



UOHSX005744I

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R41/2013/VZ-24782/2013/310/PMo

Brno 18. prosince 2013

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 11. 2. 2013, doručeném Úřadu dne 12. 2. 2013 zadavatelem –

- **Fyzikálním ústavem Akademie věd ČR, v.v.i.**, IČ 68378271, se sídlem Na Slovance 1999/2, 182 21 Praha 8,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 29. 1. 2013, č. j. ÚOHS-S567/2012/VZ-1850/2013/511/MFI, o přezkoumání úkonů zadavatele,

učiněných v rámci veřejné zakázky „**Poradce pro získání dotace z OP Výzkum a vývoj pro inovace na projekt ELI**“, zadávané podle § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, formou otevřeného řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách 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, 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,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 29. 1. 2013, č. j. ÚOHS-S567/2012/VZ-1850/2013/511/MFI,

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Fyzikální ústav Akademie věd ČR, v.v.i., IČ 68378271, se sídlem Na Slovance 1999/2, 182 21 Praha 8 (dále jen „zadavatel“), uveřejnil podle § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), v informačním systému o veřejných zakázkách 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, oznámení otevřeného řízení za účelem zadání veřejné zakázky na služby „Poradce pro získání dotace z OP Výzkum a vývoj pro inovace na projekt ELI“ (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Dle oznámení o zakázce bylo předmětem veřejné zakázky projektové řízení související se zpracováním a projednáním žádosti o dotaci z operačního programu Výzkum a vývoj pro inovace (dále jen „OPVVI“), zpracování žádosti o dotaci včetně souvisejících příloh a zajištění projednání této žádosti na národní i evropské úrovni. V části 7.1.1 zadávací dokumentace („*Seznam významných služeb*“), na kterou odkazuje část III.2.3 oznámení o zakázce, vymezil zadavatel své požadavky na splnění technického kvalifikačního předpokladu dle § 56 odst. 2 písm. a) zákona. Tento kvalifikační předpoklad dodavatel 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 dle § 56 odst. 2 písm. a) zákona. Za významné pro účely splnění kvalifikačního předpokladu zadavatel stanovil tyto 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 OPVVI, C) vykonávání monitorovací činnosti u schválené žádosti o dotaci ze strukturálních fondů EU. V části 9.2.1 zadávací dokumentace („*Subdodavatelé prokazující část kvalifikace*“) zadavatel formuloval podmínky (které označuje za obchodní), které musel splnit dodavatel, který by splnění určité části kvalifikace prokazoval prostřednictvím subdodavatele (viz bod 5. odůvodnění napadeného rozhodnutí).
3. O zpřístupnění zadávací dokumentace požádalo 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.) Z protokolu o otevírání obálek, které se konalo dne 13. 8. 2009, vyplývá, že ve lhůtě pro podání nabídek 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. Hodnotící komise neshledala důvody ani k vyřazení nabídky z důvodů dle § 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 ve smyslu § 79 odst. 6 zákona upustila. V souladu se závěry hodnotící komise rozhodl zadavatel o výběru nejvhodnější nabídky tak, že za nejvhodnější nabídku označil nabídku vybraného uchazeče, se kterým byla dne 22. 8. 2009 i uzavřena smlouva o dílo (dále jen „**smlouva**“).

4. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) získal z předložených materiálů pochybnosti o tom, zda zadavatel při formulaci zadávacích podmínek veřejné zakázky dodržel závazný postup stanovený zákonem. Dopisem č. j. ÚOHS-S567/2012/VZ-18627/2012/511/MFI ze dne 3. 10. 2012 Úřad oznámil zadavateli zahájení správního řízení z moci úřední. Tento dopis byl zadavateli doručen dne 4. 10. 2012, a tímto dnem bylo 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 zadavateli stanovil podle § 39 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), 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.

II. Napadené rozhodnutí

5. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 29. ledna 2013 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S567/2012/VZ-1850/2013/511/MFI (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), v jehož výroku I. konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při stanovení požadavků na prokázání kvalifikačních předpokladů v zadávacích podmínkách veřejné zakázky nedodržel postup dle § 56 odst. 2 písm. a) zákona ve spojení s § 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 EU; a když 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 byla uzavřena smlouva. Ve výroku II. Úřad uložil zadavateli za spáchání tohoto správního deliktu podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 70 000 Kč.
6. V rámci odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad uvedl ve vztahu k problematice stanovení technických kvalifikačních předpokladů následující. Požadavek zadavatele na prokázání technického kvalifikačního předpokladu dle § 56 odst. 2 písm. a) zákona

předložením seznamu významných služeb poskytnutých dodavatelem v posledních 3 letech spočívajících v kompletním zpracování žádosti o dotaci projektu pouze ve vztahu k strukturálním fondům a pouze ve vztahu k subjektům z veřejné sféry Úřad označil za neodpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky. Z praktického hlediska se vypracování žádosti o dotaci projektu ze strukturálních fondů neliší od vypracování žádosti o dotaci projektu z Fondu soudržnosti (dále jen „FS“). Rozdělení projektů na ty, které budou financovány z Evropského fondu pro regionální rozvoj (dále jen „EFRR“), a na ty, které budou financovány z FS, je otázkou konkrétní oblasti priorit, na kterou daný projekt míří. Z hlediska techniky zpracování žádosti o dotaci však není pro žadatele patrný žádný rozdíl (např. velké investiční projekty v oblasti dopravy byly z FS financovány i v předcházejícím programovacím období 2004-2006). Dle Úřadu nebyl 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.

7. Úřad ve vztahu k požadavku na dokládání dalších dokumentů v případě uchazečů, kteří by prokazovali splnění byť i jen části technických kvalifikačních předpokladů prostřednictvím subdodavatele, poukázal na část 9.2.1 zadávací dokumentace, kde zadavatel vymezil podmínky (které označil jako obchodní) a které musel splnit dodavatel, který by splnění určité části kvalifikace prokazoval prostřednictvím subdodavatele, přičemž některé parametry, které chtěl zkoumat u subdodavatelů, nezkoumal ani u samotných dodavatelů. 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.
8. Úřad dále mimo jiné konstatoval, že požadavek na existenci „záruky“ ze strany subdodavatele je možno chápat za situace, kdy uchazeč prokazuje prostřednictvím subdodavatele kvalifikaci v její ekonomické a finanční části. Prvostupňový orgán v tomto kontextu vyšel z úvahy o smyslu ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů. Podle něj je tedy vhodné, aby obsahem smlouvy, kterou má uchazeč zadavateli předložit dle § 51 odst. 4 zákona, bylo právě takové zajištění případných závazků dodavatele vůči zadavateli. Existence takového zajištění pak musí být zkoumána v rámci posuzování kvalifikace, nikoliv v rámci splnění obchodních podmínek. Nepřiměřeným je požadavek na ručitelské prohlášení v případě, že je prostřednictvím subdodavatele prokazována technická část kvalifikace. Úřad doplnil, že smyslem prokazování technické části kvalifikace je zajistit, aby se o přidělení veřejné zakázky ucházeli pouze dodavatelé, kteří jsou schopni veřejnou zakázku řádně plnit po stránce technické a materiální.
9. V souvislosti s otázkou uložení pokuty vzal Úřad při posouzení závažnosti správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona v úvahu to, že v důsledku předmětného postupu zadavatele došlo k omezení soutěže o veřejnou zakázku, přičemž s ohledem na předmět

veřejné zakázky a rovněž na množství dodavatelů, kteří požádali o zpřístupnění zadávací dokumentace, lze předpokládat, že při absenci excesivních požadavků na kvalifikaci by zadavatel obdržel více nabídek, a nelze vyloučit, že v případných dalších nabídkách mohly být obsaženy výhodnější podmínky plnění, než obsahovala nabídka vybraného uchazeče. Takto k soutěži o ekonomickou výhodnost nabídky nedošlo. Otevřená, nediskriminační soutěž o veřejnou zakázku, do které se může přihlásit jakýkoliv dodavatel objektivně schopný ji řádně plnit, je základním principem zadávání veřejných zakázek. Úřad dále přihlédl ke skutečnosti, že jednáním zadavatele nebyla soutěž o veřejnou zakázku zcela vyloučena, ale toliko omezena. Přitěžující okolnost pro zadavatele Úřad shledal v tom, že stanovení přinejmenším jednoho ze sporných kvalifikačních předpokladů nebylo od počátku vedeno racionální úvahou ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, o čemž svědčí rozdílná vyjádření zadavatele ze dne 12. 6. 2012, resp. ze dne 17. 10. 2012.

III. Námitky rozkladu

10. Dne 11. 2. 2013 podal zadavatel proti výše uvedenému rozhodnutí rozklad, který byl Úřadu doručen dne 12. 2. 2013, tedy v zákonem stanovené lhůtě.
11. Zadavatel svou argumentaci obsaženou v rozkladu rozčleňuje do čtyř následujících částí. V první řadě poukazuje na to, že požadavek na prokázání technického kvalifikačního předpokladu dle § 56 odst. 2 písm. a) zákona (reference) pouze ve vztahu ke strukturálním fondům EU není v rozporu se zákonem. Uvádí, že se nezabýval shodností či rozdílností způsobu zpracování žádostí o dotaci u strukturálních fondů EU na straně jedné a u FS na straně druhé. Vycházel z toho, že jeho cílem je vybrat zkušeného odborníka, který by mu poskytoval poradenství v oblasti OPVVI financovaného ze strukturálních fondů, a proto se při formulaci kvalifikačních předpokladů soustředil na tento program a na strukturální fondy, ze kterých je financován. Předmětný kvalifikační předpoklad je tak legitimně vztažen k plnění, které je předmětem veřejné zakázky. Názor Úřadu, že měly být připuštěny i reference ohledně FS, je dle něj nepřiměřeně přísný a formalistický. Požadavek, aby zadavatel zkoumal specifika žádostí o dotace pro operační programy financované z FS, je dle zadavatele také přehnaný. Tím, že FS není z pohledu aktivit zadavatele relevantní, také zadavatel zdůvodňuje skutečnost, že ve svém vyjádření ze dne 12. 6. 2012 tento fond „*ne zcela přesně kategorizoval*“ v tom smyslu, že ho zahrnul mezi strukturální fondy. Dle zadavatele není pravdou, že by stanovení předmětného kvalifikačního předpokladu nebylo vedeno žádnou racionální úvahou. Požadoval referenci na plnění, které odpovídá zcela přesně předmětu plnění veřejné zakázky, a při formulaci kvalifikačních předpokladů nebyl veden snahou kohokoli diskriminovat. Zdůrazňuje, že s výjimkou jediného dopisu (který byl doručen až po lhůtě pro podání nabídek) nebyl ze strany potenciálních uchazečů vznesen ohledně přípustnosti referencí týkajících se FS ani jeden dotaz. Úroveň stanovených kvalifikačních předpokladů nebyla v dikci Úřadem citovaného rozsudku Nejvyššího správního soudu (dále jen „**NSS**“) sp. zn. 1 Afs 20/2008 ze dne 5. 6. 2008 (dále jen „**rozsudek**“) „*zcela nepřiměřená*“. Zde odkazuje na část rozsudku, v kterém NSS dle návrhatele vyjádřil princip restriktivního výkladu pojmu „*zjevná nepřiměřenost*“: „*V každém případě musí správní soudy při aplikaci kritéria „zjevné nepřiměřenosti“ poskytnout prostor pro legitimní ekonomickou úvahu zadavatele, a tedy shledání skryté*

diskriminace je přípustné tam, kde kvalifikační předpoklady jsou vsutku excesivní a jasně vybočují z oprávněných potřeb dané zakázky.“ Nadto zadavatel uvádí, že trvá na specifičnosti postupu při získávání dotací z FS oproti strukturálním fondům. Pokud Úřad v napadeném rozhodnutí argumentuje stejnou technikou zpracování žádosti o dotaci, považuje navrhovatel v tomto rozsahu rozhodnutí za nepřezkoumatelné, protože z něj nevyplývá, na základě jakého právního předpisu tento závěr Úřad činí.

12. V další části rozkladu zadavatel namítá, že požadavek na prokázání technického kvalifikačního předpokladu dle § 56 odst. 2 písm. a) zákona (reference) pouze ve vztahu k subjektům z veřejné sféry není v rozporu se zákonem. Uvádí, že ani tento požadavek není „zjevně nepřiměřený“. Nezkoumal, zda jsou požadavky na zpracování žádosti pro subjekty soukromého a veřejného sektoru totožné, a tak pokládal za legitimní požadovat zkušenosti týkající se spolupráce s veřejnými zadavateli. Má za to, že z rozhodovací praxe Úřadu lze dovodit, že požadavek na referenční zakázku realizovanou pro veřejného zadavatele není a priori vyloučen, a takový požadavek lze považovat za logický a opodstatněný tam, kde realizace veřejné zakázky pro subjekty ze soukromého sektoru vykazuje podstatné odlišnosti od obdobných plnění realizovaných pro veřejné zadavatele či subjekty z veřejné sféry (což a contrario dovozuje z rozhodnutí Úřadu vedených pod sp. zn. ÚOHS-S011,015,029/09 a ÚOHS-R048/09). O takový případ se dle zadavatele jedná v tomto případě.
13. Následně zadavatel poukazuje na to, že porušením zákona není ani jeho požadavek na doložení dalších dokumentů (ručitelské prohlášení, účetní závěrka) v případě uchazečů, kteří by prokazovali splnění byť i jen části technických kvalifikačních předpokladů prostřednictvím subdodavatele. Vyjadřuje nesouhlas s tím, že by nepřipustně rozšířil okruh dokladů předkládaných k prokazování kvalifikace s tím, že požadované doklady jsou přípustné i pro případ, že by subdodavatel prokazoval technický (nikoliv finanční a ekonomický) kvalifikační předpoklad. Úřad se nevypořádal s jeho argumentací odůvodňující povahu požadovaných dokumentů jako obchodních podmínek a napadené rozhodnutí tak trpí nedostatkem důvodů. Smysl požadavků stanovených v obchodních podmínkách spatřuje v zajištění případných závazků dodavatele, které by mohly vzniknout v důsledku vadného plnění smlouvy (především potenciální povinnosti náhrady škody). Zadavatel má za to, že jeho právo na dostatečné zajištění řádného plnění závazků je legitimní. Pokud by mu bylo odpíráno, jedná se o nucení k postupu v rozporu s principem péče řádného hospodáře. Vychází z toho, že využije-li uchazeč možnosti prokázat část kvalifikace prostřednictvím subdodavatele, uzavírá zadavatel smlouvu de facto se subjektem, který potřebnou kvalifikaci (její část) sám postrádá. Takto vzniklý právní vztah v sobě obsahuje zvýšené riziko (oproti situaci, kdy předmětnou kvalifikaci disponuje vybraný uchazeč sám), které se zadavatel snaží danou obchodní podmínkou eliminovat. Předmětná obchodní podmínka není z pohledu subdodavatele nijak neproporcionální (za škodu způsobenou vadným plněním z jeho strany by tak jako tak odpovídal, byť bez ručitelského prohlášení pouze vybranému uchazeči) a je navíc odůvodněná v případě dané veřejné zakázky, kde je uplatnění modelu, kdy by vybraný uchazeč splnil část technických kvalifikačních předpokladů pomocí subdodavatele, slovy zadavatele „*podivné*“. Situace, kdy by vybraný uchazeč prokázal část technických kvalifikačních předpokladů pomocí

subdodavatele, vede k takovému uspořádání dodavatelsko-odběratelských vztahů, které není pro zadavatele komfortní a může s sebou nést nezanedbatelná rizika (a je oprávněn se proti těmto rizikům zajistit). Pokud se jedná o zkoumání ekonomické stability subdodavatele, je logické, že jako adresát ručitelského prohlášení zkoumal, nakolik je jeho vystavitel ekonomicky a finančně stabilní, s tím, že bez tohoto zkoumání by zajištění postrádalo smysl. V této souvislosti zpochybňuje závěr Úřadu o neaplikovatelnosti závěrů učiněných v rozhodnutí č. j. ÚOHS-S220/2009-16376/2009/530/RKr ze dne 10. 3. 2010 (dále jen „**citované rozhodnutí Úřadu**“), přičemž opět zdůrazňuje rozdíl mezi požadavkem na prokázání kvalifikace a obchodní podmínkou.

14. V závěrečné části rozkladu pak zadavatel poukazuje na to, že Úřad nedostál své povinnosti přezkoumatelným způsobem odůvodnit výši uložené pokuty, když neuvedl srozumitelným způsobem žádné ze zákonných hledisek závažnosti správního deliktu. Pokud Úřad jako okolnost spáchání správního deliktu uvádí, že zadavatel omezil soutěž o veřejnou zakázku, zadavatel konstatuje, že omezení soutěže (jako postup, který podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky) je znakem samotné skutkové podstaty správního deliktu. Není přípustné, aby okolnost, která je jedním ze znaků skutkové podstaty deliktu, byla zároveň okolností rozhodnou pro závěr o vyšší závažnosti porušení povinnosti (tedy aby byla jedna okolnost zadavateli přičítána k tíži dvakrát). Pokud Úřad uvádí, že stanovení přinejmenším jednoho ze sporných kvalifikačních předpokladů nebylo od počátku vedeno nějakou racionální úvahou ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, zadavatel konstatuje, že s tímto odůvodněním nesouhlasí, a to s ohledem na argumentaci uvedenou v první části rozkladu. Nadto je závažnost správního deliktu třeba posuzovat na základě skutečností či okolností, které existovaly v okamžiku údajného spáchání správního deliktu a nikoli na základě událostí, k nimž došlo až tři roky poté. Dle zadavatele v napadeném rozhodnutí nejsou uvedeny jednotlivé logické kroky, které Úřad vedly ke stanovení konkrétní výše pokuty.

Závěr rozkladu

15. Na základě shora uvedených skutečností zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil.

IV. Řízení o rozkladu

16. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí v rámci autoremedury a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.

Stanovisko předsedy Úřadu

17. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.

18. Úřad tím, že ve svém rozhodnutí č. j. ÚOHS-S567/2012/VZ-1850/2013/511/MFI ze dne 29. 1. 2013 konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při stanovení požadavků na prokázání kvalifikačních předpokladů v zadávacích podmínkách veřejné zakázky nedodržel postup dle § 56 odst. 2 písm. a) zákona ve spojení s § 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 EU), dále tím, že 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 (příčemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dne 22. 8. 2009 byla uzavřena smlouva), a tím, že zadavateli uložil za spáchání tohoto správního deliktu pokutu ve výši 70 000 Kč, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

K námitkám rozkladu

19. V první řadě považuji za nezbytné poukázat na skutečnost, že zadavatel v rámci své argumentace uvedené v první části rozkladu v ničem nerozporuje závěry Úřadu obsažené v napadeném rozhodnutí, a nejedná se o námitky (ve smyslu správního řádu) směřující proti meritum věci. V rámci této argumentace zadavatel porovnává vypracování žádosti o dotaci z projektu ze strukturálních fondů s vypracováním žádosti o dotaci projektu z FS, přičemž uvádí, že se při stanovení požadavku na předložení referencí uchazečů soustředil na daný konkrétní program a na zkušenosti se strukturálními fondy, z nichž je tento operační program financován. Zdůrazňuji, že předseda Úřadu ve smyslu ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumává soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy. Správnost napadeného rozhodnutí přezkoumává jen v rozsahu námitek uvedených v rozkladu (jinak jen tehdy, vyžaduje-li to veřejný zájem). Jak jsem již konstatoval, v případě výše uvedené argumentace zadavatele se však nejedná o námitky jako takové, nýbrž o pouhá tvrzení (resp. o účelovou obhajobu postupu zadavatele) nesměřující proti meritorním závěrům obsaženým v napadeném rozhodnutí. O námitky jako takové se nejedná ani v případě další argumentace zadavatele, obsažené v rozkladu (jedná se mimo jiné o jeho konstatování, že úroveň stanovených kvalifikačních předpokladů nebyla v díkci rozsudku NSS „*zcela nepřiměřená*“, konstatování zadavatele, že v daném případě „*striktně vycházel z předmětu veřejné zakázky*“, či konstatování, že požadavek na co nejširší umožnění subdodavatelského plnění a prokazování kvalifikace subdodavatelem nemůže mít přednost před zásadou péče řádného hospodáře, atd.).
20. Pokud se jedná o námitku zadavatele, v rámci které konstatuje, že požadavek Úřadu na připuštění referencí ohledně FS je nepřiměřeně přísný a formalistický, je třeba uvést následující. Jak jsem si ověřil v dostupné spisové dokumentaci, zadavatel stanovil v části 7.1.1 zadávací dokumentace („*Seznam významných služeb*“) požadavky na splnění technického kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 2 písm. a) zákona.

Tento kvalifikační předpoklad dodavatel dle 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*. 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*.

21. Zadavatel svým výše uvedeným požadavkem obsaženým v zadávací dokumentaci (v části 7.1.1 „Seznam významných služeb“) stanovil předmětný technický kvalifikační předpoklad podle § 56 odst. 2 písm. a) zákona diskriminačně, tedy v rozporu s ustanovením § 56 odst. 7 písm. c) zákona a ustanovením § 6 zákona. Stanovením daného kvalifikačního předpokladu (nadto v kombinaci s dalšími poměrně velmi náročnými technickými kvalifikačními předpoklady) totiž fakticky vyloučil služby spočívající v kompletním zpracování žádosti o dotaci projektu např. z FS. Pojem „*strukturální fondy EU*“ obsažený v části 7.1.1 zadávací dokumentace totiž nelze chápat v rozporu s definicemi uvedenými v platných právních předpisech jako generický pojem pro všechny tzv. evropské fondy. Výše uvedený požadavek zadavatele na prokázání technického kvalifikačního předpokladu dle § 56 odst. 2 písm. a) zákona (pouze ve vztahu ke „*strukturálním fondům EU*“) si dodavatelé mohli vyložit tak, že ve vztahu k „*významným službám typu A*“ jsou služby spočívající v kompletním zpracování žádosti o dotaci projektu z FS irelevantní. Předmětný požadavek stanovený zadavatelem v zadávací dokumentaci je proto třeba (ve shodě s prvostupňovým orgánem) označit za nepřípustný. Nesplňuje totiž podmínky zakotvené v ustanovení § 56 odst. 7 písm. c) zákona, když zadavatelem vymezená minimální úroveň technických kvalifikačních předpokladů neodpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky. V daném případě zadavatel zcela nedůvodně omezil okruh dodavatelů, kteří by se mohli zadávacího řízení zúčastnit. Nadto tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky. Stanovením příliš přísných kritérií prokázání způsobilosti dodavatele totiž výrazným způsobem ovlivnil okruh dodavatelů, mezi jejichž nabídkami bude v závěrečné fázi zadávacího řízení vybírat (z protokolu o otevírání obálek ze dne 13. 8. 2009

vyplývá, že ve lhůtě pro podání nabídek byla zadavateli doručena pouze jediná nabídka, a to nabídka vybraného uchazeče).

22. 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. V daném případě se zadavatel dopustil skryté diskriminace nastavením takových kvalifikačních předpokladů, kdy požadovaná úroveň technické způsobilosti je zjevně nepřiměřená ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti dané veřejné zakázky, pročež některým dodavatelům znemožnil ucházet se o veřejnou zakázku. Zadavatel totiž musí umožnit rovné příležitosti všem dodavatelům, kteří jsou objektivně schopni předmětnou zakázku plnit, což se v daném případě s ohledem na výše uvedené nestalo. Nelze totiž vyloučit, že za situace, kdy by byl předmětný technický kvalifikační předpoklad stanoven v souladu se zásadou zákazu diskriminace, by se zadávacího řízení mohlo účastnit více uchazečů. V daném případě tedy prvostupňový orgán postupoval zcela správně a v souladu se zákonem, když v napadeném rozhodnutí učinil dílčí závěr, že zadavatel postupoval v rozporu se zákonem, když mimo jiné požadoval prokázání technického kvalifikačního předpokladu dle § 56 odst. 2 písm. a) zákona pouze ve vztahu k strukturálním fondům. Požadavek Úřadu na připuštění referencí rovněž ve vztahu k FS tedy v žádném případě nelze označit za nepřiměřeně přísný, formalistický a nezákonný, jak tvrdí zadavatel v rozkladu.
23. Ve vztahu k související námitce zadavatele, v rámci které označuje za přehnaný požadavek Úřadu, aby zadavatel detailně zkoumal specifika žádostí o dotace pro operační programy financované z FS, když se těmito programy v rámci své činnosti nesetkává, je třeba uvést následující. Skutečnost, že se zadavatel s operačními programy financovanými z FS ve své praxi nesetkává, nic nemění na tom, že nastavil předmětné technické kvalifikační předpoklady v rozporu se zákonem, resp. diskriminačně. Z praktického hlediska se vypracování žádosti o dotaci projektu ze strukturálních fondů neliší od vypracování žádosti o dotaci projektu z FS, přičemž z hlediska techniky zpracování žádosti o dotaci pro žadatele nemůže být patrný žádný rozdíl. Prvostupňový orgán v napadeném rozhodnutí neuvedl, že by zadavatel měl přistoupit k detailnímu zkoumání specifik žádostí o dotaci pro operační programy financované z FS. Zadavatel však nese odpovědnost za řádné zpracování zadávací dokumentace, resp. ve smyslu ustanovení § 44 odst. 1 zákona „*Za správnost a úplnost zadávacích podmínek odpovídá zadavatel*“. Pokud zadavatel, ať už z jakéhokoliv důvodu, omezil možnost prokázat kvalifikaci prostřednictvím referencí vztahujících se k FS, pak musí být schopen důvod takového omezení řádně odůvodnit. Toto důkazní břemeno zadavatel neunesl. Prvostupňový orgán tak postupoval zcela správně a v souladu se zákonem, když v odůvodnění napadeného rozhodnutí poukázal na to, že 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 projekt podporován. Tato námitka vznesená zadavatelem v rozkladu proto nemůže obstát.

24. Pokud se jedná o tvrzení zadavatele, v rámci něhož vyjadřuje nesouhlas se závěrem Úřadu, že nastavení kvalifikace nebylo od počátku vedeno žádnou racionální úvahou s tím, že jeho postup odpovídal minimálně gramatickému výkladu zákona (když požadoval referenci na plnění, které přesně odpovídá předmětu plnění veřejné zakázky), je nezbytné uvést následující. Jak jsem si ověřil v dostupné spisové dokumentaci, ve vyjádření zadavatele omezení významných služeb na dotační poradenství související se strukturálními fondy zadavatel zpochybnil jako neexistující, když zde uvedl, že pojem „*strukturální fondy*“ je generickým pojmem, který zahrnuje rovněž FS. V dalším vyjádření ve správním řízení (ze dne 17. 10. 2012) však zadavatel předmětné omezení zdůvodňuje odlišným charakterem a účelem FS. Úřad proto postupoval zcela správně a v souladu se zákonem, když v odůvodnění napadeného rozhodnutí učinil dílčí závěr, že tato nekonzistentnost jednotlivých vyjádření zadavatele indikuje důvodný předpoklad, že zdůvodnění daného omezení v pozdějším vyjádření bylo ze strany zadavatele konstruováno až dodatečně. Předmětné nastavení kvalifikace tedy evidentně nebylo od samého počátku vedeno racionální úvahou zadavatele ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. Ani tato námitka zadavatele proto s ohledem na výše uvedené nemůže obstát.
25. Ve vztahu k námitce zadavatele, podle které po celou dobu běhu lhůty pro podání nabídek nikdo nevznesl požadavek na referenci týkající se strukturálních fondů s tím, že zadavatel proto neměl důvod se domnívat, že jeho úvaha vycházející z předmětu plnění veřejné zakázky není správná, je třeba odkázat na závěry obsažené v předchozích bodech odůvodnění tohoto rozhodnutí. Skutečnost, že ve lhůtě pro podání nabídek nebyl vznesen požadavek na referenci týkající se strukturálních fondů, nemůže jakkoliv ospravedlnit to, že zadavatel v daném případě svým postupem porušil relevantní ustanovení zákona, resp. výše uvedené technické kvalifikační předpoklady nastavil v rozporu se zákonem a diskriminačním způsobem. Ani toto účelové tvrzení zadavatele proto jako zcela nedůvodné nemůže obstát.
26. Pokud se jedná o tvrzení zadavatele, v rámci něhož namítá, že Úřad argumentuje stejnou technikou zpracování žádosti o dotaci, přičemž neuvádí, na základě jakého právního předpisu tento závěr učinil, je nezbytné uvést následující. Předmětný závěr, učiněný Úřadem v napadeném rozhodnutí, bezesporu není závěrem právním, nýbrž skutkovým. Z tohoto důvodu tento závěr ani nemohl být prvostupňovým orgánem z žádného právního předpisu dovozen. Námitka zadavatele poukazující na to, že z výše uvedené argumentace Úřadu nevyplývá, na základě jakého právního předpisu byl v ní obsažený závěr učiněn, proto nemůže obstát. Neobstojí proto ani související námitka vznesená zadavatelem v rozkladu, že z napadeného rozhodnutí není zřejmé, na základě jaké právní úvahy prvostupňový orgán učinil své závěry, přičemž úvahy, které vedly Úřad k tomuto skutkovému zjištění, jsou jednoznačně obsaženy v bodech 28. a 29. odůvodnění napadeného rozhodnutí. S ohledem na výše uvedené tak v žádném případě nelze napadené rozhodnutí označit za nepřekoumatelné, jak se o to pokouší zadavatel v rozkladu.
27. Ve vztahu k námitce zadavatele, v rámci které podotýká, že se Úřad v napadeném rozhodnutí nevypořádal s jeho argumenty odůvodňujícími povahu požadovaných dokumentů jako obchodních podmínek veřejné zakázky, pročež napadené rozhodnutí trpí

nedostatkem důvodů, je třeba uvést následující. Jak jsem si ověřil v dostupné spisové dokumentaci, zadavatel v části 9.2.1 zadávací dokumentace vymezil podmínky, které označil jako obchodní a které musel splnit dodavatel, který by splnění určité části kvalifikace prokazoval prostřednictvím subdodavatele, přičemž prvostupňový orgán v bodě 40. odůvodnění napadeného rozhodnutí [pod písmeny a) až c)] přehledným způsobem uvedl, jaké skutečnosti z předmětných podmínek vyplývají. Je třeba se ztotožnit se závěrem obsaženým v bodě 41. odůvodnění napadeného rozhodnutí, v rámci něhož Úřad konstatoval, že zadavatel neodůvodněně znevýhodnil jednu skupinu dodavatelů (kteří využili svého práva prokázat splnění byť i jen části technických kvalifikačních předpokladů prostřednictvím subdodavatele, požadoval předložení dokumentů nad rámec zákona) proti skupině dodavatelů, kteří byli schopni celou kvalifikaci prokázat samostatně. Příslušné povinnosti zadavatel uložil i dodavatelům, kteří by prostřednictvím subdodavatele prokazovali i jen část technických kvalifikačních předpokladů. Zatímco smyslem stanovení ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů je to, aby se o veřejnou zakázku ucházel pouze dodavatel, jehož plnění nebude ohroženo jeho ekonomickou nestabilitou, účelem technických kvalifikačních předpokladů je, aby veřejná zakázka byla realizována pouze dostatečně zkušenými a technicky způsobilými dodavateli.

28. Smyslem prokazování technické části kvalifikace je zajistit, aby se o přidělení veřejné zakázky ucházeli pouze ti dodavatelé, kteří jsou schopni veřejnou 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 veřejnou zakázku (řádně) splnit. V obecné rovině je třeba uvést, že ručitelské prohlášení subdodavatele nemá sebemenší vypovídací hodnotu ve vztahu k technické schopnosti dodavatele veřejnou zakázku splnit. Je způsobilé pouze řešit jeho případnou ekonomickou či finanční nestabilitu. U dodavatele, který splnil ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady, ale část technické části kvalifikace prokazuje prostřednictvím subdodavatele, je tedy (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. Podmínky vymezené v článku 9.2.1 zadávací dokumentace je třeba označit za diskriminační, protože po uchazeči, který prokazuje část své kvalifikace prostřednictvím subdodavatele, zadavatel požaduje splnění dalších povinností, jejichž plnění nevyžaduje od uchazečů, kteří kvalifikaci prokazují sami. Ze strany zadavatele je tedy požadováno splnění povinností, které nejsou stanoveny zákonem. Ten nic takového v souvislosti s prokazováním části kvalifikace prostřednictvím subdodavatelů neupravuje. Tak, jak zadavatel nastavil podmínky pro prokázání části kvalifikace subdodavateli, nastavil tyto podmínky pro určitou část dodavatelů diskriminačním způsobem, což je v rozporu se zákonem.
29. Dodavatelé, kteří využili svého práva prokázat část kvalifikace prostřednictvím subdodavatele, byli za tuto skutečnost „trestáni“, aniž by k tomu byl v případě prokazování technických kvalifikačních předpokladů jakýkoliv důvod. Skutečnost, že zadavatel předmětnou podmínku formálně zahrnul mezi „*obchodní podmínky*“ nic nemění na tom, že zadavatel v důsledku svého postupu obešel ustanovení § 51 odst. 4 zákona (a rovněž

i zásadu zákazu diskriminace zakotvenou v ustanovení § 6 zákona), protože daná obchodní podmínka se aplikuje výlučně na uchazeče, kteří využili svého práva prokázat splnění být i jen části své kvalifikace prostřednictvím subdodavatele. Tato podmínka tedy v podstatě představuje povinnost uchazeče předložit další doklady, se kterými zákon nepočítá, a to na rozdíl od jiných uchazečů, kteří sami prokazují splnění příslušných kvalifikačních předpokladů dle zákona.

30. Existence zajištění ve formě „záruky“ musí být zkoumána v rámci posuzování kvalifikace, nikoliv v rámci splnění obchodních podmínek – pokud žádné takové zajištění neexistuje, uchazeč příslušnou kvalifikaci nemůže splnit. Požadavek na existenci „záruky“ ze strany subdodavatele je možné chápat za situace, kdy uchazeč prokazuje prostřednictvím subdodavatele kvalifikaci v její ekonomické a finanční části. Obsahem smlouvy, kterou má uchazeč zadavateli předložit ve smyslu § 51 odst. 4 zákona, by mělo být právě takové zajištění případných závazků dodavatele vůči zadavateli. Námitka zadavatele, dle níž se Úřad nevypořádal s jeho argumenty odůvodňujícími povahu požadovaných dokumentů jako obchodních podmínek s tím, že předmětné zajištění má povahu obchodní podmínky a nejde tak o další doklad nutný k prokázání kvalifikace, tedy nemůže obstát.
31. Prvostupňový orgán postupoval správně a v souladu se zákonem, když v bodě 45. odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že se rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S220/2009/VZ-16376/2009/530/RKr ze dne 10. 3. 2010 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. Jelikož jsou skutkové okolnosti tohoto případu jiné, než v případě citovaného rozhodnutí Úřadu, nemohlo v daném případě dojít k porušení zásady legitimního očekávání ani materiální ekvity (ve smyslu ustanovení § 2 odst. 4 správního řádu), jak tvrdí zadavatel v rozkladu. Jiné námitky zadavatel neuvádí – pouze konstatuje, že s daným závěrem Úřadu nesouhlasí. Nejedná se však o námitku, která by byla dále přezkoumatelná.
32. S ohledem na všechny výše uvedené skutečnosti je zcela zřejmé, že zadavatel se v důsledku stanovení „*obchodní podmínky*“ (v článku 9.2.1 zadávací dokumentace) takovým způsobem, že se vztahovala i na prokazování technické části kvalifikace v rozporu s ustanovením § 51 odst. 4 zákona, a zároveň nedodržel zásadu zákazu diskriminace ve smyslu ustanovení § 6 zákona. Tímto postupem navíc zadavatel případným dodavatelům, kteří nebyli schopni sami prokázat kvalifikaci v celém jejím rozsahu, nedůvodně ztížil uzavření smlouvy s vhodným subdodavatelem, s jehož pomocí by kvalifikaci byli schopni dle relevantních ustanovení zákona prokázat (viz bod 48. odůvodnění napadeného rozhodnutí).
33. Pokud se jedná o argumentaci (obsaženou v závěrečné části rozkladu), v rámci které zadavatel poukazuje na to, že Úřad přezkoumatelným způsobem neodůvodnil výši jím uložené pokuty, když neuvedl zákonná hlediska závažnosti správního deliktu s tím, že Úřadem konstatované omezení soutěže o veřejnou zakázku (jakožto postup, který podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejhodnější nabídky) jako okolnost, která je

znakem samotné skutkové podstaty správního deliktu, nemůže být zároveň okolností rozhodnou pro závěr o vyšší závažnosti porušení zákonné povinnosti, je třeba uvést následující. V první řadě zdůrazňuji, že okolnosti, které byly prvostupňovým orgánem zvažovány při stanovení výše pokuty, jsou obsaženy v bodech 57. až 63. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Omezení soutěže o veřejnou zakázku není znakem samotné skutkové podstaty správního deliktu, nýbrž je popisem způsobu jeho spáchání, jak je uvedeno též v odůvodnění napadeného rozhodnutí. Ovlivnit výběr nejhodnější nabídky lze totiž i jinými způsoby (např. úplným vyloučením soutěže v případě nezákonného přímého oslovení jednoho dodavatele nebo zmanipulováním hodnocení nabídek, přestože zadavatel předtím nebránil otevřené soutěži apod.), přičemž každému z těchto způsobů odpovídá určitý stupeň závažnosti – úplné vyloučení soutěže bude typicky závažnějším způsobem spáchání správního deliktu než její „pouhé“ omezení. Ke stupni závažnosti správního deliktu ve vztahu ke způsobu jeho spáchání se Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí rovněž přezkoumatelným způsobem vyjádřil, když (v bodech 59. a 60. odůvodnění napadeného rozhodnutí) poukázal na výchozí premisu, podle které je třeba otevřenou nediskriminační soutěž o veřejnou zakázku (do které se může přihlásit jakýkoliv dodavatel objektivně schopný ji řádně plnit) považovat za základní princip zadávání veřejných zakázek s tím, že v důsledku předmětného jednání zadavatele nebyla soutěž o veřejnou zakázku zcela vyloučena, ale pouze omezena.

34. Úřad postupoval v části odůvodnění napadeného rozhodnutí vztahující se k výši jím uložené pokuty ve své podstatě správně a v souladu se zákonem. Zdůrazňuji, že rozhodnutí o uložení pokuty je nepřezkoumatelné, je-li její výše odůvodněna pouhým zopakováním skutkových zjištění a konstatováním zákonných kritérií pro uložení pokuty či funkcí pokuty, aniž by bylo zřejmé, zda a jakým způsobem byla tato kritéria správním orgánem hodnocena. Z judikatury NSS vyplývá, že jakkoliv má správní orgán při ukládání pokuty volnost správního uvážení, je vázán základními principy správního rozhodování (viz např. rozsudek NSS č. j. 8 As 5/2005-53 ze dne 29. 6. 2005). Mezi tyto principy pak jistě patří i úplnost, resp. dostatečná odůvodněnost rozhodnutí správního orgánu, která v konečném důsledku vyvolá i jeho přesvědčivost. Úřad tak při rozhodování o výši pokuty musí zohlednit všechny skutečnosti, které výši pokuty mohou v konkrétním případě ovlivnit, řádně se s nimi v odůvodnění svého rozhodnutí vypořádat a přesvědčivě odůvodnit, ke které okolnosti přihlédl, a jaký vliv měla na konečnou výši pokuty. Výše uložené pokuty tak musí být v každém rozhodnutí zdůvodněna způsobem, který nepřipouští rozumné pochybnosti o tom, že právě taková výše pokuty odpovídá konkrétním okolnostem individuálního případu. Z napadeného rozhodnutí je zřejmé, že výše pokuty uložená v tomto případě uvedeným požadavkům vyhovuje.
35. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí při stanovení výše pokuty dostatečně zhodnotil způsob spáchání správního deliktu (resp. správních deliktů) a rovněž i okolnosti, za nichž byly delikty spáchány. Výše pokuty byla Úřadem dostatečně odůvodněna, poněvadž z odůvodnění napadeného rozhodnutí je jednoznačně patrné, k čemu přihlédl a jakou váhu danému zákonnému kritériu přiznal; postupoval v souladu s § 121 odst. 2 zákona, dle něhož Úřad při určení výměry pokuty zadavateli přihlédně k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.

Z hlediska přiměřenosti sankce vzal Úřad v úvahu tu skutečnost, že zadavatel svým postupem (kdy 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, 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 (k soutěži o ekonomickou výhodnost nabídky v daném případě v podstatě nedošlo).

36. Úřad též při stanovení výše pokuty správně přihlédl k polehčující okolnosti spočívající v tom, že jednáním zadavatele nebyla soutěž o veřejnou zakázku zcela vyloučena, ale toliko omezena. Za přitěžující okolnost pak Úřad správně označil skutečnost, že stanovení přinejmenším jednoho ze sporných kvalifikačních předpokladů nebylo od počátku vedeno racionální úvahou ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. O tom svědčí srovnání vyjádření zadavatele ze dne 12. 6. 2012 a ze dne 17. 10. 2012. Zatímco v prvním vyjádření omezení významných služeb na dotační poradenství související toliko se strukturálními fondy zpochybňuje jako neexistující, ve druhém již toto omezení zdůvodňuje odlišným charakterem a účelem FS. Taková nekonzistentnost pak Úřad vedla k důvodnému předpokladu, že zdůvodnění daného omezení v pozdějším vyjádření bylo konstruováno až dodatečně.
37. V této souvislosti zdůrazňuji, že v daném případě zadavatel spáchal dva správní delikty téže skutkové podstaty, třebaže prvostupňový orgán subsumoval jednání zadavatele pouze pod skutkovou podstatu jediného správního deliktu. V případě šetřené veřejné zakázky se tedy zadavatel dopustil dvou správních deliktů – jednoho správního deliktu ve smyslu § 120 odst. 1 písm. a) zákona, protože (při stanovení požadavků na prokázání kvalifikačních předpokladů v zadávacích podmínkách) nedodržel postup dle § 56 odst. 2 písm. a) zákona ve spojení s § 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 EU. Nadto se zadavatel dopustil dalšího správního deliktu (opět) ve smyslu § 120 odst. 1 písm. a) zákona, neboť 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 již došlo k uzavření smlouvy.
38. K uložení pokuty za spáchání správních deliktů uvedených ve výroku I. napadeného rozhodnutí je třeba uvést, že při stanovení výše sankce je nutné postupovat v souladu se zásadou absorpce, která se uplatní při postihu souběhu správních deliktů a jejíž podstata tkví v absorpci sazeb (*poema maior absorbet minorem* – tedy přísnější trest pohlcuje mírnější). Jak již v minulosti opakovaně dovodil NSS (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 tímž 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 pomoci analogie ani k újmě účastníka řízení, ani k újmě na ochraně hodnot, na jejichž vytváření a ochraně je veřejný zájem (viz rozsudky NSS 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.

39. V daném případě zadavatel spáchal dva správní delikty totožné skutkové podstaty, jimž odpovídá totožná maximální výše sankce. Principu absorpce podléhají i skutkové podstaty obou správních deliktů spáchaných v rámci této veřejné zakázky. Pro stanovení konkrétní výše uložené pokuty je nutné posuzovat jednotlivé výše uvedené správní delikty samostatně. Ve smyslu § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny veřejné zakázky, nebo do 10 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a), c) nebo d) zákona. V souladu s výše citovanou zásadou absorpce v rámci správně-právního trestání Úřad ve správním řízení uloží pokutu dle přísněji trestaného správního deliktu, proto je třeba se nejprve zabývat otázkou, jaký delikt je v daném případě nejzávažnější, tj. za který je možné uložit nejpřísnější sankci (nejvyšší pokutu). V tomto případě se zadavatel dopustil obou správních deliktů podle §120 odst. 1 písm. a) zákona s tím, že za oba správní delikty lze v souladu s citovaným § 120 odst. 2 písm. a) zákona uložit pokutu do 5 % ceny veřejné zakázky, nebo do 10 000 000 Kč, nelze-li cenu veřejné zakázky zjistit. Jako závažnější správní delikt je třeba označit ten z obou správních deliktů, který více ohrožuje zákonem chráněný zájem. V daném případě se jedná o správní delikt uvedený pod bodem a) výroku I. napadeného rozhodnutí, a sice správní delikt spočívající v tom, že zadavatel nestanovil úroveň technických kvalifikačních předpokladů 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, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dne 22. 8. 2009 došlo k uzavření smlouvy na předmět veřejné zakázky. V daném případě je tedy ohrožen zákonem chráněný zájem, a sice zájem na dostatečné pluralitě obdržených nabídek či zájem na efektivní hospodářské soutěži, resp. na soutěži o ekonomickou výhodnost nabídek, přičemž pokuta je ukládána za tento správní delikt.
40. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správních deliktů, jak jsou uvedeny ve výroku I. napadeného rozhodnutí, činí celkem 14 779 800 Kč (což vyplývá z nabídky vybraného uchazeče a ze smlouvy o dílo uzavřené dne 22. 8. 2009). Horní hranice možné pokuty tak činí částku 738 990 Kč. Úřad v dané věci uložil pokutu v takové výši, která odráží skutečnost, že zásada absorpce byla aplikována – tento postup prvostupňového orgánu však nebyl v samotném odůvodnění napadeného rozhodnutí obsažen. Výše uložené

pokuty odpovídá aplikaci zásady absorpce a okolnostem případu tak, jak byly uvedeny v odvodnění výše pokuty. Dále je třeba se ztotožnit i s dílčím konstatováním uvedeným v bodě 63. odůvodnění napadeného rozhodnutí, dle něhož „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“.

41. Úřad vzhledem k uvedené závažnosti porušení zákona a k souvislostem případu posoudil uloženou výši pokuty (70 000 Kč) jako přiměřenou porušení zákona a zohledňující obě uvedené funkce. Na základě výše uvedeného je dále nezbytné učinit závěr, že Úřad výši jím uložené pokuty v napadeném rozhodnutí odůvodnil, avšak výslovně neakcentoval aplikaci absorpční zásady – k nápravě předmětného pochybení prvostupňového orgánu jsem však v rámci tohoto rozhodnutí o rozkladu přistoupil výše.

V. Závěr

42. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
43. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona, dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

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