UOHSX005CI34

**PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE**

# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R374/2012/VZ-24778/2013/310/PMo Brno 18. prosince 2013

Ve správním řízení o rozkladu, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 17. 12. 2012 zadavatelem –

- Statutárním městem **Plzeň**, IČ 00075370, se sídlem náměstí Republiky 1/1, 306 32 Plzeň, ve správním řízení zastoupeným na základě plné moci ze dne 14. 12. 2012 Mgr. Tomášem Krutákem, advokátem AK se sídlem Loretánské náměstí 3, 118 00 Praha 1,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 30. 11. 2012, č. j. ÚOHS-S117/2012/VZ-22719/2012/521/SWa, o přezkoumání úkonů zadavatele,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání veřejné zakázky s názvem **„Stadion Štruncovy sady - tribuny + atletika, Rekonstrukce stadionu ve Štruncových sadech“**, v užším řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 25. 1. 2011 pod evidenčním číslem 60055505 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 28. 1. 2011 pod evidenčním číslem 2011/S 19- 030192,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) 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 ze dne 30. 11. 2012, č. j. ÚOHS-S117/2012/VZ-22719/2012/521/SWa,

**p o t v r z u j i**

a podaný rozklad

**z a m í t á m.**

# ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – Statutární město Plzeň, IČ 00075370, se sídlem náměstí Republiky 1/1, 306 32 Plzeň (dále jen **„zadavatel"**), uveřejnil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen **„zákon"**)[1], v informačním systému o veřejných zakázkách dne 25. 1. 2011 pod evidenčním číslem 60055505 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 28. 1. 2011 pod evidenčním číslem 2011/S 19-030192 oznámení užšího řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Stadion Štruncovy sady - tribuny + atletika, Rekonstrukce stadionu ve Štruncových sadech" (dále jen **„veřejná zakázka"**).

2. Zadavatel ve stanovené lhůtě obdržel celkem sedm žádostí o účast v užším řízení s tím, že po posouzení splnění kvalifikačních předpokladů rozhodl dne 25. 2. 2011 o vyloučení zájemce o účast v užším řízení – společností IMOS holding, a.s., IČ 25866681, se sídlem Olomoucká 174, 627 00 Brno, IMOS Brno, a.s., IČ 25322257, se sídlem Olomoucká 174, 627 00 Brno, které podaly na základě smlouvy o sdružení ze dne 17. 2. 2011 společnou žádost o účast (dále jen **„navrhovatel"**) z účasti v zadávacím řízení, neboť neprokázal splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů. Proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení (dále jen **„rozhodnutí o vyloučení ze ZŘ"**) podal navrhovatel námitky, kterým zadavatel nevyhověl, a jelikož navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 24. 3. 2011 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen **„návrh"**) k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen **„Úřad"**).

3. Úřad obdržel návrh dne 25. 3. 2011 a tímto dnem bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele sp. zn. ÚOHS-S114/2011/VZ. Usnesením č. j. ÚOHS-S114/2011/VZ-11213/2011/530/SWa ze dne 16. 9. 2011 Úřad správní řízení sp. zn. S114/2011/VZ zastavil, neboť navrhovatel vzal svůj návrh zpět. Dne 29. 3. 2011 obdržel Úřad podnět k přezkoumání postupu zadavatele při zadávání dané veřejné zakázky (evidovaný pod sp. zn. P275/2011/VZ). Na základě tohoto podnětu a v rámci správního řízení sp. zn. ÚOHS-S114/2011/VZ zahájeného na návrh Úřad přezkoumal dokumentaci pořízenou v souvislosti

[1] *Pozn.: 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.*

s předmětným zadávacím řízením, a protože po jejím posouzení získal pochybnosti o tom, zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky postupoval v souladu se zákonem, zahájil správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem.

4. Dne 5. 5. 2011 zadavatel rozhodl, že nejvhodnější nabídku předložil uchazeč – společnosti Metrostav a.s., IČ 00014915, se sídlem Koželužská 2246, 180 00 Praha 8, H.A.N.S. stavby, a.s., IČ 27124355, se sídlem Holušická 2253, 148 00 Praha, STRABAG a.s., IČ 60838744, se sídlem Na Bělidle 198/21, 150 00 Praha 5, které podaly na základě smlouvy o sdružení ze dne 18. 2. 2011 společnou žádost o účast a společnou nabídku (dále jen „vybraný uchazeč"). Dne 6. 5. 2011 zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na plnění veřejné zakázky (dále jen „smlouva").

5. Zahájení správního řízení oznámil Úřad dopisem č. j. ÚOHS-S117/2012/VZ-3684/2012/550/SWa ze dne 19. 6. 2012. Úřad dále zadavateli usnesením č. j. ÚOHS-S117/2012/VZ-3685/2012/550/SWa ze dne 19. 6. 2012 stanovil lhůtu, v níž mohl navrhovat důkazy, či činit jiné návrhy a vyjádřit své stanovisko v řízení, a lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

## II. Napadené rozhodnutí

6. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 30. listopadu 2012 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S117/2012/VZ-22719/2012/521/SWa (dále jen **„napadené rozhodnutí"**), kterým ve výroku I. konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup dle § 51 odst. 4 a odst. 5 zákona v návaznosti na § 6 zákona, když v důsledku stanovení požadavku na předložení jedné účetní závěrky, z níž musí současně vyplývat hodnota indexu důvěryhodnosti (2,0) a zároveň musí být splněny zadavatelem stanovené minimální hodnoty poměrových ukazatelů, omezil možnost dodavatelů prokázat uvedený požadavek zadavatele společně se subdodavateli nebo společně v rámci společné žádosti o účast, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dne 6. 5. 2011 uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem. Ve výroku II. Úřad uložil zadavateli za spáchání tohoto správního deliktu podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 500 000 Kč.

### Vyjádření zadavatele

7. Zadavatel ve vyjádření ze dne 18. 4. 2012 uvedl, že zvolený způsob nastavení kvalifikace neporušuje zákon a je přitom jediným smysluplným postupem, jak k prokazování daných kvalifikačních předpokladů přistupovat. Smyslem tohoto složeného kvalifikačního předpokladu (index IN01, běžná likvidita, celková zadluženost, obrat ve stavební výrobě) bylo omezení rizika budoucí finanční nestability vybraného uchazeče a výběr takových dodavatelů, u nichž existuje reálná pravděpodobnost, že budou schopni řádně dokončit dílo a nést závazky z titulu poskytnutých záruk a zároveň budou schopni uspokojit případné finanční pohledávky zadavatele vůči zhotoviteli. Následně se vyjádřil k jednotlivým dílčím ukazatelům (tedy k bankrotně-bonitnímu indexu IN01, k likviditě či k zadluženosti).

**Další relevantní skutečnosti**

8. V rámci odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad dále uvedl následující skutečnosti. Třebaže zadavatel v oznámení o zakázce uvedl, že bude požadovat prokázání ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů dle § 55 odst. 1 písm. a), b) a c) zákona (předložení pojistné smlouvy, rozvahy a údajů o obratu dodavatele), v oznámení o zakázce i v kvalifikační dokumentaci stanovil požadavek na předložení pojistné smlouvy, účetní závěrky a údajů o obratu dodavatele. Požadavek na předložení účetní závěrky není požadavkem dle § 55 odst. 1 písm. b) zákona, dle něhož může zadavatel požadovat poslední zpracovanou rozvahu nebo určitou část rozvahy, neboť rozvaha je pouze jedním z výkazů, ze kterých sestává účetní závěrka. V případě účetní závěrky se jedná o kvalifikační předpoklad dle § 55 odst. 2 zákona, podle kterého je veřejný zadavatel oprávněn požadovat vedle dokladů podle § 55 odst. 1 zákona rovněž jiné doklady prokazující splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů dodavatele.

9. Dle Úřadu zadavatel v oznámení o zakázce požadoval předložení jedné účetní závěrky, z níž měla vyplývat hodnota indexu důvěryhodnosti 2,0 a současně měly být splněny minimální hodnoty poměrových ukazatelů uvedené v kvalifikační dokumentaci. V kvalifikační dokumentaci zadavatel tyto požadavky upřesnil tak, že pod bodem 6.2 *„Účetní závěrka"* uvedl vzorec výpočtu indexu důvěryhodnosti a dále tabulku s poměrovými ukazateli, způsobem jejich výpočtu a požadovanými hodnotami, kam vedle ukazatelů běžné likvidity a celkové zadluženosti zařadil i položku *„Obrat ve stavební výrobě"* a jeho požadovanou hodnotu 600 mil. Kč. Úřad následně dovodil závěr, že *„zákaz diskriminace na základě právní formy"* se uplatňuje nejen vůči sdružením dodavatelů podávajícím společnou nabídku (žádost o účast), ale vůči všem formám spolupráce dodavatelů, tedy rovněž v případech subdodavatelského modelu, kdy dodavatel využívá subdodavatelů k prokázání určitých částí kvalifikace namísto vytvoření sdružení za účelem podání společné nabídky (žádosti o účast) – podmínkou je prokázání dispozice s předmětnými prostředky.

10. Úřad dále poukázal na to, že česká právní úprava (resp. § 51 odst. 4 zákona) výslovně umožňuje dodavatelům (pokud nejsou schopni prokázat splnění určité části kvalifikace požadované zadavatelem dle § 50 odst. 1 písm. b) až d) zákona v plném rozsahu), prokazovat splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prostřednictvím subdodavatele (s výjimkou základních kvalifikačních předpokladů a profesního kvalifikačního předpokladu dle § 54 písm. a) zákona). Zákon ve vztahu k těmto seskupením vyžaduje jako formu potvrzení prokázání dispozice s prostředky, aby byla předložena smlouva obsahující závazek subjektů (subdodavatele) poskytujících své kapacity, a to alespoň v rozsahu, v jakém prokazuje kvalifikaci za dodavatele podávajícího nabídku (žádost). V případě nabídky podané společně několika dodavateli jsou tito dle § 51 odst. 5 zákona oprávněni prokázat kvalifikaci všichni společně (opět s výjimkou základních kvalifikačních předpokladů a profesního kvalifikačního předpokladu podle § 54 písm. a) zákona). Pokud má být předmět veřejné zakázky plněn společně několika dodavateli, jsou veřejnému zadavateli povinni předložit současně s doklady prokazujícími splnění kvalifikačních předpokladů smlouvu, ve které je obsažen závazek, že všichni tito dodavatelé budou vůči veřejnému zadavateli a třetím osobám z jakýchkoliv právních vztahů vzniklých v souvislosti s veřejnou zakázkou zavázáni

společně a nerozdílně, a to po celou dobu plnění veřejné zakázky i po dobu trvání jiných závazků vyplývajících z veřejné zakázky.

11. Úřad uvedl, že obrat dosažený s ohledem na předmět veřejné zakázky není poměrovým ukazatelem, nýbrž absolutní hodnotou – jedná se o samostatný ekonomický a finanční kvalifikační předpoklad dle § 55 odst. 1 písm. c) zákona, odlišný od požadovaného kvalifikačního předpokladu *„Účetní závěrka"*. Zadavatel nejenže neumožnil společné prokázání kvalifikačního předpokladu stanoveného dle § 55 odst. 2 zákona, ale provázal ho navíc s požadavkem na prokázání specializovaného obratu dle § 55 odst. 1 písm. c) zákona. Zadavatel přitom požadavek na prokázání obratu ve stavební výrobě zařadil jako samostatný kvalifikační předpoklad pod bod 6.3 kvalifikační dokumentace *„Výkaz celkového obratu uchazeče"*, kde k prokázání údajů o celkovém obratu dodavatele požadoval předložení čestného prohlášení a ve vztahu k obratu v oblasti pozemního stavitelství rovněž doložení seznamu stavebních akcí, které jsou v příslušném obratu zahrnuty. Jelikož zákon dodavatelům umožňuje prokazovat splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu subdodavatelem a v případě společné nabídky podané několika dodavateli musí kvalifikaci prokázat všichni dodavatelé společně, Úřad uzavřel, že zadavatel stanovil požadavek na prokázání požadovaných ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů pomocí jedné účetní závěrky v rozporu se zákonem (a se zásadou zákazu diskriminace).

12. K otázce uložení pokuty Úřad poukázal na to, že cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu, a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí 308 397 295 Kč včetně DPH. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí částku ve výši 15 419 865 Kč. Při posouzení závažnosti správního deliktu vzal Úřad v úvahu, že zadavatel svým postupem porušil jednu ze základních zásad zadávacího řízení, zásadu zákazu diskriminace. V důsledku tohoto požadavku zadavatele mohli být někteří dodavatelé předem vyloučeni z možnosti účastnit se předmětného zadávacího řízení. Pokud by zadavatel nestanovil tento kvalifikační předpoklad diskriminačně a v rozporu se zákonem, mohl obdržet více žádostí o účast, přičemž nelze vyloučit, že by některá z následně podaných nabídek byla ekonomicky výhodnější. V daném případě se nejednalo o správní delikt svým charakterem nejzávažnější. Jelikož však došlo k porušení jedné ze základních zásad, na kterých stojí zadávací řízení, jedná se o správní delikt velmi závažného charakteru. Ve prospěch zadavatele Úřad přihlédl k tomu, že zadavatel nepostupoval zcela mimo režim zákona, resp. že by zcela vyloučil soutěžní prostředí. Při zvažování výše pokuty Úřad přihlédl i k následkům spáchání správního deliktu – spáchaný delikt způsobil situaci, kdy se někteří potencionální zájemci o veřejnou zakázku nemohli zadávacího řízení zúčastnit v důsledku diskriminačně stanovených ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů. Nelze proto vyloučit, že nabídka jiného uchazeče mohla být ekonomicky výhodnější, čímž by došlo k úspoře finančních prostředků.

## III. Námitky rozkladu

13. Dne 17. 12. 2012 podal zadavatel proti výše uvedenému rozhodnutí rozklad, který byl Úřadu doručen téhož dne.

14. Zadavatel v prvé řadě uvádí, že Úřad nesprávně posoudil jím požadovaný způsob prokázání ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů jako nezákonný s tím, že své závěry nedostatečně odůvodnil, zejména se nevypořádal s argumentací zadavatele, což činí napadené rozhodnutí nepřezkoumatelným. Jím zvolený způsob nastavení kvalifikace nejenže neporušuje zákon, ale je jediným smysluplným postupem, jak k prokazování daných kvalifikačních předpokladů přistupovat. Smyslem složeného kvalifikačního předpokladu bylo omezení rizika budoucí finanční nestability vybraného uchazeče a výběr dodavatelů, u nichž existuje reálná pravděpodobnost, že budou schopni řádně dokončit dílo a nést závazky z titulu poskytnutých záruk a zároveň budou schopni uspokojit případné finanční pohledávky zadavatele vůči zhotoviteli. Úřad v napadeném rozhodnutí nerozporuje to, že takto koncipovaný kvalifikační předpoklad je (po obsahové stránce) legitimní.

15. Následně zadavatel uvádí, že se k jednotlivým dílčím ukazatelům (jejich smyslu, účelu a vzájemné provázanosti) podrobně vyjádřil v průběhu správního řízení, když u každého z nich zdůvodnil, proč jsou relevantní z pohledu ověření ekonomické a finanční stability podniku a také, proč je třeba jejich úroveň požadovanou zadavatelem třeba považovat za adekvátní. Doplňuje, že Úřad v napadeném rozhodnutí jednotlivé ukazatele ani jejich požadované hodnoty nijak nerozporuje. Sporné z pohledu Úřadu tak zůstává pouze to, že zadavatel trval na tom, aby výše uvedené parametry (tedy hodnota indexu důvěryhodnosti i zadavatelem stanovené hodnoty poměrových ukazatelů) byly vztaženy k jediné účetní jednotce. Zadavatel v průběhu správního řízení přednesl Úřadu podrobnou argumentaci, kterou dokládal spojitost a nedělitelnost kvalifikačního předpokladu dle čl. 6.2 kvalifikační dokumentace – kvalifikační předpoklad dle čl. 6.2 kvalifikační dokumentace je totiž kvalifikačním předpokladem složeným. Jde proto o předpoklad nedělitelný v tom směru, že dává smysl pouze tehdy, je-li jako celek vztahován k jedinému subjektu. Jak již bylo uvedeno, poměrové ukazatele (jako je likvidita či celková zadluženost) jsou sice velmi významné, nicméně samy o sobě bez kontextu s parametrem svědčícím o provozní zdatnosti (tedy s obratem) nemají smysl, neboť jich lze poměrně jednoduše dosáhnout v „laboratorních" podmínkách (skrze prázdnou společnost nevyvíjející žádnou aktivitu). Nutnost nahlížet na uvedené ukazatele ve vzájemné souvztažnosti dokládá ale i jiný pohled – k ukazatelům běžné likvidity a celkové zadluženosti je třeba říci, že tyto působí v praxi ve vzájemné vazbě, a to protisměrně. To znamená, že např. díky zvýšenému zadlužení lze získat více oběžných aktiv a dochází tak k vylepšování jednoho ukazatele na úkor druhého. Proto je nutné, aby oba ukazatele plnily požadované hodnoty zároveň, a to za jednu účetní jednotku.

16. Pokud dle zadavatele připustíme, že na jednotlivé dílčí ukazatele daného složeného kritéria bude pohlíženo izolovaně, pak přestávají plnit svou funkci. Při takovémto přístupu by mohlo jít o samoúčelné testování nic neříkajících čísel, a je pak otázka, zda se může jednat o ukazatele mající souvislost s předmětem veřejné zakázky, resp. ukazatele, které vypovídají o schopnosti po ekonomické a finanční stránce plnit veřejnou zakázku. Argument, že při přístupu Úřadu (tedy, že je třeba za všech okolností umožnit plnění jednotlivých kritérií konglomerátem dodavatelů, ať již sdružených za účelem podání společné nabídky nebo v kombinaci dodavatel – subdodavatel) by tyto předpoklady mohly být naplňovány v „laboratorních" podmínkách, Úřad sice v napadeném rozhodnutí odcitoval, ale nijak se jím nezabýval. Tento argument přitom neměl být pouhou hypotézou či spekulací. Případy, kdy je

podnik s významným obratem na hranici úpadku nejsou výjimečné. Je přitom evidentní, že ekonomickou kondici takovému podniku nevylepší sdružení s dodavatelem nebo dokonce angažování subdodavatele, který vykazuje například velmi nízkou nebo nulovou zadluženost, avšak nevyvíjí žádnou nebo jen velmi limitovanou činnost. Výše uvedené dokládá to, že na kvalifikační předpoklad dle čl. 6.2 kvalifikační dokumentace lze nahlížet pouze komplexně, tedy jako na jediné a nedělitelné kritérium, jinak nemá žádnou vypovídací hodnotu, ba naopak při izolovaném posuzování může vést ke zkreslení soutěže a k vytvoření nerovnosti mezi dodavateli.

17. Zadavatel následně uvádí, že při výkladu zákona je nezbytné vždy přihlížet k účelu konkrétního institutu. Pokud je účelem a smyslem prokazování kvalifikace ujištění se o způsobilosti dodavatele plnit veřejnou zakázku, není možné, aby byl zvolen výklad zákona, který může vést k popření institutu kvalifikace (např. umožnění kvalifikovat se subjektu s obratem v ekonomických potížích podpořeného např. subdodavateli, kteří nemají nic jiného nežli ony „laboratorně vytvořené" pozitivní dílčí ukazatele jako je např. likvidita).

18. Zadavatel dále zpochybňuje argumentaci Úřadu obsaženou v bodě 36. odůvodnění napadeného rozhodnutí, že Úřad nereaguje na podstatu jeho tvrzení (tedy, že se jedná nikoliv o jednotlivé kvalifikační předpoklady, nýbrž o předpoklad složený, komplexní a nedělitelný, u kterého by izolované posuzování dílčích parametrů vedlo k popření smyslu institutu kvalifikace). Úřad zde pouze opakuje, že zákon umožňuje tzv. skládání kvalifikace, což zadavatel nerozporuje. Nejedná se však o skládání jednotlivých kvalifikačních předpokladů, nýbrž o jediný předpoklad, který nelze štěpit bez popření jeho smyslu. V tomto kontextu zadavatel poukazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 1/2010-50 (dále jen **„rozsudek KS"**). Dle něho musí být z odůvodnění rozhodnutí správního orgánu seznatelné, proč správní orgán považuje námitky účastníka za liché, mylné nebo vyvrácené. Dále odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 23. 7. 2008, č. j. 3 As 51/2007-84 (dále jen **„rozsudek NSS"**), dle něhož platí, že *„nevypořádá-li se správní orgán v rozhodnutí o opravném prostředku se všemi námitkami, které v něm byly uplatněny, způsobuje to nepřezkoumatelnost rozhodnutí zpravidla spočívající v nedostatku jeho důvodů"*.

19. Podle zadavatele Úřad pochybil i při stanovení sankce za domnělý správní delikt s tím, že výši jím uložené sankce nedostatečně odůvodnil. Určení konkrétní výše pokuty za spáchání správního deliktu je věcí správního uvážení Úřadu. Správní uvážení se však musí pohybovat v zákonem stanovených mezích a musí být přezkoumatelné. Dle zadavatele představuje vymezení rozpětí sankční sazby (limity vyplývající z § 120 odst. 2 zákona) pouze základní mantinely, ve kterých se může Úřad při vyměřování pokuty pohybovat. Stanovení konkrétní výše pokuty je třeba provést dle dalších zákonných hledisek obsažených v § 121 odst. 2 zákona, tedy dle závažnosti správního deliktu, přičemž správní orgán se musí vypořádat se všemi uvedenými hledisky. Úřad je povinen výši pokuty opřít o jasné, dostatečně konkrétní a podrobné odůvodnění tak, aby bylo možné posoudit, dle jakých měřítek byla zvolena výše sankce. Úřad však v napadeném rozhodnutí zákonem stanovené požadavky kladené na vyměřování pokuty nesplnil. Způsob, jakým odůvodnil uložení sankce, neodpovídá zákonným pravidlům a odporuje základním zásadám správního trestání. Zadavatel uvádí, že při

hodnocení závažnosti správního deliktu Úřad v bodu 45. odůvodnění napadeného rozhodnutí k jeho tíži přičítal výhradně okolnosti, které tvoří součást samotné skutkové podstaty správního deliktu. Dochází tedy ke dvojímu přičítání téže okolnosti (údajnému) pachateli správního deliktu, což je v rozporu se základními zásadami správního trestání. Hodnocením závažnosti se Úřad zabývá i v bodě 46. odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde absentuje analýza konkrétních skutkových okolností daného případu. Uložená výše pokuty není konzistentní ani s rozhodovací praxí Úřadu ve srovnatelných případech s tím, že s ohledem na rozhodovací praxi Úřadu se jedná o částku velmi vysokou. Pokud Úřad opírá své hodnocení závažnosti správního deliktu o to, že došlo k porušení jedné ze základních zásad, na kterých zadávací řízení stojí, lze poukázat na řízení sp. zn. ÚOHS-S169/2007/VZ, kdy byla rovněž porušena jedna ze základních zásad. Horní hranice možné pokuty tehdy činila 53 748 061,25 Kč (tedy více než trojnásobek oproti posuzovanému případu). Úřad však porušiteli uložil pokutu ve stejné výši jako zadavateli v tomto řízení, kdy konstatuje, že v jednání zadavatele neshledal znaky účelovosti a snahu uzavřít smlouvu s dopředu dohodnutým dodavatelem s tím, že výše pokuty uložená zadavateli je v rozporu se zásadou legitimního očekávání.

**Závěr rozkladu**

20. Na základě shora uvedených skutečností zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

## IV. Řízení o rozkladu

21. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí v rámci autoremedury a v souladu s § 88 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen **„správní řád"**), věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.

**Stanovisko předsedy Úřadu**

22. 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 napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.

23. Úřad tím, že ve svém rozhodnutí č. j. ÚOHS-S117/2012/VZ-22719/2012/521/SWa ze dne 30. 11. 2012 konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup dle § 51 odst. 4 a odst. 5 zákona v návaznosti na § 6 zákona, když v důsledku stanovení požadavku na předložení jedné účetní závěrky, z níž musí současně vyplývat hodnota indexu důvěryhodnosti (2,0) a zároveň musí být splněny zadavatelem stanovené minimální hodnoty poměrových ukazatelů, omezil možnost dodavatelů prokázat uvedený požadavek zadavatele společně se subdodavateli nebo společně v rámci společné žádosti o účast, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a již uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem; a dále tím, že zadavateli za spáchání tohoto deliktu uložil dle § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 500 000 Kč, 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.

**K námitkám rozkladu**

24. Ve vztahu k námitce, v rámci které zadavatel poukazuje na skutečnost, že kvalifikační předpoklad ve smyslu článku 6.2 kvalifikační dokumentace je nedělitelný v tom ohledu, že dává smysl pouze za předpokladu, kdy je jako celek vztahován k jedinému subjektu, je třeba uvést následující. Jak jsem si ověřil ve spisové dokumentaci, v bodě 6.2 kvalifikační dokumentace zadavatel upřesnil požadavky k prokázání splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů podle § 55 odst. 2 zákona a § 55 odst. 1 písm. c) zákona následovně: *„6.2 Účetní závěrka – Uchazeč prokáže tento kvalifikační předpoklad předložením účetní závěrky v plném rozsahu, včetně zprávy auditora, je-li zákonem uložena, sestavenou k poslednímu dni předcházejícího účetního období, je-li právním řádem platným v zemi sídla nebo bydliště uchazeče stanovena. Zadavatel v této souvislosti dále stanoví, že ke splnění kvalifikace požaduje, aby v předložené účetní závěrce (platí současně): a) byla splněna níže uvedená hodnota indexu důvěryhodnosti (2,0) a současně byly splněny níže uvedené minimální hodnoty poměrových ukazatelů: a) Běžná likvidita, b) Celková zadluženost a c) Obrat ve stavební výrobě.*

25. V bodě 6.3 kvalifikační dokumentace (*„Výkaz celkového obratu uchazeče“*) pak zadavatel stanovil, že *„Uchazeč prokáže tento kvalifikační předpoklad předložením údajů o celkovém obratu dodavatele zjištěného podle zvláštních právních předpisů a obratu dosaženého dodavatelem s ohledem na předmět veřejné zakázky, a to za poslední 3 účetní období ... Uchazeč předloží shora požadované údaje ve formě čestného prohlášení, přičemž toto nesmí být učiněno s datem starším, než je datum oznámení veřejné zakázky. Zadavatel v této souvislosti dále stanoví, že ke splnění kvalifikace požaduje, aby v žádném ze sledovaných účetních období neklesl celkový roční obrat ve stavební výrobě uchazeče pod limit 600 mil. Kč a obrat za plnění dosažená s ohledem na předmět veřejné zakázky v oblasti pozemního stavitelství pod limit 600 mil. Kč za rok....“*

26. V tomto kontextu zdůrazňuji, že zákon v ustanovení § 51 odst. 4) a odst. 5) explicitním způsobem dodavatelům umožňuje prokazovat splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prostřednictvím subdodavatele s tím, že v případě společné nabídky podané několika dodavateli musí kvalifikaci prokázat všichni dodavatelé společně. Tento fakt zadavatel nemůže jakkoliv zpochybnit, přičemž jeho konstatování, že kvalifikační předpoklad dle článku 6.2 kvalifikační dokumentace dává smysl pouze tehdy, pokud je (jako celek) vztahován k jedinému subjektu, v žádném případě neobstojí. Poté, co jsem přistoupil k prostudování spisové dokumentace, považuji za nezbytné se ztotožnit se závěrem Úřadu obsaženým v bodech 35. a 36. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Za situace, kdy relevantní ustanovení zákona umožňují společné prokazování kvalifikace v rámci společné nabídky či pomocí subdodavatelů, pak v zadávacích podmínkách není možné spojovat jednotlivé kvalifikační předpoklady v jeden celek a požadovat, aby byly souhrnně prokázány jedním dodavatelem. V ustanovení § 51 odst. 4 zákona je stanoveno: *„Pokud není dodavatel schopen prokázat splnění určité části kvalifikace požadované veřejným zadavatelem podle § 50 odst. 1 písm. b) až d) v plném rozsahu, je oprávněn splnění kvalifikace v chybějícím*

*rozsahu prokázat prostřednictvím subdodavatele"*. V ustanovení § 51 odst. 5 je pak zakotveno, že *„Má-li být předmět veřejné zakázky plněn několika dodavateli společně a za tímto účelem podávají či hodlají podat společnou nabídku, je každý z dodavatelů povinen prokázat splnění základních kvalifikačních předpokladů podle § 50 odst. 1 písm. a) a profesního kvalifikačního předpokladu podle § 54 písm. a) v plném rozsahu. Splnění kvalifikace podle § 50 odst. 1 písm. b) až d) musí prokázat všichni dodavatelé společně"*. Zdůrazňuji, že je-li část kvalifikace prokazována prostřednictvím subdodavatele, je dodavatel povinen předložit zadavateli smlouvu uzavřenou s tímto subdodavatelem, která bude subdodavatele zavazovat k provedení příslušné části veřejné zakázky, a to nejméně té části, pro kterou prokazoval splnění kvalifikace místo dodavatele. Zákon tedy pamatuje na to, aby se subdodavatel dodavateli smluvně zavázal, že za něj splní část či celý předmět veřejné zakázky s tím, že odpovědnost za toto plnění subdodavatele má dodavatel.

27. Se zřetelem na výše citovaná ustanovení zákona je tedy evidentní, že prokázat splnění kvalifikace prostřednictvím subdodavatele je možností dodavatele, jako další z alternativních možností, splnění prokázání kvalifikace. Je tedy věcí dodavatele, který se účastní zadávacího řízení, zda prokáže splnění celé či části kvalifikace sám, v rámci dodavatelského konsorcia či prostřednictvím subdodavatele, se kterým má uzavřenou příslušnou smlouvu. Dále je evidentní, že v případě podání společné nabídky se dodavatelé spojují za tím účelem, aby byli schopni v plném rozsahu předmět veřejné zakázky splnit, když samostatně by toho schopni nebyli. Ať již z toho důvodu, že v plném rozsahu předmětu veřejné zakázky nepodnikají, nebo z důvodu kapacitních či finančního zázemí. Již z logiky věci a ze smyslu relevantních ustanovení zákona tedy vyplývá možnost dodavatelů splnit kvalifikaci společnými silami. Finanční a ekonomické kvalifikační předpoklady jsou nástroje zadavatele ke zjišťování ekonomické a finanční stability dodavatele a materiálního, technického, personálního a kvalitativního zázemí pro splnění veřejné zakázky. Ani tato námitka vznesená zadavatelem v rozkladu proto jako zcela nedůvodná nemůže obstát.

28. Doplňuji, že předmětná argumentace zadavatele byla v odůvodnění napadeného rozhodnutí přezkoumatelným způsobem vypořádána. Je třeba uvést, že argumentace prvostupňového orgánu obsažená v jednotlivých bodech odůvodnění napadeného rozhodnutí zcela vyhovuje požadavkům uvedeným v rozsudku KS, když z odůvodnění napadeného rozhodnutí bylo seznatelné, proč Úřad považoval námitky účastníka řízení za liché, mylné nebo vyvrácené. Napadené rozhodnutí je rovněž přezkoumatelné ve smyslu rozsudku NSS. Ani tato námitka zadavatele s ohledem na výše uvedené neobstojí. Napadené rozhodnutí je v přezkoumávané části zákonné a správné, Úřad správně posoudil, že postup zadavatele při stanovení požadavků na prokázání splnění ekonomických a finančních předpokladů byl v rozporu se zákonem, nadto prvostupňový orgán na zjištěný skutkový stav věci aplikoval správný předpis a v jeho rámci správná ustanovení, jež správně interpretoval.

29. Zadavatel v celém rozkladu obhajuje koncept jím stanoveného složeného kvalifikačního předpokladu, resp. jediné účetní závěrky (když podotýká, že smyslem složeného kvalifikačního předpokladu bylo omezení rizika budoucí finanční nestability vybraného uchazeče) s tím, že zadavatel trval na tom, aby příslušné parametry (tedy hodnota indexu důvěryhodnosti i zadavatelem stanovené hodnoty poměrových ukazatelů) byly vztaženy

k jediné účetní jednotce. Se zřetelem na ustanovení § 44 odst. 6 zákona si zadavatel v zadávací dokumentaci může vyhradit, aby určitá část plnění předmětu veřejné zakázky byla vždy plněna dodavatelem, který podal nabídku, resp., že určitá část nesmí být plněna subdodavatelem. Zadavatel však nesmí zcela vyloučit možnost plnit veřejnou zakázku prostřednictvím subdodavatele. V případě nabídky podané více dodavateli je společné splnění kvalifikačních předpokladů v zákonem vymezených případech, tedy vyjma základních kvalifikačních předpokladů a profesního kvalifikačního předpokladu ve smyslu ustanovení § 54 písm. a) zákona, výslovně přípustné. Jak již bylo výše konstatováno, zadavatel požadoval, aby dodavatelé prokazovali splnění vybraných ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů pomocí jedné účetní závěrky. Dodavatelé tedy neměli možnost prokázat společně (a to buď v rámci společné žádosti o účast nebo společně se subdodavatelem či subdodavateli) splnění požadovaných ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů. Jinými slovy, v daném případě byli dodavatelé v podstatě nuceni k tomu, aby všechny předmětné ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady prokázal pouze jeden z nich – jedná se o index důvěryhodnosti IN01, běžnou likviditu, celkovou zadluženost a obrat ve stavební výrobě (viz následující body odůvodnění tohoto rozhodnutí).

30. V tomto kontextu se dále zcela ztotožňuji se závěrem prvostupňového orgánu obsaženým v bodě 34. odůvodnění napadeného rozhodnutí, dle něhož obrat (dosažený s ohledem na předmět veřejné zakázky) není poměrovým ukazatelem, nýbrž absolutní hodnotou. Nelze jakkoliv zpochybnit dílčí závěr Úřadu, dle něhož se jedná o samostatný ekonomický a finanční kvalifikační předpoklad ve smyslu ustanovení § 55 odst. 1 písm. c) zákona odlišný od zadavatelem požadovaného kvalifikačního předpokladu *„účetní závěrka"*. K tomu doplňuji, že požadavek na předložení účetní závěrky není požadavkem ve smyslu ustanovení § 55 odst. 1 písm. b) zákona, podle kterého může zadavatel požadovat poslední zpracovanou rozvahu nebo určitou část rozvahy. Rozvaha (bilance) je totiž jen jednou z částí (výkazů), z nichž se skládá samotná účetní závěrka. U účetní závěrky se jedná o kvalifikační předpoklad požadovaný v ustanovení § 55 odst. 2 zákona. Podle tohoto ustanovení zákona je veřejný zadavatel oprávněn požadovat kromě dokladů dle § 55 odst. 1 zákona rovněž jiné doklady prokazující splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů dodavatele. Zadavatel tedy v daném případě prokazatelně nepostupoval správně a v souladu se zákonem, když v rámci požadavků na prokazování splnění předmětných kvalifikačních předpokladů v podstatě spojil ekonomické ukazatele vyplývající z účetní závěrky se specializovaným obratem, což je nepřípustné. Nadto jsem si z dostupné spisové dokumentace ověřil, že zadavatel požadavek na prokázání obratu ve stavební výrobě zařadil jako samostatný kvalifikační předpoklad pod bod 6.3 kvalifikační dokumentace (*„Výkaz celkového obratu uchazeče"*), kde k prokázání údajů o celkovém obratu dodavatele požadoval předložení čestného prohlášení a ve vztahu k obratu v oblasti pozemního stavitelství rovněž doložení seznamu stavebních akcí, které jsou v příslušném obratu zahrnuty. K výše uvedenému zdůrazňuji, že zadavatel v oznámení o zakázce požadoval předložení jedné účetní závěrky, z níž měla vyplývat hodnota indexu důvěryhodnosti 2,0 a současně měly být splněny minimální hodnoty poměrových ukazatelů uvedené v kvalifikační dokumentaci. V kvalifikační dokumentaci poté zadavatel tyto požadavky upřesnil tak, že pod bodem 6.2 *„Účetní závěrka"* uvedl vzorec výpočtu indexu důvěryhodnosti a dále tabulku s poměrovými ukazateli, způsobem jejich výpočtu

a požadovanými hodnotami, kam vedle ukazatelů běžné likvidity a celkové zadluženosti zařadil i položku *„obrat ve stavební výrobě"* a jeho požadovanou hodnotu 600 mil. Kč. Za situace, kdy zákonodárce zařadil výše uvedené kvalifikační předpoklady pod různá ustanovení zákona, nelze v žádném případě přisvědčit argumentaci zadavatele, podle které lze předmětný kvalifikační předpoklad označit za předpoklad souhrnný a nedělitelný.

31. Ve vztahu k argumentaci zadavatele, v rámci které poukazuje na to, že poměrové ukazatele (jako je likvidita či celková zadluženost) jsou sice velmi významné, nicméně samy o sobě bez kontextu s parametrem svědčícím o provozní zdatnosti (tedy s obratem) nemají smysl, neboť jich lze jednoduše dosáhnout v „laboratorních" podmínkách" (skrze prázdnou společnost nevyvíjející žádnou aktivitu) s tím, že ukazatele běžné likvidity a celkové zadluženosti působí v praxi ve vzájemné vazbě (a to protisměrně), je třeba uvést následující. Jak již bylo výše konstatováno, v případě obratu (tedy parametru svědčícímu o provozní zdatnosti dodavatele) se nejedná o poměrový ukazatel (jak zadavatel ukazatel „obratu" v kvalifikační dokumentaci sám definoval), nýbrž jde o absolutní hodnotu. V daném případě (se ve vztahu k ukazateli obratu) jedná o samostatný kvalifikační předpoklad (podle § 55 odst. 1 písm. c) zákona). Jedná se o specializovaný obrat, který zadavatel požadoval v bodě 6.3 kvalifikační dokumentace. Z logiky věci je totiž nepřípustné, aby zadavatel v rámci požadavků na prokazování splnění příslušných kvalifikačních předpokladů spojil ekonomické ukazatele vyplývající z účetní závěrky (kde jsou relevantní minimální hodnoty těchto poměrových ukazatelů) se specializovaným obratem (kde je relevantní hodnota absolutní). Nadto zadavatel v důsledku svého postupu nepřípustně duplicitním způsobem požadavek na obrat (ve stavební výrobě) stanovil kromě bodu 6.2 *„Účetní závěrka"* rovněž v bodě 6.3 *„Výkaz celkového obratu uchazeče"* kvalifikační dokumentace. To, zda v praxi působí ukazatele běžné likvidity a celkové zadluženosti ve vzájemné vazbě (protisměrně apod.), nemá v této souvislosti jakoukoliv právní relevanci. Ani s touto námitkou zadavatele se tedy nelze ztotožnit.

32. Ve vztahu k námitce zadavatele, podle které umožněním „izolovaného" prokázání jednotlivých ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů (ve smyslu bodu 6.2 kvalifikační dokumentace) by tyto předpoklady ztratily na významu s tím, že smysl mají pouze tehdy, pokud jsou prokazovány jediným subjektem, je třeba uvést následující. Jak již bylo výše konstatováno, zákon ve svých relevantních ustanoveních umožňuje společné prokazování kvalifikace v rámci společné nabídky či pomocí subdodavatelů. S ohledem na tuto skutečnost tedy ze samotné podstaty věci není přípustné, aby zadavatel v zadávacích podmínkách veřejné zakázky přistoupil ke spojení jednotlivých kvalifikačních předpokladů v jeden celek, a aby požadoval, aby byly souhrnně prokázány pouze jedním dodavatelem (tedy jediným subjektem), byť by to bylo pro zadavatele z hlediska zajištění ekonomické a finanční stability jakkoliv výhodné. Se zřetelem na výše uvedené je totiž evidentní, že postup zvolený zadavatelem v daném případě zákon neumožňuje.

33. Pokud se jedná o tvrzení zadavatele, dle něhož nejsou výjimečné případy, kdy je podnik s významným obratem na hranici úpadku s tím, že ekonomickou kondici takovému podniku nevylepší sdružení s dodavatelem či angažování subdodavatele vykazující nízkou zadluženost, ale vyvíjející pouze limitovanou činnost, je nezbytné uvést následující.

Zadavatel v rámci této argumentace v ničem nerozporuje závěry Úřadu obsažené v napadeném rozhodnutí, a nejedná se tedy o námitku (ve smyslu správního řádu) směřující proti meritu věci. Zdůrazňuji, že předseda Úřadu ve smyslu ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumává soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy. Správnost napadeného rozhodnutí přezkoumává jen v rozsahu námitek uvedených v rozkladu (jinak jen tehdy, vyžaduje-li to veřejný zájem). Jak jsem již konstatoval, v případě výše uvedené argumentace zadavatele se však nejedná o námitku jako takovou, nýbrž o pouhé tvrzení nesměřující proti meritorním závěrům obsaženým v napadeném rozhodnutí.

34. K výše uvedenému je dále (ve shodě s prvostupňovým orgánem) nezbytné učinit relevantní závěr, že v daném případě zadavatel v důsledku svého postupu v prvé řadě neumožnil společné prokázání kvalifikačního předpokladu podle § 55 odst. 2 zákona. Nadto zadavatel prokázání tohoto kvalifikačního předpokladu (nepřípustně) provázal s požadavkem na prokázání specializovaného obratu ve smyslu ustanovení § 55 odst. 1 písm. c) zákona. Zadavatel stanovil požadavek na prokázání ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů pomocí jedné účetní závěrky, v rozporu se zákonem, a rovněž v zásadním rozporu se zásadou zákazu diskriminace zakotvenou v § 6 zákona. Zdůrazňuji, že požadavky na kvalifikaci nesmí být omezena hospodářská soutěž o předmět plnění veřejné zakázky. Předmětným postupem zadavatele však došlo k diskriminaci těch dodavatelů, kteří podali nebo hodlali podat společnou nabídku, nebo těch dodavatelů, kteří k plnění veřejné zakázky využili či chtěli využít subdodavatele a zadavatel jim zabránil využít možnosti dané ustanovením § 51 odst. 4 a 5 zákona, tedy prokázat ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady společně v rámci společné žádosti o účast nebo společně se subdodavatelem či subdodavateli. Je třeba zdůraznit, že *„zákaz diskriminace na základě právní formy"* se uplatňuje nejen vůči sdružením dodavatelů podávajícím společnou nabídku (žádost o účast), ale vůči všem formám spolupráce dodavatelů, tedy i v případech, kdy dodavatel využívá k prokázání určitých částí kvalifikace subdodavatelů namísto vytvoření sdružení za účelem podání společné nabídky (žádosti o účast) – podmínkou je prokázání dispozice s předmětnými prostředky [tato zásada byla potvrzena i Soudním dvorem Evropské unie např. v rozsudku č. j. C-57/01 Makedoniko Metro a Michaniki AE proti Elliniko Dimosio ze dne 23. ledna 2003; využití potenciálu třetích osob při prokazování kvalifikace připouští i Soudní dvůr EU v rozsudku č. j. C-176/98 Holst Italia SpA proti Comune di Cagliari ze dne 2. 12. 1999, v němž učinil závěr, že při prokazování kvalifikace je možné využít kvalifikace i jiných subjektů, pokud dodavatel prokáže, že bude moci s jejich prostředky reálně disponovat].

35. Pokud se jedná o argumentaci zadavatele, v rámci které poukazuje na to, že Úřad pochybil i při stanovení sankce za domnělý správní delikt s tím, že výši jím uložené sankce nedostatečně odůvodnil, je nezbytné uvést následující. Úřad postupoval v části odůvodnění napadeného rozhodnutí vztahující se k výši jím uložené pokuty zcela správně a v souladu se zákonem. Zdůrazňuji, že rozhodnutí o uložení pokuty je nepřezkoumatelné, je-li její výše odůvodněna pouhým zopakováním skutkových zjištění a konstatováním zákonných kritérií pro uložení pokuty či funkcí pokuty, aniž by bylo zřejmé, zda a jakým způsobem byla tato kritéria správním orgánem hodnocena. Z judikatury NSS vyplývá, že jakkoliv má správní

orgán při ukládání pokuty volnost správního uvážení, je vázán základními principy správního rozhodování (viz např. rozsudek NSS č.j. 8 As 5/2005-53 ze dne 29. 6. 2005). Mezi tyto principy pak jistě patří i úplnost, resp. dostatečná odůvodněnost rozhodnutí správního orgánu, která v konečném důsledku vyvolá i jeho přesvědčivost. Úřad tak při rozhodování o výši pokuty musí zohlednit všechny skutečnosti, které výši pokuty mohou v konkrétním případě ovlivnit, řádně se s nimi v odůvodnění svého rozhodnutí vypořádat a přesvědčivě odůvodnit, ke které okolnosti přihlédl, a jaký vliv měla na konečnou výši pokuty. Výše uložené pokuty tak musí být v každém rozhodnutí zdůvodněna způsobem, který nepřipouští rozumné pochybnosti o tom, že právě taková výše pokuty odpovídá konkrétním okolnostem individuálního případu. Z napadeného rozhodnutí je zřejmé, že výše pokuty uložená v tomto případě uvedeným požadavkům vyhovuje.

36. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí při stanovení výše pokuty dostatečně zhodnotil způsob spáchání daného správního deliktu a rovněž i okolnosti, za nichž byl delikt spáchán. Mám za to, že výše pokuty byla Úřadem dostatečně odůvodněna, poněvadž z odůvodnění napadeného rozhodnutí je jednoznačně patrno, k čemu přihlédl a jakou váhu danému zákonnému kritériu přiznal; postupoval v souladu s ustanovením § 121 odst. 2 zákona, dle něhož Úřad při určení výměry pokuty zadavateli přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.

37. Z hlediska přiměřenosti sankce vzal Úřad v úvahu tu skutečnost, že zadavatel svým postupem porušil základní zásadu zadávacího řízení (zásadu zákazu diskriminace). V důsledku stanovení požadavku na prokázání ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů zadavatele mohli být někteří dodavatelé předem vyloučeni z možnosti účastnit se předmětného zadávacího řízení. Pokud by zadavatel nestanovil tento kvalifikační předpoklad diskriminačně a v rozporu se zákonem, mohl obdržet více žádostí o účast s tím, že některá z následně podaných nabídek mohla být ekonomicky výhodnější a předmětný postup zadavatele tak mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. V daném případě se však nejednalo o správní delikt svým charakterem nejzávažnější – v důsledku postupu zadavatele totiž nedošlo k úplnému vyloučení soutěžního prostředí.

38. Dále je nezbytné uvést, že Úřad v bodě 41. odůvodnění napadeného rozhodnutí zkoumal, zda není naplněna podmínka uvedená v ustanovení § 121 odst. 3 zákona, dle něhož odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán. Ke spáchání správního deliktu došlo dne 6. 5. 2011, kdy zadavatel uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem. Správní řízení ve věci spáchání správního deliktu bylo zahájeno dne 20. 6. 2012. V daném případě tedy odpovědnost zadavatele za správní delikt prokazatelně nezanikla.

39. Úřad též při stanovení výše pokuty správně přihlédl k polehčující okolnosti spočívající v tom, že Úřad v jednání zadavatele neshledal znaky účelovosti, případně snahu uzavřít smlouvu s dopředu dohodnutým dodavatelem. Jako polehčující okolnost pak Úřad rovněž správně označil skutečnost, že zadavatel nepostupoval zcela mimo režim zákona, resp. že by zcela vyloučil soutěžní prostředí. Tyto polehčující okolnosti však v žádném případě nelze považovat

za okolnosti, které by „zhojily" výše uvedené porušení zákona. Prvostupňový orgán při zvažování výše pokuty též správně přihlédl k tomu, že spáchaný správní delikt způsobil situaci, kdy se někteří potencionální zájemci o veřejnou zakázku nemohli zadávacího řízení zúčastnit v důsledku diskriminačně stanovených ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů. Nelze proto vyloučit, že nabídka jiného uchazeče mohla být ekonomicky výhodnější a došlo by tak k úspoře finančních prostředků.

40. Výše uložené pokuty (500 000 Kč) s ohledem na zvažovaná kritéria a zákonný limit vyhovuje podmínce přiměřenosti a nemůže ovlivnit ekonomickou situaci zadavatele. Předmětná veřejná zakázka měla hodnotu 308 397 295 Kč (včetně DPH) s tím, že horní hranice možné pokuty tak činila částku ve výši 15 419 865 Kč.

41. S ohledem na tyto skutečnosti je třeba ztotožnit se i s dílčím konstatováním uvedeným v bodě 50. odůvodnění napadeného rozhodnutí, dle něhož *"Pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů Úřad při určení výměry uložené pokuty posoudil stanovenou výši pokuty vzhledem k souvislostem případu jako dostačující. Úřad uložil pokutu ve výši 500 000 Kč, která se sice v absolutní hodnotě může jevit jako relativně vysoká, avšak s ohledem na maximální výši možné pokuty, byla stanovena hluboko v dolní polovině zákonné výše"*.

42. Úřad vzhledem k uvedené závažnosti porušení zákona a k souvislostem případu posoudil uloženou výši pokuty (500 000 Kč) jako přiměřenou porušení zákona a zohledňující obě uvedené funkce. Na základě výše uvedeného je dále nezbytné učinit závěr, že Úřad výši jím uložené pokuty v napadeném rozhodnutí odůvodnil zcela dostatečně a rovněž přezkoumatelným způsobem. S ohledem na výše uvedené proto nemůže obstát argumentace zadavatele uvedená v rozkladu, podle které Úřad v napadeném rozhodnutí nesplnil zákonné požadavky kladené na vyměřování pokuty s tím, že způsob, jakým odůvodnil uložení sankce, odpovídá zákonným pravidlům a v ničem neodporuje základním zásadám správního trestání, jak zadavatel v rozkladu rovněž uvádí.

43. Ve vztahu k tvrzení zadavatele, v rámci něhož namítá, že Úřad v bodě 45. odůvodnění napadeného rozhodnutí (při hodnocení závažnosti správního deliktu) přičítal k tíži zadavatele výhradně okolnosti, které tvoří součást samotné skutkové podstaty správního deliktu, čímž mělo dojít k dvojímu přičítání téže okolnosti (údajnému) pachateli správního deliktu, je třeba uvést následující. Okolnosti, které byly prvostupňovým orgánem zvažovány při stanovení výše pokuty, jsou dostatečně (a rovněž přezkoumatelným způsobem) obsaženy v bodech 45. až 51. odůvodnění napadeného rozhodnutí. V tomto kontextu zdůrazňuji, že omezení soutěže o veřejnou zakázku není znakem samotné skutkové podstaty správního deliktu, nýbrž je popisem způsobu jeho spáchání, jak je uvedeno též v odůvodnění napadeného rozhodnutí. Ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky lze totiž i jinými způsoby (např. úplným vyloučením soutěže v případě nezákonného přímého oslovení jednoho dodavatele nebo zmanipulováním hodnocení nabídek, přestože zadavatel předtím nebránil

otevřené soutěži apod.), přičemž každému z těchto způsobů odpovídá určitý stupeň závažnosti – úplné vyloučení soutěže bude typicky závažnějším způsobem spáchání správního deliktu než její „pouhé" omezení. Ke stupni závažnosti správního deliktu ve vztahu ke způsobu jeho spáchání se Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí rovněž přezkoumatelným způsobem vyjádřil, když (v bodech 45. a 46. odůvodnění napadeného rozhodnutí) poukázal na výchozí premisu, podle které je třeba otevřenou nediskriminační soutěž o veřejnou zakázku považovat za základní princip zadávání veřejných zakázek s tím, že v důsledku předmětného jednání zadavatele nebyla soutěž o veřejnou zakázku zcela vyloučena, ale pouze omezena. Dále nemůže obstát ani související námitka vznesená zadavatelem, dle níž v bodě 46. odůvodnění napadeného rozhodnutí absentuje analýza konkrétních skutkových okolností daného případu. Posouzení skutkových okolností případu nelze posuzovat izolovaně, tedy s poukazem na jediný bod odůvodnění napadeného rozhodnutí, nýbrž v celém kontextu jeho odůvodnění. S ohledem na výše uvedené je tedy naprosto evidentní, že v rámci odůvodnění napadeného rozhodnutí jako celku (tedy nejen v jeho samotném bodě 46.) prvostupňový orgán přistoupil k řádnému posouzení skutkových okolností daného případu.

44. Pokud se jedná o námitku zadavatele, v rámci které označil uloženou výši pokuty za nekonzistentní s rozhodovací praxí Úřadu ve srovnatelných případech s tím, že se jedná o velmi vysokou částku, je třeba uvést následující. Ve vztahu k odkazu na obsah rozhodnutí vydaného v rámci správního řízení sp. zn. ÚOHS-S169/2007/VZ zdůrazňuji, že se nejednalo o zcela totožnou problematiku. V případě vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S169/2007/VZ šlo o problematiku (ne)transparentnosti losování. Jednalo se tedy o situaci odlišnou od přezkoumávaného případu. V této souvislosti v obecné rovině uvádím, že byť Úřad má na zřeteli nutnost konzistence své rozhodovací praxe, tak jednotlivé závěry uvedené v konkrétním rozhodnutí není možné aplikovat bez dalšího na všechny zdánlivě obdobné případy. Úřad vždy posuzuje každou skutečnost samostatně a s plným zohledněním širšího kontextu případu. Rozhodovací praxe Úřadu tak proto probíhá vždy případ od případu, neboť jen tímto postupem se Úřad vyvaruje nebezpečí její simplifikace a přílišné schematičnosti. Argumentaci rozhodnutím Úřadu č. j. ÚOHS-S169/2007-16992/2007/540-AS je tedy třeba označit za irelevantní v kontextu okolností daného případu. Nadto doplňuji, že od roku 2007 došlo ve vztahu k výši ukládaných pokut v rámci rozhodovací praxe Úřadu k posunu. Nelze tedy bez dalšího porovnávat výši pokut ukládaných v roce 2007 a v současnosti a v této souvislosti poukazovat na nekonzistentnost ze strany Úřadu. Uložená pokuta (500 000 Kč) se sice v absolutní hodnotě může jevit jako relativně vysoká, avšak s ohledem na maximální výši možné pokuty byla stanovena v samé dolní hranici zákonné sazby, přičemž Úřad správně zohlednil finanční možnosti zadavatele a stanovenou pokutu posoudil vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel disponuje. V bodě 49. odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad poukázal na schválený návrh rozpočtu zadavatele na rok 2012 (viz internetové stránky), z něhož je zřejmé, že se příjmy zadavatele pohybují v řádu miliard Kč. Uloženou výši pokuty tedy v žádném případě nelze považovat za nepřiměřenou či dokonce likvidační. Uložená výše pouty zároveň není a nemůže být v rozporu se zásadou legitimního očekávání, jak tvrdí zadavatel v rozkladu.

## V. Závěr

45. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.

46. 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:**
1. Mgr. Tomáš Kruták, advokát, Loretánské náměstí 3, 118 00 Praha 1

**Vypraveno dne:**
viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy