



UOHSX00CH9WQ

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S249/2015/VZ-19744/2019/541/JCh

Brno: 18. července 2019

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 28. 4. 2015 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel – JONAS TOUR s. r. o., IČO 25302752, Ostružná 82E, 788 25 Ostružná,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v souvislosti s možným nedodržením postupu stanoveného v § 76 odst. 1 citovaného zákona při posuzování splnění zákonných požadavků a požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách ve veřejné zakázce „Pořízení zasněžovací techniky a doplňkové infrastruktury pro lyžařský areál Ostružná“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 21. 5. 2014 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 22. 5. 2014 pod ev. č. 486121 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 27. 5. 2014 pod ev. č. 2014/S 101-176361,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – JONAS TOUR s. r. o., IČO 25302752, Ostružná 82E, 788 25 Ostružná – **se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že nedodržel postup stanovený v § 76 odst. 1 a 6 citovaného zákona**, když nevyločil ze zadávacího řízení na část 3. veřejné zakázky „Pořízení zasněžovací techniky a doplňkové infrastruktury pro lyžařský areál Ostružná“ jejíž oznámení bylo odesláno

k uveřejnění dne 21. 5. 2014 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 22. 5. 2014 pod ev. č. 486121 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 27. 5. 2014 pod ev. č. 2014/S 101-176361, vybraného uchazeče – Aqua Industrial s. r. o., IČO 25819321, se sídlem Dalimilova 54b, 772 00 Olomouc – ačkoli nabídka jmenovaného vybraného uchazeče nesplňovala požadavky zadavatele stanovené v bodu 6.5 zadávací dokumentace na prokázání technických kvalifikačních předpokladů, konkrétně požadavky zadavatele na identifikaci objednatele, termín dodávky a finanční objem referenční zakázky, přičemž tento postup zadavatele ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel dne 25. 7. 2014 se jmenovaným vybraným uchazečem smlouvu o dílo č. 2507/2014.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavateli – JONAS TOUR s. r. o., IČO 25302752, Ostružná 82E, 788 25 Ostružná –

ukládá pokuta ve výši 20 000,- Kč (dvacet tisíc korun českých).

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

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“)¹, k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel podnět k prošetření postupu zadavatele – JONAS TOUR s. r. o., IČO 25302752, Ostružná 82E, 788 25 Ostružná (dále jen „zadavatel“) – při zadávání části 3 veřejné zakázky „Pořízení zasněžovací techniky a doplňkové infrastruktury pro lyžařský areál Ostružná“ jejíž oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 21. 5. 2014 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 22. 5. 2014 pod ev. č. 486121 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 27. 5. 2014 pod ev. č. 2014/S 101-176361 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Z bodu II. 1.5) oznámení o zakázce vyplývá, že předmětem veřejné zakázky bylo pořízení zasněžovací techniky a doplňkové infrastruktury pro lyžařský areál Ostružná, přičemž předpokládaná hodnota veřejné zakázky činila dle bodu II. 2.1) oznámení o zakázce 17 000 000,- Kč bez DPH.
3. Z bodu 2. „Charakteristika veřejné zakázky“ zadávací dokumentace a pokynů ke zpracování nabídky (dále jen „zadávací dokumentace“) je zřejmé, že zadavatel rozdělil předmět veřejné zakázky na tři samostatné části.

¹ Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, ve vztahu k posouzení zadávacího řízení na veřejnou zakázku se jedná o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení. Ve vztahu k posouzení odpovědnosti za správní delikt a určení druhu a výměry sankce, resp. správního trestu se jedná o znění zákona č. 137/2006 Sb. účinné ke dni spáchání správního deliktu (v šetřeném případě k datu uzavření předmětného závazkového vztahu na veřejnou zakázku), ledaže by pro zadavatele byla nová právní úprava výhodnější. Ve vztahu k postupu v řízení o správním deliktu se jedná o znění zákona účinné přede dnem nabytí účinnosti zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek.

4. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 15. 7. 2014 vyplývá, že zadavatel obdržel celkem čtyři nabídky, přičemž ve všech třech částech veřejné zakázky [část 1 – objekt odběru vody (dále jen „část 1“), část 2 – objekt s trafostanicí (dále jen „část 2“) a část 3 – pohyblivý pás pro lyžaře (dále jen „část 3“)] byla jako nejvhodnější vybrána nabídka uchazeče – Aqua Industrial s. r. o., IČO 25819321, se sídlem Dalimilova 54b, 772 00 Olomouc (dále jen „**vybraný uchazeč**“).
5. Zadavatel uzavřel dne 25. 7. 2014 s vybraným uchazečem smlouvu o dílo č. 2507/2014 (dále jen „**smlouva o dílo**“ nebo „**smlouva**“). Z článku V. smlouvy vyplývá, že cena za předmět plnění veřejné zakázky v části 1 činila 7 616 747,- Kč bez DPH, v části 2 činila 3 077 012,- Kč bez DPH a v části 3 činila 3 603 580,- Kč bez DPH. Celková cena veřejné zakázky činila 14 297 339,- Kč bez DPH, celkem tedy 17 299 781,- Kč včetně DPH.
6. K právnímu postavení zadavatele uvádí Úřad následující. Z článku 2. Smlouvy o poskytnutí dotace na individuální projekt z Regionálního operačního programu regionu soudržnosti Střední Morava číslo ÚRR D-2013/0095/OKP (dále jen „Smlouva o dotaci“) vyplývá, že se poskytovatel dotace – Regionální rada regionu soudržnosti Střední Morava, IČO 75084911, se sídlem Jeremenkova 1211/40b, 779 00 Olomouc – zavázal při splnění podmínek stanovených ve Smlouvě o dotaci poskytnout zadavateli dotaci v maximální výši 58,82 % z celkových způsobilých výdajů projektu, maximálně však částku 9 989 181,- Kč. S ohledem na procentuální vyjádření maximální výše poskytnuté dotace a s ohledem na skutečnost, že dotace poskytnutá z regionální rady regionu soudržnosti je veřejným zdrojem ve smyslu § 17 písm. u) bodu 1 zákona, Úřad konstatuje, že zadavatel je v šetřené věci dotovaným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 3 zákona a tudíž byl povinen postupovat při zadávání veřejné zakázky podle zákona.
7. Z obsahu materiálů předložených zadavatelem v rámci šetření podnětu získal Úřad pochybnost, zda se zadavatel:
 - nedopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, když při posouzení a hodnocení nabídek ve smyslu § 76 odst. 1 zákona nevyloučil nabídku vybraného uchazeče, která nesplňovala podmínku na prokázání technických kvalifikačních předpokladů, tím, že předložený seznam obdobných dodávek k prokázání realizace dodávky pohyblivého pásu pro lyžaře o délce min. 120 m nesplňoval náležitosti stanovené v zadávací dokumentaci, tj. nebyl uveden objednatel, termín dodávky, finanční objem dodávky, pozice dodavatele a nebylo doloženo osvědčení vydané či podepsané veřejným zadavatelem nebo jinou osobou, pokud byla tato příjemcem dodávky, přičemž tento postup ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku,
 - nedopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona, když při zveřejňování zadávací dokumentace na profilu zadavatele nesplnil povinnost stanovenou v § 48 odst. 1 zákona tím, že neuveřejnil na profilu zadavatele kompletní textovou část zadávací dokumentace, tj. zadávací dokumentaci včetně všech příloh,
 - nedopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona, když nesplnil povinnost vyplývající z ustanovení § 147 odst. 8 zákona v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona, tím, že prodloužil lhůtu pro podání nabídek, bez toho aniž by nově stanovenou lhůtu pro podání nabídek uveřejnil prostřednictvím oprávněného oznámení o zakázce ve Věstníku veřejných zakázek a v Úředním věstníku Evropské unie,

a proto Úřad zahájil správní řízení z moci úřední.

II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

8. Účastníkem správního řízení podle § 116 zákona je zadavatel.
9. Zahájení správního řízení oznámil Úřad zadavateli dopisem č. j. ÚOHS-S249/2015/VZ-10289/2015/542/JVo dne 28. 4. 2015. Oznámení o zahájení správního řízení bylo zadavateli doručeno téhož dne a tímto dnem bylo podle § 113 zákona ve spojení s § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), zahájeno správní řízení z moci úřední.
10. Usnesením č. j. ÚOHS-S249/2015/VZ-10303/2015/542/JVo ze dne 28. 4. 2015 Úřad zadavateli stanovil lhůtu, ve které mohl navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko.

Vyjádření zadavatele ze dne 6. 5. 2015

11. Dne 14. 5. 2015 obdržel Úřad vyjádření zadavatele ze dne 6. 5. 2015, ve kterém zadavatel k neuveřejnění kompletní textové části zadávací dokumentace uvedl, že je povinností zadavatele uveřejnění takových informací, na základě kterých se uchazeč může smysluplně rozhodnout, zda je pro něj zakázka zajímavá a zda je schopen splnit zadavatelem stanovené obchodní podmínky, což dle názoru zadavatele splněno bylo.
12. Zadavatel vyjádřil přesvědčení, že pokud by zákonodárce požadoval zveřejňovat i jiné doklady či dokumenty, uvedl by jistě do zákona ustanovení „včetně veškerých příloh“, nebo např. „včetně projektové dokumentace a výkazu výměr“.
13. Zadavatel uvedl, že veškeré podklady včetně projektových a rozpočtových podkladů byly bezodkladně vydávány všem uchazečům, kteří o zakázku projevili zájem. Zadavatel konstatoval, že uvedeným postupem nemohl být ovlivněn výběr nejvhodnější nabídky.
14. Zadavatel dále uvedl, že prostřednictvím komise se řídil v plném rozsahu ustanovením § 56 zákona, který předepisuje, tedy i současně připouští, prokázání splnění kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na dodávky, kdy přílohou seznamu významných dodávek realizovaných dodavatelem musí být osvědčení vydané jinou osobou, pokud bylo zboží dodáno jiné osobě než veřejnému zadavateli nebo smlouva s jinou osobou a doklad o uskutečnění plnění dodavatele, není-li současně možné osvědčení získat z důvodů spočívajících na její straně. Zadavatel konstatoval, že prostřednictvím komise přijal u vybraného uchazeče smlouvu s jinou osobou (subdodavatelem), jejíž součástí (přílohou) byl i seznam referenčních dodávek výběru z instalovaných pohyblivých pásů delších než 120 m, přičemž se dle zadavatele nejedná o čestné prohlášení dodavatele, jehož přijetí by bylo nezákonným postupem.
15. V závěru svého vyjádření ke způsobu prokazování technických kvalifikačních předpokladů zadavatel vyjádřil přesvědčení, že postupoval v souladu zákonem a nebylo v šetřeném případě nutné vyzývat uchazeče k doplnění nabídek, ani uchazeče ze zadávacího řízení vylučovat.

16. Zadavatel k prodloužení lhůty pro podávání nabídek bez uveřejnění opravného oznámení uvedl, že prodloužil lhůtu pro podání nabídek o třicet minut, přičemž tato informace byla zveřejněna pouze na profilu zadavatele
17. Zadavatel konstatoval, že ani jeho, ani smluvního administrátora nenapadlo „zatěžovat“ touto informací český ani evropský věstník, neboť v jeho povědomosti je jakýmsi rozhodujícím kritériem pro posun lhůty jeden kalendářní den, nikoliv výše uvedený časový údaj. Zadavatel vyjádřil přesvědčení, že prodloužením lhůty o třicet minut nemohla vzniknout zájemcům či uchazečům nějaká újma, ani nemohl ovlivnit průběh ani výsledek zadávacího řízení, avšak de jure je tento postup mimo zákon a může to být označeno jako porušení zákona a správní delikt.

Další průběh správního řízení

18. Dne 22. 5. 2015 vydal Úřad usnesení č. j. ÚOHS-S249/2015/VZ-12131/2015/542/JVo, v němž stanovil zadavateli lhůtu, v níž byl oprávněn vyjádřit se k podkladům rozhodnutí, přičemž ve stanovené lhůtě ani později se zadavatel nevyjádřil.

Rozhodnutí Úřadu ze dne 17. 7. 2015

19. Úřad vydal dne 17. 7. 2015 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S249/2015/VZ-18488/2015/542/JVo (dále jen „**předchozí rozhodnutí**“), kterým ve výroku I. konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 76 odst. 1 a 6 zákona, když nevyločil ze zadávacího řízení na část 3. veřejné zakázky vybraného uchazeče, ačkoli jeho nabídka nespĺňovala požadavky zadavatele stanovené v zadávací dokumentaci na prokázání technických kvalifikačních předpokladů, přičemž tento postup zadavatele ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel dne 25. 7. 2014 s vybraným uchazečem smlouvu.
20. Výrokem II. předchozího rozhodnutí Úřad konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona tím, že nespĺnil povinnost uveřejnění stanovenou v § 48 odst. 1 zákona, když na profilu zadavatele neuveřejnil ode dne uveřejnění oznámení zadávacího řízení kompletní textovou část zadávací dokumentace k veřejné zakázce, a to alespoň do konce lhůty pro podání nabídek.
21. Dle výroku III. předchozího rozhodnutí se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 147 odst. 8 zákona, neboť nespĺnil povinnost uveřejnit úpravu provedenou v bodu IV. 3. 4) „Oznámení o zakázce“, uveřejněném dne 22. 5. 2014 pod ev. č. 486121 ve Věstníku veřejných zakázek, přičemž úprava se týkala prodloužení lhůty pro podání nabídek do zadávacího řízení na veřejnou zakázku a tato upravená lhůta byla oznámena pouze prostřednictvím dodatečných informací č. 1 ze dne 2. 6. 2014.
22. Výrokem IV. původního rozhodnutí byla zadavateli za spáchání správních deliktů uvedených ve výrocih I. – III. původního rozhodnutí uložena pokuta ve výši 60 000 Kč.
23. K výroku I. předchozího rozhodnutí Úřad v odůvodnění předchozího rozhodnutí uvedl, že zadavatel v zadávací dokumentaci mimo jiné stanovil, že po uchazeči požaduje předložení seznamu obdobných staveb a dodávek poskytnutých dodavatelem v posledních 3 letech, přičemž seznam je uchazeč povinen předložit ve formě čestného prohlášení, kde uvede požadované údaje: název dodávky, místo plnění, objednatel (název, sídlo, kontaktní osoba,

tel., email), termíny dodávky (zahájení a dokončení), finanční objem dodávky (v mil. Kč bez DPH), pozice dodavatele (dodavatel/subdodavatel), stručný popis zakázky, doloženo osvědčením. V témže bodu zadávací dokumentace zadavatel stanovil, že přílohou tohoto seznamu musí být osvědčení vydaná či podepsaná veřejným zadavatelem nebo jinou osobou, pokud byla tato osoba příjemcem dodávky. Vybraný uchazeč prokazoval splnění technického kvalifikačního předpokladu pro část 3 veřejné zakázky prostřednictvím subdodavatele, přičemž Úřad dospěl k závěru, že seznam instalovaných pohyblivých pásů, jímž mělo být prokázáno splnění požadavku zadavatele, uvedeného v bodě 6.5 zadávací dokumentace nesplňuje požadavky zadavatele na seznam obdobných dodávek, neboť tento seznam neobsahuje identifikaci objednatele, termín dodávky, finanční objem dodávky, pozici dodavatele ani stručný popis dodávky. Součástí předloženého seznamu rovněž nebylo požadované osvědčení, vydané či podepsané veřejným zadavatelem nebo jinou osobou, pokud byla tato příjemcem dodávky.

24. K výroku II. předchozího rozhodnutí Úřad v odůvodnění předchozího rozhodnutí uvedl, že přílohy zadávací dokumentace č. 1, 3, 4, 5 a část přílohy č. 2, které jsou její nedílnou součástí, představují textovou část zadávací dokumentace, zadavatel měl tedy povinnost uveřejnit tyto přílohy na svém profilu v době uveřejnění oznámení zadávacího řízení. Z profilu zadavatele (dostupného na https://www.profilzadavatele.cz/profil-zadavatele/jonas-tour-s-r-o_2092/) dle předchozího rozhodnutí vyplývá, že zadavatel uveřejnil zadávací dokumentaci bez výše uvedených příloh č. 1 až 5, které tvořily její nedílnou součást.
25. K výroku III. předchozího rozhodnutí Úřad v odůvodnění předchozího rozhodnutí uvedl, že dne 2. 6. 2014 poskytl zadavatel dodatečné informace č. 1 k zadávacímu řízení veřejné zakázky (dále jen „**dodatečné informace**“). Z dodatečných informací vyplývá, že zadavatel současně s poskytnutými informacemi prodloužil lhůtu pro podávání nabídek do 14. 7. 2014 v 10:30 hodin. Z Věstníku veřejných zakázek ani z informací uvedených v Ústředním věstníku Evropské unie nevyplývá, že by zadavatel uveřejnil opravné oznámení o zakázce s uvedením nově stanovené lhůty pro podávání nabídek do 14. 7. 2014 v 10:30 hodin.

Rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 27. 7. 2016

26. Proti předchozímu rozhodnutí podal zadavatel rozklad ze dne 29. 7. 2015, který byl Úřadu doručen dne 1. 8. 2015.
27. Po projednání rozkladu předseda Úřadu rozhodnutím č.j. ÚOHS-R227/2015/VZ-30959/2016/321/IPs ze dne 27. 7. 2016, které nabylo právní moci téhož dne, napadené rozhodnutí potvrdil a podaný rozklad zamítl (dále jen „**rozhodnutí předsedy Úřadu**“).

Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 24. 10. 2018

28. Následně zadavatel podal žalobu ke Krajskému soudu v Brně (dále jen „**krajský soud**“), kterou se domáhal zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu.
29. Krajský soud v této věci rozhodl rozsudkem č. j. 29 Af 101/2016-78 ze dne 24. 10. 2018 (dále jen „**rozsudek krajského soudu**“), jehož výrokiem I. zrušil rozhodnutí předsedy Úřadu a věc

vrátil Úřadu k dalšímu řízení. Výrokem II. pak Úřadu uložil povinnost zaplatit zadavateli náklady řízení do třiceti dnů od právní moci citovaného rozsudku.

30. V odůvodnění rozsudku krajského soudu je uvedeno, že při zohlednění pozdější právní úpravy, konkrétně zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZZVZ“), po zohlednění nových specifických skutkových podstat uvedených v § 269 ZZVZ je zřejmé, že jednání uvedená ve výrocích II. a III. předchozího rozhodnutí pod tyto skutkové podstaty nespádají. Dle rozsudku krajského soudu je uvedená pozdější právní úprava pro zadavatele příznivější, neboť je předmětné jednání postižitelné pouze v případě, že zároveň má (může mít) vliv na výběr dodavatele, což dle rozsudku krajského soudu nebylo ani v jednom případě naplněno.
31. K výroku I. předchozího rozhodnutí jsou v rozsudku krajského soudu následující závěry. V bodě 6.5 zadávací dokumentace uvedl zadavatel dle rozsudku krajského soudu, jakým způsobem požaduje zadavatel prokázat splnění technických kvalifikačních předpokladů, přičemž zároveň uvedl, že pokud dodavatel není schopen z objektivních důvodů prokázat splnění technických kvalifikačních předpokladů způsobem stanoveným zadavatelem, je oprávněn je prokázat rovnocennými doklady, pokud je zadavatel z objektivních důvodů neodmítne.
32. Krajský soud v citovaném rozsudku dospěl po přezkumu předchozího rozhodnutí a rozhodnutí předsedy Úřadu k závěru, že jsou v tomto ohledu nepřezkoumatelná pro nedostatek důvodů. K tomu dospěl krajský soud v citovaném rozsudku na základě zjištění, že Úřad i předseda Úřadu zcela opomněli závěrečný odstavec bodu 6.5 zadávací dokumentace. V důsledku toho se dle rozsudku krajského soudu žádným způsobem nezabývali tím, zda doložené doklady (ne)mohou být považovány za rovnocenné a prokazující splnění technických kvalifikačních předpokladů. Z obou rozhodnutí dle rozsudku krajského soudu naopak vyplývá, že svůj závěr ohledně nesplnění technických kvalifikačních předpokladů pro část 3. veřejné zakázky odůvodňovali výlučně tím, že poskytnuté doklady neodpovídají vyjmenovaným dokladům požadovaným žalobcem v předchozích odstavcích bodu 6.5 zadávací dokumentace. Zarážející je dle rozsudku krajského soudu navíc i skutečnost, že Úřad ve svém vyjádření k žalobě neuvedl k této námitce žádné stanovisko.
33. V následném šetření bude dle rozsudku krajského soudu úkolem Úřadu nejenom aplikovat na jednání zadavatele pozdější příznivější právní úpravu, ale ve vztahu k výroku I. se bude muset také vypořádat s povahou doložených podkladů v jejich vzájemné souvislosti za účelem vyvrácení/potvrzení toho, zda se může jednat o dokumenty rovnocenné a prokazující technické kvalifikační předpoklady.
34. Dle rozsudku krajského soudu byla při přezkumu rozhodnutí předsedy Úřadu ve smyslu § 75 odst. 2 věta první zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, žaloba zadavatele shledána jako důvodná a rozhodnutí předsedy Úřadu bylo dle § 78 odst. 1 citovaného zákona zrušeno dílem pro nezákonnost a dílem pro vady řízení spočívající v nepřezkoumatelnosti pro nedostatek důvodů.

Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 2. 2019

35. Nejvyšší správní soud se v rozsudku č. j. 4 As 380/2018-31 ze dne 21. 2. 2019 (dále jen „**rozsudek NSS**“) plně ztotožnil se závěry rozsudku krajského soudu a kasační stížnost zamítl.

36. K výroku II. předchozího rozhodnutí je v odůvodnění rozsudku NSS uvedeno, že jednání zadavatele není možné podřadit pod žádnou z variant deliktního jednání podle § 269 odst. 1 ZZVZ, proto je nezbytné vycházet z § 268 odst. 1 ZZVZ, který pro vznik správněprávní odpovědnosti zadavatele kromě „prostého“ porušení ZZVZ v oblasti uveřejnění zakázky požaduje, aby jeho jednání bylo způsobilé i ovlivnit výběr dodavatele. Se závěrem správních orgánů, že zadavatel nezveřejnil kompletní textovou část zadávací dokumentace, se dle rozsudku NSS Nejvyšší správní soud neztotožňuje. V daném ohledu je dle rozsudku NSS rozhodující, že podrobná zadávací dokumentace byla na profilu zadavatele zveřejněna, přičemž z jejího obsahu bylo bez dalšího zřejmé, co má být předmětem veřejné zakázky, včetně toho, jaké přílohy jsou její součástí. Zveřejněná zadávací dokumentace dle rozsudku NSS plně postačovala k tomu, aby se potenciální uchazeč mohl se zadáním veřejné zakázky seznámit a rozhodnout se, zda se bude o zakázku ucházet, resp. zda zadavatele osloví s žádostí o předložení zbývajících částí podkladů. Ostatně přímo v informaci o veřejné zakázce je dle rozsudku NSS sdělení zadavatele, že případně zdarma poskytne i zbývajících část dokumentace.
37. Podle rozsudku NSS nebylo možné po zadavateli spravedlivě požadovat, aby zveřejnil kompletní podklady pro veřejnou zakázku, jestliže zákon o veřejných zakázkách po něm požadoval, aby zveřejnil alespoň textovou část zadávací dokumentace. Dle rozsudku NSS Je zřejmé, že výklad slovního spojení „zveřejnit alespoň textovou část zadávací dokumentace“ může být nejasný, a proto není postaveno na jisto, co již zadavatelé nemusí, resp. musí, zveřejnit. V takovém případě dle rozsudku NSS nelze v pochybnostech postupovat v neprospěch adresáta veřejné správy, neboť se správní orgány pohybují v oblasti správního trestání.
38. K výroku III. předchozího rozhodnutí je v odůvodnění rozsudku NSS uvedeno, že je sice zřejmé, že zadavatel v dané souvislosti porušil své zákonné povinnosti, což ostatně i sám uznal, jeho jednání však nebylo způsobilé ovlivnit výběr nejhodnějšího dodavatele.
39. K výroku I. předchozího rozhodnutí je v odůvodnění rozsudku NSS uvedeno, že Nejvyšší správní soud souhlasí s krajským soudem, že předchozí rozhodnutí i rozhodnutí předsedy Úřadu jsou ve vztahu k posouzení otázky, zda vybraný uchazeč splnil technická kvalifikační kritéria požadovaná zadavatelem, nepřezkoumatelná pro nedostatek důvodů. Z obsahu těchto rozhodnutí dle rozsudku NSS plyne, že Úřad i jeho předseda se zcela opomněli zabývat tím, zda doložené doklady (ne)mohou být považovány za rovnocenné a prokazující splnění technických kvalifikačních předpokladů ve smyslu posledního odstavce bodu 6.5 zadávací dokumentace. Z obou rozhodnutí dle rozsudku NSS naopak vyplývá, že nesplnění technických kvalifikačních předpokladů pro část 3. veřejné zakázky vyvozovali z toho, že poskytnuté doklady neodpovídají vyjmenovaným dokladům a požadavkům na ně uvedeným v předchozích odstavcích bodu 6.5 zadávací dokumentace.

Rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 6. 5. 2019

40. Dne 6. 5. 2019 vydal předseda Úřadu rozhodnutí č.j. ÚOHS-R227/2015/VZ-12474/2019/321/EDo (dále jen „následné rozhodnutí předsedy Úřadu“), kterým výroky I. a IV. předchozího rozhodnutí ve smyslu § 152 odst. 6 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

41. Výroky II. a III. předchozího rozhodnutí byly následným rozhodnutím předsedy Úřadu ve smyslu § 152 odst. 6 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. a) správního řádu, zrušeny a správní řízení v rozsahu uvedených výroků II. a III. bylo zastaveno, neboť dle § 117a písm. f) zákona ve správním řízení zahájeném z moci úřední nebyly shledány důvody pro uložení sankce podle § 120 zákona.
42. Z odůvodnění následného rozhodnutí předsedy Úřadu je zřejmé, že předseda Úřadu, který byl vázán právním názorem rozsudku krajského soudu a rozsudku NSS, zavázal Úřad, aby se výslovně a podrobně vyjádřil k tomu, proč dané doklady nelze považovat za rovnocenné doklady ve smyslu bodu 6.5 in fine zadávací dokumentace. Zadavatel dle následného rozhodnutí předsedy Úřadu přehled referencí předložený vybraným uchazečem k prokázání kvalifikace připustil, i když neobsahovaly všechny zadavatelem požadované údaje, což Úřad posoudil jako pochybení zadavatele, jelikož se odchýlil od svých zadávacích podmínek vyplývajících z bodu 6.5 zadávací dokumentace. Úřad se bude muset dle následného rozhodnutí předsedy Úřadu zabývat povahou podkladů doložených vybraným uchazečem v jejich vzájemné souvislosti za účelem vyvrácení/potvrzení toho, zda se může jednat o dokumenty rovnocenné, a tedy jinak prokazující kvalifikační předpoklady, jak bylo naznačeno v bodě 46. rozsudku krajského soudu. Pokud Úřad dojde k závěru, že doklady předložené vybraným uchazečem nelze považovat za rovnocenné doklady tak, jak měl na mysli zadavatel v posledním odstavci bodu 6.5 zadávací dokumentace, bude muset své tvrzení dle následného rozhodnutí předsedy Úřadu podrobně odůvodnit v kontextu celého bodu 6.5 zadávací dokumentace nevyjímaje poslední odstavec tohoto bodu.
43. Úřad by měl dle následného rozhodnutí předsedy Úřadu učinit jednoznačný závěr, zda doklady předložené vybraným uchazečem mohly alespoň požadavku posledního odstavce bodu 6.5 zadávací dokumentace dostát. V návaznosti na takto doplněná skutková zjištění potom Úřad dle následného rozhodnutí předsedy Úřadu opětovně právně posoudí, zda skutečně došlo k porušení § 76 odst. 1 a 6 zákona a zda tedy byla naplněna skutková podstata správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Svůj závěr potom Úřad dle následného rozhodnutí předsedy Úřadu přezkoumatelným způsobem odůvodní tak, aby toto odůvodnění obsahovalo jasnou argumentaci, jak k danému závěru Úřad dospěl.
44. Úřad rovněž dle následného rozhodnutí předsedy Úřadu daný postup zadavatele posoudí i s ohledem na ZZVZ především ve vztahu k tomu, zda jej není třeba na případ aplikovat z důvodu pozdější příznivější právní úpravy, jak bylo rovněž poznamenáno v bodu 46. rozsudku krajského soudu.
45. Vzhledem ke skutečnosti, že je dle následného rozhodnutí předsedy Úřadu výrok IV. předchozího rozhodnutí přímo závislý na zrušených výrocích I. až III. předchozího rozhodnutí konstatujících spáchání správních deliktů, nemá výrok IV. předchozího rozhodnutí, kterým byla zadavateli uložena pokuta, oporu pro uložení této sankce, proto byl také zrušen. Úřad dle následného rozhodnutí předsedy Úřadu o nutnosti udělení pokuty, příp. o její výši, rozhodne v návaznosti na svá doplněná skutková zjištění a jejich právní posouzení týkající se možného porušení § 76 odst. 1 a 6 zákona zadavatelem. Při posouzení případné pokuty, pokud Úřad opětovně dojde k závěru, že správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona byl zadavatelem spáchán, neopomene dle následného rozhodnutí předsedy Úřadu zohlednit možnou pozdější příznivější právní úpravu dle ZZVZ a zákona č. 250/2016 Sb.,

o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o přestupcích“), pro ukládání sankce.

Další průběh správního řízení

46. Úřad poté, co mu byla věc vrácena k novému projednání, přípisem č. j. ÚOHS-S249/2015/VZ-13714/2019/541/JCh ze dne 17. 5. 2019 vyrozuměl zadavatele o pokračování správního řízení.
47. Usnesením č. j. ÚOHS-S249/2015/VZ-13715/2019/541/JCh ze dne 17. 5. 2019 určil Úřad zadavateli lhůtu pro předložení dokumentace o veřejné zakázce a lhůtu, v níž mohl zadavatel navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko.

Vyjádření zadavatele ze dne 29. 5. 2019

48. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 29. 5. 2019 uvedl, že odkazuje na svá tvrzení uvedená ve správní žalobě ze dne 27. 9. 2016, replice ze dne 20. 1. 2017 a vyjádření zadavatele ke kasační stížnosti ze dne 1. 2. 2019, kde konstatuje následující. Zadavatel má za to, že ke splnění podmínky dle posledního odstavce čl. 6.5 zadávací dokumentace, tj. doložení realizace pohyblivého pásu o minimální požadované délce z objektivních důvodů jiným způsobem, doložil čestné prohlášení, z jehož obsahu je dle zadavatele zřejmý rozsah realizovaných zakázek, i to že byly realizovány v zahraničí, a tudíž uchazeč neměl přístup k podrobnějším údajům. V daném případě se tak dle zadavatele jedná o rovnocenné doklady, které zadavatel z objektivních důvodů neodmítl. Jádrem věci je dle zadavatele posouzení kvalifikace uchazeče pro realizaci příslušné části zakázky. Zpětně kvalifikaci potvrdil dle zadavatele bezchybný chod instalovaného zařízení, kdy ostatně ani IROP neshledal v tomto ohledu žádné nedostatky.
49. Závěr úřadu o tom, že postup zadavatele změnil pořadí uchazečů, je dle zadavatele nesprávný. O část 3. veřejné zakázky se dle zadavatele kromě vybraného uchazeče ucházeli další dva uchazeči, přičemž jeden byl dle § 54 písm. a) zákona vyloučen a druhý doložil k části 3. veřejné zakázky stejný obsah předmětných dokumentů jako vybraný uchazeč. Dle zadavatele tak nemohlo dojít volbou vybraného uchazeče ke znevýhodnění dalšího oprávněného uchazeče.
50. Dle zadavatele by v logice rozhodnutí Úřadu měli být oba zbývající uchazeči vyloučení pro nesplnění kvalifikačních předpokladů dle čl. 6.5 zadávací dokumentace a pro část 3. veřejné zakázky by nezůstali žádní uchazeči. To by bylo dle zadavatele nevhodné. Zadavatel má za to, že veden zásadami rovného zacházení, zákazu diskriminace, přiměřenosti a transparentnosti, zachoval k oběma zbylým uchazečům rovný přístup, a nechal je využít jejich práva doložit kvalifikační předpoklady jinými dokumenty, a to prostřednictvím potvrzení od subdodavatele.
51. Zadavatel má na základě uvedeného za to, že jednání zadavatele ve vztahu k akceptaci dokladů prokazujících splnění kvalifikace dle bodu 6.5 zadávací dokumentace ve svém konečném důsledku podstatně neovlivnilo ani nemohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky nebo dodavatele. Z tohoto důvodu nebyly dle zadavatele naplněny znaky správního deliktu ani podle § 120 odst. 1. zákona ani podle § 268 odst. 1. písm. a) ZZVZ.

Další průběh správního řízení

52. Usnesením č. j. ÚOHS-S249/2015/VZ-14296/2019/541/JCh ze dne 11. 6. 2019 určil Úřad zadavateli lhůtu, v níž se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Zadavatel se v Úřadem stanovené lhůtě ani později nevyjádřil.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

53. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů a vyjádření předložených účastníkem řízení, na základě vlastních zjištění, po zohlednění rozsudku krajského soudu, rozsudku NSS a následného rozhodnutí předsedy Úřadu dospěl k závěru, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 76 odst. 1 a 6 citovaného zákona, když nevyloučil ze zadávacího řízení na část 3. veřejné zakázky vybraného uchazeče, ačkoli jeho nabídka nespĺňovala požadavky zadavatele stanovené v bodu 6.5 zadávací dokumentace na prokázání technických kvalifikačních předpokladů, konkrétně požadavky zadavatele na identifikaci objednatele, termín dodávky a finanční objem referenční zakázky, přičemž tento postup zadavatele ovlivnil výběr nevhodnější nabídky a zadavatel uzavřel dne 25. 7. 2014 s vybraným uchazečem smlouvu o dílo č. 2507/2014.
54. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení zákona

55. Podle § 56 odst. 1 písm. a) zákona může veřejný zadavatel k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na dodávky požadovat seznam významných dodávek realizovaných dodavatelem v posledních 3 letech a v případě oblasti obrany nebo bezpečnosti v posledních 5 letech s uvedením jejich rozsahu a doby plnění; přílohou tohoto seznamu musí být
1. osvědčení vydané či podepsané veřejným zadavatelem, pokud bylo zboží dodáno veřejnému zadavateli,
 2. osvědčení vydané jinou osobou, pokud bylo zboží dodáno jiné osobě než veřejnému zadavateli, nebo
 3. smlouva s jinou osobou a doklad o uskutečnění plnění dodavatele, není-li současně možné osvědčení podle bodu 2 od této osoby získat z důvodů spočívajících na její straně.
56. Podle § 56 odst. 6 zákona pokud není dodavatel z objektivních důvodů schopen prokázat splnění technických předpokladů způsoby stanovenými podle § 56 odst. 5 zákona, je oprávněn je prokázat i jinými rovnocennými doklady, pokud je veřejný zadavatel z objektivních důvodů neodmítne.
57. Podle § 76 odst. 1 zákona hodnotící komise posoudí nabídky uchazečů z hlediska splnění zákonných požadavků a požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách a z hlediska toho, zda uchazeč nepodal nepřijatelnou nabídku podle § 22 odst. 1 písm. d) zákona. Nabídky, které tyto požadavky nespĺňují, musí být vyřazeny. Jestliže nedošlo k vyřazení všech variant nabídky, nepovažuje se nabídka za vyřazenou. Ke zjevným početním chybám v nabídce, zjištěným při posouzení nabídek, které nemají vliv na nabídkovou cenu, hodnotící komise nepřihlíží. V případě veřejné zakázky na stavební práce, jejíž zadávací

dokumentace obsahuje příslušnou dokumentaci podle § 44 odst. 4 písm. a) zákona, posoudí hodnotící komise nabídky v podrobnostech soupisu stavebních prací, dodávek a služeb a výkazu výměr.

58. Podle § 76 odst. 6 zákona uchazeče, jehož nabídka byla při posouzení nabídek hodnotící komisí vyřazena, vyloučí zadavatel bezodkladně z účasti v zadávacím řízení. To neplatí, pokud zadavatel postupuje podle § 79 odst. 5 zákona. Vyloučení uchazeče, včetně důvodů vyloučení, zadavatel uchazeči bezodkladně písemně oznámí. Pokud si to veřejný zadavatel v zadávacích podmínkách vyhradil, může ve zjednodušeném podlimitním řízení rozhodnutí o vyloučení uchazeče oznámit jeho uveřejněním na profilu zadavatele; v takovém případě se rozhodnutí o vyloučení uchazeče považuje za doručené okamžikem uveřejnění na profilu zadavatele.
59. 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.
60. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle § 120 odstavce 1 písm. a), c) nebo d) zákona.

Relevantní ustanovení ZZVZ

61. Podle § 48 odst. 2 ZZVZ zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení, pokud údaje, doklady, vzorky nebo modely předložené účastníkem zadávacího řízení
- a) nesplňují zadávací podmínky nebo je účastník zadávacího řízení ve stanovené lhůtě nedoložil,
 - b) nebyly účastníkem zadávacího řízení objasněny nebo doplněny na základě žádosti podle § 46 ZZVZ, nebo
 - c) neodpovídají skutečnosti a měly nebo mohou mít vliv na posouzení podmínek účasti nebo na naplnění kritérií hodnocení.
62. Podle § 48 odst. 8 ZZVZ vybraného dodavatele zadavatel vyloučí z účasti v zadávacím řízení, pokud zjistí, že jsou naplněny důvody vyloučení podle § 48 odst. 2 ZZVZ nebo může prokázat naplnění důvodů podle § 48 odstavce 5 písm. a) až c) ZZVZ.
63. Podle § 79 odst. 2 písm. b) ZZVZ k prokázání kritérií technické kvalifikace zadavatel může požadovat seznam významných dodávek nebo významných služeb poskytnutých za poslední 3 roky před zahájením zadávacího řízení včetně uvedení ceny a doby jejich poskytnutí a identifikace objednatele; zadavatel může stanovit, že budou zohledněny doklady i za dobu delší než poslední 3 roky před zahájením zadávacího řízení, pokud je to nezbytné pro zajištění přiměřené úrovně hospodářské soutěže.
64. Podle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ se zadavatel dopustí přestupku tím, že nedodrží pravidla stanovená tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postupy podle části šesté, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu v soutěži o návrh, a zadá veřejnou zakázku, uzavře rámcovou dohodu nebo se soutěž o návrh považuje po výběru návrhu za ukončenou.

65. Podle § 268 odst. 2 písm. a) ZZVZ za přestupek podle § 268 odst. 1 ZZVZ, nepoužije-li se postup podle odstavce 3, lze uložit pokutu do 10 % ceny veřejné zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o přestupek podle § 268 odst. 1 písm. a) až c) ZZVZ.

Skutečnosti zjištěné z předložené dokumentace

66. Zadavatel v bodu 6. 5. zadávací dokumentace stanovil, že po uchazeči požaduje předložení seznamu obdobných staveb a dodávek poskytnutých dodavatelem v posledních 3 letech, přičemž seznam je uchazeč povinen předložit ve formě čestného prohlášení, kde uvede požadované údaje: název dodávky, místo plnění, objednatel (název, sídlo, kontaktní osoba, tel., email), termíny dodávky (zahájení a dokončení), finanční objem dodávky (v mil. Kč bez DPH), pozice dodavatele (dodavatel/subdodavatel), stručný popis dodávky, doloženo osvědčením. V témže bodu zadavatel stanovil, že přílohou tohoto seznamu musí být osvědčení vydaná či podepsaná veřejným zadavatelem nebo jinou osobou, pokud byla tato osoba příjemcem dodávky. Zadavatel přitom stanovil, že uchazeč splní podmínku stanovenou zadavatelem, pokud předloží seznam minimálně tří významných dodávek obdobných předmětu této veřejné zakázky, tj. dodávky alespoň dvou obdobných zařízení včetně služeb s tímto spojených, bez omezení či předpisu výše finančního plnění, přičemž pro část

- 1) doloží, že realizoval alespoň jednu dodávku technologie zasněžování v minimální hodnotě 4 000 000,- Kč bez DPH,
- 2) doloží, že realizoval alespoň jednu stavbu obdobného technologického charakteru, tedy například objekt s trafostanicí, kompresorovnou a rozvodnými skříněmi, sklady a sociálním zázemím apod.
- 3) doloží, že realizoval alespoň jednu dodávku pohyblivého pásu pro lyžaře o délce min. 120 m.

Zadavatel stanovil, že pokud uchazeč podává nabídku na všechny tři části současně, pak je požadavek specifikován právě výše uvedenými podmínkami pod body 1) – 3). Dále zadavatel stanovil, že pokud není dodavatel z objektivních důvodů schopen prokázat splnění technických kvalifikačních předpokladů způsoby stanovenými shora zadavatelem, je oprávněn je prokázat i jinými rovnocennými doklady, pokud je zadavatel z objektivních důvodů neodmítne.

67. Z nabídky vybraného uchazeče vyplývá, že vybraný uchazeč prokazoval splnění technického kvalifikačního předpokladu pro část 3 veřejné zakázky, jež spočívalo v doložení realizace alespoň jedné dodávky pohyblivého pásu pro lyžaře o délce min. 120 m, prostřednictvím subdodavatele, a to společnosti Sitour Česká republika s. r. o., IČO 64578496, se sídlem U Cikánky 158, 150 00 Praha 5 (dále jen „subdodavatel“).
68. Součástí nabídky vybraného uchazeče byla smlouva o smlouvě budoucí na dodávku pohyblivého pásu pro lyžaře v délce 130 m dle přiložené specifikace uzavřená se subdodavatelem dne 10. 7. 2014. Součástí nabídky vybraného uchazeče byl dále dokument označený jako „reference“, kde bylo uvedeno: „Potvrzujeme následující výběr z instalovaných pohyblivých pásů delších než 120 m:

	<i>Typ pásu</i>	<i>Místo instalace</i>	<i>Délka pásu (m)</i>
1.	<i>Sun Kid Blue Eye typ G</i>	<i>Lofer, Rakousko</i>	<i>141</i>
2.	<i>Sun Kid Blue Eye typ G</i>	<i>Winterberg, Německo</i>	<i>189</i>
3.	<i>Sun Kid Blue Eye typ G</i>	<i>Haute Nendaz, Švýcarsko</i>	<i>138</i>
4.	<i>Sun Kid Blue Eye typ G</i>	<i>Freyung, Německo</i>	<i>180</i>
5.	<i>Sun Kid Blue Eye typ G</i>	<i>Schoneck, Německo</i>	<i>135</i>
6.	<i>Sun Kid Blue Eye typ G</i>	<i>Les Deux Alps, Francie</i>	<i>249</i>
7.	<i>Sun Kid Blue Eye typ G</i>	<i>Sestriere, Itálie</i>	<i>171</i>
8.	<i>Sun Kid Blue Eye typ G</i>	<i>Astana, Kazachstan</i>	<i>168</i>
9.	<i>Sun Kid Blue Eye typ G</i>	<i>St. Petersburg, Rusko</i>	<i>126</i>
10.	<i>Sun Kid Blue Eye typ G</i>	<i>Blackwater Falls, USA</i>	<i>399</i>

Praha 25. 6. 2014, Milan Jurdík, jednatel, Sitour Česká republika s.r.o. Reference obsahovala rovněž podpis uvedeného jednatele.

Právní posouzení

69. Úřad nejprve obecně uvádí, že účelem stanovení požadavků k prokázání splnění kvalifikace 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 přidělení též plnit.
70. Pro část 3. veřejné zakázky požadoval zadavatel v bodu 6.5 zadávací dokumentace k doložení technických kvalifikačních předpokladů čestné prohlášení, ze kterého bude vyplývat realizace alespoň jedné dodávky pohyblivého pásu pro lyžaře o délce min. 120 m s uvedením názvu dodávky, místa plnění, objednatele (název, sídlo, kontaktní osoba, tel., email), termínu dodávky (zahájení a dokončení), finančního objemu dodávky (v mil. Kč bez DPH), pozice dodavatele (dodavatel/subdodavatel), stručného popisu dodávky a doložení těchto skutečností osvědčením. K požadavkům zadavatele uvedeným v bodě 6.5. zadávací dokumentace Úřad uvádí, že předmětné požadavky zadavatele na poskytnutí údajů o objednateli, termínu dodávky a finančním objemu dodávky korespondují s ustanovením § 56 odst. 1 písm. a) zákona, který stanoví možný rozsah požadavků zadavatele k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky tj. identifikace (seznam) významných dodávek, uvedení jejich rozsahu a doby. V tomto kontextu tak nelze požadavky zadavatele k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů považovat za excesivní či nepřiměřené, ale je nutné na dané požadavky nazírat jako na údaje vycházející z ustanovení § 56 odst. 1 písm. a) zákona.
71. V šetřeném případě prokazoval vybraný uchazeč část technických kvalifikačních předpokladů (realizace dodávky pohyblivého pásu pro lyžaře o délce alespoň 120 m) prostřednictvím subdodavatele. V takovém případě byl vybraný uchazeč povinen doložit seznam obdobných dodávek k prokázání technických kvalifikačních předpokladů realizovaných subdodavatelem a současně byl v souladu s ustanovením § 51 odst. 4 písm. b) zákona povinen předložit uzavřenou smlouvu se subdodavatelem, z níž by vyplýval závazek subdodavatele

k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky. K uvedenému Úřad uvádí, že seznam obdobných dodávek k prokázání technických kvalifikačních předpokladů je nutné doložit se všemi požadovanými údaji (náležitostmi), které vymezil zadavatel v zadávací dokumentaci, a to bez ohledu na skutečnost, zda jsou technické kvalifikační předpoklady prokazovány samotným uchazečem nebo prostřednictvím subdodavatele. Smyslem výše citovaného ustanovení zákona je poskytnout zadavateli určitou záruku toho, že dodavatel, prostřednictvím kterého jsou prokazovány (technické) kvalifikační předpoklady, nebude pouze „formálním“ subjektem pro účely zadávacího řízení, ale naopak bude coby nositel potřebných znalostí a dovedností reálný poskytovatel daného plnění, resp. části plnění v rozsahu, v němž prokázal kvalifikační předpoklady.

72. Součástí nabídky vybraného uchazeče byla smlouva o smlouvě budoucí na dodávku pohyblivého pásu pro lyžaře v délce 130 m uzavřená se subdodavatelem dne 10. 7. 2014 a dále přehled instalovaných pohyblivých pásů delších než 120 m vystavený dne 25. 6. 2014 jednatelem subdodavatele (viz bod 68. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
73. Výše uvedený přehled instalovaných pohyblivých pásů delších než 120 m obsahoval celkem deset položek se specifikací typu pásu (ve všech případech se jednalo o pás Sun Kid Blue Eye typ G), místa instalace pásu (s uvedením pouze města a země) a délky pásu v metrech.
74. Citovaný přehled instalovaných pohyblivých pásů však neobsahoval identifikaci objednatele, termín dodávky a finanční objem dodávky. Z uvedeného je tak zřejmé, že citovaný přehled instalovaných pohyblivých pásů nesplňuje požadavky zadavatele stanovené v bodu 6.5 zadávací dokumentace na seznam obdobných dodávek, konkrétně požadavek zadavatele na identifikaci objednatele, uvedení termínu dodávky a uvedení finančního objemu dodávky.
75. Úřad na základě uvedeného konstatuje, že předmětný seznam předložený vybraným uchazečem k prokázání splnění technického kvalifikačního předpokladu (k doložení realizace alespoň jedné dodávky pohyblivého pásu pro lyžaře v délce 120m) neobsahuje náležitosti vymezené v bodu 6.5 zadávací dokumentace na seznam obdobných dodávek, neboť citovaný seznam neobsahuje termín dodávky ani identifikaci objednatele a finanční objem dodávky. Uvedené údaje požadované zadavatelem k prokázání technických kvalifikačních předpokladů nevyplývají ani z žádného jiného dokumentu, jenž by byl součástí nabídky vybraného uchazeče.
76. Jak již Úřad uvedl výše, zadavatel v šetřeném případě ve vztahu k požadavku na prokázání technických kvalifikačních předpokladů stanovil v souvislosti s požadavkem na doložení realizace pohyblivého pásu pro lyžaře o délce minimálně 120 m rovněž požadavek na identifikaci objednatele, termín dodávky a finanční objem předmětné referenční zakázky. Je zřejmé, že zadavatel skrze stanovení této zadávací podmínky považoval požadované informace za potřebné k tomu, aby bylo možné z jeho strany posoudit, nakolik je konkrétní dodavatel kvalifikovaný ve vztahu k předmětu plnění veřejné zakázky, přičemž však akceptace takto zpracovaného čestného prohlášení ze strany vybraného uchazeče, který v rámci předloženého seznamu neuvedl identifikaci objednatele, termín plnění ani finanční objem těchto referencí, znamenala, že zadavatel zcela rezignoval na ověření „vhodnosti“ vybraným uchazečem předkládaných referenčních zakázek. Sledovaný cíl stanoveného kvalifikačního požadavku tak ztratil postupem zadavatele zcela své opodstatnění, jelikož na základě obdržení informací zadavatel nedisponoval průkaznými podklady o potřebné

kvalifikaci vybraného dodavatele, a přesto posoudil jeho nabídku za splňující zadávací podmínky, avšak v takovém případě tedy zůstává otázkou, z jakého důvodu zadavatel tyto informace po dodavatelích ve vztahu k předkládaným referencím v zadávací dokumentaci vyžadoval, když jejich absence v rámci nabídky vybraného uchazeče pro něj nebyla překážkou pro jeho další účast v zadávacím řízení.

77. V § 56 odst. 6 zákona je stanoveno, že pokud není dodavatel z objektivních důvodů schopen prokázat splnění technických předpokladů způsobu stanovenými v § 56 odst. 5 zákona, je oprávněn je prokázat i jinými rovnocennými doklady, pokud je veřejný zadavatel z objektivních důvodů neodmítne. Citované ustanovení zákona, aniž by to případné využití tohoto paragrafu nějak ovlivnilo, uvedl rovněž zadavatel v bodu 6.5 in fine zadávací dokumentace, kde stanovil, že pokud není dodavatel z objektivních důvodů schopen prokázat splnění technických kvalifikačních předpokladů způsobu stanovenými v cit. ustanovení zadávací dokumentace, je oprávněn je prokázat i jinými rovnocennými doklady, pokud je zadavatel z objektivních důvodů neodmítne.
78. Úřad na tomto místě konstatuje, že zadavatel požadoval doložení výše uvedeného technického kvalifikačního předpokladu formou čestného prohlášení s uvedením relevantních údajů. Úřad konstatuje, že čestné prohlášení je oproti jiným formám dokladů vydaným odlišným subjektem od osoby uchazeče (např. osvědčení) nejjednodušší variantou dokladu, neboť takový doklad vyhotovuje samotný uchazeč. Nelze si tak zcela rozumně představit, jaký by mohl být objektivní důvod, pro který by vybraný uchazeč v rámci předloženého seznamu, pro jehož zpracování nebyla nutná součinnost třetí osoby, nebyl schopen uvést požadované základní informace o referenčních zakázkách. V daném případě tak z obdržené dokumentace nevyplývá, že by vůbec byly splněny podmínky pro využití postupu dle § 56 odst. 6 zákona resp. bodu 6.5 in fine zadávací dokumentace, tedy možnosti vybraného uchazeče předložit v rámci prokazování splnění kvalifikace rovnocenný doklad k zadavatelem požadovanému čestnému prohlášení, resp. seznamu. Přitom pouze v takovém případě by byl vybraný uchazeč v souladu s citovaným ustanovením zákona a zadávací dokumentace oprávněn prokázat splnění technických kvalifikačních předpokladů i jinými rovnocennými doklady, pokud je zadavatel z objektivních důvodů neodmítne.
79. S ohledem na závěry rozsudku krajského soudu, rozsudku NSS a následného rozhodnutí předsedy Úřadu, kterými je Úřad vázán, se Úřad otázkou, zda doklady předložené vybraným uchazečem mohou být považovány za „jiné rovnocenné doklady“ ve smyslu bodu 6.5 in fine zadávací dokumentace, i přes výše uvedené, dále zabýval.
80. Z bodu 6. 5. zadávací dokumentace je zřejmé, že zadavatelem požadované čestné prohlášení musí obsahovat mj. následující zadavatelem požadované údaje: objednatel (název, sídlo, kontaktní osoba, tel., email), termíny dodávky (zahájení a dokončení) a finanční objem dodávky (v mil. Kč bez DPH).
81. Úřad konstatuje, že aby mohly být vybraným uchazečem předložené doklady prokazující splnění kvalifikačních požadavků dle bodu 6.5 zadávací dokumentace považovány za „jiné rovnocenné doklady“ ve smyslu cit. bodu zadávací dokumentace k čestnému prohlášení požadovanému tamtéž, bylo by nezbytné, aby z nich vyplývaly údaje, které zadavatel požadoval jako náležitosti čestného prohlášení v citovaném bodu zadávací dokumentace. V případě „jiných rovnocenných dokladů“ tak musí jít o takové doklady, ze kterých je

jednoznačně zřejmé, že předmětné požadavky zadavatele na technické kvalifikační předpoklady byly ze strany uchazeče naplněny. V návaznosti na bod 76. odůvodnění tohoto rozhodnutí Úřad uvádí, že v šetřeném případě zadavatel jednoznačně stanovil požadavek na doložení seznamu obdobných dodávek poskytnutých dodavatelem v posledních 3 letech, přičemž právě údaj obsažený v seznamu významných dodávek má prokázat, že dodávka byla poskytnuta v rozhodném období (v posledních třech letech) a jako taková osvědčuje „kvalifikovanost“ dodavatele, neboť pokud by například z dokladu vyplývalo, že dodavatel poskytl předmětné plnění před 10 lety, nebyl by z hlediska prokázání technické kvalifikace způsobilý k plnění předmětné veřejné zakázky. Ve vztahu k prokázání doby realizace referenční zakázky je pak možné považovat za rovnocenný výhradně takový doklad, ze kterého bude možné ověřit „kvalifikovanost“ dodavatele, tedy skutečnost, že realizoval významnou dodávku v posledních třech letech a z hlediska kvalifikace tak splňuje požadavky zadavatele. Z předloženého seznamu instalovaných pásů však není nikterak zřejmý objednatel předmětných dodávek, termín, kdy byly pohyblivé pásy instalovány ani finanční hodnota jednotlivých dodávek. V tomto kontextu je tak zřejmé, že předmětný přehled instalovaných pásů vystavený dne 25. 6. 2014 jednak nesplňuje požadavky na něj kladené v rámci bodu 6. 5 zadávací dokumentace (viz závěr výše) a ani nelze na předložený seznam v rozsahu předložených údajů nahlížet jako na jiný rovnocenný doklad ve smyslu posledního odstavce bodu 6. 5. zadávací dokumentace, resp. ustanovení § 56 odst. 6 zákona.

82. Vybraný uchazeč tak ve své nabídce nepředložil zadavatelem v bodu 6.5 zadávací dokumentace požadované čestné prohlášení ani „jiný rovnocenný doklad“ požadovaný tamtéž, který by prokazoval splnění technických kvalifikačních předpokladů, konkrétně požadavků zadavatele na identifikaci objednatele, termín dodávky a finanční objem referenční zakázky.
83. V návaznosti na výše uvedené Úřad konstatuje, že s ohledem na skutečnost, že zadavatel nevyužil možnosti dle § 59 odst. 4 zákona a nevyzval vybraného uchazeče, aby písemně objasnil předložené informace či doklady nebo předložil další informace či doklady prokazující splnění kvalifikace, měla být nabídka vybraného uchazeče ve smyslu § 76 odst. 1 zákona vyřazena a vybraný uchazeč dle § 76 odst. 6 zákona vyloučen z další účasti v zadávacím řízení. V šetřeném případě však zadavatel namísto toho uzavřel dne 25. 7. 2014 s vybraným uchazečem smlouvu na předmět plnění veřejné zakázky.
84. Vzhledem k tomu, že v šetřeném případě bylo prokázáno, že vybraný uchazeč měl být vyloučen z další účasti v zadávacím řízení z důvodu nesplnění požadavku zadavatele na prokázání technických kvalifikačních předpokladů, avšak zadavatel tak neučinil a uzavřel s vybraným uchazečem dne 25. 7. 2014 smlouvu na předmět plnění, je zřejmé, že výše uvedené pochybení zadavatele mělo v šetřené veřejné zakázce vliv na výběr nejvhodnější nabídky. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že byl z jeho strany jednoznačně prokázán vliv na výběr nejvhodnější nabídky, coby nedílná součást rozhodnutí, kterým je dovozeno spáchání správního deliktu zadavatele.
85. Na uvedené skutečnosti nic nemění ani tvrzení zadavatele, že v případě vyloučení vybraného uchazeče by musel být vyloučen ze zadávacího řízení i další uchazeč. Dle zadavatele by bylo neehospodárné, když by pro předmětnou část 3. veřejné zakázky nezůstal žádný uchazeč. K uvedenému Úřad konstatuje, že nelze akceptovat argumentaci zadavatele, že jednání, které je v rozporu se zákonem by mohlo být považováno za možné v případě, kdy by bylo

hospodárnější. V tomto kontextu Úřad uvádí, že zásadě hospodárnosti nemůže být v postupu zadavatele přiznána aplikační přednost před zásadami ve smyslu § 6 zákona.

86. K vyjádření zadavatele ze dne 29. 5. 2019, že vybraný uchazeč předložil v šetřeném případě z objektivních důvodů rovnocenné doklady ve smyslu bodu 6.5 zadávací dokumentace, kdy je z obsahu zřejmý rozsah realizovaných zakázek, i to že byly realizovány v zahraničí, a tudíž uchazeč neměl přístup k podrobnější údajům, Úřad uvádí, že smyslem prokázání údajů prostřednictvím jiných rovnocenných dokladů ve smyslu § 56 odst. 6 zákona je umožnit prokázání rozhodných údajů jiným způsobem či jinou formou, avšak stále musí z „rovnocenných dokladů“ vyplývat požadované rozhodné skutečnosti, neboť v opačném případě by se jednalo o institut umožňující obcházení požadavků zákona, resp. zadavatele, kdy by v daném případě stačilo odkázat na seznam zahraničních zakázek, ze kterého nejsou patrné požadované údaje s argumentací, že se jedná o rovnocenný doklad.
87. K tvrzení zadavatele, že kvalifikaci vybraného uchazeče zpětně potvrdil bezchybný chod instalovaného zařízení, Úřad konstatuje, že skutečnost, že vybraný uchazeč část 3. veřejné zakázky nakonec realizoval, nemění nic na tom, že postup zadavatele při posouzení splnění technických kvalifikačních předpokladů nebyl v souladu se zákonem.

Zohlednění příznivější právní úpravy

88. Úřad uvádí, že zadávací řízení na předmětnou veřejnou zakázku bylo zadavatelem realizováno v době účinnosti zákona. Dne 1. 10. 2016 nabyl účinnosti nový zákon upravující zadávání veřejných zakázek v prostředí České republiky, a sice zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, tedy ZZVZ.
89. Ke shora uvedenému Úřad sděluje, že při rozhodování o spáchání správního deliktu (v pozdější terminologii přestupku – viz dále) je Úřad povinen reflektovat článek 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod. Ústavní pravidlo zakotvené v čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod (na úrovni mezinárodního práva v čl. 15 odst. 1 Mezinárodního paktu o občanských a politických právech) je základem výjimky z jinak obecně platného zákazu retroaktivity trestních norem, která se uplatní v případě, kdy je pozdější právní úprava pro pachatele příznivější, přičemž podle judikatury vyšších soudů je v otázce použití pozdější právní úpravy příznivější pro pachatele přípustná analogie mezi soudním (trestněprávním) a správním trestáním; judikatura v této věci pak byla zákonodárcem reflektována při tvorbě zákona o přestupcích, kdy v § 2 odst. 1 zákona o přestupcích je předmětná ústavní zásada přímo zakotvena i pro správní trestání, neboť podle § 2 odst. 1 zákona o přestupcích se odpovědnost za přestupek posuzuje podle zákona účinného v době spáchání přestupku; podle pozdějšího zákona se posuzuje jen tehdy, je-li to pro pachatele přestupku příznivější.
90. Tuto výjimku aplikoval Nejvyšší správní soud např. v rozsudku č. j. 6 A 126/2002-27 ze dne 27. 10. 2004, v němž mimo jiné uvedl: *„To, že žalobce se podle zjištění správních orgánů dopustil deliktu za účinnosti starého práva, ještě eo ipso neznamená, že mu také za tyto delikty podle starého práva může být bez dalšího uložena sankce. Takový názor by ve svých důsledcích znamenal, že tu může dojít k uložení trestu za něco, co nové právo vůbec nesankcionuje, a tedy i k přímému porušení zásady vyslovené v čl. 40 odst. 6 in fine Listiny základních práv a svobod. Také trestání 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 (...). Z těchto důvodů – a přinejmenším od okamžiku, kdy byla ratifikována Úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod – není rozhodné, zda pozitivní právo označuje určité deliktní jednání za trestný čin nebo za správní delikt. Zmiňuje-li se tedy uvedená Úmluva ve svém článku 6 odst. 1 o „jakémkoli trestním obvinění“, je třeba záruky, v této souvislosti poskytované tomu, kdo je obviněn, poskytnout shodně jak v trestním řízení soudním, tak v deliktním řízení správním. Tímto způsobem ostatně vykládá Úmluvu stabilně i judikatura Evropského soudu pro lidská práva. 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. Shodně ostatně judikují i správní soudy (srov. k tomu např. rozhodnutí uveřejněné pod č. 91/2004 Sb. NSS). 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 úprava stanoví mírnější sankce za stejné jednání (například nižší výměru pokuty)“.

91. Ve výše uvedeném rozsudku Nejvyšší správní soud také konstatoval, že rozhodnutí, které se s dodržáním ústavního principu čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod nevypořádá a zcela ji pomine, je nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů. Obdobně se Nejvyšší správní soud vyjádřil např. v rozsudku č. j. 5 Afs 68/2011-99 ze dne 21. 3. 2012, kde dovedl povinnost správních orgánů zabývat se dodržáním ústavního principu povinnosti použít pozdější právní úpravu, pokud je pro pachatele příznivější (obdobně též i rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 64/2012 – 48 ze dne 12. 4. 2013). Dle nálezů Ústavního soudu (např. ÚS II. 192/05-2 ze dne 11. 7. 2007 a ÚS III. 611/01 ze dne 13. 6. 2002) je opomenutí správního orgánu zabývat se tím, zda nová právní úprava není nebo je pro účastníka příznivější, zásahem do jeho práva na spravedlivý proces.
92. Z výše popsaného důvodu a rovněž s ohledem na závazné právní názory obsažené v rozsudku krajského soudu, rozsudku NSS a následném rozhodnutí předsedy Úřadu byl Úřad v šetřeném případě povinen uvážit, zda pozdější právní úprava není pro zadavatele příznivější.
93. V šetřeném případě tedy Úřad nejprve porovnal relevantní právní úpravu dle zákona a odpovídající právní úpravu dle ZZVZ.
94. Dle § 56 odst. 1 písm. a) zákona může veřejný zadavatel k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na dodávky požadovat seznam významných dodávek realizovaných dodavatelem v posledních 3 letech s uvedením jejich rozsahu a doby plnění; přílohou tohoto seznamu musí být osvědčení vydané či podepsané veřejným zadavatelem nebo osvědčení vydané jinou osobou (pokud bylo zboží dodáno jiné osobě než veřejnému zadavateli), nebo smlouva s jinou osobou a doklad o uskutečnění plnění dodavatele, a to za situace, kdy není-li současně možné osvědčení od této osoby získat z důvodů spočívajících na její straně. Dle § 76 odst. 1 zákona hodnotící komise posoudí nabídky uchazečů z hlediska splnění zákonných požadavků a požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách a z hlediska toho, zda uchazeč nepodal nepřijatelnou nabídku podle § 22 odst. 1 písm. d) zákona. Nabídky, které tyto požadavky

nesplňují, musí být vyřazeny, přičemž z § 76 odst. 6 zákona pak vyplývá povinnost zadavatele uchazeče, jehož nabídka byla při posouzení nabídek hodnotící komisí vyřazena, vyloučit bezodkladně z účasti v zadávacím řízení.

95. Dle § 79 odst. 2 písm. b) ZZVZ je zadavatel k prokázání technické kvalifikace oprávněn požadovat seznam významných dodávek poskytnutých za poslední 3 roky před zahájením zadávacího řízení včetně uvedení ceny a doby jejich poskytnutí a identifikace objednatele. Dle § 48 odst. 8 ZZVZ zadavatel vybraného dodavatele z účasti v zadávacím řízení vyloučí, pokud zjistí, že jsou naplněny důvody vyloučení podle § 48 odst. 2 ZZVZ, tedy mj. nesplnění zadávacích podmínek. Z uvedeného je zřejmé, že právní úprava ZZVZ není pro zadavatele v šetřeném případě v rovině vytýkaného pochybení, tedy nevyloučení vybraného uchazeče pro neprokázání splnění požadavků zadavatele na identifikaci objednatele, termín dodávky a finanční objem předmětné referenční zakázky, příznivější, neboť stejně jako v případě právní úpravy zákona je zadavatel povinen vyloučit účastníka, který nesplňuje zadávací podmínky a výše popsany postup zadavatele je tedy v rozporu se zákonem i se ZZVZ.
96. Rovněž právní úprava vymezení správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona odpovídá vymezení přestupku dle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ, přičemž došlo ke změně terminologie, kdy se vzhledem k nabytí účinnosti (dne 1. 7. 2017) zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, s ohledem na § 112 odst. 1 cit. zákona na dosavadní správní delikty, tedy i na správní delikty upravené zákonem, hledí jako na přestupky podle zákona o přestupcích. Dále Úřad při porovnání ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona a ustanovení § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ zjistil, že podmínkou konstatování správního deliktu dle zákona je „podstatný vliv“ na výběr nejvhodnější nabídky, zatímco dle ZZVZ postačuje pro přestupek „ovlivnění“ či „možnost ovlivnění“ výběru dodavatele. Pozdější právní úprava dle ZZVZ tak není z hlediska posouzení „vlivu na výběr“ pro zadavatele příznivější, ale naopak by byla přísnější, neboť již není nutné zkoumat, zda se jednalo o podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky, ale dle ZZVZ stačí toliko ovlivnění či možnost ovlivnění výběru dodavatele. Následně Úřad porovnal ustanovení o pokutě u správního deliktu dle zákona [§ 120 odst. 2 písm. a)] a ZZVZ [§ 268 odst. 2 písm. a)], přičemž je zřejmé, že i ustanovení o výši pokuty za spáchání správního deliktu (přestupku) je dle zákona i ZZVZ upraveno totožně. Za tohoto stavu věci není podle Úřadu pozdější právní úprava obsažená v ZZVZ pro posouzení výše popsaného postupu zadavatele pro zadavatele příznivější, a proto výše popsané jednání zadavatele Úřad posuzoval v souladu s čl. 40 odst. 6 Listiny podle právní úpravy účinné v době spáchání správního deliktu.
97. Vzhledem k vymezení předmětu správního řízení na základě oznámení o zahájení správního řízení č. j. ÚOHS-S249/2015/VZ-10289/2015/542/JVo ze dne 28. 4. 2015 Úřad taktéž posuzoval, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem, když nevyloučil ze zadávacího řízení na část 3. veřejné zakázky vybraného uchazeče taktéž z důvodu, že jeho nabídka nesplňovala požadavky zadavatele na prokázání splnění technické kvalifikace, konkrétně uvedení pozice dodavatele a doložení osvědčení vydaného či podepsaného veřejným zadavatelem nebo jinou osobou, pokud byla tato příjemcem dodávky, u referenční zakázky stanovené v bodu 6.5 zadávací dokumentace. Úřad si je vědom skutečnosti, že dle (nové) právní úpravy obsažené v ZZVZ, a to konkrétně v § 79 odst. 2 písm. b) ZZVZ již zadavatel není v případě významných dodávek oprávněn požadovat pro prokázání splnění technické kvalifikace předložení osvědčení objednatele a pozici dodavatele. Dle (nové) právní úpravy

obsažené v ZZVZ tedy nelze kvalifikovat jako porušení zákona skutečnost, že zadavatel nevyločil vybraného dodavatele pro nepředložení výše uvedených dokumentů (osvědčení objednatele či uvedení pozice dodavatele), které zadavatel není podle ZZVZ oprávněn požadovat. Skutečnost, že zadavatel nevyločil ze zadávacího řízení na část 3. veřejné zakázky vybraného uchazeče z důvodu, že v jeho nabídce nebyla u předmětné referenční zakázky uvedena pozice dodavatele a doloženo osvědčení vydané či podepsané veřejným zadavatelem nebo jinou osobou, jak je stanoveno v bodu 6.5 zadávací dokumentace, tak již dle ZZVZ není porušením zákona a rovněž Úřad v rámci správního řízení tuto skutečnost reflektoval a posuzoval nezákonné jednání zadavatele pouze v intencích toho, že seznam významných dodávek předložený formou čestného prohlášení neobsahoval „pouze“ identifikaci objednatele předmětných dodávek, termín, kdy byly pohyblivé pásy instalovány, a finanční hodnotu jednotlivých dodávek. Ačkoli v šetřeném případě po zohlednění pozdější právní úpravy došlo ke změně rozsahu vytýkaných pochybení v postupu zadavatele při posouzení technických kvalifikačních předpokladů, je zřejmé, že zadavatel se i přes tuto skutečnost, tím, že nevyločil uchazeče, jehož nabídka nesplňovala zadávací podmínky, dopustil jednání, které je v rozporu jak se zákonem, tak se ZZVZ.

98. Na základě uvedeného Úřad konstatuje, že zadavatel se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 76 odst. 1 a 6 zákona, když nevyločil ze zadávacího řízení na část 3. předmětné veřejné zakázky vybraného uchazeče, ačkoli jeho nabídka nesplňovala požadavky zadavatele stanovené v bodu 6.5 zadávací dokumentace na prokázání technických kvalifikačních předpokladů, konkrétně požadavky zadavatele na identifikaci objednatele, termín dodávky a finanční objem referenční zakázky, přičemž tento postup zadavatele ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel dne 25. 7. 2014 s vybraným uchazečem smlouvu, proto Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K uložení sankce

99. Podle ustanovení § 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.
100. Ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 76 odst. 1 a 6 zákona, když nevyločil ze zadávacího řízení na část 3. veřejné zakázky vybraného uchazeče, ačkoli nabídka vybraného uchazeče nesplňovala požadavky zadavatele stanovené v bodu 6.5 zadávací dokumentace na prokázání technických kvalifikačních předpokladů, konkrétně požadavky zadavatele na identifikaci objednatele, termín dodávky a finanční objem referenční zakázky, přičemž tento postup zadavatele ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel dne 25. 7. 2014 se jmenovaným vybraným uchazečem smlouvu.
101. Pro úplnost Úřad dodává, že jednání zadavatele, jak již uvedl výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí, posuzoval při zohlednění čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod podle právní úpravy účinné v době spáchání správního deliktu, neboť jednání obviněného je jak správním deliktem podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, tak i přestupkem podle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ a ZZVZ nepředstavuje v rozsahu výrokem konstatovaného pochybení

zadavatele příznivější právní úpravu (k zániku odpovědnosti zadavatele za spáchání správního deliktu podrobněji viz dále).

102. Současně je nutné zohlednit čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod v souvislosti s posouzením, zda pozdější právní úprava není pro zadavatele příznivější z hlediska možného zániku odpovědnosti za správní delikt.
103. Podle § 121 odst. 3 zákona (účinného v době zadávání veřejné zakázky) odpovědnost zadavatele 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.
104. Podle § 270 odst. 5 ZZVZ činí promlčecí doba 5 let.
105. Podle § 270 odst. 6 ZZVZ se promlčecí doba přerušuje
 - a) oznámením o zahájení řízení o přestupku,
 - b) vydáním rozhodnutí, jímž je obviněný uznán vinným.
106. Podle § 270 odst. 8 ZZVZ byla-li promlčecí doba přerušena, odpovědnost za přestupek zanikne nejpozději uplynutím 10 let od jeho spáchání.
107. Podle § 31 odst. 1 zákona o přestupcích promlčecí doba počíná běžet dnem následujícím po dni spáchání přestupku; dnem spáchání přestupku se rozumí den, kdy došlo k ukončení jednání, kterým byl přestupek spáchán. Je-li znakem přestupku účinek, promlčecí doba počíná běžet dnem následujícím po dni, kdy takový účinek nastal. Podle § 32 odst. 2 písm. a) zákona o přestupcích se promlčecí doba přerušuje oznámením o zahájení řízení o přestupku.
108. Z § 112 odst. 2 zákona o přestupcích vyplývá, že ustanovení dosavadních zákonů o lhůtách pro projednání přestupku nebo jiného správního deliktu, lhůtách pro uložení pokuty za přestupek nebo jiný správní delikt a lhůtách pro zánik odpovědnosti za přestupek nebo jiný správní delikt se ode dne nabytí účinnosti tohoto zákona nepoužijí. Odpovědnost za přestupek a dosavadní jiný správní delikt však nezanikne dříve, než by uplynula některá ze lhůt podle věty první, pokud k jednání zakládajícímu odpovědnost došlo přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona.
109. Vzhledem ke skutečnosti, že je Úřad ode dne 1. 7. 2017 povinen aplikovat v řízení o přestupku rovněž zákon o přestupcích, zabýval se Úřad v souladu s čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod otázkou, zda právní úprava zániku odpovědnosti za spáchání přestupku obsažená v ZZVZ a v zákoně o přestupcích neobsahuje pro zadavatele příznivější úpravu, než jak je tato lhůta upravena v zákoně. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl na základě podnětu, který obdržel dne 28. 1. 2015, přičemž správní řízení bylo zahájeno dne 28. 4. 2015. Ke spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí došlo okamžikem uzavření smlouvy s vybraným uchazečem, tj. dne 25. 7. 2014. Protože ani ZZVZ, ani zákon o přestupcích neobsahuje ustanovení, na základě kterých by odpovědnost zadavatele za spáchání přestupku již zanikla, není pozdější právní úprava obsažená v ZZVZ a v zákoně o přestupcích pro zadavatele příznivější. Na základě uvedených skutečností Úřad konstatuje, že v šetřené veřejné zakázce nedošlo k zániku odpovědnosti zadavatele za spáchání správního deliktu, resp. dle ZZVZ promlčecí doba za správní delikt, resp. přestupek v terminologii pozdější právní úpravy ZZVZ, ještě neuplynula.

110. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt se uloží pokuta do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle § 120 odstavce 1 písm. a), c) nebo d) zákona.
111. S ohledem na celkovou hodnotu plnění části 3. veřejné zakázky, která byla dle článku V. smlouvy stanovena ve výši 4 360 331,- Kč včetně DPH,- Kč, činí horní hranice pokuty za spáchání správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona 10 % z této částky, tj. 436 033,-Kč.
112. Podle § 121 odst. 2 zákona při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, se přihlídnou k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. 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).
113. Ke způsobu spáchání správního deliktu Úřad uvádí, že vzal v úvahu skutečnost, že podle výkladové praxe Úřadu dosahuje nejzávažnějšího stupně intenzity porušení zákona zadavatelem spočívající v úplné ignoraci ustanovení zákona, neboť tento postup vylučuje soutěžní prostředí, které je základním předpokladem dosažení efektivně vynakládaných veřejných prostředků a prostředkem k realizaci základních atributů zákona uvedených v § 6 odst. 1 zákona. V posuzovaném případě se nejednalo o správní delikt svým charakterem nejzávažnější, neboť zadavatel zahájil předmětné zadávací řízení dle zákona a porušení zákonem stanoveného postupu se dopustil až ve fázi posouzení nabídek. Zadavatel však svým jednáním do jisté míry popřel smysl jím stanoveného požadavku na prokázání technických kvalifikačních předpokladů, tedy jím stanovených zadávacích podmínek. Jedná se tedy o správní delikt závažného charakteru, neboť v důsledku nezákonného jednání zadavatele bylo narušeno konkurenční prostředí mezi dodavateli.
114. Úřad při zvažování výše pokuty přihlédl i k následkům spáchání správního deliktu. V daném případě postup zadavatele způsobil situaci, kdy byl pro plnění veřejné zakázky vybrán uchazeč, který nesplnil zadavatelem stanovené zadávací podmínky, resp. technické kvalifikační předpoklady, a jehož nabídka měla být vyřazena a tento uchazeč, tj. vybraný uchazeč pro část 3 veřejné zakázky, měl být vyloučen ze zadávacího řízení. Zadavatel tedy uzavřel dne 25. 7. 2014 smlouvu na předmětnou část veřejné zakázky s uchazečem, se kterým smlouva podle zákona uzavřena být neměla. Zadavatel tak při uzavření smlouvy neměl postaveno na jisto, že bude vybraný uchazeč ve skutečnosti schopen po stránce technické a materiální veřejnou zakázku po jejím přidělení též plnit. S přihlédnutím k následkům spáchání správního deliktu a k nutnosti naplnění sankčních účinků, zejména předcházení budoucího porušování zákona, tak nelze zcela minimalizovat výši sankčního postihu.
115. Při stanovení výše pokuty vzal Úřad jako polehčující okolnost v úvahu skutečnost, že postup zadavatele byl veden jeho snahou získat předmět plnění příslušné části veřejné zakázky a vybraný uchazeč pro část 3 veřejné zakázky předložil k prokázání technických kvalifikačních předpokladů "reference", které sice neobsahovaly veškeré požadované údaje, avšak

z předloženého seznamu lze usuzovat, že vybraný uchazeč, resp. jeho subdodavatel má určité zkušenosti s instalací pohyblivých pásů, avšak právě s ohledem na např. absenci data instalace pohyblivých pásů nebylo možné ověřit, zda se jednalo o „aktuální“ (zákonem předpokládané) zkušenosti. Úřad zároveň k této polehčující okolnosti podotýká, že ji nelze považovat za okolnost, která by „zhojila“ zjištěné porušení zákona zadavatelem. Úřad však k této okolnosti přihlédl při posuzování způsobu spáchání správního deliktu a při zvažování výše sankce.

116. Úřad vzal dále při stanovení výše pokuty v úvahu i dobu, jež uplynula od spáchání správního deliktu. Jak vyplývá z rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 9. 4. 2015, č. j. 62 Af 123/2013-85, je třeba při posouzení následku správního trestání zohlednit dobu, která uplynula mezi spácháním přestupku (resp. správního deliktu) a jeho potrestáním. Čím je tento časový horizont delší, tím více se relativizuje vztah mezi spáchaným přestupkem (resp. správním deliktem) a ukládanou sankcí. Doba mezi porušením právní povinnosti a rozhodnutím o sankci pak má bezprostřední vliv na účel trestu. V daném případě ke spáchání správního deliktu zadavatelem došlo dne 25. 7. 2014, tj. od doby spáchání správního deliktu k jeho potrestání uplynula doba téměř 5 let. Jak Krajský soud v cit. rozsudku dovodil, *„(...) je-li základním požadavkem na zákonnost uložené pokuty její proporcionalita, pak 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 neoddělitelnou 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 veřejnosti 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.“* Vzhledem ke skutečnosti, že od spáchání předmětného správního deliktu uplynulo již téměř pět let, zohlednil Úřad v souladu s citovaným rozsudkem tuto dobu jako polehčující okolnost.
117. Úřad ve vztahu ke způsobu stanovení výše uložené pokuty na tomto místě rovněž odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 6 As 245/2015 – 33 ze dne 16. 8. 2016, v němž je mimo jiné konstatováno následující: *„Podle § 35 trestního zákona se při postihu souběhu trestných činů ukládá úhrnný nebo souhrnný trest. Tyto tresty „představují pro pachatele výhodnější postup, neboť je v nich zohledněna skutečnost, že pachatel se dopustil dalšího trestného činu, aniž byl varován odsuzujícím rozsudkem týkajícím se dřívějšího trestného činu“ (viz Šámal, P., Púry, F., Rizman, S.: cit. dílo, str. 301). Z téhož ustanovení pak plyne zásada uložení shodného trestu za sbíhající se trestné činy bez ohledu na to, zda je o těchto činech vedeno společné řízení (§ 20 odst. 1 trestního řádu) či ne. Při ukládání úhrnného i souhrnného trestu soud vychází ze stejných zásad. Z hlediska trestního práva tedy*

nehraje roli, kdy všechny sbíhající se trestné činy vyjdou najevo, tato skutečnost nesmí být pachateli ani ku prospěchu, ani na újmu. Je zřejmé, že pro trestání souběhu není bezpodmínečně nutné vedení společného řízení, ale naopak je zcela nezbytné použití absorpční zásady, tedy vzájemné posouzení veškerých souvisejících trestních sazeb.“ S ohledem na výše uvedené provedl Úřad šetření, zda je v daném případě na místě zohlednit i jiné sbíhající delikty (přestupky), za které již zadavateli byla uložena pokuta podle zákona. Jak je výše uvedeno, ke spáchání přestupku šetřeného v rámci tohoto správního řízení došlo dne 25. 7. 2014. Úřad ověřil, že v právě projednávaném případě není správní delikt zadavatele v souběhu s žádnými jinými správními delikty či přestupky zadavatele.

118. Při posuzování výše uložené pokuty vycházel Úřad z premisy, že pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit mimo jiné 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. Úřad si je vědom, že výše uvedené funkce nelze plně oddělit, přesto však po uvážení všech okolností případu a po uvážení všech argumentů zohlednil v šetřeném případě zejména preventivní charakter uložení pokuty.
119. Úřad současně stanovil výši pokuty tak, aby nedošlo k bagatelizaci následků za spáchání správního deliktu, neboť uložena pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocíťována jako újma, neboť uložení nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání. S ohledem na výše uvedené se Úřad rozhodl uložit pokutu ve výši 20 000,- Kč tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí. Vzhledem k výši horní hranice zákonné sazby, Úřad posoudil stanovenou výši pokuty za dostačující a naplňující současně obě funkce právní odpovědnosti.
120. Při určení výše pokuty vzal Úřad v úvahu i ekonomickou situaci zadavatele, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložena v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. Z údajů uvedených ve výkazu zisku a ztráty ze dne 7. 7. 2017 vyplývá, že obrat zadavatele za účetní období je v řádech milionů korun. Ačkoliv zadavatel nedosáhl na základě uvedeného výkazu zisku a ztráty ze dne 7. 7. 2017 kladného hospodářského výsledku, Úřad vzhledem k uvedenému obratu zadavatele konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze v tomto případě považovat za likvidační, ani za nepřiměřeně zasahující ekonomickou podstatu zadavatele (a v tomto smyslu nespravedlivou), a to zejména s ohledem na objem finančních prostředků, se kterými zadavatel hospodaří. Úřad dále konstatuje, že vzhledem ke skutečnosti, že zadavatel realizuje svoji podnikatelskou činnost, neboť Úřadu není z dostupných informací znám opak, je zřejmé, že pokuta ve výši 20 000 Kč nemůže být považována za způsobitou zásadně ovlivnit či dokonce ohrozit samotnou ekonomickou činnost zadavatele.
121. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele s přihlédnutím k výše uvedenému přistoupil k uložení pokuty, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
122. 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, variabilní symbol – IČO zadavatele.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže - sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 1926/7, 604 55 Černá Pole, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží

JONAS TOUR s. r. o., Ostružná 82E, 788 25 Ostružná

Vypraveno dne

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