



UOHSX008R8VC

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0037/2016/VZ-35983/2016/321/OHo

Brno 30. srpna 2016

V řízení o rozkladu ze dne 28. 1. 2016, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, který podal zadavatel –

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

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0868/2015/VZ-01459/2016/523/ASo ze dne 13. 1. 2016, ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, při zadávání veřejné zakázky s názvem „**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,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0868/2015/VZ-01459/2016/523/ASo ze dne 13. 1. 2016

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

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

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**“)¹, dne 1. 9. 2011 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění otevřené řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Analýza dodatečného rozšiřování obsahu směrnic 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. 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.
3. Zadavatel obdržel 3 nabídky, přičemž dne 22. 12. 2011 uzavřel s vybraným uchazečem – společností Grant Thornton Advisory s.r.o., IČO 26513960, se sídlem Žatecká 55/14, 110 00 Praha 1 (dále jen „**vybraný uchazeč**“) smlouvu na veřejnou zakázku.
4. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**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 zahájeno správní řízení z moci úřední. Proti uvedenému příkazu podal zadavatel dne 11. 12. 2015 odpor. Ke správnímu řízení se zadavatel vyjádřil stanoviskem, které Úřad obdržel dne 23. 12. 2015.

II. Napadené rozhodnutí

5. Dne 13. 1. 2016 Úřad vydal rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0868/2015/VZ-01459/2016/523/ASo (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), v němž ve výroku I. konstatoval, že se zadavatel dopustil

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ust. § 26 zákona v návaznosti na ust. § 158 odst. 1 a 2 zákona.

správního deliktu tím, že jako technický kvalifikační požadavek 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. Za spáchání správního deliktu Úřad zadavateli uložil pokutu ve výši 40 000 Kč.

6. V napadeném rozhodnutí Úřad uvedl, že sleduje paralelu v míře obecnosti požadavku zadavatele s případem požadavku na praxi v provádění „běžných“ advokátních službách, řešeném v rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 9 Afs 37/2011-82 ze dne 7. 12. 2011. Požadavek zadavatele byl stanoven natolik široce a obecně, že jej lze označit za nepřiměřený druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky. Požadavkem zadavatele tak byla zároveň narušena zásada zákazu diskriminace a postup zadavatele tak mohl mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky.
7. Při ukládání pokuty Úřad posoudil, zda nedošlo k zániku deliktní odpovědnosti, vyjádřil se ke způsobu, důsledkům a okolnostem spáchání správního deliktu, stejně jako k možné likvidačnosti uložené sankce. Při stanovení výše pokuty pak Úřad akcentoval preventivní funkci právní odpovědnosti a uložil pokutu ve výši 40 000 Kč.

III. Námitky rozkladu

8. Dne 28. 1. 2016 Úřad obdržel rozklad zadavatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 14. 1. 2016. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
9. V rozkladu zadavatel namítá, že předmětem veřejné zakázky nebyly „běžné“ právní služby jako v případě rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 9 Afs 37/2011-82 ze dne 7. 12. 2011, a tudíž nelze závěry tohoto rozsudku na předmětný případ aplikovat bez zohlednění konkrétních okolností. Zadavatel se ztotožňuje se závěrem uvedeného rozsudku, že nelze vždy tvrdit, že s přibývajícím praxí přibývají i dovednosti, avšak v případě uvedeného rozsudku byla určitá úroveň kvality právních služeb garantována profesní komorou, což o v předmětném zadávacím řízení vymezeném požadavku tvrdit nelze.
10. Zadavatel uvádí, že nemohl požadovat předložení obdobného dokladu podle § 54 písm. c) či d) zákona, proto věnoval pozornost technickým kvalifikačním předpokladům. Míra obecnosti požadavku zadavatele ve výše uvedeném rozsudku byla řešena jen okrajově a v obecnosti technického kvalifikačního předpokladu jako takového není spatřováno porušení zákona, tudíž zde zadavatel nevidí stejnou spojitost jako Úřad.
11. Ke skutečnosti, že zadavatel požadoval i 6 referenčních zakázek zadavatel uvádí, že tyto mu nezaručují, že se právě na realizaci veřejné zakázky bude podílet osoba s potřebnými zkušenostmi. Zadavatel se neztotožňuje se závěrem Úřadu, že již realizace referenčních zakázek zaručovala, že má dodavatel dostatečnou praxi v oboru.
12. Označení „specialista operační efektivity“ je dle zadavatele běžný zavedený pojem, který specifikuje pozici „kombinující dovednosti v oblasti procesů, finančního řízení, řízení rizik, workflow a legislativy. Provádí procesně organizační analýzu, posuzuje efektivnost a vykonávání procesů v organizaci, identifikuje příležitosti ke zvýšení efektivnosti procesů a aktivit, zpracovává návrhy na zvýšení operační efektivity s cílem snížení administrativní zátěže při legislativních procesech na úrovních organizací státní správy, občanů a podniků.“

Ze závěrů Úřadu vyplývá, že Úřad není odborníkem v dané oblasti a nezjistil si všechny relevantní informace.

13. Zadavatel poukazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 20/2008 ze dne 5. 6. 2008, kterým je vykládán pojem „zjevná nepřiměřenost“ požadavků zadavatele. Zadavateli musí být dán prostor pro legitimní ekonomickou úvahu a Úřad v napadeném rozhodnutí neprokázal, že by v důsledku nastavení kvalifikace mohli veřejnou zakázku splnit pouze někteří z potenciálních uchazečů. Ze skutečnosti, že nedošlo k realizaci veřejné zakázky v celém rozsahu, pak lze dovodit, že byl zadavateli při stanovení zadávacích podmínek příliš mírný.
14. Zadavatel nesouhlasí, se závěrem Úřadu v odst. 37 napadeného rozhodnutí, že předmětný požadavek nijak blíže neodůvodnil, jelikož v době zadávacího řízení neexistoval povinnost odůvodňovat přiměřenost požadavků podle § 156 zákona. Zadavatel zdůrazňuje, že ve vyjádření se k podnětu zdůvodnil, proč zvolil danou úroveň technického kvalifikačního předpokladu, když důvodem byl velice složitý a náročný předmět plnění. Zadavatel se obával možné sankce ze strany řídicího orgánu, proto zvolil takové nastavení kvalifikace, které považoval za adekvátní. Předmět plnění veřejné zakázky byl ve své době jedinečný a inovativní a vytvářel nové postupy rozšiřování obsahu směrnic při jejich transformaci do národního právního systému a výstup projektu využívají i další organizace. Úroveň požadavku zadavatele byla dána potřebou, aby uchazeč disponoval osobou, která se poradenstvím v této oblasti zabývala již v době před vstupem České republiky do Evropské unie a podílela se dlouhodobě na harmonizaci legislativního prostředí ČR s legislativou EU. Dle zadavatele Úřad nevezal dostatečně v úvahu okolnosti případu, neboť svou argumentaci vztáhl na poskytování běžných poradenských služeb, zadavatel však odmítá, že by předmětem plnění veřejné zakázky byly běžné poradenské služby.
15. Při určování výše pokuty Úřad dle zadavatele nevezal dostatečně v potaz dobu, která uplynula od spáchání správního deliktu, když se v době zadávání veřejné zakázky neměl důvod se jí zabývat. Stejně tak měl Úřad přihlídnout k posunu své výkladové praxe, tak i ke způsobu, jakým zadavatel veřejné zakázky zadává. Skutečnost, že nebyly požadovány dodatečné informace, a že nebyly podány žádné námitky, nasvědčuje tomu, že byly požadavky zadavatele přiměřené. Dle zadavatele již vlastní řízení u Úřadu a předčasné ukončení smlouvy měly pro něj dostatečný odrazující účinek. Sankce svou represivní funkci neplní, proto by se měla výše pokuty více blížit její spodní hranici.

Závěr rozkladu

16. Zadavatel navrhuje napadené rozhodnutí zrušit, případně věc vrátit Úřadu k novému projednání.

IV. Řízení o rozkladu

17. Úřad neshledal důvody pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a v souladu s ustanovením § 88 odst. 1 téhož zákona postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

18. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a jejich správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
19. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. Ú ÚOHS-S0868/2015/VZ-01459/2016/523/ASo ze dne 13. 1. 2016 rozhodl tak, jak je uvedeno v napadeném rozhodnutí, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

20. Předně uvádím, že si zadavatel nesprávně vykládá Úřadem vytýkanou zadávací podmínku, co do její obecnosti. Úřad sice tvrdí, že ze samotného názvu pozice nelze rozeznat, co přesně má příslušný specialista vykonávat, na což zadavatel v rozkladu reaguje velmi „manažersky“ znějícím výčtem činností. Podstatou pochybení zadavatele však je, že požadovatel předmětnou praxi nejen ve značném rozsahu 15 let (k tomu dále), ale hlavně, že požadavkem zadavatele byla praxe člena týmu dodavatele obecně v oblasti poradenství. Splnění praxe v oblasti poradenství pak zadavateli nijak nezaručovalo, že příslušný člen týmu dodavatele oplývá jím uváděnými schopnostmi a takto vymezenou kvalifikaci mohla splnit i osoba s pro zadavatele bezcennými dovednostmi.
21. Právě v obecnosti vymezení oblasti praxe spolu s vymezením předmětu řízení je třeba spatřovat klíčovou výtku Úřadu v napadeném rozhodnutí. V této souvislosti je totiž předmětný případ možno připodobnit k požadavku na praxi v „běžných“ advokátních službách, jak byl prezentován v rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 9 Afs 37/2011-82 ze dne 7. 12. 2011, jelikož i přesto, že je předmět plnění veřejné zakázky do určité míry specifický, kvalifikační požadavek zadavatele tuto specifickou specifičnost nijak nereflektuje. Z požadavku zadavatele totiž vyplývá, že dostatečnou osobní kvalitu lze získat při poskytování jakýchkoli poradenských služeb. Požadavek zadavatele tedy zároveň vůbec nekoresponduje s vymezením toho, co by takováto osoba dle zadavatele měla dostatečně ovládat. Pokud se k tomu následně přidá, že měl požadovaný specialista tuto nijak nespécifikovanou poradenskou činnost vykonávat po dobu 15 let, jedná se v důsledku o požadavek takřka nesouvisející s pracovními povinnostmi tohoto pracovníka při plnění veřejné zakázky, tudíž o požadavek nezákonný.
22. Zároveň je tedy třeba vnímat délku této praxe v souvislosti s jejím věcným vymezením, tedy jako praxi při obecné poradenské činnosti. Zadavatel nijak nespécifikoval, že by se mělo jednat o poradenskou oblast zaměřenou určitým způsobem, tudíž je nutné skutečně zkoumat, zda předmětu veřejné zakázky, jeho druhu, rozsahu a složitosti jejího plnění odpovídá požadavek na obecně poradenskou praxi. Lze totiž konstatovat, že pokud by zadavatel po členu týmu dodavatele kupříkladu požadoval, aby měl 5 letou praxi v oblasti snižování administrativní zátěže při legislativních procesech, měla by tato praxe pro zadavatele zcela jinou výpovědní hodnotu o dovednostech pracovníka ve vztahu k předmětu

veřejné zakázky, než 15 letá praxe v oblasti personálního auditu, což je oblast rovněž spadající pod použitý pojem „poradenství“.

23. Společně s tím se dále jeví jako zavádějící námitka zadavatele, že vyžadoval, aby dodavatel „*disponoval osobou, která se poradenstvím v této oblasti zabývala již v době před vstupem České republiky do Evropské unie a podílela se na dlouhodobé harmonizaci legislativního prostředí*“. Námitka totiž směřuje především do doby potřebné praxe pro úspěšné splnění požadavku zadavatele, což představuje jen dílčí část požadavku zadavatele, který je nezákonný ve svém souhrnu, když takto vymezený požadavek zadavatele neodpovídá druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky a specifikům předmětné pozice. Časový rozměr požadované reference tedy byl Úřadem posuzován v souhrnu s obecným vymezením praxe a až v tomto souhrnu je požadavek zadavatele nezákonný. K citované části rozkladu pak dodávám, že zadávací řízení bylo zahájeno v září 2011, tudíž osoba, aby byla schopná splnit požadavek zadavatele, musela začít svou příslušnou praxi nejpozději v roce 1996, tedy v době, kdy byla teprve podána žádost o vstup do Evropské unie a nezapočala ještě ani přístupová jednání. Pokud zadavatel argumentuje tím, že smyslem jeho požadavku bylo, aby se pracovník dodavatele dlouhodobě podílel na harmonizaci legislativního prostředí, není nijak zřejmé, jakým způsobem měl být tento jeho záměr naplněn u osob pracujících v oblasti poradenství v době, kdy o vstupu České republiky do Evropské unie nebylo nijak rozhodnuto.
24. V této souvislosti Úřad připustil, že by se obecný požadavek zadavatele na praxi v oblasti poradenství dal s ohledem na předmět plnění veřejné zakázky vykládat v podobě zaměření na manažerské poradenství. Avšak i za takto benevolentního pohledu neodpovídá požadavek zadavatele tomu, čemu měla tato praxe dle zadavatele sloužit. Smyslem pozice při plnění veřejné zakázky mělo být dle zadavatele, aby byla zvyšována efektivita, workflow a podávány návrhy „*(...) na zvýšení operační efektivity s cílem snížení administrativní zátěže při legislativních procesech (...)*“. Zároveň tedy zadavatel svůj požadavek odůvodňuje nutností praxe s harmonizací domácí legislativy s legislativou Evropské unie v době před započítáním přístupových jednání České republiky. Ze zadavatelem uvedeného však vyplývá, že podstatou funkce specialisty operační efektivity je za pomoci analýzy odhalit možnosti vylepšení především již existujících procesů, zatímco praxe tohoto člena týmu dodavatele měla dle výkladu zadavatele dokládat spolupráci již na vytváření harmonizačního rámce při transpozici povinností státu. Z uvedeného považuji za zřejmé, že je odůvodnění předkládané zadavatelem značně inkoherentní a ve své podstatě si vzájemně odporuje. Co je ale nejpodstatnější, tak i tato argumentace zadavatele dokládá, že požadavek na praxi v oblasti poradenství v délce 15 let, neodpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky.
25. Podstatou veřejné zakázky byla schopnost vysledovat, které z povinností při transpozici mezinárodních právních pramenů představují jejich rozšíření nežádoucím způsobem a které tak mají za následek bezdůvodné zvýšení administrativní zátěže, jak vyplývá z předmětu veřejné zakázky, citovaného Úřadem v odst. 2 napadeného rozhodnutí. Praxe v oblasti poradenství, v době před tím, než bylo vůbec nutné směrnice Evropské unie implementovat, s tím, že podstatou poptávané pozice i veřejné zakázky je především odhalování možností zefektivnění již zakotvených procesů, tak působí diskriminačním způsobem právě díky své obecnosti a vzájemné nesourodosti. Shrnuji tedy, že je to právě obecnost a neurčitost

požadavku zadavatele, který s ohledem na předmět plnění veřejné zakázky mohl nedůvodně omezit, resp. diskriminovat, určité dodavatele.

26. Námitka zadavatele, že referenční zakázky nedisponují dostatečnou výpovědní hodnotu ve vztahu k realizaci veřejné zakázky, když zadavatel potřebuje, aby právě jeden člen týmu byl jím vyžadovaným specialistou, není důvodná. V zadávacím řízení zadavatel nepoptával plnění v celém jeho rozsahu jen od jediné určité fyzické osoby. Smluvní vztah uzavřený na základě zadávacího řízení je pak vztahem mezi zadavatelem a určitým dodavatelem, přičemž práva a povinnosti vyplývající ze smlouvy se vztahují právě a jen na tyto smluvní strany. Konečným garantem plnění veřejné zakázky tedy je dodavatel sám a nikoliv člen jeho týmu, proto i referenční zakázky mají garantovat, že příslušný dodavatel je schopen zakázku splnit, z důvodu, že už obdobné zakázky v minulosti vykonal. V této souvislosti je rovněž zavádějící námitka zadavatele, že dodavatel může jako referenci poskytnout jen to nejlepší, co kdy vykonal, avšak realizaci zakázky může svěřit osobám nezkušeným, neboť právě předložení svých nejúspěšnějších projektů je podstatou referenčních zakázek, přičemž časové omezení stáří reference zaručuje její relevantnost ve vztahu k následnému plnění veřejné zakázky. Referenčním zakázkám tedy nelze upírat vypovídací hodnotu o schopnosti dodavatele splnit předmět veřejné zakázky. Vzhledem k tomu, že do smluvního vztahu se zadavatelem pak vstupuje dodavatel jako celek a nikoliv jeho individuální pracovníci, je zároveň na dodavateli samotném, aby zajistil splnění veřejné zakázky, což zároveň musí reflektovat příslušné smluvní podmínky.
27. Výše uvedeným netvrdím, že zadavatel není oprávněn požadovat seznam techniků a doložení osvědčení o jejich vzdělání ve smyslu § 56 odst. 2 písm. b) a e) zákona, avšak je nutno akcentovat, že odpovědnost za výsledné plnění zakázky nese dodavatel sám. Obecnou stránku kvalifikace tak musí zaručovat již samotný dodavatel. Konkrétní osoba podílející se na plnění veřejné zakázky je již velmi specifickou součástí soukolí dodavatele, proto se konkrétní a přísně vymezené kvalifikační požadavky na tuto osobu projevují v okruhu potenciálních dodavatelů výrazněji, zvláště při veřejných zakázkách na služby. Je tedy třeba v souladu se zásadou přiměřenosti poměřovat, zda má pro předmět plnění veřejné zakázky smysl konkretizovaný specifický detail, pokud již je splněná obecná referenční kategorie nebo zda je na místě i u konkrétního pracovníka dodavatele vyžadovat dlouhodobou obecnou kategorii praxe. Jsem tudíž toho názoru, že pokud mají být požadavky na konkrétní členy týmu dodavatelů přiměřené předmětu plnění, je třeba, aby byly zároveň dostatečně určité ve vztahu k plnění veřejné zakázky, což v daném případě splněno nebylo.
28. Argument zadavatele, že právě neúspěch v realizaci veřejné zakázky dokládá, že byl jeho postup při stanovení kvalifikačních předpokladů příliš mírný, považuji za spekulativní. Této argumentaci by nahrávalo, pokud by zadavatel doložil, že k prodlení při plnění veřejné zakázky docházelo právě z důvodu, že specialista operační efektivity neměl dostatečnou praxi v poradenství. Již z uvedeného je ale zřejmé, že tato námitka trpí obdobným nedostatkem, jako samotný požadavek zadavatele, tedy neurčitostí a obecností. Opakuji tedy, že nejde o to, že by byl požadavek příliš přísný, jedná se ale o požadavek, který kvůli své obecnosti neodpovídá druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky. Jak jsem navíc uváděl výše, odpovědnost ze smlouvy na veřejnou zakázku přísluší vybranému dodavateli, nikoli jeho jedinému pracovníkovi. Ale právě pokud se mělo jednat o natolik klíčovou pozici, na níž záviselo celé plnění veřejné zakázky, měl zadavatel věnovat maximální

péči vymezení požadavků na tohoto pracovníka a nepožadovat pro něj takovou praxi, kterou splní i osoba, jež pro plnění veřejné zakázky nedisponuje požadovanými dovednostmi, tedy příliš neurčitě, široce, a tedy nezákonně.

29. Jak zadavatel uvádí s odkazem na judikaturu vztahující se k problematice skryté diskriminace, zadavateli je umožněno provést legitimní ekonomickou úvahu o podobě kvalifikačních předpokladů, avšak v předmětné věci vyplynulo, že tato úvaha zadavatele vedla k nedůvodnému omezení hospodářské soutěže. Jak jsem uvedl výše, zadavatel je oprávněn stanovit i značně konkrétnější požadavky, ale jejich podoba musí odrážet specifika veřejné zakázky, což se v tomto případě nestalo. Úřad přitom po zadavateli nevyžadoval, aby své požadavky odůvodňoval nad míru svých zákonných povinností, tedy vzhledem k době zahájení zadávacího řízení neaplikoval § 156 zákon. Avšak zadavatel musí být schopen svůj postup relevantně odůvodnit při řízení před správním orgánem, přičemž z vyjádření zadavatele nevyplývá jediný logický důvod pro stanovení požadavku na obecnou praxi v oblasti poradenství pro následné plnění předmětu veřejné zakázky.
30. K naplnění skutkové podstaty spáchání správního deliktu pak uvádím, že z rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 4 As 61/2016-34 ze dne 28. 6. 2016 vyplývá, že od Úřadu není vyžadováno, aby prokázal existenci takových dodavatelů, kteří byli postupem zadavatele ovlivněni. Pokud Úřad zakládá spáchání správního deliktu na ohrožovacím principu, tedy že postup zadavatele mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky tím, že mohli být diskriminováni někteří dodavatelé, hledání skutečně diskriminovaných dodavatelů by představovalo dokazování, že byl spáchán poruchový delikt dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, tedy že k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky skutečně došlo.
31. Po přezkoumání odůvodnění uložené sankce jsem dospěl k závěru, že se Úřad při jejím stanovení zabýval všemi kritérii závažnosti správního deliktu podle § 121 odst. 2 zákona, tedy způsobem, následky a okolnostmi jeho spáchání. Úřad ve výši pokuty promítnul i hledisko časové, kterého se dovolává zadavatel v rozkladu a konečnou výši pokuty stanovil na úrovni necelých 19 % její maximální možné výše. Poměrným pohledem tak sice uloženou částku nelze označit jako pohybuující se zcela při spodní hranici, avšak vzhledem k tomu, že nominální výše uložené pokuty se blíží hodnotě paušálních nákladů řízení za návrhové řízení, v němž je shledáno porušení zákona zadavatelem, považuji uloženou pokutu za přiměřenou specifikům případu.
32. V souvislosti s určení výměry pokuty poukazuji na náleží Ústavního soudu Pl. ÚS 3/2002 ze dne 13. 8. 2002. Podle výkladu uvedeného náleží je při ukládání pokut vyloučen takový zásah do majetku podnikatele, v důsledku kterého by byla zničena *majetková základna* pro další podnikatelskou činnost. Nepřípustné jsou takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Ústavní soud se v náleží Pl. ÚS 3/2002 ze dne 13. 8. 2002 zabýval ukládáním pokut právníckým a fyzickým osobám podnikajícím. Závěr o nepřípustnosti pokut likvidačního charakteru tedy není přímo aplikovatelný i na ukládání pokut ústředním orgánům státní správy, tj. v tomto případě zadavateli. Zadavatel je organizační složkou státu, není tedy zřízen nebo založen za účelem dosahování zisku podnikatelkou činností. Rozpočet zadavatele je napojen na státní rozpočet, přičemž podle Přílohy 3 Celkový přehled výdajů státního rozpočtu podle kapitol zákona č. 345/2014 Sb., o státním rozpočtu České republiky na rok 2015 výdaje státního rozpočtu na kapitolu číslo 322 Ministerstvo průmyslu a obchodu přesahují 40 mld. Kč. V důsledku toho nemůže mít výše uložené pokuty likvidační charakter

ve vztahu k podnikatelské činnosti ve smyslu nálezu Pl. ÚS 3/2002 ze dne 13. 8. 2002, potažmo ani k *majetkové podstatě* zadavatele coby organizační složky státu.

33. Zároveň konstatuji, že jsem neshledal, že by jen samotným správním řízením a už vůbec ne pouze zmařením veřejné zakázky, byly dostatečně naplněny funkce právního postihu podle zákona. Takový závěr by mohl být v oblasti veřejných zakázek odůvodněn jen zcela výjimečnými okolnostmi případu a na straně subjektu postihovaného za správní delikt. Existenci takových okolností jsem však v daném případě neshledal i s ohledem na skutečnost, že Úřad akcentoval preventivní funkci uložené sankce, které tak musí dostatečně působit i na jiné nositele obdobných povinností, jako je zadavatele. Za takové situace tak hodnotím správným, aby byla zadavateli uložena pokuta, přičemž její hodnota 40 000 Kč je pro daný případ zcela adekvátní.

VI. Závěr

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

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

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