



UOHSX007ZPR6

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0868/2015/VZ-01459/2016/523/ASo

Brno 13. ledna 2016

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 4. 12. 2015 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel – Česká republika - Ministerstvo průmyslu a obchodu, IČO 47609109, se sídlem Na Františku 1039/32, 110 15 Praha 1,

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 zadávání veřejné zakázky „**Analýza dodatečného rozšiřování obsahu směrnic při jejich transformaci do národního právního systému (tzv. gold-plating)**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 1. 9. 2011 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 5. 9. 2011 pod ev. č. 60064918, ve znění opravy uveřejněné dne 16. 9. 2011, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 7. 9. 2011 pod ev. č. 2011/S 171-281609, ve znění opravy uveřejněné dne 21. 9. 2011 pod ev. č. 2011/S 181-293595,

**rozhodl takto:**

I.

**Zadavatel** – Česká republika - Ministerstvo průmyslu a obchodu, IČO 47609109, se sídlem Na Františku 1039/32, 110 15 Praha 1 – **se dopustil správního deliktu** podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že při zadávání veřejné zakázky „Analýza dodatečného rozšiřování obsahu směrnic při jejich transformaci do národního právního systému (tzv. gold-plating)“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 1. 9. 2011 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 5. 9. 2011

pod ev. č. 60064918, ve znění opravy uveřejněné dne 16. 9. 2011, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 7. 9. 2011 pod ev. č. 2011/S 171-281609, ve znění opravy uveřejněné dne 21. 9. 2011 pod ev. č. 2011/S 181-293595, postupoval v rozporu s ust. § 56 odst. 7 písm. c) cit. zákona, když v bodu 10.6. odst. 2 zadávací dokumentace vymezil požadavek na prokázání technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 2 písm. b) a e) citovaného zákona mimo jiné tím, že požadoval, aby specialista operační efektivity měl praxi nejméně 15 let v oblasti poradenství, neboť tímto způsobem nevymezil minimální úroveň tohoto kvalifikačního kritéria tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, čímž zároveň porušil zásadu zákazu diskriminace zakotvenou v ust. § 6 cit. zákona, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel dne 22. 12. 2011 smlouvu na plnění předmětné veřejné zakázky.

## II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se zadavateli – Česká republika - Ministerstvo průmyslu a obchodu, IČO 47609109, se sídlem Na Františku 1039/32, 110 15 Praha 1 – **ukládá** podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

**pokuta ve výši 40 000,- Kč (čtyřicet tisíc korun českých).**

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

## ODŮVODNĚNÍ

### I. PRŮBĚH ZADÁVACÍHO ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Česká republika - Ministerstvo průmyslu a obchodu, IČO 47609109, se sídlem Na Františku 1039/32, 110 15 Praha 1 (dále jen „zadavatel“) – zahájil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“) dne 1. 9. 2011 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění otevřené řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Analýza dodatečného rozšiřování obsahu směrnice při jejich transformaci do národního právního systému (tzv. gold-plating)“, přičemž toto oznámení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 5. 9. 2011 pod ev. č. 60064918, ve znění opravy uveřejněné dne 16. 9. 2011, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 7. 9. 2011 pod ev. č. 2011/S 171-281609, ve znění opravy uveřejněné dne 21. 9. 2011 pod ev. č. 2011/S 181-293595 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Předmět veřejné zakázky vymezil zadavatel v bodě 4 zadávací dokumentace, v němž mimo jiné obecně uvedl, že „*[c]ílem veřejné zakázky je vytvoření systému hodnocení administrativní zátěže při dodatečném rozšiřování obsahu směrnice při jejich implementaci do národního práva. Dílčími cíli veřejné zakázky je analyzovat současný stav a rozsah dodatečného rozšiřování směrnice, kvantifikace administrativní zátěže vyplývající z dodatečného rozšiřování směrnice, vytvoření metodiky k zamezení a snížení této administrativní zátěže a její následná implementace*“. Podrobná specifikace předmětu plnění a popis jednotlivých etap tvoří součást bodu 4 zadávací dokumentace s tím, že obsahem tohoto bodu je i časový harmonogram realizace předmětu plnění. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky činila dle bodu 2.3. zadávací dokumentace 8 840 000 Kč bez DPH.

3. Zadavatel ve lhůtě pro podání nabídek obdržel celkem 3 nabídky, přičemž hodnotící komise vyhodnotila jako nejvýhodnější nabídku uchazeče Grant Thornton Advisory s.r.o., IČO 26513960, se sídlem Žatecká 55/14, 110 00 Praha 1 (dále jen „vybraný uchazeč“). Zadavatel dne 22. 12. 2011 uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu s cenou 5 049 000 Kč bez DPH, tj. 6 058 800 včetně DPH. V čl. 6.1. smlouvy je dále uvedeno, že „[o]dměna bude hrazena postupně vždy po protokolárním předání a převzetí příslušné části Díla“.
4. Zadavatel v bodu 10.6. odst. 2 zadávací dokumentace vymezil požadavek na prokázání technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 2 písm. b) a e) zákona mimo jiné tak, že požadoval, aby specialista operační efektivity měl praxi nejméně 15 let v oblasti poradenství.
5. Z dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že zadavatel od smlouvy ze dne 22. 12. 2011 uzavřené s vybraným uchazečem odstoupil. Dopisem ze dne 18. 11. 2013 zadavatel vybranému uchazeči sdělil, že „[p]odle časového harmonogramu měla být pátá část díla... ukončena ke dni 30. 9. 2013, počínaje dnem 1. 10. 2013 jste tedy v prodlení s plněním této části díla. Na tuto skutečnost jste byli upozorněni písemně... S ohledem na výše uvedené skutečnosti a v souladu s čl. 11 odst. 11.1. písm. a) Smlouvy proto odstupujeme od Smlouvy z důvodu prodlení delšího než 30 dnů, ačkoli jste na toto prodlení byli písemně upozorněni. Smlouva se ruší okamžikem doručení tohoto odstoupení“.

## **II. POSTUP ÚŘADU PŘED ZAHÁJENÍM SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ**

6. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), jako orgán příslušný podle § 112 zákona k výkonu dohledu nad dodržováním tohoto zákona, obdržel podnět k přezkoumání postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky. V rámci šetření podnětu si Úřad vyžádal od zadavatele vyjádření k podnětu a dále dokumentaci o předmětné veřejné zakázce.
7. Vzhledem k tomu, že Úřad považoval skutková zjištění z předložených materiálů za dostatečná a považoval za prokázané, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, zahájil postupem podle § 150 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), správní řízení z moci úřední (viz bod 9. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

## **III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ**

8. Účastníkem správního řízení podle § 116 zákona je zadavatel.
9. Úřad vydal dne 3. 12. 2015 příkaz č. j. ÚOHS-S0868/2015/VZ-42583/2015/523/ASo, který byl zadavateli doručen dne 4. 12. 2015. Tímto dnem bylo podle § 113 zákona ve spojení s § 46 odst. 1 a § 150 odst. 1 správního řádu zahájeno správní řízení z moci úřední.
10. Proti uvedenému příkazu podal zadavatel dne 11. 12. 2015 odpor. Podle § 150 odst. 3 správního řádu se podáním odporu příkaz ruší a řízení pokračuje, přičemž lhůty pro vydání rozhodnutí začínají znovu běžet dnem podání odporu.
11. Úřad zadavateli usnesením č. j. ÚOHS-S0868/2015/VZ-44567/2015/523/ASo ze dne 15. 12. 2015 stanovil lhůtu, v níž mohl navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit své stanovisko v řízení. Stanovisko zadavatele Úřad obdržel dne 23. 12. 2015.

12. Úřad zadavateli usnesením č. j. ÚOHS-S0868/2015/VZ-46251/2015/523/ASo ze dne 28. 12. 2015 stanovil lhůtu, v níž se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Zadavatel se dále ve správním řízení nevyjádřil.

*Stanovisko zadavatele ze dne 23. 12. 2015*

13. Dle zadavatele Úřad ve vydaném příkazu nepřezkoumal namítané skutečnosti a věcně šetřený případ nepřezkoumal.
14. Zadavatel dále odkazuje na ustanovení § 56 odst. 7 písm. c) zákona ve znění účinném ke dni zahájení zadávacího řízení a uvádí, že veškeré zákonem stanovené náležitosti splnil. Zadavatel poukazuje na skutečnost, že kvalifikační předpoklady byly nastaveny v dobré víře s cílem zajistit kvalitního a schopného dodavatele, přičemž se zadavatel domnívá, že jím nastavené technické kvalifikační předpoklady nebyly použity jako prostředek k neoprávněné diskriminaci uchazečů, ale jako prostředek k zajištění efektivního nakládání s finančními prostředky.
15. Zadavatel uvádí, že předmět veřejné zakázky je velice složitý, vyžadující ze strany dodavatele zkušenosti a schopnosti s tím, že roli specialisty operační efektivity považuje zadavatel pro řádnou realizaci veřejné zakázky za klíčovou.
16. Skutečnost, že veřejná zakázka nebyla řádně ukončena a došlo k odstoupení od smlouvy z důvodu prodlení na straně vybraného uchazeče, nemůže být, dle názoru zadavatele, přičítána zadavateli k tíži, neboť při stanovení kvalifikačních předpokladů využil všechny dostupné zákonné možnosti k tomu, aby ke vzniku takové situace nedošlo.
17. Zadavatel uvádí, že oblast poradenství, ve které má být prokazována praxe specialisty operační efektivity v délce 15 let, blíže nespécifikoval z důvodu, aby nedošlo k neúměrnému zúžení okruhu dodavatelů, kteří by mohli podat nabídku.
18. Zadavatel s odkazem na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 9 Afs 37/2011 ze dne 7. 12. 2011 uvádí, že Úřad ve vydaném příkazu neodůvodnil, proč je požadavek na patnáctiletou praxi v konkrétním případě nepřiměřený, tj. neodpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky.
19. Zadavatel považuje požadavek na délku praxe za přiměřený, o čemž, dle jeho názoru, svědčí i počet přijatých nabídek.

#### **IV. ZÁVĚRY ÚŘADU**

20. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení veškerých podkladů, zejm. dokumentace o veřejné zakázce, vyjádření zadavatele a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel nepostupoval v zadávacím řízení na předmětnou veřejnou zakázku v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

*K postavení zadavatele*

21. Úřad předně posoudil, zda zadavatel v šetřeném případě spadá do některé z kategorií zadavatelů podle § 2 odst. 1 zákona.
22. Podle § 2 odst. 1 zákona se za zadavatele veřejné zakázky považuje veřejný, dotovaný a sektorový zadavatel.

23. Z ustanovení § 2 odst. 2 písm. a) zákona vyplývá, že veřejným zadavatelem je Česká republika.
24. Ministerstvo průmyslu a obchodu je ústředním orgánem státní správy, jehož působnost je vymezena § 13 zákona č. 2/1969 Sb., o zřízení ministerstev a jiných ústředních orgánů státní správy České republiky, ve znění pozdějších předpisů.
25. Z výše uvedeného tedy vyplývá, že zadavatel je veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 2 písm. a) zákona, pročež se na něj vztahuje zákon o veřejných zakázkách.

*Ke stanovení kvalifikačního předpokladu praxe specialisty operační efektivity*

26. Podle ust. § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
27. Podle ust. § 56 odst. 2 písm. b) zákona může k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na služby veřejný zadavatel požadovat 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.
28. Podle ust. § 56 odst. 2 písm. e) zákona může k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na služby veřejný zadavatel požadovat osvědčení o vzdělání a odborné kvalifikaci dodavatele nebo vedoucích zaměstnanců dodavatele nebo osob v obdobném postavení a osob odpovědných za poskytování příslušných služeb.
29. Podle ust. § 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.
30. Zadavatel v bodu III.2.3) oznámení o zakázce ze dne 1. 9. 2011 ve znění opravy ze dne 13. 9. 2011 stanovil k prokázání minimální úroveň technických kvalifikačních předpokladů povinnost „*předložení seznamu nejméně 14 členů realizačního týmu a prokázání jejich odborné způsobilosti; ČSN EN ISO 9001 Systém managementu kvality; podrobně viz zadávací dokumentace*“.
31. Zadavatel v bodu 10.6. odst. 2 zadávací dokumentace vymezil požadavek na prokázání technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 2 písm. b) a e) zákona mimo jiné tím, že požadoval, aby specialista operační efektivity měl praxi nejméně 15 let v oblasti poradenství.
32. Úřad uvádí, že účelem požadavků k prokázání splnění kvalifikačních předpokladů 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. Požadavek na splnění minimálních technických kvalifikačních předpokladů má zajistit, že se soutěže o přidělení veřejné zakázky zúčastní pouze ti dodavatelé, kteří jsou ve skutečnosti schopni po stránce technické a materiální tuto zakázku po jejím případném přidělení též plnit. Zadavatel může vymezením kvalifikačních předpokladů, zejména stanovením příliš přísných kritérií prokázání

způsobilosti dodavatele, výrazným způsobem ovlivnit okruh dodavatelů, mezi jejichž nabídkami bude v závěrečné fázi zadávacího řízení vybírat. Za pochybení ze strany veřejného zadavatele pak lze považovat situaci, pokud by nastavení technických kvalifikačních předpokladů, které by, ač bezprostředně souvisí s předmětem veřejné zakázky, byly co do požadované úrovně technické způsobilosti zjevně nepřiměřené ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky. Formulace požadavků na technické kvalifikační předpoklady nesmí nikdy být využita jako prostředek k neoprávněné diskriminaci některých dodavatelů. Veřejný zadavatel je tedy povinen stanovit určitý limit, jehož naplnění dodavatelem znamená pro veřejného zadavatele záruku technicky způsobilého partnera pro plnění předmětu veřejné zakázky a samozřejmě též prokázání splnění těchto kvalifikačních předpokladů.

33. K délce praxe Úřad obecně konstatuje, že s přibývajícimi lety praxe nemusí nutně přibývat také zkušenosti a dovednosti osoby, která praxi získala. Je naopak možné, že s narůstající délkou praxe může osoba vykonávající předmětnou činnost považovat výkon své práce za určitou rutinu, přičemž nelze s jistotou tvrdit, že lze zlepšovat své schopnosti a zkušenosti „donekonečna“. S tímto tvrzením se (byť ve vztahu k poskytování právních služeb, nicméně závěry lze aplikovat i na nyní projednávanou věc) ztotožnil i Nejvyšší správní soud ve svém rozhodnutí sp. zn. 9 Afs 37/2011 ze dne 7. 12. 2011, kde souhlasil s názorem Úřadu (a také Krajského soudu v Brně), že *„samotná délka praxe ještě nezaručuje zvýšenou odbornost a erudovanost advokáta, a v této souvislosti upozornil na obecný jev tzv. „zkostnatění“, který může s přibývajícimi délkou výkonu praxe hrozit v jakékoli profesi.“* Je rovněž nutné poukázat na skutečnost, že existují obory, které se vyvíjejí velmi dynamicky, přičemž délka praxe osob v těchto oborech působících se nejeví jako relevantní ukazatel jejich skutečných schopností, resp. dlouholetá praxe nemusí nutně znamenat, že má daná osoba přehled a znalosti, které by ji učinily způsobilou vykonávat svoji funkci dle posledních trendů, s použitím a znalostí nejmodernějších přístupů, technologií apod.
34. Není tedy nutně pravdou, že delší praxe v oboru zaručuje vždy lepší zkušenosti a odbornost osoby v jakémkoli povolání, tedy i v případě osoby způsobilé vykonávat v rámci plnění předmětu veřejné zakázky funkci specialisty operační efektivity. Zadavatel navíc k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů požadoval v bodě 10.6. odst. 1 zadávací dokumentace splnění i dalších podmínek. Takovou podmínkou byla realizace *„minimálně 6 služeb v oblasti poradenské činnosti spočívající ve zpracování návrhů na zvyšování operační efektivity, strategické analýzy, procesních auditů, personálních auditů, přípravy měřítek výkonnosti, přípravy systému řízení organizace, zavádění systému řízení jakosti, přípravy metodiky strategického řízení, poradenství, zaměstnanosti a školení, přičemž alespoň 3 z těchto 6 služeb musí být v oblasti zvyšování operační efektivity...“*. Už realizace uvedených zakázek sama o sobě znamená, že dodavatel musí mít určitou (přitom nemalou) praxi v oboru a dostatečné zkušenosti v dané oblasti nutné k tomu, aby mohl předmět veřejné zakázky realizovat.
35. V nyní projednávané věci požadoval zadavatel u člena týmu prokázání praxe nejméně 15 let v oblasti poradenství, přičemž nespécifikoval oblast, ve které by mělo být poradenství poskytováno. Ani z označení funkce „specialista operační efektivity“ nelze dospět k závěru, k jaké oblasti poradenství se daný požadavek zadavatele vztahuje. V širším pojetí je jistá forma poradenství součástí téměř všech oborů, kde dochází ke kontaktu mezi lidmi.

S ohledem na předmět plnění veřejné zakázky a charakter technického kvalifikačního předpokladu uvedeného v bodě 10.6. odst. 1 zadávací dokumentace (viz bod 34. odůvodnění tohoto rozhodnutí) lze dospět k závěru, že oblastí, ve které by mělo být poradenství poskytováno, je oblast poradenství manažerského. Obecně bývají předmětem manažerského poradenství například oblasti projektového řízení a financování, zvyšování výkonnosti, finančního poradenství, strategie a marketingu, lidských zdrojů, personálního auditu, řízení rizik, koučinku, apod. Je obecně známo, že právě tyto oblasti se velmi intenzivně rozvíjejí.

36. K odkazu zadavatele na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 9 Afs 37/2011 ze dne 7. 12. 2011 a argumentu, že soud v tomto rozsudku konstatoval, že požadavek na dvacetiletou praxi je nepřiměřený u „běžných“ právních služeb, jejichž charakterem se soud podrobněji zabýval, zatímco v nyní šetřené věci, dle zadavatele, Úřad neodůvodnil, proč je požadavek na patnáctiletou praxi v konkrétním případě nepřiměřený, Úřad uvádí, že v nyní projednávané věci spatřuje paralelu s věcí projednávanou Nejvyšším správním soudem spočívající právě v obecnosti charakteru poptávaných služeb. Úřad se pojmem „poradenství“ blíže zabýval v předchozím bodu tohoto rozhodnutí, přičemž lze konstatovat, že oblast poradenství zahrnuje široké spektrum různých podoblastí, a to obdobně jako v právních službách, které jsou poskytovány v různých odvětvích práva. Právě nespécifikace konkrétního odvětví či konkrétních činností a dovedností, jejichž znalost je v dané věci považována zadavatelem za klíčovou pro plnění předmětu veřejné zakázky, tvoří pojitko mezi nyní projednávanou věcí a věcí řešenou Nejvyšším správním soudem (viz shora uvedený rozsudek Nejvyššího správního soudu). Požadavek zadavatele na prokázání patnáctileté praxe v oblasti poradenství pro specialistu operační efektivity je stanoven natolik obecně a široce (bez jakékoli oborové specializace), že lze učinit závěr, že pro splnění tohoto požadavku postačí prokázání praxe ve stanové délce v jakékoli „běžné“ poradenské činnosti, jejíž náplň mohla být de facto po celou dobu zcela stereotypní a jejíž znalost bylo možné si osvojit jistě i během kratší doby, než v zadavatelem požadovaných patnácti letech. Právě z tohoto důvodu nelze učinit závěr o přiměřenosti daného požadavku zadavatele, neboť, jak již bylo konstatováno v citovaném rozsudku Nejvyššího správního soudu a dále v odůvodnění tohoto rozhodnutí, jistá forma „zkostnatění“ může s přibývajícím délkou výkonu praxe hrozit v jakékoli profesi, přičemž délka praxe nemusí být relevantním ukazatelem skutečných schopností a odbornosti daných osob.
37. Požadavek na praxi specialisty operační efektivity v délce 15 let v oblasti poradenství, který zadavatele nijak blíže neodůvodnil, nepovažuje tedy Úřad za přiměřený druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, neboť s ohledem na výše uvedené dospěl k závěru, že předmětnou veřejnou zakázku by mohl realizovat i dodavatel, jehož zaměstnanec (či jiná pověřená osoba) způsobilá k výkonu funkce specialisty operační efektivity by disponoval nižší délkou praxe v oblasti poradenství, než jakou zadavatel požadoval.
38. Částečným potvrzením úvah učiněných Úřadem v odůvodnění tohoto rozhodnutí, a sice že není nutně pravdou, že delší praxe v oboru (zejména pak praxe požadovaná nad jistou rozumně stanovenou úroveň) zaručuje vždy lepší zkušenosti a odbornost dané osoby, může být skutečnost, že veřejná zakázka nebyla realizována v celém svém rozsahu, když ze strany zadavatele došlo dopisem ze dne 18. 11. 2013 k odstoupení od smlouvy z důvodu prodlení na straně vybraného uchazeče. K realizaci veřejné zakázky nedošlo i přes onen přísný

požadavek na prokázání 15 let praxe člena realizačního týmu v oblasti poradenství, který byl takto nastaven – dle vyjádření zadavatele ze dne 16. 11. 2015 – „z obavy z možné sankce ze strany řídicího orgánu při neúspěšné či chybné realizaci projektu“ a zároveň tak, aby se zadávacího řízení „mohl účastnit co největší počet subjektů, u kterých ale nebude pochyb, že zakázka bude řádně realizována“.

39. K argumentaci zadavatele, že skutečnost, že veřejná zakázka nebyla řádně realizována, nelze zadavateli přičítat k tíži, neboť takový přístup by de facto znamenal, že kvalifikační předpoklady nemají žádnou váhu, protože nezaručují, že budou dále posuzovány hodnoceny jen nabídky dodavatelů, kteří jsou schopni plnit předmět veřejné zakázky, Úřad uvádí, že v nyní šetřené věci se nevyjadřuje obecně ke všem kvalifikačním předpokladům jako k celku, ale pouze k jednomu z nich, který svou povahou k úspěšné realizaci veřejné zakázky (tak, jak tvrdil zadavatel, ve svém vyjádření ze dne 16. 11. 2015, viz předchozí bod odůvodnění tohoto rozhodnutí) vést sám o sobě nemůže.
40. Požadavkem na délku praxe specialisty operační efektivity v délce 15 let v oblasti poradenství se zároveň zadavatel dopustil porušení zásady zákazu diskriminace, neboť tak nepřímou zúžil okruh potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku. Ve výše citovaném rozhodnutí Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že „zadavatel je oprávněn využít prostor daný zákonem a prostřednictvím stanovení úrovně ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů nebo technických kvalifikačních předpokladů znevýhodnit některé dodavatele. Toto je však možné pouze tehdy, je-li to odůvodněno objektivními okolnostmi. Navíc tyto požadavky musí být vždy přiměřené, jinak se zadavatel dopustí porušení zásady zákazu diskriminace“.
41. Zásada zákazu diskriminace je jednou ze základních zásad zakotvených v ust. § 6 zákona, jejímž cílem je umožnit při zadávání veřejných zakázek hospodářskou soutěž v co největší míře. Diskriminace sama o sobě může mít dvě formy – diskriminaci zjevnou, kdy nejsou podmínky nastaveny stejně pro všechny jednotlivce srovnávaného celku, a diskriminaci skrytou, kdy jsou podmínky nastaveny pro všechny jednotlivce (zdánlivě) stejně, ale ve výsledku je dosaženo stejného účinku jako u diskriminace zjevné, tedy okruh potenciálních dodavatelů je omezen (k zákazu skryté diskriminace odkazuje Úřad na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 20/2008 ze dne 5. 6. 2008). V tomto případě se jedná o tzv. diskriminaci skrytou, neboť zadavatel sice stanovil podmínku délky praxe specialisty operační efektivity pro všechny uchazeče shodně, nicméně tím, že tento požadavek byl stanoven v rozporu se zákonem, diskriminoval ve výsledku všechny potenciální uchazeče, kteří osobou způsobilou vykonávat funkci specialisty operační efektivity s požadovanou praxí v oblasti poradenství nedisponovali, přestože by jinak byli objektivně schopni plnění veřejné zakázky realizovat, nicméně se o veřejnou zakázku ani nepokoušeli ucházet. Přitom však některý z potenciálních uchazečů mohl podat lepší nabídku než vybraný uchazeč.
42. K argumentu zadavatele, že oblast poradenství, v rámci níž měla být praxe specialisty operační efektivity prokazována, nebyla blíže specifikována, aby nedošlo k neúměrnému zúžení okruhu dodavatelů (a tedy k diskriminaci dodavatelů, kteří by v důsledku tohoto zúžení nebyli schopni podat v zadávacím řízení nabídku), Úřad odkazuje na výše uvedené a uvádí, že ne každé takové zúžení okruhu dodavatelů je považováno za diskriminační, neboť, je-li to odůvodněno objektivními okolnostmi, je zadavatel oprávněn některé dodavatele



znevýhodnit. V nyní projednávané věci ovšem došlo k zúžení okruhu dodavatelů, aniž by k tomu byl dán důvod, resp. ačkoli toto nebylo odůvodněno objektivními okolnostmi (např. nutností prokázat orientaci v určité konkrétní problematice, která bude rovněž součástí předmětu plnění veřejné zakázky).

43. Z bodu 41. odůvodnění tohoto rozhodnutí je zřejmý možný vliv na výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že by jako vybraný uchazeč mohl být vyhodnocen jeden z potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku, kteří se však z důvodu stanovení nezákonného požadavku na délku praxe specialisty operační efektivity neucházeli o účast v zadávacím řízení.
44. Úřad má na základě výše uvedeného za prokázané, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ustanovení § 56 odst. 7 písm. c) zákona, když v bodu 10.6. odst. 2 zadávací dokumentace vymezil požadavek na prokázání technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 2 písm. b) a e) zákona mimo jiné tím, že požadoval, aby specialista operační efektivity měl praxi nejméně 15 let v oblasti poradenství, neboť tímto způsobem nevymezil minimální úroveň tohoto kvalifikačního kritéria tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, čímž zároveň porušil zásadu zákazu diskriminace zakotvenou v ust. § 6 zákona, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel dne 22. 12. 2011 smlouvu na plnění předmětné veřejné zakázky.

#### *K uložení pokuty*

45. Úřad posoudil postup zadavatele a vzhledem ke zjištěným skutečnostem přistoupil k uložení pokuty, neboť zadavatel svým postupem naplnil skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
46. Podle § 120 odst. 1. písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.
47. V šetřeném případě se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 56 odst. 7 písm. c) zákona, když v bodu 10.6. odst. 2 zadávací dokumentace vymezil požadavek na prokázání technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 2 písm. b) a e) zákona mimo jiné tím, že požadoval, aby specialista operační efektivity měl praxi nejméně 15 let v oblasti poradenství, neboť tímto způsobem nevymezil minimální úroveň tohoto kvalifikačního kritéria tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, čímž zároveň porušil zásadu zákazu diskriminace zakotvenou v ust. § 6 zákona, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel dne 22. 12. 2011 smlouvu na plnění předmětné veřejné zakázky.
48. Podle § 121 odst. 3 zákona (ve znění účinném v době spáchání správního deliktu) odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.
49. Podle ust. čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod (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. Ústavní pravidlo zakotvené v ust. čl. 40 odst. 6 Listiny, které stanoví, že trestnost činu se posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán, a pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější, 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 řízeních o sankci za správní delikty.

50. V tomto případě došlo před vydáním tohoto rozhodnutí s účinností ke dni 6. 3. 2015 ke změně ustanovení § 121 odst. 3 zákona, který nově uvádí, že „*odpovědnost právnické osoby za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezačal řízení do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán*“. Úřad proto v šetřeném případě aplikoval výjimku zakotvenou v ust. čl. 40 odst. 6 Listiny a posoudil případ podle pozdějšího zákona (zákona účinného v době vydání tohoto rozhodnutí), neboť došel k závěru, že je pro zadavatele příznivější. Při posuzování příznivosti právní úpravy vycházel Úřad zejména ze skutečnosti, že zákon účinný v době spáchání správního deliktu umožňoval oproti stávající právní úpravě zahájit správní řízení s delším odstupem od okamžiku spáchání správního deliktu či od okamžiku, kdy se o něm Úřad dozvěděl.
51. V návaznosti na citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona (ve znění účinném ke dni vydání tohoto rozhodnutí). V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl na základě podnětu, který obdržel dne 6. 11. 2015. K uzavření smlouvy s vybraným uchazečem došlo dne 22. 12. 2011, kdy zároveň došlo ke spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí. Správní řízení bylo zahájeno dne 4. 12. 2015. Z uvedených údajů tak vyplývá, že odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.
52. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny 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).
53. Cena veřejné zakázky (resp. té její části, která byla řádně realizována před odstoupením zadavatele od smlouvy), při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu, a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí 4 282 393,07 Kč včetně DPH (tato částka vychází z jednotlivých úhrad zadavatele za dílčí plnění dle poskytnutých faktur). Horní hranice možné pokuty tedy činí po zaokrouhlení částku ve výši 214 120 Kč.
54. Podle § 121 odst. 2 věty první zákona se při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
55. Hlavním kritériem, které je dle citovaného ustanovení rozhodné pro určení výměry pokuty, je závažnost správního deliktu. Jde o obecnou kategorii poměřující rozsah dopadu konkrétního deliktního jednání na specifický právem chráněný zájem s přihlédnutím k významu tohoto chráněného zájmu. Zákon pak demonstrativním výčtem vymezuje, co lze pod pojem závažnost správního deliktu podřadit (způsob jeho spáchání, jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchán). Úřad nad rámec uvedených kritérií pak může přihlédnout i k jiným okolnostem, pokud jsou svojí povahou podstatné pro posouzení závažnosti

správního deliktu, a které by s ohledem na skutkové okolnosti konkrétního případu mohly být kvalifikovány jako polehčující či přitěžující.

56. Co se týče způsobu, resp. okolností, za kterých byl správní delikt spáchán, Úřad v tomto rozhodnutí konstatoval, že zadavatel jednal při vymezení minimální úrovně technických kvalifikačních předpokladů v rozporu § 56 odst. 7 písm. c) zákona, když tato úroveň neodpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky. Jednáním zadavatele došlo rovněž k porušení zásady zákazu diskriminace zakotvené v § 6 zákona, tedy jedné ze základních zásad provázejících postup zadavatele, což mohlo vést k eliminaci konkurenčního prostředí, kdy někteří dodavatelé, ačkoli mohli být dostatečně kvalifikováni k plnění předmětu veřejné zakázky, nemohli v zadávacím řízení v důsledku excesivně přísného (a tedy diskriminačního) požadavku zadavatele podat nabídku.
57. Úřad dále uvádí, že k porušení zákona zadavatelem došlo při stanovení technických kvalifikačních předpokladů, tj. již při tvorbě zadávacích podmínek, a tedy v samotném prvopočátku zadávacího řízení, a tímto chybným postupem pak bylo prostoupeno celé zadávací řízení. Úřad dospěl k závěru, že zadatelovo jednání mohlo narušit základní principy zadávání veřejných zakázek, tedy principy hospodárného, efektivního a účelného vynakládání finančních prostředků. V důsledku uvedeného postupu zadavatele nelze vyloučit, že v případě, že by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, mohl obdržet i nabídky jiných dodavatelů, kteří by mohli předložit ekonomicky výhodnější nabídky než vybraný uchazeč. Postup zadavatele v rozporu se zákonem je nevratný, když zadávací řízení bylo ukončeno výběrem nejhodnější nabídky a uzavřením smlouvy.
58. Při posuzování závažnosti správního deliktu vzal Úřad rovněž v úvahu intenzitu, s jakou došlo k porušení zákonem chráněných hodnot. V šetřeném případě je objektem správního deliktu otevřená hospodářská soutěž, neomezovaná excesivními (bezdůvodnými) požadavky zadavatele na kvalifikaci uchazeče, ve které je dosahováno efektivního, účelného a hospodárného vynakládání veřejných prostředků. Smyslem technických kvalifikačních předpokladů je, aby jejich prostřednictvím veřejný zadavatel zajistil, že o realizaci veřejné zakázky se budou ucházet jen takoví uchazeči, kteří disponují potřebnou technickou kapacitou k plnění veřejné zakázky (čímž jsou minimalizována rizika, která by mohla vést ke zmaření primárního účelu zadávacího řízení, kterým je řádná a efektivní realizace plnění veřejné zakázky). Je zřejmé, že každý technický kvalifikační předpoklad svým způsobem omezuje hospodářskou soutěž, ale nezákonným se takové omezení stává až v situaci, kdy se jedná o kvalifikační předpoklady nedůvodné, tj. buď nesouvisející s předmětem veřejné zakázky, nebo neodpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu jejího plnění. Správní delikt spočívající v takovém omezení hospodářské soutěže prostřednictvím excesivních kvalifikačních předpokladů je třeba považovat za typově závažný, neboť, jak bylo právě uvedeno, přímým způsobem atakuje hospodářskou soutěž o veřejnou zakázku. V tomto konkrétním případě vytváří nedůvodnou překážku hospodářské soutěže požadavek zadavatele na prokázání nepřiměřeně dlouhé praxe u jednoho člena celého realizačního týmu, přičemž při posuzování výše sankce Úřad zohlednil jako přitěžující okolnost to, že zadavatel svůj požadavek na prokázání 15 let praxe vztáhl na oblast poradenství, a to bez jakékoli bližší specifikace či uvedení konkrétního odvětví. Takto obecně vymezený požadavek s sebou přináší pochybnost, zda má taková kvalifikace vůbec vypovídací schopnost, tj. zda byl zadavatel při stanovování předmětného kvalifikačního předpokladu

vůbec veden nějakou racionální úvahou, resp. zda zadavatel pro tento požadavek vůbec mohl mít racionální důvod, přičemž odůvodnění zadavatele, že takto postupoval z obavy z neúspěšné realizace, se v kontextu odstoupení od smlouvy z důvodů stojících na straně vybraného uchazeče jeví jako zcela liché.

59. Při stanovení konkrétní výše sankce dále Úřad zohlednil dobu, která uplynula mezi spácháním deliktu a samotným potrestáním zadavatele za spáchání tohoto správního deliktu. V této souvislosti je nutné poukázat na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 123/2013-85 ze dne 9. 4. 2015, ve kterém Krajský soud uvedl, že: *„(...) hledisko doby, jež uplynula mezi spácháním správního deliktu a jeho potrestáním, je možným (a někdy nutným) korektivem při úvahách ohledně výše pokuty, k němuž má být přihlédnuto na závěr těchto úvah; aplikace tohoto korektivu má zamezit, aby výše pokuty, jinak řádně stanovena podle zákonem předepsaných kritérií a kritérií nutně aplikovatelných i bez jejich výslovného vyjádření v zákoně (kritérium přiměřenosti s ohledem na míru, ve které výše pokuty může působit pro delikventa likvidačně), celkově nejevila znaky nepřiměřenosti s ohledem na prodlevu, která nastala mezi porušením právní povinnosti a trestem, který za to byl uložen. V rámci správního trestání je totiž třeba dostatečně silně vnímat, že časový horizont toho, kdy se účastníkovi řízení (delikventovi) dostává konečného rozhodnutí ve věci, je neoddelitelnou součástí měřítek celkové spravedlnosti řízení, a že čím je tento časový horizont delší, tím více se rozostřují kontury spravedlnosti jak v očích účastníka řízení, tak i v obecném vnímání veřejností a veřejného mínění, což celkově oslabuje důvěryhodnost státní moci. Je nepochybné, že s prodlužujícím se okamžikem potrestání se relativizuje základní vztah mezi spáchaným deliktem a ukládanou sankcí a že doba mezi porušením právní povinnosti a rozhodnutím o sankci má i bezprostřední vliv na účel trestu, jehož má být uložením konkrétní sankce dosaženo.“*
60. V šetřeném případě došlo ke spáchání správního deliktu dne 22. 12. 2011, kdy zadavatel uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku. V souvislosti s výše uvedeným Úřad zohlednil ve prospěch zadavatele časový rozestup necelých čtyř let mezi spácháním správního deliktu a okamžikem jeho potrestání, jako okolnost svědčící ve prospěch snížení ukládané pokuty.
61. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci zadavatele, neboť vychází z maximy, že není přípustné uložit takovou pokutu, která má likvidační charakter v tom smyslu, že by „zmařila“ samu ekonomickou podstatu zadavatele. Vzhledem ke skutečnosti, že zadavatel je ústředním orgánem státní správy, organizační složkou státu, a samostatnou účetní jednotkou, která hospodáří s prostředky v řádu několika miliard korun (viz rozpočet kapitoly zadavatele na rok 2015 dostupný z <http://www.mpo.cz/rozpocet-mpo/r-1.1.1-46.1.1-p.html>), vyhovuje výše pokuty podmínce přiměřenosti a nemůže zvlášť negativním způsobem ovlivnit ekonomickou situaci zadavatele.
62. S ohledem na právě uvedené má Úřad za to, že pokutu uloženou ve výši 40 000 Kč nelze považovat nejen za likvidační (viz výše), ale ani za jeho ekonomickou podstatu nepřiměřeně zasahující (a v tomto smyslu nespravedlivou).
63. V souvislosti s právě uvedeným je třeba mít dále na paměti, že pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které

je se zákonem v souladu. Má-li pokuta tyto funkce splnit, je zřejmé, že musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocíťována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání. Obdobně se vyjádřil i Krajský soud v Brně v rozsudku sp. zn. 62 Af 46/2011 ze dne 6. 12. 2012, ve kterém uvedl, že konkrétní forma postihu musí působit natolik silně, aby od podobného jednání odradila i jiné nositele obdobných povinností (preventivní funkce) a zároveň musí být postih dostatečně znatelný v zadavatelově materiální sféře, aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl ovšem pro zadavatele likvidačním. V tomto smyslu Úřad uvádí, že peněžitá sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do majetkové sféry pachatele správního deliktu, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinam. Korektivem tu tedy nemůže být tento nepříznivý zásah samotný, ale až situace, kdy by tento zásah nabyl likvidačního charakteru. Kromě toho se v konečném důsledku nemusí uložená sankce projevit (výlučně jen) ve sféře zadavatele, neboť je na něm, aby případně využil jiné právní nástroje, pomocí kterých je možno uplatnit nárok na náhradu škody proti konkrétním osobám, které zavinily protiprávní stav, jenž vyústil v uložení sankce.

64. Závěrem tedy Úřad k výši pokuty konstatuje, že uložená pokuta naplňuje dostatečně obě shora zmíněné funkce, aniž by se zároveň jednalo o pokutu likvidační. Úřad dále uvádí, že výše uložené pokuty v žádném případě nedosahuje zákonem připuštěné maximální výše, je naopak třeba konstatovat, že uložená pokuta se pohybuje při spodní hranici zákonné sazby a plní tak výrazně preventivní funkci.
65. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť smlouva na realizaci veřejné zakázky byla uzavřena a nápravy tak již nelze dosáhnout jinak. Z uvedených důvodů uložil Úřad pokutu ve výši uvedené ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
66. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710. Jako variabilní symbol zadavatel uvede své identifikační číslo.

## POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad

má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

v z. Mgr. Michal Kobza

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.  
místopředseda

**Obdrží**

Česká republika - Ministerstvo průmyslu a obchodu, Na Františku 1039/32, 110 15 Praha 1

**Vypraveno dne**

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