



UOHSX008TL0E

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0155/2016/VZ-47753/2016/323/ZSř

Brno 5. prosince 2016

V řízení o rozkladu ze dne 20. 5. 2016 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem -

- **Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost**, IČO 00005886, se sídlem Sokolovská 217/42, 190 22 Praha 9, ve správním řízení zastoupeným společností Advokátní kancelář Brož, Sedlatý s.r.o., IČO 24827452, se sídlem Vinohradská 2828/151, 130 00 Praha 3,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0267/2008/VZ-19405/2016/523/LSt ze dne 5. 5. 2016, vydanému ve správním řízení zahájeném dne 2. 10. 2008 z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání nadlimitní veřejné zakázky s názvem „**Úklid stanic metra**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v Informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 26. 5. 2008 pod ev. č. 60018091 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 27. 5. 2008 pod ev. č. 2008/S 101-135967,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0267/2008/VZ-19405/2016/523/LSt ze dne 5. 5. 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 vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Zadavatel - Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, IČO 00005886, se sídlem Sokolovská 217/42, 190 22 Praha 9 (dále jen „**zadavatel**“), zahájil ve formě otevřeného řízení zadávací řízení na nadlimitní veřejnou zakázku s názvem „Úklid stanic metra“, jehož oznámení bylo v Informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 26. 5. 2008 pod ev. č. 60018091 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 27. 5. 2008 pod ev. č. 2008/S 101-135967 (dále jen „**veřejná zakázka**“). V rámci zadávací dokumentace na veřejnou zakázku (dále jen „**ZD**“) byl předmět veřejné zakázky vymezen v jejím bodě 3.1 jako provádění „*pravidelného úklidu prostor stanic a stanovišť provozního ošetření na tratích metra A, B a C, včetně odborného odstraňování graffiti ve stanicích metra, úklid v elektrických stanicích metra a v prostorách ochranného systému metra a provoz a úklid místností pro odpočinek strojvedoucích metra v depech Hostivař, Zličín a Kačerov*“, za stanovených podmínek.
2. Realizace veřejné zakázky tak měla zahrnovat zejména „*provádění pravidelného úklidu prostor stanic a stanovišť provozního ošetření na tratích metra A, B a C vlastními prostředky v rozsahu 637.331 m², odborné odstraňování graffiti ve stanicích metra v celkovém rozsahu 55.396 m², provádění pravidelného úklidu prostor v elektrických stanicích metra v rozsahu 40.550 m², provádění pravidelného úklidu prostor ochranného systému metra v rozsahu 8.829,90 m² v objektu ZTC1, ZTC2, ZTC3 a stanice metra Stodůlky, ATC1 a stanice metra Vltavská, Kobylisy, Ládví, provádění pravidelného úklidu v kolejišti v úsecích nástupišť stanic metra tratí metra A, B a C vlastními prostředky v rozsahu 65.000 m², provoz a úklid místností pro odpočinek strojvedoucích metra v depech Hostivař, Zličín a Kačerov v celkovém rozsahu 132 m²*“. Konkrétní obsah úklidových prací dále upřesňuje část I. přílohy č. 2 k ZD, nazvané „Technické podmínky“ (dále jen „**technické podmínky ZD**“).
3. Smlouva na plnění veřejné zakázky měla být v souladu se ZD uzavřena na dobu neurčitou, s předpokládanou hodnotou veřejné zakázky ve výši 320 000 000 Kč bez DPH. Ve smyslu § 15 odst. 1 ve spojení s § 14 odst. 1 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách,

ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ se jedná o předpokládanou hodnotu plnění za 48 měsíců.

4. V části 5. - 7. ZD zadavatel zakotvil požadavky na kvalifikaci dodavatelů (včetně technických kvalifikačních předpokladů) a na jejich ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady. Ve vztahu k ekonomickým a finančním kvalifikačním předpokladům zadavatel vyžadoval (v bodě 6.1.3 ZD a bodě III. 2.2 oznámení o zakázce), aby uchazeči doložili údaje o svém obratu za poslední tři účetní období, když kvalifikační požadavky splní takový uchazeč, jehož průměrný celkový obrat za poslední tři roky činil alespoň 200 000 000 Kč (dále jen „**celkový obrat**“) a současně průměrný obrat dosažený plněním obdobným k veřejné zakázce, tedy úklidem stanic podzemní hromadné dopravy, alespoň 20 000 000 Kč (dále jen „**relevantní obrat**“). V části technických kvalifikačních předpokladů (v bodě 7.1.1 ZD) pak zadavatel stanovil, aby uchazeči doložili seznam významných služeb za poslední tři roky, z nichž alespoň jedna bude realizací komplexního a nepřetržitého úklidu minimálního počtu šesti stanic podzemní hromadné dopravy po dobu alespoň jednoho roku za současného odborného odstraňování graffiti (dále jen „**reference významných služeb**“).
5. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), příslušný podle zákona k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel dne 31. 7. 2008 dva podněty k přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejné zakázky, na jejichž základě zahájil šetření a vyrozuměl o této skutečnosti zadavatele. Zadavatel následně informoval Úřad, že dne 8. 8. 2008 zrušil zadávací řízení z důvodu vyloučení všech uchazečů s tím, že po uplynutí lhůty pro podání zákonných námitek bude zahájeno jednací řízení s uveřejněním, v němž budou všichni vyloučení uchazeči vyzváni k jednání. Dne 24. 9. 2008 sdělil zadavatel Úřadu, že obdržel námítky uchazeče - společnosti C D V služby, s.r.o., IČO 49356445, se sídlem Na Zatlane 1350/13, 150 00 Praha 5, ve sdružení se společností V-TRADE, s.r.o., IČO 25564188, se sídlem Francouzská 30, 602 00 Brno (dále společně jen „**vybraný uchazeč**“), kterým dne 1. 9. 2008 vyhověl a dne 5. 9. 2008 uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na plnění veřejné zakázky, neboť jediná zbylá nabídka představovala současně nabídku nejvhodnější.
6. Dne 2. 10. 2008 zahájil Úřad správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, neboť získal pochybnosti o souladu postupu zadavatele v zadávacím řízení a ZD v části kvalifikačních předpokladů se zákonem, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Úřad současně získal pochybnosti o tom, zda zadavatel stanovil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky na 320 000 000 Kč v souladu se zákonem, neboť dva ze tří uchazečů podali nabídku s výrazně vyšší cenou a srovnatelná cenová nabídka třetího uchazeče byla zadavatelem považována za mimořádně nízkou nabídkovou cenu.
7. K zahájenému správnímu řízení zaslal zadavatel Úřadu dne 9. 10. 2008 své stanovisko ze dne 3. 10. 2008, v němž mimo jiné konstatoval, že na něj zákon jako na sektorového zadavatele klade při formulaci zadávacích podmínek mírnější nároky. Požadavek relevantního obratu

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

zadavatel odůvodnil potřebou „*ubezpečit se o dostatečné specializované výrobní kapacitě dodavatele*“ a k referenci významných služeb poukázal, že charakteristický předmět plnění klade vyšší nároky na úklidové stroje, pracovníky, bezpečnostní opatření a organizační a logistické schopnosti. Zadavatel má tedy za to, že veřejnou zakázku může provádět pouze dodavatel se zkušenostmi v požadovaném rozsahu, tedy včetně relevantního obratu a reference významných služeb (jmenované zadávací podmínky dále společně jen „**zvláštní kvalifikační požadavky**“).

8. Dne 8. 1. 2009 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S267/2008/VZ-21570/2008/540/VK z téhož dne (dále jen „**prvostupňové rozhodnutí ze dne 8. 1. 2009**“), kterým ve výroku I. konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky stanovil kvalifikační předpoklady v rozsahu zvláštních kvalifikačních požadavků v rozporu s § 63 odst. 4 zákona, přičemž byly současně naplněny zákonné předpoklady správního deliktu. Výrokem II. Úřad rozhodl, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 13 odst. 2 zákona a v § 110 odst. 4 zákona, avšak nebylo prokázáno, že tento postup ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky. Za správní delikt podle výroku I. uložil Úřad zadavateli ve výroku III. pokutu ve výši 800 000 Kč.
9. Prvostupňové rozhodnutí ze dne 8. 1. 2009 předseda Úřadu rozhodnutím č. j. ÚOHS-R8,10/2009/VZ-5545/2009/310-JVa ze dne 6. 5. 2009 v rámci rozkladového řízení zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání pro nepřezkoumatelnost z důvodu nedostatku odůvodnění. V rámci rozkladu ze dne 22. 1. 2009 zadavatel ke své dosavadní argumentaci doplnil, že se v prostoru metra nachází celá řada složitých technických zařízení, která by při neodborné manipulaci mohla způsobit značné množství škod, včetně dopadu na poskytování veřejných služeb a odpovědnost zadavatele, a že se zde nachází rovněž ochranný systém pro ochranu obyvatelstva. K organizaci práce pak zadavatel zdůraznil potřebu provádět úklidové práce každý den v ranní výluce mezi 1. a 4. hodinou, v rozsáhlých prostorách 54 stanic současně a zajistit též úklidovou pohotovost. Dle zadavatele má pro volbu dodavatele význam též skutečnost, že metro patří k potenciálním cílům teroristických útoků.
10. Dne 13. 1. 2010 vydal Úřad ve věci nové rozhodnutí č. j. ÚOHS-S267/2008/VZ-13118/2009/540/VKu ze dne 8. 1. 2010 s totožnými výroky a upřesněným odůvodněním (dále jen „**prvostupňové rozhodnutí ze dne 13. 1. 2010**“). V řízení o podaných rozkladech zadavatele a vybraného uchazeče předseda Úřadu prvostupňové rozhodnutí ze dne 13. 1. 2010 zrušil rozhodnutím č. j. ÚOHS-R10,11/2010/VZ-9077/2010/310/JSI ze dne 13. 9. 2010 a věc vrátil Úřadu k novému projednání, neboť získal pochybnosti o formulaci a odůvodnění výroku II. a dále o přezkoumatelnosti odůvodnění uložené pokuty.
11. Dne 7. 1. 2011 vydal Úřad ve věci další rozhodnutí č. j. VZ/S267/08/VZ-18641/2010/540/VKu (dále jen „**prvostupňové rozhodnutí ze dne 7. 1. 2011**“). Úřad rozhodl ve výrocích stejně jako v prvostupňovém rozhodnutí ze dne 8. 1. 2009, spáchání správního deliktu dle výroku I. však bylo nově odůvodněno tím, že realizace veřejné zakázky nevykazuje podstatné odlišnosti od jiných úklidových služeb s obdobným charakterem - například od úklidu vlakových nádraží. Při určení výměry pokuty uložené výrokem III. Úřad jako přitěžující okolnost zohlednil zatížení postupu zadavatele v rámci šetřeného zadávacího řízení dalšími vadami. Prvostupňové rozhodnutí ze dne 7. 1. 2011 bylo rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R22,23/2011/VZ-5510/2012/310/JSI ze dne 22. 3. 2012 potvrzeno jako věcně

správné a rozklady zadavatele i vybraného uchazeče zamítnuty (dále jen „**rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 22. 3. 2012**“).

12. Proti rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 22. 3. 2012 podali zadavatel i vybraný uchazeč správní žaloby ke Krajskému soudu v Brně (dále jen „**KS**“), o nichž KS rozhodl společným rozsudkem č. j. 62 Af 44/2012 - 176 ze dne 2. 7. 2013 tak, že rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 22. 3. 2012 zrušuje a věc vrací Úřadu k novému projednání. Označený rozsudek KS byl odůvodněn především tím, že bylo-li argumentováno srovnatelností úklidu stanic metra a vlakových nádraží, mělo být toto zjištění v dílčích parametrech konkrétněji specifikováno a v rámci správního řízení prokázáno. Proti tomuto rozsudku podal Úřad kasační stížnost, která však byla rozsudkem Nejvyššího správního soudu (dále jen „**NSS**“) č. j. 9 Afs 74/2013 - 46 ze dne 13. 3. 2014 zamítnuta.
13. Dne 23. 11. 2015 vydal předseda Úřadu rozhodnutí č. j. ÚOHS-R22,23/2011/VZ-40390/2015/323/KHo, jímž v návaznosti na soudní přezkum a zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 22. 3. 2012 zrušil též prvostupňové rozhodnutí ze dne 7. 1. 2011 a vrátil věc Úřadu k novému projednání. Předseda Úřadu v uvedeném rozhodnutí shrnul závěry označených rozhodnutí soudů a vytyčil Úřadu meze při vydávání nového prvostupňového rozhodnutí.

II. Napadené rozhodnutí

14. Dne 5. 5. 2016 vydal Úřad na základě posouzení všech podkladů a rozhodných skutečností ve věci nové rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0267/2008/VZ-19405/2016/523/LSt (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
15. Výrokem I. rozhodl Úřad o tom, že se zadavatel „*dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky nepostupoval v souladu s § 63 odst. 4 ve spojení se zásadou zákazu diskriminace dle § 6 zákona, neboť v bodech 6.1.3 a 7.1.1 zadávací dokumentace nestanovil kvalifikační požadavky na potenciální uchazeče přiměřeně s ohledem na druh, rozsah a složitost předmětu plnění veřejné zakázky, když k jejich prokázání požadoval předložení seznamu významných služeb poskytnutých dodavatelem v posledních 3 letech zahrnujících realizaci jedné služby komplexního a nepřetržitého úklidu stanic podzemní hromadné dopravy, a to minimálně po dobu 12 měsíců a v rozsahu minimálně současně uklízených 6 stanic, včetně odstraňování graffiti ze stěn stanic, a dále předložení údajů o průměrném obratu dosaženém dodavatelem za poslední 3 roky za plnění s ohledem na předmět veřejné zakázky minimálně ve výši 20 mil. Kč s tím, že zadavatel za obrat s ohledem na předmět veřejné zakázky považuje toliko úklid stanic podzemní hromadné dopravy, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky*“ a dne 5. 9. 2008 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem na plnění veřejné zakázky smlouvu.
16. Výrokem II. napadeného rozhodnutí pak byla zadavateli uložena za správní delikt dle výroku I. pokuta podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona ve výši 700 000 Kč.

III. Námitky rozkladu

17. Proti oběma výrokům napadeného rozhodnutí podal zadavatel dne 20. 5. 2016 rozklad z téhož dne. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě, neboť napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 5. 5. 2016.
18. Zadavatel v úvodu podaného rozkladu shrnuje své přesvědčení, že Úřad postupoval v rozporu s právními předpisy, se závazným právním názorem KS a NSS, bez dostatečně zjištěného skutkového stavu a na základě nesprávných, rozporuplných a neúplných podkladů.
19. Zadavatel v první části odůvodnění svého rozkladu uvádí, že usnesení, na základě kterého mu bylo umožněno vyjádřit se k novým podkladům pro vydání rozhodnutí, obdržel dne 22. 4. 2016, své vyjádření doručil Úřadu dne 28. 4. 2016 a napadené rozhodnutí Úřad vydal již dne 5. 5. 2016, což zadavatel považuje za příliš krátkou dobu pro to, aby se Úřad řádně vypořádal s argumentací zadavatele v podaném vyjádření a v návaznosti na to zformuloval své závěry a obsah rozhodnutí. V tomto zadavatel shledává pochybnost o zákonnosti, obsahové správnosti, přezkoumatelnosti a nezaujatosti napadeného rozhodnutí. Zadavatel rovněž obecně poukazuje na délku správního řízení a argumentaci Úřadu označuje za účelovou a v rozporu s jednoznačnými závěry provedeného dokazování.
20. K tvrzenému rozporu závěrů Úřadu s provedeným dokazováním zadavatel v rámci námitek proti výroku I. napadeného rozhodnutí zadavatel hodnotí způsob, jakým se Úřad vypořádal s oprávněností nastavených zvláštních kvalifikačních požadavků ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. V této souvislosti zadavatel cituje vyjádření třetích stran, oslovených Úřadem v rámci zjišťování skutkového stavu, jmenovitě Státního úřadu inspekce práce, IČO 75046962, se sídlem Kolářská 451/13, 746 01 Opava (dále jen „SÚIP“), Ministerstva zdravotnictví, IČO 00024341, se sídlem Palackého nám. 4, 128 01 Praha 2 (dále jen „MZ“) a Drážního úřadu, IČO 61379425, se sídlem Wilsonova 300/8, 121 06 Praha 2 (dále jen „DÚ“), která dle jeho názoru potvrzují jeho předchozí argumentaci a dokládají specifičnost úklidových prací v metru.
21. Zadavatel dále zdůraznil, že v zadávacích podmínkách nestanovil žádné požadavky na zdravotní nebo technickou způsobilost pracovníků úklidových služeb, to však dle jeho názoru jen osvědčuje (vzhledem k specifikům požadovaných úklidových prací) jeho oprávnění požadovat v rámci technických předpokladů definovanou referenci významných služeb. Svůj způsob nastavených kritérií tak zadavatel považuje nejen za oprávněný, ale též za nezbytný.
22. Zadavatel dále brojí proti skutečnosti, že si Úřad vyžádal k posouzení věci vyjádření České asociace úklidu a čištění, IČO 68403909, se sídlem Golčova 32/2A, 148 00 Praha, spolek (dále jen „ČAÚČ“), přestože již měl k dispozici dle zadavatele dostatečná a vystihující vyjádření SÚIP, MZ a DÚ. Zadavatel dále poukazuje, že již dříve zaslal Úřadu stanovisko ČAÚČ ze dne 14. 4. 2009 (v rámci doplnění rozkladu ze dne 17. 4. 2009) a k novému vyjádření by tak Úřad vůbec neměl přihlížet, neboť obě sdělení ČAÚČ jsou v rozporu.
23. K bodu 167. odůvodnění napadeného rozhodnutí zadavatel sděluje, že úklidové práce se rozlišují v závislosti na specifických podmínkách jednotlivých míst realizace, což Úřad dle názoru zadavatele ve své argumentaci nezohlednil dostatečným a vnitřně bezrozporným

způsobem, když uvádí, že se jedná o běžný průmyslový úklid a současně konstatuje, že je úklid částečně realizován v elektrických stanicích metra a na dalších místech, která mohou vykazovat jistá specifika, a proto budou tyto zvláštnosti dále řešeny. Uvedené si zadavatel vykládá jako nepochopení problematiky v oblasti úklidových prací. Zadavatel v této souvislosti dále cituje část bodu 171. odůvodnění napadeného rozhodnutí, která má potvrzovat, že úklid v metru je úklidem ve specifických prostorách, zadavatel však nesouhlasí s tím, že by se mělo jednat o (patrně) standardní úklid, k čemuž opakuje, že povaha úklidových prací má být vymezena místem realizace.

24. Zadavatel rovněž uvádí, že Úřad napadeným rozhodnutím (například v bodech 178. a 187. odůvodnění) opakovaně podsouvá, že zadavatel v rámci zadávacích podmínek požadoval doložení reference významných služeb získanou v prostorech „metra“, zatímco zadavatel definoval tento požadavek ve vztahu k úklidu „stanic podzemní hromadné dopravy“, což učinil právě s úmyslem rozšíření možného okruhu dodavatelů. K významu tohoto rozlišování zadavatel dodává, že pod takový pojem je možné vedle stanic metra podřadit například též soustavu podzemních stanic vlakové dopravy v Paříži (RER) a že příslušné zvláštní kvalifikační požadavky by splnilo i plnění realizované v zahraničí.
25. Zadavatel má též za to, že se Úřad (v bodech 202. a 203. odůvodnění napadeného rozhodnutí) snaží navodit situaci, že měl zadavatel stanovit podmínky v rámci kvalifikačních předpokladů na kvalifikaci osob fakticky realizujících úklidové práce, namísto požadované reference významných služeb. Zadavatel k tomu s odkazem na zákon sděluje, že je to pouze zadavatel, kdo stanoví zadávací podmínky na veřejnou zakázku, nikoliv Úřad, a poukazuje, že nositelem odborné zkušenosti je dodavatel, nikoliv osoby, které plnění fakticky realizují, což je dle jeho názoru v souladu s aktuální rozhodovací činností Úřadu.
26. Ve vztahu k bodu 191. odůvodnění napadeného rozhodnutí zadavatel vyjadřuje svůj postoj, že se Úřad snaží vyvolat dojem, že vzhledem k celkové ploše méně rozsáhlé prostory elektrických stanic metra, ochranného systému metra a kolejíště v úsecích nástupišť stanic metra (jako specifických míst) představují zanedbatelnou část veřejné zakázky, neodůvodňující dostatečně předmětné kvalifikační požadavky zadavatele. Zadavatel s takovým „tvrzením“ Úřadu nesouhlasí, protože není schopen ani odhadovat, jaká újma by mohla neodborným zásahem vzniknout.
27. V další části rozkladu zadavatel poukazuje, že smyslem požadavku na referenci významných služeb je nalezení dodavatele se zkušenostmi se stejným nebo obdobným předmětem plnění, na základě čehož bude mít zadavatel jistotu, že plnění bude zajištěno odborným subjektem. Zadavatel k tomu vysvětluje, že pokud by nastavil zadávací podmínky širěji, vystavil by se riziku, že tyto podmínky splní též nezkušení a nezpůsobilí dodavatelé, což doplňuje o několik příkladů *ad absurdum*. Závěrem této části rozkladu zadavatel shrnuje, že technické kvalifikační předpoklady stanovil především s ohledem na potřebu jistoty kvalifikovaného plnění, a že požadovat splnění technických kvalifikačních předpokladů, včetně doložení seznamu významných služeb se stejným nebo obdobným předmětem plnění, je jeho právem podle ustanovení § 56 odst. 2 písm. a) zákona, které by jinak postrádalo opodstatnění.
28. K požadavku na doložení průměrného obrátu za poslední tři roky zadavatel namítá, že Úřad napříč napadeným rozhodnutím uvádí argumenty na podporu závěru o nesprávném postupu

zadavatele a v bodě 234. odůvodnění uvádí minimální obrat ve výši 200 000 000 Kč, namísto správného údaje 20 000 000 Kč. V této skutečnosti spatřuje zadavatel zjevnou nesprávnost a nepřezkoumatelnost odpovídající části argumentace a důvod pro zrušení napadeného rozhodnutí. Ve vztahu k samotné výši nastaveného limitu na minimální výši průměrného ročního obrátu za sledované období pak zadavatel konstatoval, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky činila cca 80 000 000 Kč ročně a jím požadovaný minimální průměrný roční obrat ve výši 20 000 000 Kč, tedy v přibližné výši jedné čtvrtiny předpokládaného finančního plnění, považuje za přiměřený, opodstatněný a nediskriminační.

29. V ostatním zadavatel odkázal na svá dosavadní vyjádření ve věci, znovu zdůraznil specifičnost prostor, v nichž mají být úklidové práce prováděny, a zopakoval, že předmět plnění musí být posuzován jako celek, nikoliv účelově členěn podle míst realizace, jak to dle jeho názoru učinil v napadeném rozhodnutí Úřad.
30. K výroku II. napadeného rozhodnutí o uložení pokuty pak zadavatel uvedl, že se s jejím uložení neztotožňuje, neboť se porušení zákona nedopustil. Nadto poukázal, že považuje odůvodnění uložení pokuty za nedostatečné, ve svém důsledku za rozporné se zásadou legitimního očekávání a též za nepřezkoumatelné.

Závěr rozkladu

31. Zadavatel v návaznosti na podané námitky předsedovi Úřadu navrhuje, aby napadené rozhodnutí v rozsahu podaném rozkladem zrušil a správní řízení ve stejném rozsahu zastavil.

IV. Řízení o rozkladu

32. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), a proto v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu předal spis spolu se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

33. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy, jakož i správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uplatněných v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
34. Úřad rozhodl v obou výrocích napadeného rozhodnutí správně a v souladu s právními předpisy. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

35. K námitce zadavatele, že se Úřad v napadeném rozhodnutí nemohl dostatečně vypořádat se všemi námitkami uvedenými ve vyjádření zadavatele ze dne 22. 4. 2016 k podkladům pro vydání rozhodnutí, neboť napadené rozhodnutí bylo vydáno 5 pracovních dnů po doručení předmětného vyjádření zadavatele Úřadu, předesílám, že označené vyjádření zadavatele

svým rozsahem a obsahem nekladlo překážky vydání rozhodnutí v označené lhůtě, neboť zadavatel v tomto již jen rekapituloval svá dosavadní stanoviska, k čemuž citoval některé části vyžádaných stanovisek SÚIP, MZ, DÚ a ČAÚČ, v nichž spatřoval rozpor nebo podporu svých tvrzení. Vzhledem k tomu, že Úřad posuzuje podklady pro vydání rozhodnutí v průběhu celého správního řízení a vyjádření zadavatele již nepřinášelo kromě několika interpretačních postojů žádné nové skutečnosti, uvedenou prodlevu od obdržení posledního podkladu do vydání rozhodnutí ve věci hodnotím (již s ohledem na zadavatelem připomínanou délku správního řízení) jako přiměřenou, k čemuž akcentuji, že uvedená prodleva sama o sobě nemá vliv na zákonnost rozhodnutí. Tvrzení o tendenčnosti odůvodnění napadeného rozhodnutí, postrádá-li věcné zdůvodnění, mám pak za subjektivní vnímání zadavatele v důsledku nepříznivého výroku rozhodnutí.

36. K věcnému obsahu námitky sděluji, že se Úřad vyjádřením zadavatele ze dne 22. 4. 2016 podrobně zabýval (body 130. – 143. odůvodnění napadeného rozhodnutí) a stanoviska zadavatele byla v rámci napadeného rozhodnutí zohledněna a řádně vypořádána (souhrnně v bodech 242. – 249. odůvodnění). Zadavatel se v předmětném vyjádření dovolával sdělení SÚIP, že zdravotní způsobilost zaměstnanců v drážní dopravě se řídí vyhláškou č. 101/1995 Sb., kterou se vydává Řád pro zdravotní způsobilost, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ŘZZ“), potvrzení MZ, že pracovníci dodavatele úklidových služeb musí mít zdravotní způsobilost se vstupem do kolejí dle § 2 písm. b) bod 1. označené vyhlášky, a dále sdělení DÚ, ze kterého mělo vyplynout, že pro výkon jakýchkoliv činností na dráze je stanovena minimální elektrotechnická kvalifikace ve stupni „osoba poučená“ a že práce v podzemí vykazuje řadu označených specifik, která rovněž kladou požadavky na specifickou zdravotní způsobilost. Uvedená deskriptivní zjištění zadavatele rekapituluje v poněkud komplexnějším rozsahu v napadeném rozhodnutí též Úřad (zejména body 77., 78. a 81. odůvodnění).
37. Přestože tedy o obsahu podkladů nejsou pochybnosti, zadavatel má za to, že z uvedených zjištění vedle specifičnosti prostor metra vyplývá, že zadavatel „musel“ v ZD vymezit jako přípustného pouze dodavatele s prokazatelnou zkušeností s úklidem v prostorech podzemní hromadné dopravy. K této úvaze zadavatele zdůrazňuji, že z jím označených částí sdělení vyplývá toliko působnost vyhlášky ŘZZ a povinnost zaměstnanců disponovat příslušnou zdravotní a technickou způsobilostí, nikoliv již tvrzenou zkušeností. Zadavatelem tvrzená příčinná souvislost tedy v popsaném případě absentuje.
38. Úřad se otázkou oprávněnosti zadavatelem stanovených zvláštních kvalifikačních požadavků, zabýval v širším kontextu, když v bodech 189. - 229. odůvodnění napadeného rozhodnutí provedl podrobný rozbor jednotlivých specifických aspektů veřejné zakázky a v návaznosti na vyhodnocení jejich významu správně došel k závěru, že nezbytnost reference významných služeb ze specifik veřejné zakázky nevyplývá a že uvedený požadavek působí ve svém důsledku zjevně nepřiměřeným a diskriminačním způsobem. Úřad dále poukázal, že sama skutečnost, že dodavatel disponuje zvláštními kvalifikačními požadavky, nemůže vést k závěru o jistotě řádného plnění a eliminaci rizik, příznačných pro úklid stanic podzemní hromadné dopravy.
39. Přestože tedy nastavení zvláštních kvalifikačních požadavků nepředstavuje efektivní nástroj k zajištění jistoty řádného plnění, faktický význam a následek zvláštních kvalifikačních požadavků naopak spočívá v tom, že tyto kladou neopodstatněné překážky hospodářské

soutěži a vylučují ze zadávacího řízení i takové subjekty, které by v případě zákonného postupu zadavatele (a nastavení přiměřených požadavků) byly schopny plnění veřejné zakázky (s ohledem na zajištění výkonu plnění odborně a zdravotně způsobilými pracovníky) řádně a v souladu s právními předpisy realizovat (k tomu blíže např. body 229., 256. - 260. odůvodnění napadeného rozhodnutí). S naznačeným stanoviskem Úřadu se plně ztotožňuji a shrnuji, že zadavatelem tvrzená kauzalita v daném případě není dána, že ze zadavatelem označených částí sdělení vyplývá toliko předpoklad zdravotní a technické způsobilosti zaměstnanců pro výkon plnění dle platných právních předpisů a že logické odůvodnění zvláštních kvalifikačních požadavků v těchto okolnostech shledat nelze.

40. Zadavatel v označeném vyjádření dále brojil proti tomu, že si Úřad v rámci opatřování podkladů pro vydání rozhodnutí vyžádal též stanovisko ČAÚČ, přestože měl k dispozici již stanovisko SÚIP, MZ a DÚ a též vyjádření ČAÚČ z dubna 2009 doložené zadavatelem, v čemž spatřuje snahu Úřadu nalézt oporu pro svůj dřívější nesprávný názor. Zadavatel dále poukázal, že v některých částech si obě stanoviska ČAÚČ odporují. I s touto námitkou se však Úřad dostatečně vypořádal (body 245. – 249. odůvodnění napadeného rozhodnutí), když konstatoval, že si nové vyjádření ČAÚČ vyžádal zejména z důvodu potřeby doplnění některých skutečností, že stanovisko ani netvoří klíčový podklad pro vydání rozhodnutí a že zadavatelem tvrzené rozdíly nemají na obsah sdělení zásadní dopad.
41. Se závěry Úřadu se plně ztotožňuji, k čemuž (v souladu s § 50 ve spojení s ustanovením § 3 správního řádu) doplňuji, že podklady pro vydání rozhodnutí opatřuje především Úřad, a to v takovém rozsahu, aby byl zjištěn skutkový stav bez důvodných pochybností. Úřad v takovém případě vyhledává podklady a důkazy jak ve prospěch, tak i v neprospěch účastníka řízení. Námitka, jejímž prostřednictvím zadavatel vytýká Úřadu snahu ověřit a upřesnit zadavatelem předložený důkaz, tak jde zcela proti smyslu správního řízení. Námitku zadavatele, že se Úřad nevypořádal s vyjádřením zadavatele k podkladům ze dne 22. 4. 2016, jsem tedy nucen shledat zcela nedůvodnou.
42. Zadavatel v další části rozkladu opakuje některé shora uvedené námitky, již uplatněné ve vyjádření ze dne 22. 4. 2016, stejně jako svůj co do obsahu neupřesněný názor, že Úřad nevzal v potaz specifičnost úklidových prací v metru. Zadavatelem rekapitulovaná specifičnost úklidových prací v metru, vyplývající z vyjádření SÚIP, MZ, DÚ a ČAÚČ, zahrnuje (dále společně jen „**vytčené části sdělení**“):
 - sdělení SÚIP, že specifické požadavky z hlediska zdravotní způsobilosti zaměstnanců v drážní dopravě jsou uvedeny ve vyhlášce ŘZZ, když tato vyhláška se vztahuje též na zaměstnance, kteří budou vykonávat ostatní činnosti při provozování dráhy a drážní dopravy,
 - sdělení MZ, které má potvrzovat předchozí argumentaci zadavatele, že pracovníci dodavatele úklidových služeb musí mít zdravotní způsobilost se vstupem do kolejíště dle § 2 písm. b) bod 1. označené vyhlášky ŘZZ,
 - a dále sdělení DÚ, že pro výkon jakýchkoliv činností na dráze je stanovena minimální elektrotechnická kvalifikace ve stupni „osoba poučená“, že práce v podzemí vykazuje řadu označených specifik a vzhledem k tomu i úklidové práce v metru vyžadují specifickou zdravotní způsobilost.

43. Zadavatel význam vytčených částí sdělení dle předchozího odstavce interpretuje tak, že z nich jednoznačně vyplývá oprávněnost stanovených zvláštních kvalifikačních požadavků, protože „úklidové práce v prostorách metra jsou bezesporu specifické“, a zadavatel neměl jinou možnost, než trvat na zkušeném dodavateli. Oprávněnost reference významných služeb dále zadavatel zdůvodnil tím, že v zadávacích podmínkách nestanovil požadavky na zdravotní či technickou způsobilost jednotlivých pracovníků poskytujících úklidové služby. K zadavatelem tvrzené specifičnosti úklidových prací v metru sděluji, že tato není Úřadem zpochybňována, když zvláštnosti úklidu metra (podzemní hromadné dopravy) Úřad opakovaně výslovně připouští a její jednotlivé aspekty podrobně posuzuje (body 189. – 229. odůvodnění napadeného rozhodnutí). K tomu doplňuji, že zadavatelem tolik namítaná specifičnost je do určité míry vlastní všem zadavatelům a veřejným zakázkám, neboť představuje současně rozlišovací kritérium. Pro posouzení věci je tedy klíčové především rozkrýt a definovat podstatu konkrétních odlišností tak, aby mohly být formulovány kvalifikované závěry o důvodnosti zvláštních předpokladů.
44. K rozsahu dopadu specifických znaků plnění na potřebné předpoklady dodavatelů a na povinnosti zadavatele při formulaci zadávacích podmínek opakuji, že z vytčených částí sdělení s přihlédnutím k okolnostem případu toliko vyplývá, že plnění veřejné zakázky by mělo být - přinejmenším v relevantních činnostech - realizováno pracovníky, splňujícími podmínky zdravotní způsobilosti dle vyhlášky ŘZZ a dále podmínky elektrotechnické kvalifikace alespoň ve stupni „osoba poučená“ podle vyhlášky č. 100/1995 Sb., kterou se stanoví podmínky pro provoz, konstrukci a výrobu určených technických zařízení a jejich konkretizace (Řád určených technických zařízení), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ŘUTZ“).
45. Podmínku zdravotní způsobilosti splní fyzická osoba, která netrpí ŘZZ jmenovanou nepřipustnou nemocí. Podmínku technické způsobilosti (ve stupni osoba poučená) splní fyzická osoba, která byla „v rozsahu své pracovní činnosti prokazatelně seznámena s technickými normami souvisejícími s činností na elektrických zařízeních příslušného druhu a napětí, kterou má vykonávat, popřípadě řídit, dále s pokyny výrobce elektrického zařízení, s pokyny provozovatele elektrického zařízení, seznámena se zásadami první pomoci při úrazech elektrickým proudem, upozorněna na možné ohrožení elektrickým zařízením a prakticky zacvičena“ (bod 3. Přílohy č. 4 ŘUTZ).
46. Z vytčených částí sdělení tedy vyplývá povinnost dodavatele zajistit výkon plnění veřejné zakázky osobami bez označených onemocnění, které budou současně prokazatelně a prakticky proškoleny, nikoliv oprávněnost zvláštních kvalifikačních požadavků, neboť přímou souvislost lze shledat toliko ve vztahu k zdravotní a technické způsobilosti ve smyslu ŘZZ a ŘUTZ. Nelze přehlédnout, že předchozí zkušenost dodavatele (nijak kvalitativně podmíněná) spojená s velkým obratem ještě neznamena dostatečnou záruku, že plnění bude plně kvalifikovanými pracovníky skutečně zajištěno. V této souvislosti neobstojí ani námitka zadavatele, že jeho oprávnění požadovat zvláštní kvalifikační požadavky vyplývá ze skutečnosti, že v zadávacích podmínkách žádné požadavky na zdravotní a technickou způsobilost jednotlivých pracovníků nestanovil, neboť případné opomenutí není možné považovat za relevantní ospravedlnění nesprávného postupu.
47. K tomu poukazuji, že zadavatel v zadávacích podmínkách kvalifikační předpoklady pracovníků potenciálních dodavatelů zcela neopomněl, když si v části 7.1.3 ZD vyžádal

seznam vedoucích pracovníků splňujících nastavené požadavky, a dále v technických podmínkách ZD stanovil v rámci povinností zhotovitele další požadavky na předpoklady zaměstnanců, fakticky vykonávajících předmětné činnosti - zajištění proškolení zaměstnanců s předepsanou smyslovou skupinou z dopravních předpisů, v oblasti elektroinstalací, bezpečnosti práce a požární ochrany (část 7. technických podmínek ZD), zajištění příslušných částí výkonu plnění pouze relevantně proškolenými zaměstnanci (část 3. a 4. technických podmínek ZD) a specifikoval způsob provádění prací (část 5. technických podmínek ZD).

48. Je tak správný závěr Úřadu (aniž by tím Úřad jakkoliv suploval úlohu zadavatele při stanovení zadávacích podmínek), že efektivnějším a zákonným nástrojem k dosažení zadavatelem proklamovaného účelu by bylo zohlednění zdůrazňovaných specifík předmětu a místa realizace plnění v nastavení konkrétních požadavků kladených na jednotlivé pracovníky úklidových služeb a souvisejících povinností, když tak bylo ve značné míře též učiněno. Za dané situace není zřejmý a zadavatel neuvedl žádný objektivní důvod, pro který by bylo nezbytné oprávněné požadavky na kvalifikaci výkonných zaměstnanců obcházet či doplňovat referencí významných služeb.
49. Vzhledem k výše uvedenému jsem nucen shrnout, že jsem v rozporu s názorem zadavatele neshledal příčinnou souvislost mezi předpoklady zdravotní a odborné (technické) způsobilosti pracovníků pro výkon specifického plnění veřejné zakázky a nezbytností nastavených nároků na zvláštní kvalifikační požadavky. Předmětnou námitku zadavatele jsem tak nucen odmítnout jako neopodstatněnou.
50. V rámci další rozkladové námítky zadavatel znovu připomíná dílčí rozpory mezi vyjádřením Mgr. Ireny Bartoňové Pálkové, předsedkyně ČAÚČ, ze dne 14. 4. 2009 a nově vyžádaným vyjádřením ze dne 12. 4. 2016. Jak jsem poznamenal výše (bod 37. odůvodnění), Úřad hodnotí podklady pro vydání rozhodnutí podle své úvahy a s touto námitkou se již v rámci napadeného rozhodnutí řádně vypořádal. Zadavatel konkrétně namítá, že zatímco v prvním vyjádření bylo uvedeno, že úklid v metru nelze vzhledem k odlišné frekvenci, prostorech a vyšší náročnosti přirovnat ani k administrativnímu ani k průmyslovému úklidu, v novém vyjádření ČAÚČ zařazuje úklid v metru do průmyslového úklidu. K tomuto rozdílu sděluji, že se v popsaném případě může jednat spíše o formulační upřesnění v návaznosti na pochybnosti o jednoznačné (a vyčerpávající) klasifikaci. Nelze také přehlédnout, že pro rozhodnutí ve věci není tato nuance významná, neboť Úřad vedle nevyhnutelně zjednodušujícího obecného označení posuzoval především dílčí jednotlivé aspekty specifčnosti plnění a až na jejich základě konstruoval své závěry.
51. Rovněž v případě, kdy v prvním vyjádření ČAÚČ bylo uvedeno, že úklid metra je náročný na organizaci práce, technologické postupy a vybavení, zejména na počet pracovníků a bateriových strojů, a v druhém vyjádření, že podlahové mycí automaty jsou běžnou úklidovou technikou k mytí velkých a zatížených ploch, použitelných nijak specificky též pro úklid v metru, není dán žádný zásadní významový rozpor, neboť první vyjádření hovořilo zejména o počtu strojů. Pro náročný úklid pak budou z povahy věci vhodnější výkonnější a finančně náročnější typy strojů se snazší obsluhou, aniž by to a priori vylučovalo použití úspornějších typů úklidových strojů. Podobně z řešení otázky čisticích prostředků na odstraňování graffiti mimo jiné nevyplývá, že účinné prostředky vhodné do méně větraných prostor, přestože jsou dražší, nespádají mezi běžné čisticí prostředky.

52. K námitce rozporů vyjádření ČAÚČ shrnuji, že zadavatelem označené rozdíly nejsou zásadně významné, neboť vznikly patrně spíše v důsledku formulačního upřesnění a nezakládají takový rozpor, který by mohl vést k závěru o nevěrohodnosti těchto podkladů. Námitku zadavatele mám tedy za nedůvodnou. K relevanci námítky doplňuji, že vyjádření ČAÚČ netvořila rozhodující důkazy pro závěry Úřadu, když Úřad hodnotil shromážděné podklady pro vydání rozhodnutí ve vzájemných souvislostech a ve svém souhrnu a zadavatelem tvrzené dílčí rozpory ve svém důsledku neměly vliv na zákonnost rozhodnutí. Pro úplnost konstatuji, že nepovažuji za relevantní ani návrh zadavatele, aby bylo v rámci správního řízení přihlíženo pouze ke staršímu (a obecnějšímu) vyjádření ČAÚČ, které je pro zadavatele příznivější, neboť pokud by Úřad naznal pochybnosti o obsahu a vzájemném souladu těchto vyjádření, byl by dán důvod pro to, aby nepřihlížel ani k jednomu z nich, popřípadě si vyžádal k odstranění těchto pochybností vyjádření další.
53. Následující rozkladovou námitkou zadavatel rozporuje závěr Úřadu v bodě 167. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Úřad v tomto bodě toliko konstatuje, že z rozsahu úklidových služeb dle části I. technických podmínek ZD vyplývá, že úklid metra zahrnuje (dle klasifikace úklidových prací uvedené ve vyjádření ČAÚČ ze dne 12. 4. 2016) běžný průmyslový úklid, úklid dopravních prostředků, venkovních ploch, sociálních zařízení, šaten, sprch a WC, které jsou ale částečně realizovány v elektrických stanicích metra, ochranném systému metra a dále v kolejistích v úsecích nástupišť, a že specifické potřeby těchto zvláštních prostor blíže popisuje část 3., 4. a 5. technických podmínek ZD. Úřad pak k těmto zjištěním doplňuje, že se bude dále zabývat specifickostí prostor pro realizaci veřejné zakázky. Zadavatel v takovém přístupu vidí protimluv.
54. Uvedenou námitku zadavatele mám za neopodstatněnou, neboť není zřejmé, v čem zadavatel spatřuje možné nedostatky postupu zvoleného Úřadem v rámci zjišťování skutkového stavu. Pokud jde o rozlišování druhů úklidu, pak z přípustných klasifikací Úřad použil jako výchozí předběžné rozlišení podle předmětu realizace, přičemž výslovně uvedl, že zvláštními podmínkami a potřebami označených prostor v prostředí metra se bude dále podrobněji zabývat, neboť podstata plnění veřejné zakázky spočívá v realizaci běžných úklidových služeb, modifikovaných zvláštními požadavky prostor. V tomto postupu žádný rozpor neshledávám. Jako nedůvodnou jsem nucen shledat též námitku zadavatele k bodu 171. odůvodnění napadeného rozhodnutí, která je co do podstaty totožná, když Úřad v tomto bodě uvádí, že se bude zabývat specifiky úklidu, která mohou mít význam z pohledu náročnosti plnění i nároků na dodavatele.
55. K nárokům na technické a personální zázemí dodavatele poukazují, že tyto nejsou v rozsahu přiměřeném veřejné zakázce a relevantnímu trhu zpochybňovány, nicméně doplňuji, že zadavatelem zvolený rozsah zvláštních kvalifikačních předpokladů nepředstavuje účelný a zákonný nástroj k zajištění řádného plnění veřejné zakázky. Zadavatel ve svých vyjádřeních opakovaně vyzdvihuje rozsáhlost a logistickou obtížnost dodávky, v rámci zvláštních kvalifikačních požadavků však vyžaduje prokázání relativně omezené reference významných služeb. Zatímco tedy vymezený rozsah reference významných služeb na jedné straně ještě nepostačuje k učinění závěru o kapacitní způsobilosti dodavatele pro veřejnou zakázku - ve vztahu k relevantnímu plnění, na straně druhé představuje tato reference nepřekročitelnou překážku pro dodavatele, kteří disponují technickými, personálními i organizačními zdroji v plném rozsahu.

56. V této souvislosti akcentuji, že získání relevantní zkušenosti v podobě reference významných služeb může v České republice umožnit jen zadavatel. Zadavatel tak nepřímo oslovuje své dodavatele, popřípadě subdodavatele z předchozích tří let, když současně (v rozporu se smyslem zákona) ponechává ve značné míře na dodavateli, za jakou cenu bude veřejná zakázka realizována - vzhledem k nastaveným parametrům ZD a omezenému počtu vhodných uchazečů, čímž narušuje volnou hospodářskou soutěž.
57. Námitku rozlišování pojmů „podzemní hromadná doprava“ a „metro“ pak hodnotím jako právně nevýznamnou, neboť v projednávaném případě rozlišování postrádá zásadní praktický význam. Úřad zadavatelem navržený obecnější pojem podzemní hromadné dopravy (přes několik případných formulačních nepřesností, včetně označeného bodu 178. odůvodnění napadeného rozhodnutí) užívá a současně nezpochybnil, že by bylo v zadávacím řízení přípustné prokázání zvláštních kvalifikačních předpokladů získaných zkušenostmi z oblasti jiné podzemní hromadné dopravy (jako obecnějšího pojmu), než jakou je metro. Nelze však přehlédnout, že metro představuje drtivě nejčastější případ tohoto druhu dopravy a vytýkaná záměna pojmů nemá na přezkoumatelnost, potažmo zákonnost rozhodnutí jakýkoliv vliv. V podrobnostech pak odkazují na body 187. - 188. odůvodnění napadeného rozhodnutí, v nichž se Úřad námitkou zadavatele rovněž zabýval.
58. Zadavatel dále nesouhlasil s body 202. a 203. odůvodnění napadeného rozhodnutí, v nichž Úřad mimo jiné konstatoval, že zvláštní kvalifikační požadavky působí diskriminačně, neboť s přihlédnutím k okolnostem omezují rozhodnou měrou okruh možných dodavatelů na subjekty, které zadavateli předmětnou službu v předcházejícím období poskytovali. Zadavatel k uvedenému konstatoval, že je to podle zákona zadavatel, nikoliv Úřad, kdo zadávací podmínky stanoví, a že nositelem zkušenosti je dodavatel.
59. S konstatováním zadavatele o výlučnosti oprávnění ke stanovení zadávacích podmínek nemohu než souhlasit, zákon však zadavateli nesvěřuje jen oprávnění k jejich vymezení, ale stanoví též právní povinnosti, které je zadavatel povinen při zadávání veřejné zakázky dodržet, včetně povinnosti nést nepříznivé právní následky za jejich porušení. Úloha Úřadu pak spočívá v oprávnění a povinnosti k výkonu dohledu nad dodržováním zákona a k ukládání sankcí za jeho porušování. Zadavatel v projednávaném případě zadávací podmínky v rámci své působnosti stanovil, Úřad pak v intencích svého zákonného zmocnění tyto podmínky přezkoumal, načež došel k závěru, že zadavatel relevantní ustanovení zákona porušil a rozhodl tak, jak je uvedeno ve výrocích I. a II. napadeného rozhodnutí. Pochybnosti o přesahu kompetencí Úřadu tedy neshledávám.
60. K věcnému obsahu námitky a případnosti reference významných služeb konstatuji, že zadavatel byl oprávněn v souladu s § 63 odst. 1 zákona stanovit „*jakékoliv objektivní požadavky, které umožňují objektivní posouzení kvalifikace dodavatele*“, tyto však byl ve smyslu § 63 odst. 4 zákona povinen stanovit „*s ohledem na druh, rozsah a složitost*“ zakázky a v intencích zásad „*transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace*“ dle § 6 zákona. Zadavatel (a to ani zadavatel sektorový) tedy nesmí stanovit v rámci ZD požadavek s ohledem na povahu veřejné zakázky nedůvodný a zjevně diskriminační.
61. Nelze přehlédnout, že vedle případných dodavatelů s relevantní zkušeností ze zahraničí představuje zadavatel na území České republiky výlučný subjekt, který je schopen získání zvláštních kvalifikačních požadavků umožnit. Tato do značné míry „vzácnost“ postavení

zadavatele pak představuje další významnou skutečnost, kterou je zadavatel povinen s ohledem na zásadu zákazu diskriminace při formulaci zadávacích podmínek zohlednit. Za daných okolností je třeba předcházet situacím, kdy stanovením konkrétního požadavku dojde k zásadnímu omezení hospodářské soutěže nepřiměřeným zvýhodněním konkrétních předem známých dodavatelů, aniž by současně byla okolnostmi případu dána nezbytnost takového omezení.

62. K rozšíření okruhu dodavatelů pak nepostačuje přípustnost dodavatelů se srovnatelnou zkušeností ze zahraničí, neboť tato se jeví obecně jako méně pravděpodobná, a to s ohledem na celou řadu dalších aspektů - například praktickou potřebu organizační základny v České republice, požadovanou komunikativní znalost češtiny výkonnými zaměstnanci, možná další technická a bezpečnostní rizika či specifika, když přihlédnout lze i k zavádějícímu podhodnocení předpokládané hodnoty veřejné zakázky v jejím oznámení.
63. K pojetí dodavatele jako nositele zkušenosti sděluji, že povinnost dodavatele k odbornosti, potažmo zkušenosti se vztahuje především k předmětu podnikatelské činnosti, za daných okolností k úklidovým službám, popřípadě dále upřesněným předpokládaným rozsahem, nikoliv k výkonu předmětu plnění *de facto* pro zadavatele v předcházejícím období. V posouzení diskriminačního charakteru jednání zadavatele odkazují na body 179. - 186. napadeného rozhodnutí. V této souvislosti lze rovněž citovat rozsudek NSS č. j. 1 Afs 20/2008 – 152 ze dne 5. 6. 2008, v němž bylo konstatováno, že „za skrytou formu nepřipustné diskriminace v zadávacích řízeních je třeba považovat i takový postup, pokud zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových kvalifikačních předpokladů, kdy požadovaná úroveň technické způsobilosti je zjevně nepřiměřená ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, přitom je zřejmé, že ji mohou splnit toliko někteří z dodavatelů (potenciálních uchazečů), jež by jinak byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými. Za kumulativního splnění právě uvedených dvou podmínek lze kvalifikovat zadavatelův postup jako diskriminační, odporující zásadám podávaným z § 6 zákona, neboť někteří z dodavatelů mají v takovém případě a priori znemožněnu účast v zadávacím řízení, byť by předmět veřejné zakázky mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní“.
64. K zajištění zadavatelem sledovaného účelu - ubezpečení se o schopnosti uchazeče veřejnou zakázku řádně plnit - se pak jeví jako legitimní požadavek stanovení přiměřené výše obratu za předchozí období dosaženého realizací obdobné (nikoliv nutně totožné) dodávky. Míru konkretizace pojmu obdobného předmětu plnění je pak třeba hodnotit s ohledem na vzácnost totožného předmětu plnění a jeho individuální potřeby. K tomu doplňuji, že Úřadem nebyly zpochybňovány ani rozporovány nároky zadavatele na doložení přiměřené výše obratu a zkušenosti potenciálních dodavatelů s obdobným, šířeji vymezeným plněním. Zadavatel však při formulaci zvláštních kvalifikačních požadavků dostatečně nezohlednil, že má, spolu se zahraničními provozovateli podzemní hromadné dopravy, při získávání zkušeností v rozsahu reference významných služeb výsadní postavení. Postupem zadavatele došlo prakticky k vyloučení hospodářské soutěže pro dodavatele, kteří sice splňují objektivní předpoklady řádného výkonu plnění, ale zadávacím podmínkám vyhovět nemohou.
65. Úřad navíc v napadených bodech 202. a 203. odůvodnění napadeného rozhodnutí správně poukázal, že zvláštní kvalifikační požadavky ani bez dalších požadavků na personální, technické a organizační zázemí dodavatelů řádné plnění zajistit nemohou, když právě

personální, technické a organizační předpoklady představují klíč k rozlišení způsobilých a nezpůsobilých dodavatelů. Aniž by se Úřad pokoušel nahrazovat úlohu zadavatele při formulaci zadávacích podmínek, došel k závěru, že vymezení zvláštních kvalifikačních požadavků nepředstavuje objektivní požadavek vzhledem k veřejné zakázce a současně nedůvodně redukuje okruh potenciálních dodavatelů bez zahraniční zkušenosti na ty, kteří zadavateli předmětné úklidové služby v posledních třech letech již poskytovali, a to nepřetržitě alespoň po dobu jednoho roku při zachování podmínky definovaného rozsahu a obratu (což představuje současně relativně účinný filtr pro vyloučení případných subdodavatelů).

66. K námitce zadavatele proti bodu 191. odůvodnění napadeného rozhodnutí konstatuji, že v označeném bodu Úřad ve vztahu k posouzení složitosti veřejné zakázky toliko obecně poukázal, že *„není zcela zanedbatelné, že tato specifika vztahující se k úklidu prostor v elektrických stanicích metra, v ochranném systému metra a úklidu v kolejišti v úsecích nástupišť stanic metra, se týkají pouze menší části celkových prostor pro úklid vymezených předmětem veřejné zakázky, konkrétně se jedná o 13,33% z celkové uklízené plochy, přičemž četnost úklidu je nižší“*, aniž by na základě této skutečnosti přímo formuloval konkrétní závěry či tvrzení. Není tedy správné tvrzení zadavatele, že Úřad považuje jmenované prostory za zanedbatelné. Úřad naopak v bodě 193. odůvodnění napadeného rozhodnutí doplňuje, že bude posuzovat vliv těchto prostor na zajištění schopnosti plnit veřejnou zakázku, že požadavek zadavatele na zajištění výkonu plnění odborně způsobilými osobami je ve vztahu k prevenci újmy legitimní, přičemž přímá relace ke způsobu nastavení zvláštních kvalifikačních požadavků bude dále předmětem hodnocení. Uvedenou námitku zadavatele tedy shledávám zavádějící a nedůvodnou.
67. V rámci další rozkladové námítky zadavatel opakovaně poukazuje, že smyslem požadavku na prokázání technických kvalifikačních předpokladů je nalezení dodavatele, který má se stejným nebo obdobným plněním zkušenosti, aby měl zadavatel jistotu, že zakázka bude realizována odborným subjektem, neboť jinak by právní institut seznamu významných služeb dle zákona ztrácel smysl. Zadavatel má dále za to, že pokud by vymezil referenci významných služeb šířeji, jen na poskytování úklidových služeb bez dalších specifik, mělo by to za následek ohrožení realizace plnění veřejné zakázky, neboť by kvalifikační požadavky splnil i dodavatel personálně, materiálně či jinak nezpůsobilý.
68. K uvedené námitce ve shodě s argumentací výše opakovaně poukazuji, že zvláštní kvalifikační požadavky nepředstavují dostatečný nástroj k zajištění plnění zakázky odborným subjektem, přičemž podotýkám, že tato námitka byla v dostatečném rozsahu vypořádána již v rámci napadeného rozhodnutí, na jehož závěry (v bodech 179. - 185. a 254. - 265.) tímto odkazuji. Dále konstatuji, že formulace zvláštních kvalifikačních požadavků záleží do jisté míry na uvážení zadavatele, ten je však povinen z titulu působnosti zákona a dikce zákazu diskriminace postupovat tak, aby jím nastavená úroveň požadavků představovala účinný filtr pouze pro skutečně nezpůsobilé dodavatele a nevylučovala z účasti v zadávacím řízení zájemce, kteří by jinak byli schopni veřejnou zakázku objektivně plnit, tedy aby nedocházelo k nedůvodnému zvýhodňování či znevýhodňování potenciálních dodavatelů.
69. Obavě zadavatele, že by širší vymezení reference významných služeb, potažmo zvláštních kvalifikačních předpokladů vedlo k realizaci zakázky nezkušenými a nezpůsobilými dodavateli, nemohu přisvědčit, neboť zadavatel měl a využil možnost nastavení dalších

organizačních, personálních, technických a ekonomických předpokladů. Námitku zadavatele mám za nedůvodnou, neboť jak bylo napadeným rozhodnutím zevrubně odůvodněno, úzké vymezení zvláštních kvalifikačních požadavků bylo v projednávaném případě ve svém důsledku diskriminační.

70. K zadavatelem uváděným příkladům ad absurdum sděluji, že i tyto by musely být posuzovány v závislosti na individuálních okolnostech případu. K námitce zadavatele, že ve svých dřívějších vyjádřeních poukázal, že existuje v České republice i Evropě celá řada dodavatelů, způsobilých zvláštní kvalifikační požadavky splnit, konstatuji, že tato neobstojí, neboť vyloučil-li tímto postupem současně jiné potenciální dodavatele způsobilé veřejnou zakázku řádně plnit, dopustil se nepřipustného omezení hospodářské soutěže a porušení zákazu diskriminace dle § 6 zákona.
71. Považuje-li zadavatel nastavené zadávací podmínky za objektivní a v souladu se zákonem, pak sděluji, že tyto by měly být za předpokladu srovnatelného tržního prostředí a právní úpravy při dalším zadávání veřejné zakázky s totožným předmětem plnění opakovatelné. Pokud by tedy byla stávající smlouva s vybraným uchazečem na dobu neurčitou z jakéhokoliv důvodu po třech letech ukončena, o plnění veřejné zakázky v nově zahájeném zadávacím řízení by se mohli kvalifikovaně ucházet jen dodavatelé se zahraniční zkušeností (jako méně pravděpodobná varianta) nebo vybraný uchazeč. Vybranému uchazeči by tak vznikla naprosto nepřiměřená a nedůvodná výhoda, neboť může regulovat rozsah plnění prováděný subdodavatelem (vzhledem k nastaveným limitům) a měl by i značný vyjednávací potenciál jako případný subdodavatel v novém zadávacím řízení. Argumentem ad absurdum doplňuji, že došlo-li by v České republice například ke zbudování nadzemní dráhy, v intencích argumentace zadavatele by s ohledem na její jistá specifika nebylo možné v jejích prostorech realizovat úklidové služby bez účasti (v pozici dodavatele či subdodavatele) zahraničního „zkušeného“ dodavatele, neboť i tento druh dopravy a zařízení vykazuje nepochybně zvláštní potřeby.
72. K námitce zadavatele, že Úřad v napadeném rozhodnutí (bod 234.) nesprávně uvádí průměrný obrát uchazeče za poslední tři roky alespoň 200 000 000 Kč, sděluji, že není důvodná, neboť označený celkový obrát zadavatel (v bodě 6.1.3 ZD) skutečně jako předpoklad stanoví. K tomu doplňuji, že v označeném bodě Úřad pracuje s celkovým obrátem uchazeče naprosto relevantně, neboť hodnotí celkovou logistickou náročnost veřejné zakázky, a v rámci celého napadeného rozhodnutí Úřad celkový obrát minimálně 200 000 000 Kč a relevantní obrát alespoň 20 000 000 Kč důsledně rozlišuje. Námitku zadavatele, že relevantní obrát ve výši alespoň 20 000 000 Kč stanovil přiměřeně, nediskriminačně a opodstatněně, neboť představuje 25 % předpokládané roční hodnoty veřejné zakázky, jsem nucen shledat rovněž nedůvodnou, neboť zmíněný požadavek relevantního obrátu byl shledán diskriminačním především z obsahového hlediska, když označeného obrátu byli případní uchazeči nuceni dosáhnout plněním ve vztahu k veřejné zakázce (úklid stanic podzemní hromadné dopravy) a již samotná reference významných služeb byla shledána nepřiměřenou a diskriminační. V podrobnostech pak odkazuji na body 264. - 265. odůvodnění napadeného rozhodnutí.
73. Zadavatel dále odkázal na svá předchozí vyjádření ve věci a v rámci závěrečné námítky proti výroku I. napadeného rozhodnutí dodal, že realizace plnění musí být brána jako celek a nesmí být účelově rozdělována na jednotlivá místa, jak to účelově učinil Úřad. K poslední

jmenované námitce sděluji, že Úřad posuzoval dílčí místa plnění jak jednotlivě, tak ve svém souhrnu. Posouzení dílčích aspektů plnění umožnilo řádné objasnění skutkového stavu a představuje efektivní nástroj k přehlednému a přezkoumatelnému vyhodnocení individuálních rizik a specifických nároků, k jejichž zajištění musí být potenciální dodavatel ve svém souhrnu kvalifikován.

74. K rozkladovým námitkám zadavatele a jeho opakovaným zmínkám o neporozumění Úřadu dané problematice shrnuji, že Úřad nezpochybňuje zvláštnosti předmětu plnění veřejné zakázky. Zatímco však zadavatel v této „specifičnosti“ spatřuje (bez velké nadsázky a praktického logického zdůvodnění) neidentifikovatelné, nevyzpytatelné, pro odborný subjekt bez reference významných služeb a relevantního obratu nezvládnutelné a bezesporu zcela specifické „temno“ a z tohoto důvodu přímou cestu ke stanovení zvláštních kvalifikačních požadavků, Úřad se specifickými nároky předmětu plnění veřejné zakázky co do podstaty podrobně zabýval, identifikoval konkrétní předpoklady řádného plnění, načež došel k závěru, že zvláštní kvalifikační požadavky nejsou důvodné a jako takové byly stanoveny v rozporu se zásadou zákazu diskriminace dle § 6 zákona. Za této situace nemohu než přisvědčit argumentaci Úřadu v napadeném rozhodnutí, když jsem nucen konstatovat, že zásadní a napříč námitkami opakovaný rozpor mezi stanoviskem Úřadu a právním názorem zadavatele spočívá patrně v nedostatečné intenzitě porozumění úloze zásady zákazu diskriminace v zadávacím řízení a smyslu zákona a zadávacího řízení obecně na straně zadavatele.
75. Vzhledem k tomu, že zadavatel odkázal v rámci rozkladu na svá předchozí vyjádření v této věci, přezkoumal jsem rovněž, zda se Úřad v dostatečném rozsahu vypořádal též s předchozími námitkami zadavatele. Zadavatel sdělil Úřadu svá stanoviska zejména v rámci podaných rozkladů proti prvostupňovým rozhodnutím a jejich doplněním, v rámci soudního řízení vedeného u KS pod sp. zn. 62 Af 44/2012 a u NSS pod sp. zn. 9 Afs 74/2013, a dále ve vyjádření ze dne 24. 9. 2008, 12. 11. 2010, 21. 12. 2015 (výslovně zohledněno v bodech 65. - 74. odůvodnění napadeného rozhodnutí), 12. 1. 2016 (výslovně zohledněno v bodech 86. - 108.), 16. 2. 2016 (výslovně zohledněno v bodech 109. - 121.) a 28. 4. 2016 (výslovně zohledněno v bodech 130. - 143.). Zadavatel těmito stanovisky ve vztahu k předmětné věci zejména opakovaně namítal specifičnost předmětu veřejné zakázky, k níž uváděl více či méně konkrétní příklady, otevřenost potenciálním dodavatelům z celého světa a trval na zákonnosti svého postupu. Na základě posouzení relevantních podkladů konstatuji, že i zde obsažené námitky byly v dostatečném rozsahu vypořádány.
76. Úřad vyhodnotil a v napadeném rozhodnutí odůvodnil jak technická - v dílčích aspektech přítomnost elektrických zařízení v metru včetně elektrického vedení vysokého napětí a úklidu v elektrických stanicích metra (body 194. - 203.), přítomnost dalších technologických zařízení (body 112., 241.), ochranného systému metra pro ochranu obyvatelstva, nácviku bezpečnostních akcí, integrovaného záchranného systému, protichemického varovného systému (body 204. - 214.), nezbytnost vstupu do kolejíště (215. - 221.) a realizaci prací v podzemí (body 222. - 229.), zakládající důvodnost zdravotní a technické způsobilosti výkonných zaměstnanců (nikoliv již zvláštních kvalifikačních požadavků), tak kapacitní specifika předmětu plnění - realizace prací v noční výluce (body 232. - 234.), územní roztržitost úklidových míst na území Prahy a související vysoké nároky na organizační, logistické schopnosti a obecné pracovní zkušenosti zaměstnanců dodavatele a jeho

technické vybavení (body 235. - 240.), která však již byla dostatečným způsobem zajištěna jinými zadávacími podmínkami, na které Úřad poukázal.

77. Ve shodě s názorem Úřadu konstatuji, že kapacitní specifika vypovídají pro oprávněnost úzkého vymezení zvláštních kvalifikačních požadavků ještě méně než specifika technická, neboť organizační, kapacitní a logistické schopnosti a předpoklady mají univerzálnější povahu (přinejmenším v úklidovém sektoru) a osvědčení zvláštních kvalifikačních požadavků řádnou způsobilost dodavatele nezaručuje. Souhlasím tak se závěrem Úřadu, že označená technická ani kapacitní specifika oprávněnost zvláštních kvalifikačních požadavků neodůvodňují.
78. Mám za to, že se Úřad dostatečně vypořádal (zejména v bodech 260. – 264., k tomu dále body 88. - 90., 118. - 121. odůvodnění napadeného rozhodnutí) rovněž s opakovaným tvrzením zadavatele (obsaženým například ve vyjádření ze dne 12. 1. 2016), že nastavené zvláštní kvalifikační požadavky mohlo splnit mnoho dodavatelů z celého světa, když zkušenost s poskytováním stejných či obdobných úklidových služeb byla pro zadavatele zcela zásadní, a to zejména z pohledu zajištění bezpečnosti cestujících. Jádrem zkušenosti vidí zadavatel ve zkušenosti v oblasti realizace úklidu ve specifických prostorech a s dodržováním souvisejících právních předpisů (dle svého vyjádření ze dne 12. 11. 2010). V tomto smyslu konstatuji, že za daných okolností bylo v rámci správního řízení prokázáno, že veřejná zakázka nevykazuje takovou specifičnost, aby vylučovala řádné plnění bez prokázání reference významných služeb.
79. Dále poukazuji na vyjádření zadavatele ze dne 12. 1. 2016, ve kterém na straně 6 uvádí, že *„nastavil zadávací podmínky komplexně tak, aby se zadávacího řízení mohli účastnit odborné subjekty poskytující stejné či obdobné plnění jak na území České republiky, tak i na území Evropské unie, popř. jiného státu“*, čímž má za *„naprosto irelevantní“* dotaz Úřadu, kolik dodavatelů poskytovalo předmětné služby v rozhodném období přímo zadavateli, když taková informace *„nemá žádnou vypovídající hodnotu a právní relevanci, neboť zadavatel je pouze jedním z objednatelů na relevantním trhu předmětných služeb“*. Z vyjádření zadavatele plyne zřejmý rozpor, neboť nastavil-li zadavatel podmínky tak, aby byly splnitelné též pro dodavatele z České republiky, nemůže považovat za právně irelevantní skutečnost, zda takoví existují a kolik z nich bude způsobilých nastavené podmínky splnit.
80. K tomu podotýkám, že identifikace dodavatelů, kteří zadavateli služby ve vztahu k předmětu veřejné zakázky v posledních třech letech poskytovali, ve svém důsledku znamená identifikaci subjektů, které budou buď samostatně, nebo (vzhledem k nastaveným limitům dle zvláštních kvalifikačních požadavků) ve spojení s jinými, vystupovat v zadávacím řízení jako nejpravděpodobnější zájemci o veřejnou zakázku. Nelze přehlédnout, že tato situace umožňuje stav, v němž budou nastavené limity zvláštních kvalifikačních požadavků generovat pouze jediného vhodného uchazeče (sestávajícího z jednoho či více subjektů), který bude moci následně relativně svobodně rozhodnout o výsledné ceně plnění.
81. Úřad v tomto nezpochybňuje, že soutěž zůstala formálně otevřená subjektům s relevantní zkušeností ze zahraničí. Pokud by tedy o zakázku projevil zájem dodavatel se zkušeností ze zahraničí, jeví se jako velmi nepravděpodobné, že by již disponoval širokou základnou česky hovořících zaměstnanců, proškolenou z relevantních norem a právních předpisů apod.

Za daných okolností by ji musel buď nově konstruovat, nebo převzít od jiného dodavatele, který již tyto služby zadavateli poskytoval. Námitku širokého okruhu možných dodavatelů tedy shledávám formální, účelovou a nedůvodnou.

82. K zákonnosti napadeného rozhodnutí a postupu Úřadu v řízení, které mu předcházelo, konstatuji, že jsem v tomto kontextu především přezkoumal, zda Úřad před vydáním rozhodnutí dostatečně zjistil skutkový stav, zda Úřad na zjištěný skutkový stav správně aplikoval zákon a další právní předpisy a zda v rámci řízení nedošlo k takové procesní chybě, která by mohla mít za následek nezákonnost napadeného rozhodnutí. Na základě zhodnocení výše uvedeného shrnuji, že jsem došel k závěru, že Úřad v napadeném rozhodnutí zjistil skutkový stav bez důvodných pochybností, když identifikoval jednotlivé části veřejné zakázky, jejich specifické nároky a z nich vyplývající potřebné předpoklady dodavatelů, a na zjištěný skutkový stav aplikoval relevantní ustanovení zákona. Úřad současně všechny podklady pro vydání napadeného rozhodnutí řádně označil a uvedl závěry, které z těchto podkladů zjistil a na jejichž základě vyhodnotil, že byla naplněna skutková podstata předmětného správního deliktu. Úřad rovněž uvedl všechny právní normy, které v dané věci aplikoval, řádně odůvodnil jejich použití a výsledné napadené rozhodnutí mám za srozumitelné, vnitřně bezrozporné a přezkoumatelné. Uzavírám, že jsem v dotčeném případě nezjistil procesní vadu, která by mohla mít za následek nezákonnost rozhodnutí.

K námitkám proti výroku II. napadeného rozhodnutí

83. Zadavatel vyjadřuje dále svůj nesouhlas s výrokem II. napadeného rozhodnutí o uložení pokuty, neboť se domnívá, že jeho postup byl zákonný a nadto považuje výši pokuty za nedostatečně odůvodněnou a z toho důvodu za rozpornou se zásadou legitimního očekávání, neboť není zřejmé, na základě jakých výpočtů došel ke konkrétní výši uložené pokuty. K námitce zákonnosti jednání zadavatele sděluji, že tato otázka byla předmětem podrobného zkoumání a odůvodnění ve vztahu k výroku I. napadeného rozhodnutí, když jsem nenaznal pochybnosti o naplnění všech předpokladů odpovědnosti za správní delikt, včetně kumulativního naplnění znaků správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
84. Odůvodnění uložené výše pokuty Úřad věcně rozvádí v bodech 272. - 288. odůvodnění napadeného rozhodnutí, v jejichž rámci se vypořádal se všemi relevantními okolnostmi, k nimž je při stanovení konkrétní výše pokuty povinen přihlížet. V tomto kontextu Úřad zdůraznil, vedle závažnosti správního deliktu, zejména intenzitu zásahu do zákonem chráněného zájmu, když poukázal, že jednání zadavatele vedlo k zásadnímu omezení hospodářské soutěže v zadávacím řízení, jejíž ochrana je jedním z primárních cílů zákona, neboť způsob nastavení zadávacích podmínek vedl k vyloučení účasti, potažmo skryté diskriminaci potenciálních dodavatelů, kteří by jinak byli schopni veřejnou zakázku plnit. K uvedenému závěru Úřad doplnil, že situace, kdy zadavatel omezí, popřípadě vyloučí soutěžní prostředí mezi dodavateli, patří typově k nejzávažnějším porušením zákona. V návaznosti na zohlednění aspektů závažnosti správního deliktu v intencích § 121 odst. 2 zákona Úřad tyto okolnosti ve svém souhrnu vyhodnotil a stupeň společenské škodlivosti správního deliktu shledal vysoce závažným. Jako polehčující okolnost s vlivem na snížení pokuty Úřad označil a zohlednil délku předmětného správního řízení.

85. Úřad posoudil výši pokuty též optikou její represivní a preventivní funkce, jichž má být jejím uložením dosaženo. Z tohoto titulu musí být pokuta stanovena přiměřeně spáchanému deliktu tak, aby představovala pro pachatele dostatečně citelný postih a účinně odrazovala od pokračování v porušování zákona, aniž by tím současně byla dotčena ekonomická podstata zadavatele do té míry, že bude mít pro něj likvidační nebo srovnatelné následky.
86. Úřad rovněž správně poukázal na význam délky správního řízení při úvahách o uložení sankce vyjádřený například v rozsudku KS č. j. 62 Af 123/2013 – 85 ze dne 9. 4. 2015 tak, že *„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.“*
87. Všechny relevantní okolnosti pak Úřad zhodnotil jednotlivě i ve svém souhrnu tak, aby výsledná výše uložené pokuty vyhověla jak chráněnému veřejnému zájmu, tak účelu správního trestání. Přestože tedy není možné stanovit přesný vzorec výpočtu, který by si mohl zadavatel jednoduše „přepočítat“, mám za to, že se Úřad s odůvodněním uložené pokuty vypořádal dostatečně. Pro vyloučení likvidačního účinku pokuty jsem se znovu zabýval ekonomickou situací zadavatele, k čemuž poukazuji, že podle účetní závěrky zadavatele za rok 2015 (dostupné na www.dpp.cz) činil výsledek hospodaření za sledované účetní období částku cca 1 255 407 000 Kč. Z uvedeného je zřejmé, že pokuta v uložené výši 700 000 Kč není způsobila nepřiměřeně zasáhnout ekonomickou podstatu zadavatele.
88. K výši uložené pokuty konstatuji, že vzhledem k významu zákonem chráněného veřejného zájmu a intenzitě jeho porušení, kdy prakticky došlo k neopodstatněné minimalizaci soutěže o veřejnou zakázku v nadlimitní hodnotě, mám za to, že jsou dány důvody pro uložení pokuty signifikantně vyšší, vzhledem k délce správního řízení, kterou je třeba při ukládání sankce zohlednit, však hodnotím výši pokuty jako způsobitou přiměřeně naplnit funkce správního trestání.

Posouzení z hlediska pozdější právní úpravy

89. Dne 1. 10. 2016 nabyl účinnosti zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“).

90. Podle čl. 40 odst. 6 ústavního zákona č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod (dále jen „**Listina**“) se trestnost činu posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán. Pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější. Shodný princip je vyjádřen i v § 2 odst. 1 zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**trestní zákoník**“). Toto pravidlo zakládá výjimku z jinak obecného zákazu retroaktivity trestních norem, která se uplatní v případě, kdy je pozdější právní úprava pro pachatele příznivější. Tato výjimka se dle konstantní judikatury NSS aplikuje rovněž v oblasti správního trestání.
91. V souvislosti s citovaným článkem Listiny uvádím, že konstantní soudní judikatura (např. rozsudek NSS č. j. 6 A 126/2002-27 ze dne 27. 10. 2004) dospěla k závěru, že *„[t]restání za správní delikty musí podléhat stejnému režimu jako trestání za trestné činy a v tomto smyslu je třeba vykládat všechny záruky, které se podle vnitrostátního práva poskytují obviněnému z trestného činu. Je totiž zřejmé, že rozhraničení mezi trestnými (a tedy soudem postižitelnými) delikty a delikty, které stíhají a trestají orgány exekutivy, je výrazem vůle suverénního zákonodárce; není odůvodněno přirozenoprávními principy, ale daleko spíše je výrazem trestní politiky státu (...). Pro české právo to pak znamená, že i ústavní záruka článku 40 odst. 6 Listiny o tom, že je nutno použít pozdějšího práva, je-li to pro pachatele výhodnější, platí jak v řízení soudním, tak v řízení správním (...). Přijetí tohoto principu pak znamená, že nelze trestat podle starého práva v době účinnosti práva nového, jestliže nová právní úprava konkrétní skutkovou podstatu nepřevzala; analogicky to platí i tehdy, jestliže nová právní úprava stanoví mírnější sankce za stejné jednání“*. K totožnému závěru dospěl NSS též v rozsudku č. j. 8 Afs 17/2007-135 ze dne 31. 5. 2007 a dalších.
92. K posouzení příznivější právní úpravy ve vztahu ke konkrétním okolnostem případu konstatuji, že i ve smyslu ZZVZ by zadání veřejné zakázky podléhalo působnosti ZZVZ a na zadavatele by se jako na veřejného zadavatele ve smyslu § 4 odst. 1 písm. e) ZZVZ vztahovala z titulu výkonu relevantní činnosti dle § 153 odst. 1 písm. f) ZZVZ speciální ustanovení dle § 158 až 173 ZZVZ, platná pro zadávání sektorových veřejných zakázek, když na nyní projednávanou věc nelze aplikovat žádnou ze zde jmenovaných výjimek z povinnosti zadat veřejnou zakázku v zadávacím řízení dle ZZVZ.
93. Deliktní odpovědnost zadavatele konstatovaná napadeným rozhodnutím se opírá o závěr Úřadu, že v daném případě zadavatel nepostupoval při vymezení zvláštních kvalifikačních požadavků v souladu s § 63 odst. 4 a § 6 zákona, když stanovil tyto požadavky na uchazeče o veřejnou zakázku bez dostatečného zohlednění druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění a diskriminačním způsobem. Dle ustanovení § 73 odst. 6 ZZVZ platí, že požaduje-li zadavatel prokázání ekonomické nebo technické kvalifikace, musí v zadávací dokumentaci stanovit odpovídající kritéria a minimální úroveň jejich splnění *„přiměřeně vzhledem ke složitosti a rozsahu předmětu veřejné zakázky“*.
94. Z uvedeného vyplývá, že i podle pozdější právní úpravy by se jednalo o správní delikt dle § 268 odst. 1 písm. b) ZZVZ, kterým zadavatel nedodržel zásadu zákazu diskriminace v § 6 odst. 2 ZZVZ a zároveň porušil § 73 odst. 6 ZZVZ, když v ZD stanovil zvláštní kvalifikační požadavky ve smyslu § 78 a 79 ZZVZ nepřiměřeným a diskriminačním způsobem, přičemž tímto postupem mohl ovlivnit výběr dodavatele.

95. Co se výroku II. napadeného rozhodnutí, jakožto výroku o trestu týká, uvádím, že ZZVZ v § 268 odst. 2 stanoví výši pokuty za správní delikt podle § 268 odst. 1 písm. b) ZZVZ ve stejné výši jako § 120 odst. 2 zákona. Pozdější právní úprava tak ani ve vztahu k výroku II. napadeného rozhodnutí není pro zadavatele příznivější.
96. Ve světle výše uvedeného konstatuji, že v šetřeném případě nelze aplikovat výjimku ze zákazu retroaktivity, neboť právní úprava dle ZZVZ není pro zadavatele právní úpravou příznivější, tudíž je třeba správní delikt posuzovat podle právní úpravy účinné v době jeho spáchání, tedy dle zákona. Šetřený správní delikt zadavatele naplňuje obdobné znaky skutkové podstaty, přičemž i výše sazby pokuty a kritéria závažnosti jsou totožná, jak dle § 268 a 270 ZZVZ, tak i podle zákona.

VI. Závěr

97. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného usnesení z důvodů uváděných v rozkladu.
98. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody pro zrušení či změnu napadeného usnesení, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

Advokátní kancelář Brož, Sedlatý s.r.o., Vinohradská 2828/151, 130 00 Praha 3

Vypraveno dne:

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