



UOHSX008REUB

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č.j.:ÚOHS-R0398/2015/VZ-08572/2017/322/LKa/DRu

Brno 10. března 2017

V řízení o rozkladu ze dne 30. 11. 2015 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem –

- **Česká republika – Ústav pro hospodářskou úpravu lesů**, IČO 00020681, se sídlem Nábřežní 1326, 250 01 Brandýs nad Labem - Stará Boleslav,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-S0629/2015/VZ-39437/2015/522/DMa ze dne 13. 11. 2015 vydanému ve správním řízení vedeném ve věci možného spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavatelem při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Vytvoření a implementace systému řízení lidských zdrojů v organizaci - Realizátor projektu**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 15. 2. 2011 a uveřejněno v Informačním systému o veřejných zakázkách dne 18. 2. 2011 pod ev. č. 60056692, ve znění oprav uveřejněných dne 21. 3. 2011 a dne 8. 4. 2011, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 19. 2. 2011 pod ev. č. 2011/S 35-057741, ve znění oprav uveřejněných dne 23. 3. 2011 pod ev. č. 2011/S 57-091804 a dne 12. 4. 2011 pod ev. č. 2011/S 71-114358,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0629/2015/VZ-39437/2015/522/DMa ze dne 13. 11. 2015

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – Česká republika – Ústav pro hospodářskou úpravu lesů, IČO 00020681, se sídlem Nábřežní 1326, 250 01 Brandýs nad Labem – Stará Boleslav (dále jen „**zadavatel**“) – zahájil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ otevřené řízení za účelem zadání veřejné zakázky s názvem „Vytvoření a implementace systému řízení lidských zdrojů v organizaci - Realizátor projektu“, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 15. 2. 2011 a uveřejněno v Informačním systému o veřejných zakázkách dne 18. 2. 2011 pod ev. č. 60056692, ve znění oprav uveřejněných dne 21. 3. 2011 a dne 8. 4. 2011, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 19. 2. 2011 pod ev. č. 2011/S 35-057741, ve znění oprav uveřejněných dne 23. 3. 2011 pod ev. č. 2011/S 57-091804 a dne 12. 4. 2011 pod ev. č. 2011/S 71-114358 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Podle bodu II. 1. 5) oznámení o veřejné zakázce byl předmětem veřejné zakázky výběr dodavatele odborného poradenství pro realizaci projektu Řízení lidských zdrojů Ústavu pro hospodářskou úpravu lesů Brandýs nad Labem. Zakázka sestávala z dílčích plnění: 1. Průzkum spokojenosti zaměstnanců, 2. Analýza a optimalizace personálního řízení, 3. Analýza a optimalizace systému vzdělávání, 4. Optimalizace kapacit, 5. Optimalizace systému výkonového hodnocení zaměstnanců, 6. Zavedení systému hodnocení profesní, kompetenční a manažerské způsobilosti, 7. Školení odpovědných pracovníků, 8. Podpora zadavatele při implementaci navržených optimalizačních řešení.
3. Dne 18. 7. 2011 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem - Scott & Hagget Czech, s. r. o., IČO 25133977, se sídlem Celetná 598/11, 110 00 Praha 1 (dále jen „**vybraný uchazeč**“) Smlouvu o poskytování služeb „Vytvoření implementace systému řízení lidských zdrojů v organizaci – Realizátor projektu“ (dále jen „**smlouva**“) v celkové výši 5 400 000 Kč bez DPH (tj. 6 480 000 Kč včetně DPH).

¹ Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 26 zákona v návaznosti na ustanovení § 158 odst. 1 a 2 zákona, podle tohoto znění se posuzují úkony zadavatele a uchazečů v zadávacím řízení. Zákon č. 134/2016 Sb. o zadávání veřejných zakázek se nepoužije s ohledem na ustanovení § 273 odst. 1 tohoto zákona, není-li dále uvedeno jinak.

4. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), příslušný podle § 112 zákona k dohledu nad dodržováním zákona obdržel dne 23. 4. 2015 podnět k přezkoumání postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky.
5. Dne 22. 9. 2015 Úřad s ohledem na učiněná zjištění posoudil postup zadavatele a vzhledem ke zjištěnému stavu věci vydal příkaz č. j. ÚOHS-S0629/2015/VZ-29631/2015/522/DMA (dále jen „**příkaz**“), podle jehož výroku I. zadavatel při zadávání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 56 odst. 6 zákona, když v bodě 5.1.4 zadávací dokumentace stanovil požadavek na předložení certifikátu systému managementu bezpečnosti informací v organizaci (např.: ČSN ISO/IEC 27001:2006) vydaný akreditovanou osobou nebo jiného rovnocenného dokladu vydaného v členském státě EU, čímž rozšířil rozsah požadované kvalifikace nad rámec stanovený zákonem. Podle výroku II. příkazu zadavatel nedodržel postup stanovený v § 56 odst. 7 písm. c) zákona, neboť v rámci technických kvalifikačních předpokladů požadoval s odkazem na § 56 odst. 2 písm. a) zákona předložení seznamu významných služeb obdobného charakteru jako je předmět veřejné zakázky (procesních, personálních nebo organizačních auditů) realizovaných dodavatelem u veřejného zadavatele (nejlépe v organizacích veřejné správy) v posledních 3 letech s uvedením jejich rozsahu, čímž zadavatel nevymezil minimální úroveň tohoto kvalifikačního kritéria tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky. Podle výroku III. příkazu zadavatel nedodržel postup stanovený v § 56 odst. 7 písm. c) zákona, neboť v rámci technických kvalifikačních předpokladů požadoval s odkazem na § 56 odst. 2 písm. b) zákona, aby člen realizačního týmu projektový manažer vedl minimálně 5 obdobných zakázek pro veřejného zadavatele, čímž zadavatel nevymezil minimální úroveň tohoto kvalifikačního kritéria tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky.
6. Výrokem IV. příkazu uložil Úřad zadavateli pokutu ve výši 50 000 Kč podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona s odůvodněním, že zadavatel svým postupem naplnil skutkovou podstatu správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
7. Proti příkazu podal zadavatel dne 30. 9. 2015 odpor.

II. **Napadené rozhodnutí**

8. Dne 13. 11. 2015 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0629/2015/VZ-39437/2015/522/DMA (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým ve výroku I. rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 56 odst. 6 zákona, když v bodě 5.1.4 zadávací dokumentace stanovil požadavek na předložení certifikátu systému managementu bezpečnosti informací v organizaci (např.: ČSN ISO/IEC 27001:2006) vydaný akreditovanou osobou nebo jiného rovnocenného dokladu vydaného v členském státě EU, čímž rozšířil rozsah požadované kvalifikace nad rámec stanovený zákonem, přičemž tím mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem.
9. Výrokem II. Úřad rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 56 odst. 7 písm. c) zákona, neboť v rámci technických kvalifikačních předpokladů požadoval s odkazem na § 56 odst. 2 písm. a) zákona předložení seznamu významných služeb obdobného charakteru jako je předmět veřejné zakázky (procesních, personálních nebo organizačních auditů) realizovaných

dodavatelem u veřejného zadavatele (nejlépe v organizacích veřejné správy) v posledních 3 letech s uvedením jejich rozsahu, čímž zadavatel nevymezil minimální úroveň tohoto kvalifikačního kritéria tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, přičemž tím mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem.

10. Výrokem III. Úřad rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 56 odst. 7 písm. c) zákona, neboť v rámci technických kvalifikačních předpokladů požadoval s odkazem na § 56 odst. 2 písm. b) zákona, aby člen realizačního týmu projektový manažer vedl minimálně 5 obdobných zakázek pro veřejného zadavatele, čímž zadavatel nevymezil minimální úroveň tohoto kvalifikačního kritéria tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, přičemž tím mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem.
11. Za spáchání správních deliktů uvedených ve výrocích I. až III. napadeného rozhodnutí byla podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona Úřadem uložena zadavateli výrokem IV. napadeného rozhodnutí pokuta ve výši 50 000 Kč.

III. Námitky rozkladu

12. Dne 30. 11. 2015 obdržel Úřad rozklad zadavatele z téhož dne proti napadenému rozhodnutí. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 18. 11. 2015. Zadavatel podal rozklad v zákonné lhůtě.
13. Zadavatel v rozkladu namítá, že se nedopustil žádného ze správních deliktů uvedených ve výrocích I., II. a III. napadeného rozhodnutí, a proto není zákonný důvod k uložení pokuty uvedené ve výroku IV. napadeného rozhodnutí.
14. K výroku I. napadeného rozhodnutí zadavatel uvádí, že se neztotožňuje se závěrem Úřadu, že se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, když v bodě 5. 1. 4. zadávací dokumentace stanovil požadavek na předložení certifikátu systému managementu bezpečnosti informací v organizaci (např.: ČSN ISO/IEC 27001:2006), čímž měl rozšířit rozsah požadované kvalifikace nad rámec stanovený zákonem a mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Dle zadavatele požadavek na předložení certifikátu systému managementu bezpečnosti informací v organizaci - ČSN ISO/IEC 27001:2006 - představoval pouze jednu z variant, jakým způsobem mohli uchazeči splnění tohoto kvalifikačního předpokladu prokázat.
15. Zadavatel uvádí, že zákon nestanovuje, co je možné považovat za certifikát systému řízení jakosti. Dle zadavatele za něj nelze považovat pouze České technické normy řady ČSN EN ISO 9000, neboť ty jsou uvedeny pouze v poznámce pod čarou vztahující se k § 56 odst. 4 zákona. Zadavatel uvádí, že takto vymezená poznámka pod čarou nemá normativní charakter a není tedy součástí českého právního řádu.
16. Zadavatel trvá na tom, že požadovaný certifikát systému managementu bezpečnosti informací v organizaci je možné považovat za certifikát systému řízení jakosti a s tímto přesvědčením pak zadavatel podřadil požadavek na uvedený certifikát právě pod § 56 odst. 4 zákona.

17. Zadavatel dále uvádí, že mezinárodní norma ISO/IEC 27001:2005 (ČSN ISO/IEC 27001:2006) definuje požadavky na zavedení systému řízení bezpečnosti informací. ISO 27001 pomáhá identifikovat, řídit a minimalizovat hrozby zneužití důvěrných informací. Na základě popisu obsahu certifikátu systému managementu bezpečnosti informací je možné dovodit, že jejím obsahem je taktéž ověření jakosti určitých vnitřních procesů.
18. Zadavatel namítá, že při stanovení kvalifikačních předpokladů postupoval tak, aby měl jistotu, že plnění veřejné zakázky bude zabezpečovat takový dodavatel, který disponuje potřebnými znalostmi a mechanismy v oblasti bezpečnosti informací a plnění tak bude realizováno bez zvýšených rizik.
19. Zadavatel dále namítá, že v době zahájení zadávacího řízení neměl žádné indicie, které by nasvědčovaly tomu, že není možné pro prokázání systému řízení jakosti požadovat taktéž předložení certifikátu systému managementu bezpečnosti informací.
20. Zadavatel je toho názoru, že požadavek na certifikát systému managementu bezpečnosti informací byl v době zahájení zadávacího řízení standardním požadavkem, který byl pro prokázání kvalifikačních předpokladů vyžadován u zakázek s obdobným předmětem, neboť § 56 odst. 4 zákona byl v té době vykládán tímto způsobem, přičemž žádné výkladové stanovisko Ministerstva pro místní rozvoj ani Úřadu, anebo rozhodnutí Úřadu či soudu nepripouštěli nemožnost tohoto výkladu.
21. Zadavatel dále uvádí, že žádné z rozhodnutí Úřadu citovaných v napadeném rozhodnutí nebylo vydáno v době zahájení zadávacího řízení a nelze tedy po zadavateli požadovat jeho znalost.
22. Zadavatel v rozkladu odkazuje na rozhodnutí Úřadu sp. zn. ÚOHS-S407/2010/VZ, z něhož, jak uvádí zadavatel, vyplývá, že je v některých případech možné požadavek na doložení certifikátu ISO 27001:2006, s ohledem na předmět veřejné zakázky, považovat za opodstatněný.
23. Zadavatel uvádí, že při zadání šetřené veřejné zakázky postupoval v souladu s platnými právními předpisy a aktuální rozhodovací praxí Úřadu a soudů.
24. Zadavatel dále namítá liberační důvod při stanovení sankce, kterým může být právě skutečnost, že v době zadávání veřejné zakázky nebylo žádné rozhodnutí Úřadu týkající se totožné problematiky pravomocné a zadavatel tak nemohl zhodnotit svůj postup při zadávání veřejné zakázky.
25. K výrokům II. a III. napadeného rozhodnutí zadavatel namítá, že se nedopustil správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 56 odst. 7 písm. c) zákona, když v rámci technických kvalifikačních předpokladů požadoval s odkazem na § 56 odst. 2 písm. a) zákona předložení seznamu významných služeb obdobného charakteru jako je předmět veřejné zakázky (procesních, personálních nebo organizačních auditů) realizovaných dodavatelem u veřejného zadavatele (nejlépe v organizacích veřejné správy) a v rámci technických kvalifikačních předpokladů dle § 56 odst. 2 písm. b) zákona požadoval, aby člen realizačního týmu projektový manažer vedl minimálně 5 obdobných zakázek pro veřejného zadavatele, čímž zadavatel nevymezil minimální úroveň tohoto kvalifikačního kritéria tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky.

26. K výše uvedenému zadavatel dále namítá, že vzhledem k odlišné legislativě veřejného sektoru oproti soukromému sektoru není pro zadavatele dostatečné porovnávat provedení auditu v organizaci veřejného zadavatele a jiných subjektů, neboť jednotlivá prostředí nejsou vždy srovnatelná.
27. Zadavatel dále namítá závěr Úřadu, že kdyby zadavatel omezil kvalifikační předpoklad pouze na subjekty veřejné správy či požadoval pouze zakázky obdobného rozsahu bez podrobnější specifikace, u kterého subjektu byly realizovány, nedošlo by k omezení hospodářské soutěže. Zadavatel však považuje případné omezení pouze na subjekty veřejné správy za diskriminační a neodůvodněné, neboť obdobné plnění mohou splňovat i jiní veřejní zadavatelé.
28. Stejně vymezil zadavatel i svůj požadavek na zkušenosti jednotlivých členů realizačního týmu, neboť pokud je nezbytné, aby měl dodavatel zkušenosti s auditem prováděným ve specifickém prostředí, musí tuto zkušenost mít také jednotliví členové realizačního týmu, jež se budou podílet na plnění veřejné zakázky.

Závěr rozkladu

29. Zadavatel požaduje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí v celém rozsahu zrušil.

IV. Řízení o rozkladu

30. Úřad neshledal důvody pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), a v souladu s ustanovením § 88 odst. 1 téhož zákona postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.
31. Dne 23. 2. 2017 bylo vydáno usnesení k vyjádření se k podkladům napadeného rozhodnutí č. j. ÚOHS-R0398/2015/VZ-06560/2017/322/LKa, jímž bylo zadavateli oznámeno, že v řízení o rozkladu byl pořízen nový listinný důkaz, a to stanovisko Českého institutu pro akreditaci, o.p.s., IČO 25677675, se sídlem Olšanská 54/3, 130 00 Praha 3 (dále jen „**ČIA**“) ze dne 15. 11. 2016, které je rozhodné pro zodpovězení otázky, zda lze certifikát prokazující zavedení systému managementu bezpečnosti informací v organizaci (např. ČSN ISO/IEC 27001:2006) podřadit pod kategorii certifikátů řízení jakosti.
32. Dne 1. 3. 2017 obdržel Úřad vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutí z téhož dne. Zadavatel v tomto podání Úřadu sdělil, že bere na vědomí stanovisko ČIA, avšak trvá na tom, že nelze klást zadavateli k tíži rozhodovací praxi Úřadu, která nebyla známa v době zahájení veřejné zakázky a dále opakuje námitky již uvedené v rozkladu proti napadenému rozhodnutí.

Stanovisko předsedy Úřadu

33. 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 přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
34. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je uvedeno výše, rozhodl správně a v souladu s právními předpisy. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou

v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k potvrzení napadeného rozhodnutí a zamítnutí rozkladu zadavatele.

V. K námitkám rozkladu

K výroku I. napadeného rozhodnutí

35. Podstatou argumentace zadavatele je námitka brojící proti závěru Úřadu, že zákon nestanovuje, co je možné považovat za certifikát systému řízení jakosti. Zadavatel trvá na tom, že jím požadovaný certifikát systému managementu bezpečnosti informací v organizaci je možné považovat za certifikát systému řízení jakosti, přičemž s tímto přesvědčením zadavatel požadavek na tento certifikát podřadil právě pod § 56 odst. 4 zákona.
36. V souladu s § 16 zákona č. 22/1997 Sb., o technických požadavcích na výrobky a o změně a doplnění některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů, o udělení akreditace rozhoduje akreditační orgán.
37. Dle § 15 odst. 1 citovaného zákona může Ministerstvo průmyslu a obchodu rozhodnutím pověřit k výkonu působnosti akreditačního orgánu pouze jednu právnickou osobu. Dle § 15 odst. 4 citovaného zákona zveřejní Ministerstvo průmyslu a obchodu rozhodnutí o pověření k provádění akreditace a rozhodnutí o změně nebo zrušení tohoto rozhodnutí ve formě sdělení ve Sbírce zákonů. Uvedené vyplývá i z nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 765/2008 ze dne 9. 7. 2008, kterým se stanoví požadavky na akreditaci a dozor nad trhem týkající se uvádění výrobků na trh a kterým se zrušuje nařízení (EHS) č. 339/93, ve znění opravy vyhlášené v Úředním věstníku Evropské unie dne 3. července 2015 (dále jen „**nařízení EP a Rady (ES) č. 765/2008**“), které mimo jiné stanoví, že pokud akreditaci neprovádějí přímo orgány veřejné moci, svěří členské státy provádění akreditace vnitrostátnímu akreditačnímu orgánu jako činnost orgánu veřejné moci a formálně ho uznají.
38. V České republice tak působí ČIA jako jediný formálně uznaný vnitrostátní akreditační orgán, oprávněný provádět akreditaci v souladu s nařízením EP a Rady (ES) č. 765/2008, a to na základě pověření ČIA dle § 15 odst. 1 citovaného zákona k provádění akreditace rozhodnutím Ministerstva průmyslu a obchodu č. 190/2010 ze dne 29. 10. 2010 a rozhodnutím ministra průmyslu a obchodu č. 319/2009 ze 17. 12. 2009 o notifikaci ČIA Komisí ES.
39. V souladu s právní úpravou tak provádí ČIA akreditaci v rozsahu specifikovaném zakládací listinou a pověřením Ministerstva průmyslu a obchodu jako činnost orgánu veřejné moci (v intencích citovaného nařízení), tedy prostřednictvím správního řízení nebo s využitím veřejnoprávní smlouvy o akreditaci.
40. Úřad v rámci jiného řízení vedeného pod sp. zn. S0226/2013/VZ požádal přípisem č. j. ÚOHS-S226/2012/VZ-45204/2016/511/JNv ze dne 9. 11. 2016 ČIA jako věcně příslušný národní akreditační orgán o sdělení jednoznačného stanoviska k otázce: „*Lze certifikát prokazující zavedení systému managementu bezpečnosti informací v organizaci (např. ČSN ISO/IEC 27001:2006) podřadit pod kategorii certifikátů řízení jakosti?*“
41. Dne 16. 11. 2016 Úřad obdržel stanovisko ČIA ze dne 15. 11. 2016, ve kterém ČIA uvádí, že na otázku Úřadu v přípisu ze dne 9. 11. 2016 jednoznačně sděluje „*Nikoliv*“, přičemž uvedl

následující poznámky: >>Mezinárodní norma ISO/IEC 27001 Informační technologie – Bezpečnostní techniky – Systémy řízení bezpečnosti informací – Požadavky spadá do řady norem pod označením ISO/IEC 270XX. Kořenovou normou je norma ISO/IEC 27000 Informační technologie – Bezpečnostní techniky – Systémy řízení bezpečnosti informací – Přehled a slovník. Jak už z názvu vyplývá, jedná se o systémy řízení bezpečnosti informací, nikoliv jakosti. Cílem zavedení a následné certifikace podle této normy tedy není jakost/kvalita produktu nebo služby, tak jako v případě normy ČSN EN ISO 9001: 2016 Systémy managementu kvality – Požadavky, ale zabezpečení důvěrnosti, integrity a dostupnosti informací. Základním cílem pak je chránit informační aktiva organizace, aby se informace nedostaly do nesprávných rukou nebo aby nedošlo k jejich ztrátě. V této souvislosti s Vaším dotazem si však dovoluujeme upozornit na několik nepřesností ve formulaci otázky.

1) ČSN ISO/IEC 27001:2006 je od 1. 10. 2014 neplatná a byla nahrazena aktuálně platnou normou ČSN ISO/IEC 27001:2014.

2) Pojem „jakost“ je normou ČSN EN ISO 9000:2006 Systémy managementu kvality – Základní principy a slovník definován jako vývojově zastaralý a preferovaným pojmem je „kvalita“.<<

42. Podle § 56 odst. 4 zákona, je-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky, může zadavatel v rámci prokázání technických kvalifikačních předpokladů požadovat předložení „certifikátu systému řízení jakosti“. K pojmu „jakost“ uvádím, že dle stanoviska ČIA ze dne 15. 11. 2016 je sice uvedený pojem normou ČSN EN ISO 9000:2006 definován jako zastaralý a preferovaným pojmem je „kvalita“, nicméně se dále v tomto rozhodnutí budu držet terminologie používané zákonem v rozhodném znění, tj. „jakost“.
43. S ohledem na závěry stanoviska ČIA ze dne 15. 11. 2016 nelze certifikát prokazující zavedení systému managementu bezpečnosti informací v organizaci podřadit pod kategorii certifikátů systému řízení jakosti, přičemž cílem zavedení této normy není jakost, resp. kvalita produktu, ale ochrana informačních aktiv organizace.
44. S ohledem na výše uvedené zjištění konstatuji, že certifikát prokazující zavedení systému managementu bezpečnosti informací v organizaci nelze podřadit pod skupinu certifikátů systému řízení jakosti, a tedy nejde o certifikát, který byl zadavatel oprávněn požadovat v souladu s § 56 odst. 4 a 6 zákona.
45. Dále uvádím, že pojem „jakost“ nelze vykládat odděleně, ale s ohledem na jazykový výklad ustanovení § 56 odst. 4 zákona v kontextu sousloví „certifikát systému řízení jakosti“. Z uvedeného vyplývá, že je-li toto sousloví standardně vykládáno tak, že certifikát managementu bezpečnosti informací není certifikátem systému řízení jakosti, není zadavatel takový certifikát oprávněn k prokázání kvalifikace požadovat.
46. Zákon v § 56 uvádí taxativní výčet možností, které může zadavatel požadovat za účelem prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů, a zadavatel tedy není oprávněn požadovat po dodavatelích prokázání technických kvalifikačních předpokladů způsobem odlišným od znění zákona. Zadavatel tedy nemůže od dodavatelů požadovat předložení jiných, než v zákoně uvedených dokladů či forem prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů. Pouze zákonem vyjmenované technické kvalifikační předpoklady je zadavatel oprávněn uvést jako požadavek v zadávacích podmínkách.

47. K námitce zadavatele, že v době zahájení předmětného správního řízení neměl žádné indicie, které by nasvědčovaly tomu, že není možné pro prokázání systému řízení jakosti požadovat taktéž předložení certifikátu managementu bezpečnosti informací a že rozhodnutí uvedená Úřadem v napadeném rozhodnutí nebyla vydána, ani nenabyla právní moci v době zahájení tohoto správního řízení, tudíž nelze po zadavateli spravedlivě požadovat jejich znalost, uvádím následující.
48. V rámci dřívější rozhodovací praxe Úřadu byl akceptován právní názor, resp. výklad, podle něhož výčet technických kvalifikačních předpokladů je taxativní a nelze jej tedy rozšířit o požadavek na certifikát managementu bezpečnosti informací. Pramenem práva je samotný zákon a nikoliv jeho výklad. Zákon přitom v době zahájení šetřeného zadávacího řízení v § 56 odst. 4 výslovně stanovil, že zadavatel může k prokázání technických kvalifikačních předpokladů požadovat předložení toliko certifikátu systému řízení jakosti. Skutečnost, že rozhodnutí, v němž Úřad konstatoval, že certifikát systému managementu bezpečnosti informací k prokázání technických kvalifikačních předpokladů požadovat nelze, bylo vydáno až po ukončení nyní posuzovaného zadávacího řízení, tedy není pro vyslovení závěru o nezákonnosti postupu zadavatele relevantní.
49. Za nedodržení postupu stanoveného zákonem pro zadání veřejné zakázky je odpovědný zadavatel. Zadavatel měl vynaložit veškeré úsilí, které po něm bylo možné požadovat, aby porušení právní povinnosti zabránil. Skutečnost, že v době zahájení předmětného zadávacího řízení neměl zadavatel k dispozici „indicii“ v podobě ustálené rozhodovací praxe Úřadu k dané problematice, ho nezbujuje odpovědnosti za spáchání správního deliktu. Pokud bych měl přistoupit na výklad zadavatele, pak jakýkoliv požadavek, který není „prejudikován“ Úřadem či soudem, by musel být do té doby považován za zákonný.
50. K námitce zadavatele, že Úřad ve svém rozhodnutí č. j. ÚOHS-S407/2010/VZ-3700/2011/520/DŘI ze dne 20. 5. 2011 naopak konstatoval, že v některých případech je možné požadavek na doložení certifikátu ISO 27001:2006 s ohledem na předmět veřejné zakázky požadovat za opodstatněný, uvádím, že v tamním případě byl zadavatel v postavení sektorového zadavatele, a proto se v souladu s § 2 odst. 7 zákona pro posouzení postupu zadavatele v šetřeném případě použijí ustanovení zákona vztahující se na sektorové zadavatele. Právní úprava problematiky požadavků sektorového zadavatele na prokazování kvalifikace dodavatelů se přitom oproti právní úpravě požadování kvalifikace u veřejných zadavatelů vyznačuje značnou volností. Při respektování požadavků na zachování přiměřenosti požadavků na kvalifikaci a možnosti objektivního posouzení kvalifikace dodavatele je do značené míry ponecháno na uvážení sektorového zadavatele, jaké kvalifikační požadavky bude po dodavatelích požadovat. Z ustanovení § 63 odst. 1 zákona pak vyplývá, že je sektorový zadavatel oprávněn stanovit jakékoliv objektivní požadavky, které umožňují objektivní posouzení kvalifikace dodavatele. Požadavky sektorového zadavatele se tedy nemusí ani zčásti krýt s katalogem požadavků uvedených § 53 až 56 zákona, jež platí pro zadavatele veřejného. S ohledem na uvedené, tak není odkaz zadavatele na uvedené rozhodnutí Úřadu v právě posuzované věci relevantní.
51. Námitkou zadavatele, že liberačním důvodem při stanovení sankce může být skutečnost, že v době zadávání veřejné zakázky nebylo žádné rozhodnutí Úřadu týkající se této problematiky pravomocné a zadavatel tudíž nemohl zhodnotit svůj postup při zadávání

veřejné zakázky, se budu zabývat níže v rámci přezkoumání výroku IV. napadeného rozhodnutí.

52. Závěrem k výroku I. napadeného rozhodnutí shrnuji, že jelikož se v případě dokladu prokazujícího zavedení systému managementu bezpečnosti informací v organizaci, vydaného akreditovanou osobou, nejedná o certifikát systému řízení jakosti vydaný podle českých technických norem (který zákon umožňuje v odůvodněných případech jako podmínku splnění kvalifikace v zadávacích podmínkách stanovit), nebyl zadavatel ze zákona oprávněn tento doklad, nebo i jiný rovnocenný doklad vydaný v členském státě Evropské unie, v rámci požadavku na technické kvalifikační předpoklady požadovat jako podmínku splnění technických kvalifikačních kritérií dodavatele. V uvedeném případě tak zadavatel postupoval v rozporu se zákonem.
53. K nedodržení postupu stanoveného zákonem jsem se vyjádřil již výše. Vzhledem k tomu, že zadavatelův požadavek na certifikaci byl shledán rozporným se zákonem, bylo třeba posoudit v souladu s § 120 odst. 1 písm. a) zákona, zda zadavatel tímto svým postupem podstatně ovlivnil či mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
54. V rozsudku ze dne 28. 6. 2016, č. j. 4 As 61/2016 – 34, se Nejvyšší správní soud zabýval deliktem dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách ve znění do 31. 12. 2009 (zadavatel se 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). Mezi tímto zněním a zněním účinným od 1. 1. 2010 není podstatného rozdílu, lze proto z níže citovaných závěrů uvedených v tomto rozsudku plně vycházet.
55. Z výše citovaného rozsudku Nejvyššího správního soudu vyplývá, že Úřad při rozhodování o spáchání správního deliktu (dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona) ve formě ohrožovacího správního deliktu nemusí zevrubně prokazovat, že v inkriminované době existoval konkrétní dodavatel, který se předmětného výběrového řízení nemohl zúčastnit (prvek alespoň potencionálního ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky). V rozsudku je dále konstatováno, že: *„[v] takovém případě by totiž stěžovatel [Úřad] fakticky neprokazoval ohrožení výběru nejvhodnější nabídky, ale již samotné v reálu skutečné porušení povinnosti vybrat nejvhodnější nabídku. Jak totiž Krajský soud v Brně v rozsudcích ze dne 26. 9. 2012, č. j. 31 Af 23/2012 – 40, a ze dne 20. 3. 2012, č. j. 62 Af 58/2010 – 159, správně uvedl, skutková podstata předmětného správního deliktu zahrnuje jak poruchový, tak i ohrožovací delikt. V případě, že správní orgán, tedy stěžovatel, shledá, že se v daném případě jedná o ohrožovací formu správního deliktu, nelze faktický vznik škody z logiky věci nijak prokazovat. Pokud by totiž správní orgán toto ohrožení právem chráněného zájmu blíže prokazoval, ve skutečnosti by jeho dokazování směřovalo k tomu, do jaké míry došlo ke skutečné poruše u tohoto právem chráněného zájmu, v konkrétní věci, zda tu skutečně byla výhodnější nabídka jiného dodavatele, který od jejího podání ustoupil pouze z důvodu chybného stanovení kvalifikačních předpokladů. Nejvyšší správní soud se v tomto směru ztotožňuje s názorem stěžovatele, že takové dokazování by bylo nepřiměřeně obtížné či přímo někdy i nemožné, neboť by bylo nutné oslovit blíže neurčený okruh jiných dodavatelů nacházejících se často na velkém území. Takové dokazování by proto bylo často za hranicí možností správního orgánu a mohlo by vést k nemožnosti účinného postihování porušení povinností zadavatelů dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ.“* Obdobně uzavřel Nejvyšší

správní soud v rozsudku ze dne 18. 8. 2016, č. j. 9 As 63/2016-43, že: „stěžovatel [Úřad] není u ohrožovací formy správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách (nezákonným postupem zadavatele mohl být ovlivněn výběr nejvhodnější nabídky) povinen prokazovat, že zde existoval konkrétní dodavatel, který by se, nebýt pochybení zadavatele, zadávacího řízení zúčastnil a mohl podat výhodnější nabídku. Postačí, aby stěžovatel [Úřad] v rozhodnutí učinil kvalifikovanou úvahu, z níž bude logickým a srozumitelným způsobem vyplývat, proč v důsledku pochybení zadavatele mohlo dojít k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, tj. k ohrožení soutěže o veřejnou zakázku.“ Obdobně se vyjádřil již Krajský soud v Brně v rozsudcích ze dne 26. 9. 2012, č. j. 31 Af 23/2012 – 40, a ze dne 20. 3. 2012, č. j. 62 Af 58/2010 – 159.

56. Z uvedené judikatury tedy vyplývá, že v případě, že se bude jednat o ohrožovací delikt, není Úřad povinen prokazovat existenci konkrétního dodavatele, který se zadávacího řízení nemohl zúčastnit, resp. nezúčastnil kvůli tomu, že zadavatel porušil zákon, ale postačí, že je zde reálná možnost, že takový dodavatel existuje. Pro konstatování porušení zákona tedy postačuje, že k podstatnému ovlivnění dojít mohlo. Není třeba prokazovat, že pochybením zadavatele skutečně k podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky došlo.

57. S ohledem na uvedené a vzhledem k tomu, že zadavatel nepřipustně rozšířil rozsah požadované kvalifikace nad rámec zákona, mohl mít tento postup zadavatele podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky, neboť zadavatel de facto zúžil okruh potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku.

K výrokům II. a III. napadeného rozhodnutí

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

59. K prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na služby může veřejný zadavatel podle § 56 odst. 2 písm. a) zákona 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.

60. V bodu 5.1.4. zadávací dokumentace k veřejné zakázce zadavatel stanovil, že technické kvalifikační požadavky podle § 56 zákona splní uchazeč, který předloží podle § 56 odst. 2 písm. a) zákona seznam významných služeb obdobného charakteru jako je předmět veřejné zakázky (procesních, personálních nebo organizačních auditů) realizovaných dodavatelem u veřejného zadavatele (nejlépe v organizacích veřejné správy) v posledních 3 letech s uvedením jejich rozsahu a doby poskytnutí.

61. Podle § 56 odst. 2 písm. b) zákona může veřejný zadavatel požadovat k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na služby seznam techniků či technických útvarů, jež se budou podílet na plnění veřejné zakázky, a to zejména techniků či technických útvarů zajišťujících kontrolu jakosti, bez ohledu na to, zda jde o zaměstnance dodavatele nebo osoby v jiném vztahu k dodavateli.
62. Zadavatel požadoval s odkazem na § 56 odst. 2 písm. b) zákona pod bodem 5.1.4 zadávací dokumentace k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů předložení seznamu techniků, konkrétně předložení jmenovitého přehledu osob realizačního týmu, kteří budou splňovat požadavky specifikované v následujícím bodu odůvodnění tohoto rozhodnutí.
63. Stěžejní otázkou (a tedy předmětem správního řízení) je jednak to, zda je minimální úroveň technického kvalifikačního předpokladu, v rámci něhož požadoval zadavatel doložit seznam významných služeb obdobného charakteru jako je předmět veřejné zakázky „realizovaných dodavatelem u veřejného zadavatele“ stanovena tak, aby odpovídala druhu rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, resp. zda skutečnost, že uchazeč v minulosti realizoval určitý počet zakázek výhradně pro veřejného zadavatele, prokazuje, že je schopen předmět veřejné zakázky řádně splnit. A dále, zda požadavek zadavatele na člena realizačního týmu - projektového manažera, jež je formulován následujícím způsobem: „*praxe 10 let v oblasti procesního, organizačního, funkčního, nebo personálního poradenství + vedení min. 5 obdobných zakázek z pozice projektového manažera pro veřejného zadavatele, ...*“, je koncipován tak, aby odpovídal druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, resp. zda skutečnost, že uchazeč disponuje v seznamu techniků osobou, která vedla minimálně 5 obdobných zakázek pro „veřejného zadavatele“, prokazuje, že je schopen předmět veřejné zakázky řádně splnit. Jinými slovy zadavatelem zvolený technický kvalifikační předpoklad spočívající v předložení referenčních zakázek realizovaných výhradně pro veřejného zadavatele by měl být objektivně zdůvodnitelný, přičemž by měl mít za cíl snížit pravděpodobnost, že by k realizaci díla byl vybrán subjekt, který by nebyl schopen stanovený předmět veřejné zakázky splnit v požadovaném termínu, kvalitě a ceně.
64. V obecné rovině nejprve uvádím, že 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. Zadavatel však také může nezákonným stanovením požadavků na prokázání splnění kvalifikace, výrazným způsobem ovlivnit okruh dodavatelů a omezit účast v zadávacím řízení těm dodavatelům, kteří by jinak byli schopni předmět veřejné zakázky řádně splnit.
65. V souvislosti s výše uvedeným odkazuji na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 9 Afs 87/2008-81 ze dne 9. 7. 2009, podle kterého musí zadavatel vždy „...pečlivě vážit, jaké minimální kvalifikační požadavky jsou pro provedení veřejné zakázky nezbytné. Musí se přitom vyvarovat těch požadavků, které s předmětem veřejné zakázky nesouvisí věcně či bezprostředně (...) Stanovení kvalifikačních kritérií proto může omezit výběr potenciálních dodavatelů, to je však možné pouze tehdy, je-li to odůvodněno objektivními okolnostmi, navíc tyto požadavky musí být vždy přiměřené druhu, rozsahu a složitosti veřejné zakázky.“

66. Úřad se v napadeném rozhodnutí nejprve vypořádal s charakterem státní, resp. celé veřejné správy a soukromého sektoru a zákonným pojmem „veřejný zadavatel“. Dospěl přitom k závěru, že pojem „veřejný zadavatel“ je velice široký a zahrnuje velké množství subjektů, které se od sebe liší svojí velikostí, organizační strukturou, předmětem činnosti, účelem, pro který byly zřízeny, svým fungováním, potřebami apod., přičemž uzavřel, že mnozí veřejní zadavatelé se povahou svojí činnosti spíše než státní správě blíží komerčním subjektům.
67. K námitce zadavatele, že vzhledem k odlišné legislativě veřejného sektoru oproti sektoru soukromému není pro zadavatele dostatečné porovnávat provedení auditu v organizaci veřejného zadavatele a jiných subjektů, neboť jednotlivá prostředí nejsou vždy srovnatelná uvádím, že naprosto shodnou námitku uplatnil zadavatel již v odporu podaném proti příkazu Úřadu, přičemž Úřad se s ní v napadeném rozhodnutí vypořádal v bodu 51. a násl. Úřad správně konstatoval, že část veřejných zadavatelů může mít z hlediska vnitřního uspořádání a fungování i soukromoprávní charakter, resp. že se mnozí veřejní zadavatelé povahou své činnosti spíše než státní správě blíží komerčním subjektům (např. veřejné zdravotní pojišťovny). Ve vztahu k druhu, rozsahu a složitosti veřejné zakázky se jeví jako neodůvodněné vyřazení těch dodavatelů, kteří mají předchozí zkušenost s realizací obdobných zakázek pro soukromoprávní subjekty, když zkušenosti s jejich realizací např. právě pro veřejné zdravotní pojišťovny (svou povahou odpovídající spíše soukromému sektoru) by byly považovány za vyhovující.
68. Úřad správně výrokem II. a III. napadeného rozhodnutí konstatoval, že zadavatel nevymezil minimální úroveň kvalifikačního kritéria, tak aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, avšak ne zcela přesná formulace v odůvodnění napadeného rozhodnutí *„rozšířením“ kvalifikačního požadavku na veřejné zakázky realizované pro všechny veřejné zadavatele*, mohla působit pro zadavatele zmatečně, když tento pak v rozkladu namítá, že vyloučení veřejných zadavatelů, kterými jsou orgány státní správy a samosprávy, by bylo diskriminační a neodůvodněné, přičemž v této souvislosti zadavatel odkazuje na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S056/2008-03935/2008/520-EM ze dne 7. 3. 2008 potvrzené rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R080/2008/02-21356/2008/310Ku ze dne 3. 11. 2008. K výše uvedené námitce konstatuji, že tato není důvodná. Námitka zadavatele směřuje právě proti citovaným rozhodnutím, nikoliv proti napadenému rozhodnutí.
69. Úřad zadavateli nevytýkal „šírokost“ stanovení kvalifikačního požadavku (jak by mohlo nesprávně vyplývat z formulace „rozšíření kvalifikačního požadavku na veřejné zakázky realizované pro všechny veřejné zadavatele“). Úřad naopak zadavateli vytýkal, že „zúžil (omezil)“ kvalifikační předpoklady pouze na zkušenosti s obdobnými zakázkami realizovanými pouze pro veřejné zadavatele, když stejně dobře mohou veřejnou zakázku plnit i dodavatelé se zkušenostmi s realizací zakázek s předmětem plnění obdobným veřejné zakázce pro soukromoprávní subjekty.
70. Zadavatel neodůvodněně stanovením kvalifikačních předpokladů vyřadil dodavatele, kteří mají zkušenost s realizací obdobných zakázek pro soukromoprávní subjekty, když tito dodavatelé mohou stejně tak dobře provést zhodnocení stávajícího stavu řízení lidských zdrojů a potřebných kapacit a provést analýzu současného stavu personálního řízení, která se nijak podstatně neliší u soukromých a veřejných subjektů (zadavatelů). Přičemž nelze ani přisvědčit námitce zadavatele, že by se lišila legislativa veřejného sektoru oproti

soukromému, když zadavatel tuto svoji úvahu nijak nerozvedl a není tudíž zřejmé, jak by měla legislativa veřejného sektoru ovlivňovat řízení lidských zdrojů.

71. Cílem Úřadu v odůvodnění napadeného rozhodnutí nebylo zadavateli vytýkat, že nevyločil určitý okruh „veřejných zadavatelů“, ale to, že vyloučil soukromoprávní subjekty, které se mohou stejným způsobem podílet na plnění veřejné zakázky.
72. K námitce zadavatele, že požadavek na zkušenosti jednotlivých členů realizačního týmu stanovil analogicky k požadavku na předložení seznamu významných služeb poskytovaných pouze pro veřejné zadavatele, plně odkazuji na závěry Úřadu učiněné v bodě 63. napadeného rozhodnutí. Při posouzení požadavku zadavatele podle § 56 odst. 2 písm. a) zákona na seznam významných služeb obdobného charakteru jako je předmět veřejné zakázky, nelze dojít k jinému závěru, než že vymezení požadavku pouze na veřejné zadavatele nenaplnuje svůj účel.
73. Z výše uvedených důvodů pak zadavatel zcela nedůvodně ze soutěže vyřadil ty dodavatele, kteří mají předchozí zkušenost s realizací obdobné zakázky, nicméně realizované v soukromé sféře.
74. V souvislosti se stanovením technického kvalifikačního předpokladu, a to požadavku na předložení seznamu významných služeb poskytovaných pouze pro veřejné zadavatele, dodávám, že poskytovat služby v oblasti vytvoření a implementace systému řízení lidských zdrojů jsou bezpochyby schopni na základě svých odborných zkušeností jak dodavatelé se zkušenostmi s realizací zakázek s předmětem plnění obdobným veřejné zakázce pro veřejné zadavatele, tak i pro soukromoprávní subjekty.
75. dodavatelé, kteří poskytují služby v oblasti vytvoření a implementace systému řízení lidských zdrojů, jsou bezpochyby schopni na základě svých odborných zkušeností poskytnout své služby nejenom veřejným zadavatelům, ale i jiným subjektům, kteří pod skupinu veřejných zadavatelů nespádají.
76. K námitce zadavatele, že žádný z potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku nepodal proti postupu zadavatele námitky, uvádím, že institut podání námitek upravený v § 110 zákona představuje možnost dodavatelů, kteří mají nebo měli zájem na získání veřejné zakázky, bránit se proti úkonům zadavatele v zadávacím řízení. Z uvedeného vyplývá, že toto ustanovení nezakládá dodavatelům povinnost tohoto postupu využít. Zároveň to také ale neznamená, že pokud dodavatelé tohoto svého práva nevyužijí, nemohl by Úřad v odůvodnění svého rozhodnutí konstatovat, že jednáním zadavatele v rozporu se zákonem vznikla či mohla vzniknout újma na právech dodavatelů. Využití či nevyužití práva podat námitky dle § 110 zákona nemá v zásadě nic společného s tím, zda v důsledku porušení zákona zadavatelem vznikla, resp. nevznikla či mohla, resp. nemohla vzniknout újma na právech dodavatelů.
77. Skutečnost, že se žádný z uchazečů proti postupu zadavatele nebránil prostřednictvím námitek, ještě neznamená, že žádnému z uchazečů nemohla vzniknout újma na jeho právech. Nelze totiž předjímat, z jakých důvodů žádný z uchazečů nevyužil tohoto svého práva. Je naopak odpovědností zadavatele, aby v zadávacím řízení postupoval v souladu se zákonem a za dodržení zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Úkolem Úřadu je pak vykonávat dohled nad postupem zadavatelů při zadávání veřejných

zakázek a i bez návrhu dodavatele, tj. z moci úřední ukládat nápravná opatření a rozhodovat o správních deliktech. Z těchto důvodů považuji tuto námitku zadavatele za nedůvodnou.

78. Pro úplnost okazuji na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 25. 11. 2015 sp. zn. 31 Af 194/2013, ve kterém soud jednoznačně uvedl, že *„závěr Úřadu o porušení zákona není podmíněn tím, aby jednotlivé úkony zadavatele byly již dříve v průběhu zadávacího řízení napadeny námitkami. Subjektem, který je nadán pravomocí rozhodovat o tom, zda se zadavatel dopustil porušení zákona o veřejných zakázkách, je výlučně žalovaný [Úřad], a může tak rozhodnout i z moci úřední.“*
79. Závěrem k výrokům II. a III. uvádím, že požadavek zadavatele na předložení seznamu významných služeb poskytovaných pouze pro veřejné zadavatele, stejně jako požadavek na zkušenosti člena realizačního týmu - projektového manažera (praxe 10 let v oblasti procesního, organizačního, funkčního, nebo personálního poradenství + vedení min. 5 obdobných zakázek z pozice projektového manažera pro veřejného zadavatele), lze shledat rozpornými se zákonem, a to z toho důvodu, že někteří z potenciálních dodavatelů mohli mít v tomto případě a priori znemožněnu účast v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, byť by předmět veřejné zakázky mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé splňující zadavatelem stanovené technické kvalifikační předpoklady. Nedodržení zákonem stanoveného postupu ze strany zadavatele mohlo ovlivnit počet obdržených nabídek, neboť nelze vyloučit, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem a přiměřeným způsobem stanovil požadavky na prokázání technických kvalifikačních předpokladů, mohl obdržet nabídky i od dalších uchazečů (dodavatelů, kteří mají předchozí zkušenost s realizací obdobné veřejné zakázky realizované v soukromé sféře), přičemž některá z nabídek mohla obsahovat výhodnější podmínky plnění pro zadavatele. V tomto smyslu tedy mohl postup zadavatele podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

K výroku IV. napadeného rozhodnutí

80. Vzhledem k tomu, že zadavatel v podaném rozkladu nevznášel žádné námitky proti výši nebo způsobu uložení pokuty, přezkoumal jsem rovněž výrok IV. napadeného rozhodnutí ve smyslu § 89 odst. 2 správního řádu z hlediska jeho zákonnosti a z hlediska zákonnosti postupu Úřadu, který jeho vydání předcházelo. Po přezkoumání tohoto výroku mám za to, že Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí správně vymezil horní hranici pro uložení pokuty v souladu s § 120 odst. 2 zákona a současně při určení výše pokuty přihlédl ke všemu, k čemu ve smyslu § 121 odst. 2 zákona přihlédnout měl, když posoudil jak závažnost a následky správního deliktu, způsob jeho spáchání, tak i okolnosti, za nichž byl správní delikt spáchán, přičemž své úvahy srozumitelně odůvodnil. Z dalších bodů odůvodnění napadeného rozhodnutí vyplývá, že Úřad postupoval v souladu se zásadou absorpce a správně přihlédl ke spáchání správních deliktů uvedených ve výrocih II. a III. napadeného rozhodnutí jako k přitěžujícím okolnostem při úvaze o určení výše pokuty zadavateli ve spojitosti se spácháním správního deliktu uvedeného ve výroku I. napadeného rozhodnutí.
81. V souvislosti s určením výměry pokuty poukazují na náleží Ústavního soudu Pl. ÚS 3/2002 ze dne 13. 8. 2002. Podle něj je při ukládání pokut vyloučen takový zásah do majetku podnikatele, v důsledku kterého by byla zničena majetková základna pro další podnikatelskou činnost. Nepřípustné jsou takové pokuty, jež mají likvidační charakter.

Ústavní soud se v nálezu Pl. ÚS 3/2002 ze dne 13. 8. 2002 zabýval ukládáním pokut právníky a fyzickým osobám podnikajícím. Závěr o nepřipustnosti pokut likvidačního charakteru tedy není přímo aplikovatelný i na ukládání pokut organizačních složek státu, tj. v tomto případě zadavateli. Zadavatel není zřízen nebo založen za účelem dosahování zisku podnikatelskou činností. V důsledku toho nemůže mít výše uložené pokuty likvidačního charakteru ve vztahu k podnikatelské činnosti ve smyslu nálezu Pl. ÚS 3/2002 ze dne 13. 8. 2002, potažmo ani k majetkové podstatě zadavatele „*pro další podnikatelské činnosti*“. Ve světle tohoto nálezu Ústavního soudu uvádím, že Úřad neporušil princip relativní rovnosti ani princip individualizace výše pokuty vzhledem k majetkovým poměrům zadavatele. Úřad přihlédl k majetkovým poměrům zadavatele správně a zákonně.

82. Úřad při stanovení výše pokuty přihlédl k ekonomické situaci zadavatele. Napadeným rozhodnutím byla zadavateli uložena pokuta ve výši 50 000 Kč. Uložením pokuty v této výši byly naplněny obě její funkce, tedy funkce preventivní i funkce represivní. Ani s ohledem na konkrétní okolnosti spáchání správního deliktu a s přihlédnutím k následkům spáchání správního deliktu a k nutnosti naplnění sankčních účinků, nepovažuji pokutu v této výši za nepřiměřenou.
83. Ve smyslu § 89 odst. 2 správního řádu jsem tedy přezkoumal zákonnost napadeného rozhodnutí ve všech jeho výrocích a jeho věcnou správnost v rozsahu vznesených námitek a současně jsem přezkoumal i zákonnost postupu Úřadu, když napadené rozhodnutí jsem shledal zákonným a věcně správným. Úřad ve správním řízení dostatečně zjistil skutkový stav věci tak, aby mohl posoudit, zda se v daném případě zadavatel dopustil spáchání správního deliktu. Současně Úřad všechny podklady pro vydání rozhodnutí řádně označil a uvedl závěry, které z těchto podkladů zjistil a které ho vedly k závěru, že byly splněny podmínky pro uložení sankce, přičemž zjištěný skutkový stav přezkoumal z hlediska naplnění zákonných ustanovení. Dále Úřad uvedl všechny právní normy, které v dané věci aplikoval a současně dostatečně odůvodnil jejich použití.

K posouzení z hlediska pozdější právní úpravy v průběhu tohoto řízení o rozkladu

84. Dne 1. 10. 2016 nabyl účinnosti zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „**ZZVZ**“).
85. Podle čl. 40 odst. 6 usnesení předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky (dále jen „**Listina**“) se trestnost činu posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán. Pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější. Shodný princip je vyjádřen i v § 2 odst. 1 zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**trestní zákoník**“). Toto pravidlo zakládá výjimku z jinak obecného zákazu retroaktivity trestních norem, která se uplatní v případě, kdy je pozdější právní úprava pro pachatele příznivější. Tato výjimka se dle konstantní judikatury Nejvyššího správního soudu aplikuje rovněž v oblasti správního trestání.
86. V souvislosti s citovaným článkem Listiny uvádím, že konstantní soudní judikatura (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 6 A 126/2002-27 ze dne 27. 10. 2004) dospěla k závěru, že „*[t]restání za správní delikty musí podléhat stejnému režimu jako trestání za trestné činy a v tomto smyslu je třeba vykládat všechny záruky, které se podle vnitrostátního práva poskytují obviněnému z trestného činu. Je totiž zřejmé, že rozhraničení*

mezi trestnými (a tedy soudem postižitelnými) delikty a delikty, které stíhají a trestají orgány exekutivy, je výrazem vůle suverénního zákonodárce; není odůvodněno přirozenoprávními principy, ale daleko spíše je výrazem trestní politiky státu (...) Pro české právo to pak znamená, že i ústavní záruka článku 40 odst. 6 Listiny o tom, že je nutno použít pozdějšího práva, je-li to pro pachatele výhodnější, platí jak v řízení soudním, tak v řízení správním (...) Přijetí tohoto principu pak znamená, že nelze trestat podle starého práva v době účinnosti práva nového, jestliže nová právní úprava konkrétní skutkovou podstatu nepřevzala; analogicky to platí i tehdy, jestliže nová právní úprava stanoví mírnější sankce za stejné jednání“. K totožnému závěru dospěl Nejvyšší správní soud též v rozsudku č. j. 8 Afs 17/2007-135 ze dne 31. 5. 2007 a dalších.

87. K posouzení příznivější právní úpravy ve vztahu ke konkrétním okolnostem případu uvádím následující. Deliktní odpovědnost zadavatele konstatovaná výrokem I. napadeného rozhodnutí se opírá o závěr Úřadu, že v daném případě zadavatel nedodržel postup stanovený v § 56 odst. 6 zákona, když v bodě 5.1.4 zadávací dokumentace stanovil požadavek na předložení certifikátu systému managementu bezpečnosti informací v organizaci (např.: ČSN ISO/IEC 27001:2006) vydaný akreditovanou osobou nebo jiného rovnocenného dokladu vydaného v členském státě EU, čímž rozšířil rozsah požadované kvalifikace nad rámec stanovený zákonem, přičemž tím mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem.
88. Podle § 80 odst. 1 ZZVZ pokud zadavatel pro účely prokázání kritéria technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. e) požaduje splnění norem pro zajištění jakosti včetně norem týkajících se přístupnosti pro osoby se zdravotním postižením, odkáže na systémy zajišťování jakosti založené na příslušné řadě evropských norem, které jsou osvědčeny akreditovanými subjekty.
89. V § 79 odst. 2 písm. e) ZZVZ je pak uvedeno, že k prokázání kritérií technické kvalifikace zadavatel může požadovat popis technického vybavení, popis opatření dodavatele k zajištění kvality nebo popis zařízení pro výzkum. Přičemž výčet požadavků, které může zadavatel v rámci technické kvalifikace dle druhého odstavce citovaného ustanovení stanovit, je obdobně jako v případě zákona taxativní.
90. Z výše citovaných ustanovení ZZVZ lze dovodit, že zadavatel může požadovat doklady ve vztahu k systémům zajištění jakosti, nijak z nich však nevyplývá, že je zadavatel oprávněn požadovat předložení certifikátu systému bezpečnosti informací.
91. Nadto odkazují i na odbornou literaturu k § 80 odst. 1 ZZVZ, jenž uvádí, že „...je přípustné, vedle obecných norem řízení kvality řady ISO 9000, požadovat i zavedení specializovaných systémů řízení, mající význam pro kvalitu plnění v určitých vysoce specializovaných oblastech, pokud takový požadavek souvisí s předmětem veřejné zakázky.“ (srov. PODEŠVA, V., SOMMER, L., VOTRUBEC, J., FLAŠKÁR, M., HARNACH, J., MĚKOTA, J., JANOUŠEK, M. Zákon o zadávání veřejných zakázek: Komentář [Systém Aspi]. Wolters Kluwer). Ani z uvedeného však nevyplývá, že by zadavatel mohl v rámci technické kvalifikace požadovat k zajištění kvality plnění předložení certifikátu systému bezpečnosti informací. V uvedeném komentáři se hovoří pouze o přípustnosti požadavku na zavedení specializovaných systémů řízení (vedle obecných) majících význam pro kvalitu plnění.

92. Je tak zřejmé, že i z pohledu pozdější právní úpravy by se jednalo o správní delikt dle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ, kdy by zadavatel nedodržel postup stanovený v § 80 odst. 1 ZZVZ, přičemž tímto postupem mohl ovlivnit výběr dodavatele.
93. Co se týče výroku II. a III. napadeného rozhodnutí, kterými Úřad konstatoval porušení § 56 odst. 7 písm. c) zákona, neboť zadavatel v rámci technických kvalifikačních předpokladů nevymezil minimální úroveň kvalifikačního kritéria tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, že současně i dle ZZVZ, konkrétně dle § 73 odst. 6 ZZVZ, je zadavatel povinen kritéria technické kvalifikace a minimální úroveň pro jejich splnění stanovit přiměřeně vzhledem ke složitosti a rozsahu předmětu veřejné zakázky.
94. Odborná literatura (srov. PODEŠVA, Vilém, Lukáš SOMMER, Jiří VOTRUBEC, Martin FLAŠKÁR, Jiří HARNACH, Jan MĚKOTA a Martin JANOUŠEK. Zákon o zadávání veřejných zakázek: Komentář [Systém ASPI]. Wolters Kluwer) k tomu uvádí: *„Komentované ustanovení tak přímo odkazuje na nově zavedenou základní zásadu, a sice zásadu přiměřenosti, která byla implementována po vzoru zadávacích směrnic. Otázka nastavení přiměřených kvalifikačních předpokladů je také klíčová pro vyhnutí se diskriminačnímu jednání, ke kterému může dojít především tehdy, pokud zadavatel stanoví zcela nepřiměřené požadavky na prokázání splnění kvalifikace, v důsledku čehož v rozporu se zákonem omezí účast určité skupiny dodavatelů. Zadavatel je tak oprávněn využít pouze prostor daný mu zákonem pro účely zajištění, že veřejnou zakázku bude realizovat opravdu způsobilý dodavatel.“* Omezení zakotvené v § 73 odst. 6 ZZVZ lze tak chápat jako projev snahy zákonodárce omezit právě skryté diskriminování uchazečů stanovením nepřiměřených požadavků na kvalifikaci.
95. Rovněž dle ZZVZ by se zadavatel svým jednáním dopustil spáchání správních deliktů, jelikož požadavek na technickou kvalifikaci nestanovil přiměřeně vzhledem ke složitosti a rozsahu předmětu veřejné zakázky (porušení § 73 odst. 6 ZZVZ) když ke splnění technického kvalifikačního předpokladu požadoval předložení seznamu významných služeb obdobného charakteru jako je předmět veřejné zakázky (procesních, personálních nebo organizačních auditů) realizovaných dodavatelem u veřejného zadavatele (nejlépe v organizacích veřejné správy) v posledních 3 letech s uvedením jejich rozsahu (výrok II. napadeného rozhodnutí), resp. když požadoval s odkazem na § 56 odst. 2 písm. b) zákona, aby člen realizačního týmu projektový manažer vedl minimálně 5 obdobných zakázek pro veřejného zadavatele, čímž zadavatel nevymezil minimální úroveň tohoto kvalifikačního kritéria tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky (výrok III. napadeného rozhodnutí).
96. Co se výroku IV. napadeného rozhodnutí, jakožto výroku o trestu týká, uvádím, že ZZVZ v § 268 odst. 2 stanoví výši pokuty za správní delikt podle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ ve vyšší výši než § 120 odst. 2 zákona za správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona ve znění rozhodném ke dni uzavření smlouvy, tedy ke dni 18. 7. 2011.
97. V případě správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona lze podle § 120 odst. 2 zákona uložit pokutu do 5 % ceny zakázky nebo do 10 000 000,- Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit.
98. Podle § 268 odst. 2 ZZVZ se za a správní delikt podle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ uloží pokuta do 10 % ceny veřejné zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit.

99. Pozdější právní úprava tak ani ve vztahu k výroku IV. napadeného rozhodnutí není pro zadavatele příznivější.
100. Ve světle výše uvedeného konstatuji, že v šetřeném případě nelze aplikovat výjimku ze zákazu retroaktivity, neboť právní úprava dle ZZVZ není pro zadavatele právní úpravou příznivější, tudíž je třeba správní delikty posuzovat podle právní úpravy účinné v době jeho spáchání, tedy dle zákona. Šetřené správní delikty zadavatele naplňují stejné znaky skutkové podstaty, přičemž výše sazby pokuty je však dle ZZVZ vyšší.

VI. Závěr

101. 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 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 a rovněž ani podmínky pro snížení uložené pokuty.
102. 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 tohoto rozhodnutí 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

Ústav pro hospodářskou úpravu lesů, Nábřeží 1326, 250 01 Brandýs nad Labem - Stará Boleslav

Vypraveno dne

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