavření smlouvy na předmět této veřejné zakázky.
53. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezažal řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložení pokuty ověřil, zda nejsou naplněny uvedené podmínky pro zánik odpovědnosti zadavatele. V daném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl z podnětu doručeného Úřadu dne 23. 5. 2012. Zadávací řízení přitom bylo zahájeno uveřejněním oznámení o jeho zahájení dne 30. 6. 2009. Úřad tedy konstatuje, že podmínky pro zánik odpovědnosti zadavatele dle citovaného ustanovení zákona nejsou dány.
54. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt 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).

55. Z nabídky vybraného uchazeče a ze smlouvy o dílo (uzavřené dne 22. 8. 2009) Úřad zjistil, že cena veřejné zakázky činila 14 779 800,- Kč. Horní hranice možné pokuty tak činí částku 738 990,- Kč
56. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výše pokuty přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
57. Co se týče způsobu, resp. okolností za kterých byl správní delikt spáchán, zadavatel tím, že zadávací podmínky stanovil v rozporu se zákonem, omezil soutěž o tuto veřejnou zakázku, přičemž s ohledem na předmět veřejné zakázky a rovněž na množství dodavatelů, kteří požádali o zpřístupnění zadávací dokumentace (viz bod 6. odůvodnění), lze předpokládat, že při absenci excesivních požadavků na kvalifikaci by zadavatel obdržel více nabídek, přičemž nelze vyloučit, že v těchto případných dalších nabídkách mohly být obsaženy výhodnější podmínky plnění, než obsahovala nabídka vybraného uchazeče. Takto k soutěži o ekonomickou výhodnost nabídky ve výsledku nedošlo.
58. Úřad v této souvislosti doplňuje, že zákon označuje za správní delikt nejen jednání, které prokazatelně ovlivnilo zadávací řízení, ale i takové jednání, které pouze mělo potenciál takového ovlivnění, aniž nutně k tomuto ovlivnění prokazatelně došlo. Právě úvaha Úřadu nad případnými následky úkonů zadavatele je však v této souvislosti legální součástí správního uvážení Úřadu a je pojmovou součástí skutkové podstaty spáchání správního deliktu.
59. Pokud jde o stupeň závažnosti správního deliktu, je třeba vycházet z toho, že otevřená nediskriminační soutěž o veřejnou zakázku, do které se může přihlásit jakýkoliv dodavatel objektivně schopný ji řádně plnit, je základním principem zadávání veřejných zakázek.
60. Jako polehčující okolnost v této souvislosti Úřad při stanovení výše pokuty hodnotí tu skutečnost, že jednáním zadavatele nebyla soutěž o veřejnou zakázku zcela vyloučena, ale toliko omezena.
61. Naopak jako přitěžující okolnost Úřad zohlednil to, že stanovení přinejmenším jednoho ze sporných kvalifikačních předpokladů nebylo od počátku vedeno nějakou racionální (byť třeba z hlediska zákona obtížně obhajitelnou) úvahou ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. O tom svědčí srovnání vyjádření zadavatele ze dne 12. 6. 2012 (vyjádření k šetřenému podnětu) a ze dne 17. 10. 2012 (vyjádření v rámci správního řízení). Zatímco v prvním vyjádření omezení významných služeb na dotační poradenství související toliko se strukturálními fondy zpochybňuje jako neexistující (když uvádí, že pojem „strukturální fondy“ je generickým pojmem zahrnujícím i Fond soudržnosti), ve druhém již toto omezení zdůvodňuje odlišným charakterem a účelem Fondu soudržnosti. Taková nekonzistentnost vede Úřad k důvodnému předpokladu, že zdůvodnění daného omezení v pozdějším vyjádření je konstruováno až dodatečně.
62. Při určení výše pokuty vzal Úřad v úvahu i ekonomickou situaci zadavatele, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“ (viz náleží Ústavního soudu č. 405 uveřejněný ve Sbírce zákonů, částka 142/2002 Sb., podle kterého jsou nepřipustné takové pokuty, jež mají pro daný subjekt likvidační charakter). Z výročních zpráv zadavatele (zveřejněných na jeho webových stránkách www.fzu.cz), resp.

z výkazů zisku a ztráty v nich obsažených vyplývá, že v roce 2010 skončilo hospodaření zadavatele kladným výsledkem 8 675 000,- Kč po zdanění a v roce 2011 pak kladným výsledkem 6 787 000,- Kč po zdanění. Vzhledem k těmto skutečnostem Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel disponuje, považovat za likvidační.

63. Úřad dále poznamenává, že pokuta uložená zadavateli za zjištěné porušení zákona má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem a funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je v souladu se zákonem. Po zvážení všech okolností případu Úřad při stanovení výše uložené pokuty preferoval preventivní charakter sankce a stanovenou výši pokuty na úrovni cca desetiny její maximální možné výše, vzhledem k okolnostem případu, posoudil jako dostačující.
64. Pokuta 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

1. Fyzikální ústav Akademie věd ČR, v.v.i., Na Slovance 1999/2, 182 21 Praha 8

Vypraveno dne

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