UOHSX003BD9K

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R87/2010/VZ-18305/2010/310/JSl V Brně dne: 17. ledna 2010

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 7. 7. 2010 podaném zadavatelem –

- **Správou Národního parku a Chráněné krajinné oblasti Šumava, příspěvkovou organizací**, IČ 00583171, se sídlem 1. Máje 260/8, 385 01 Vimperk, zastoupenou Ing. Zdenkou Šartnerovou, pověřenou vedením organizace,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S84/2010/VZ-5550/2010/510/IFa ze dne 17. 6. 2010, ve věci spáchání správního deliktu zadavatele – Správy Národního parku a Chráněné krajinné oblasti Šumava, příspěvkové organizace, IČ 00583171, se sídlem 1. Máje 260/8, 385 01 Vimperk, učiněných při zadávání veřejné zakázky **„Právní, konzultační a analytické služby související s veřejnou zakázkou evid. číslo ISVZUS 60036598“** zadávané v otevřeném řízení podle § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 9. 10. 2009 a následně opraveno dne 20.11.2009 pod evidenčním číslem 60037135, jehož dalším účastníkem je vybraný uchazeč –

- **Mgr. Michal Bernášek, advokát**, se sídlem Farského 695/15, 326 00 Plzeň, adresa pro doručování: P.O. BOX 109, 304 09 Plzeň,

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 č. j. ÚOHS-S84/2010/VZ-5550/2010/510/IFa ze dne 17. 6. 2010

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) jako orgán příslušný podle ust. § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), k dohledu nad dodržováním tohoto zákona, obdržel dne 21. 12. 2009 návrh společnosti GORDION, s. r. o., IČ 26147921, se sídlem Kolmá 6/682, 190 00 Praha, na přezkoumání úkonů učiněných zadavatelem Správa Národního parku a Chráněné krajinné oblasti Šumava, příspěvková organizace, IČ 00583171, se sídlem 1. Máje 260/8, 385 01 Vimperk (dále jen "zadavatel"), ve veřejné zakázce „Právní, konzultační a analytické služby související s veřejnou zakázkou evid. číslo ISVZUS 60036598“ zadávané podle § 27 zákona v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 9. 10. 2009 a následně opraveno dne 20.11.2009 pod ev. č. 60037135. Toto správní řízení bylo rozhodnutím č. j. ÚOHS-S3/2010/VZ-2820/2010/510/IFa ze dne 16. 3. 2010 zastaveno, neboť námitky nebyly doručeny zadavateli do doby uzavření smlouvy, a tudíž společnost GORDION, s. r. o., nebyla oprávněnou osobou pro podání návrhu. Pozn.: pokud je v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění platné v době provedení úkonu Úřadu nebo v době provedení jednotlivých úkonů účastníků řízení.

2. Poté, co Úřad posoudil obsah předložené dokumentace k veřejné zakázce, však získal pochybnosti o správnosti postupu zadavatele při vymezení minimální úrovně technických kvalifikačních předpokladů, a proto zahájil správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Oznámení o zahájení správního řízení č. j. ÚOHS-S84/2010/VZ-3954/2010/510/IFa ze dne 19. 3. 2010 bylo účastníkům řízení doručeno dne 24. 3. 2010 a tímto dnem bylo správní řízení zahájeno. Za účastníky řízení označil Úřad zadavatele a uchazeče, jehož nabídka byla vybrána jako nejvhodnější – Mgr. Michala Bernáška, advokáta se sídlem Farského 695/15, 326 00 Plzeň (dále jen „vybraný uchazeč“).

II. Napadené rozhodnutí

3. Úřad na základě § 112 a následujících ustanovení zákona přezkoumal případ ve všech vzájemných souvislostech a dne 17. 6. 2010 vydal rozhodnutí č. j. ÚOHS-S84/2010/VZ-5550/2010/510/IFa (dále též jen "napadené rozhodnutí"), ve kterém rozhodl, že se zadavatel

dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 56 odst. 2 písm. a) a v ustanovení § 56 odst. 2 písm. e) zákona ve spojení s ustanovením § 6 a § 56 odst. 7 písm. c) zákona tím, že nevymezil minimální úroveň technických kvalifikačních předpokladů tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky a současně je stanovil v rozporu se zásadou zákazu diskriminace, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dne 4. 12. 2009 byla uzavřena smlouva na realizaci předmětu veřejné zakázky (výrok I. napadeného rozhodnutí). Ve výroku II. napadeného rozhodnutí Úřad za spáchání správního deliktu uložil zadavateli pokutu ve výši 80 000 Kč.

4. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad ke stanovení technických kvalifikačních předpokladů uvedl, že zadavatel podle předmětu veřejné zakázky volí jednotlivá konkrétní kvalifikační kritéria, kterými vymezuje úroveň způsobilosti dodavatele splnit předmět veřejné zakázky. Z relevantních ustanovení zákona přitom jednoznačně vyplývá, že požadavky zadavatele na kvalifikaci dodavatelů musí mít přímou souvislost s předmětem veřejné zakázky a musí vyjadřovat objektivně odůvodnitelné požadavky na způsobilost uchazečů k jejímu plnění. Stanovení nepřiměřených požadavků na způsobilost uchazečů nepřípustně omezuje okruh potencionálních dodavatelů a znemožňuje jim zúčastnit se zadávacího řízení. Zadavatel může vymezit minimální úroveň technických kvalifikačních předpokladů pouze takovým způsobem, aby byla přiměřená a odpovídala druhu, rozsahu a složitosti konkrétního předmětu veřejné zakázky. Zadavatel má stanovením adekvátní úrovně kvalifikace ověřit způsobilost dodavatele provést veřejnou zakázku, nikoliv vytvářet neodůvodněné překážky pro účast dodavatele v zadávacím řízení. Z hlediska posouzení oprávněnosti stanovení referencí ve vztahu k realizaci veřejné zakázky, jejímž předmětem je poskytování právních služeb vymezených předmětem veřejné zakázky, je rozhodná souvislost požadovaných referencí s předmětem šetřené veřejné zakázky, zejména s jejím charakterem a typem požadovaných referencí. Svým požadavkem na reference zadavatel vyjadřuje svůj požadavek na určitou zkušenost s rámcovou smlouvou, na jejímž základě bude vyhlašovat minitendry, avšak musí tak učinit s ohledem na rozsah a druh činností stanovený předmětem veřejné zakázky.

5. V šetřeném případě zadavatel požadoval doložení alespoň 3 referencí o poskytnutých službách, kde předmětem byly právní služby v oblasti veřejných zakázek pro veřejného zadavatele, který provádí správu lesa, přičemž alespoň u jedné se muselo jednat o organizování zadávacího řízení s předmětem veřejné zakázky přesahujícím 100 mil. Kč bez DPH ne starší než 36 měsíců a dále z toho minimálně jedna reference na organizaci zadávacího řízení na uzavření rámcové smlouvy dle zákona č. 137/2006 Sb., kde počet zájemců byl alespoň tři a na základě této rámcové smlouvy byla zadána zakázka minimálně v 10 případech. Zadavatel dále požadoval složení týmu z osob s následující kvalifikací: minimálně jeden advokát s tříletou praxí v oblasti veřejných zakázek a obchodního práva, jeden právník specialista na veřejné zakázky s minimálně tříletou praxí v oblasti veřejných zakázek a praxí se zaváděním informačních systémů pro subjekt na nějž dopadá zákon č. 219/2000 Sb., o majetku státu (minimálně dvě implementace), a jeden právník s minimální jednoletou praxí v oblasti veřejných zakázek. K uvedeným požadavkům na technické kvalifikační předpoklady Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že zadavatel

obdržel pouze jednu nabídku, a to od vybraného uchazeče, který technické kvalifikační předpoklady doložil referencemi výlučně od zadavatele. Z obsahu zadávací dokumentace a také žádosti, kterou zadavatel obdržel od dodavatele MT Legal, s. r. o., je zcela zřejmé, že i jiní dodavatelé měli zájem o realizaci předmětné veřejné zakázky, ale zvolená technická kvalifikační kritéria jim znemožňovala podat nabídku. Požadavkem na realizaci veřejných zakázek pro zadavatele, který provádí správu lesa, je značně ztíženo postavení dodavatelů, neboť je třeba si uvědomit, že takových veřejných zadavatelů je omezený počet. Potřebné reference bylo možné dle Úřadu zajistit zejména u následujících zadavatelů v České republice: Lesy České republiky, s. p., Krkonošský národní park (Krnap), Vojenské lesy a statky, s. p., popřípadě u Městských lesů např. Ostrava, Znojmo, Vysoké Mýto, Vsetín atd. Z informačního systému o veřejných zakázkách, kde zadavatelé uveřejňují oznámení o zakázkách a ze své rozhodovací praxe potom Úřad zjistil, že veřejné zakázky, jejichž předmětem by byly rámcové smlouvy a zároveň zadavatel by prováděl správu lesa, de facto neexistují. Lesy České republiky, s. p., jakožto klíčový zadavatel lesnických zakázek nerealizoval od roku 2007, od kterého zadává veřejné zakázky, rámcovou smlouvu s požadovaným předmětem plnění. Stejná situace je u zadavatele KRNAP a Vojenské lesy a statky, s. p. Na základě vlastního šetření Úřad dále ve správním řízení zjistil, že žádná organizace "městských lesů" nezadávala veřejné zakázky, jejichž předmět by odpovídal požadavkům na technické kvalifikační předpoklady stanovené zadavatelem. Ze znění technických kvalifikačních předpokladů uveřejněných zadavatelem v ISVZ je tedy zřejmé, že byly stanoveny na míru vybranému uchazeči, který je prokazoval právě referencemi, které získal u zadavatele. Přestože zadavatel stanovil všem potenciálním dodavatelům stejné podmínky, nelze dle Úřadu učinit závěr, že nepostupoval diskriminačně.

6. V této souvislosti Úřad odkázal např. na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 20/2008 ze dne 5. 6. 2008, ve kterém je mj. uvedeno, že "…diskriminační je i taková podmínka, která je sice nastavena pro všechny uchazeče stejně, ale která je nepřiměřená povaze a složitosti veřejné zakázky, je-li schopná omezit okruh potenciálních dodavatelů". Z uvedeného rozsudku dle Úřadu vyplývá, že skrytou formu nepřípustné diskriminace v zadávacích řízeních je takový postup zadavatele, který znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových kvalifikačních předpokladů, kdy požadovaná úroveň kvalifikačních předpokladů je zjevně nepřiměřená ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, přičemž je zřejmé, že je mohou splnit pouze a jenom někteří z dodavatelů, jež by jinak byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými. Na tomto místě pak Úřad znovu akcentuje význam ustanovení § 6 zákona ve vztahu ke stanovení kvalifikačních předpokladů. Toto ustanovení totiž směřuje zejména k hlavnímu cíli samotného zákona, kterým je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Zákon tohoto cíle dosahuje především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli. K zajištění konkurence mezi dodavateli slouží zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace. Zásada zákazu diskriminace se použije i v oblasti stanovení kvalifikace uchazečů, k tomu Úřad dále citoval z označeného rozsudku: "Na druhou stranu je nepochybné, že omezení zákazu diskriminace podle § 6 zákona jen na takto definovanou zjevnou diskriminaci by v podstatě vytvořilo jednoduchou cestu jak zákaz diskriminace

v oblasti veřejných zakázek obejít." I v případě kvalifikačních předpokladů nastavených zdánlivě stejně pro všechny dodavatele může tedy nastat situace, že zvýhodňují některé z nich. Z uvedeného dle závěru Úřadu plyne, že smysl a cíl zákazu diskriminace zahrnuje jednak zákaz diskriminace zjevné, tedy odlišného zacházení s jednotlivcem ve srovnání s celkem, jednak též zákaz diskriminace skryté, pokud tato vede v podstatě k obdobným právem zakázaným důsledkům v oblasti práva veřejných zakázek tedy narušování hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli.

7. Úřad dále konstatoval, že zadávací dokumentaci si vyzvedlo 9 dodavatelů, kdy mnozí z nich již léta aktivně působí v zadávacích řízeních jak na straně zadavatelů, tak i jednotlivých dodavatelů, přičemž někteří z nich spolupracovali např. i se zadavatelem Lesy ČR, s. p., který je největším zadavatelem – správcem lesa, a přesto nemohli podat nabídku. Úřad má přitom ze své rozhodovací praxe přehled o zadávacích řízeních, která zadavatel Lesy ČR, s. p. realizoval, a tudíž uvádí, že získat potřebné reference, resp. splnit technické kvalifikační předpoklady nemohl žádný jiný dodavatel než vybraný uchazeč, neboť se jednalo o mimořádně specifické požadavky na kvalifikační předpoklady, jež mohl získat pouze vybraný uchazeč, který v minulých letech realizoval veřejné zakázky odpovídající druhu, rozsahu a složitosti právě pro zadavatele. Pokud však při zdůvodnění takto stanovených technických kvalifikačních předpokladů zadavatel argumentoval rozsahem a složitostí dané veřejné zakázky a také časovou tísní, nelze takový argument dle Úřadu akceptovat, neboť při znalosti všech parametrů budoucího plnění mohl zadavatel specifikovat předmět plnění v zadávací dokumentaci tak, aby zadávací podmínky byly srozumitelné všem dodavatelům, přičemž mohl využít zkušeností vybraného uchazeče, který – jak vyplývá z jeho referencí – realizoval pro zadavatele veřejnou zakázku na rámcovou smlouvu s více jak 120 účastníky na jejímž základě byla zakázka zadána v cca 2000 případech. Veřejná zakázka měla být zadána v takovém časovém horizontu, aby dodavatelé měli dostatek času na přípravu svých nabídek. To se týká zejména programu LesiS, který je systémem nejen právním, ale i organizačním a informačním. Úřad dále zdůraznil, že neexistovaly objektivní okolnosti, které by znemožňovaly realizovat veřejnou zakázku i jiným dodavatelem než vybraným uchazečem.

8. Zadavatel pak neuvedl do souladu se zákonem požadavky na technické kvalifikační předpoklady ani když text "seznam významných služeb poskytnutých dodavatelem v posledních 12 měsících s uvedením jejich rozsahu a doby poskytnutí" nahradil textem "seznam významných služeb poskytnutých dodavatelem v posledních 36 měsících s uvedením jejich rozsahu a doby poskytnutí", dále když změnil požadavek z "minimálně 1 reference na organizaci zadávacího řízení na uzavření rámcové smlouvy dle zákona č. 137/2006 Sb., kde počet zájemců (účastníků rámcové smlouvy) byl alespoň deset a na základě této RS byla zadána zakázka minimálně ve 20 případech…" na "minimálně 1 reference na organizaci zadávacího řízení na uzavření rámcové smlouvy dle zákona č. 137/2006 Sb., kde počet zájemců (účastníků rámcové smlouvy) byl alespoň tři a na základě této RS byla zadána zakázka minimálně ve 10 případech". Ani částečně prodloužená lhůta pro podání nabídek nemůže uvést do souladu se zákonem postup zadavatele při stanovení technických kvalifikačních předpokladů, jelikož oznámení o zakázce uveřejněné v ISVZ je zásadním informačním zdrojem pro dodavatele, kteří by měli zájem zúčastnit se zadávacího řízení, a kterým by oznámení mělo poskytnout takové informace, aby věděli co

je předmětem veřejné zakázky a jaké kvalifikační předpoklady jsou nezbytné pro účast v zadávacím řízení. Následné "změkčení" kvalifikačních předpokladů již "nevrátí do soutěže" ty dodavatele, kteří byli "odrazeni" od účasti v zadávacím řízení již obsahem oznámení o zakázce, kterýžto závěr Úřad odůvodnil i odkazem na svou dřívější rozhodovací praxi.

9. Úřad dále připomenul, že změna požadavků na prokázání technických kvalifikačních předpokladů uchazečů přišla nejen s velkým časovým zpožděním, ale i zmírněné technické kvalifikační předpoklady měly vliv na okruh případných uchazečů o veřejnou zakázku, přestože došlo ke značnému snížení požadované hodnoty u referenčních zakázek na rámcovou smlouvu. Změna technických kvalifikačních předpokladů v průběhu zadávacího řízení mohla diskriminačně působit i na ty subjekty, kteří si zadávací dokumentaci vyzvedli, neboť změnu technických kvalifikačních předpokladů zadavatel oznámil 4 dny před podáním nabídek, přičemž někteří dodavatelé dopis, ve kterém byly uvedené nové hodnoty pro dokládání technických kvalifikačních předpokladů obdrželi den před podáním nabídek a tato změna na "poslední chvíli" mohla zásadním způsobem ovlivnit jejich zájem zúčastnit se zadávacího řízení.

10. K požadavku zadavatele na tým osob podílejících se na plnění předmětu zakázky, a to zejména v případě právníka specialisty na veřejné zakázky s minimálně tříletou praxi v oblasti veřejných zakázek a praxí se zaváděním informačních systémů pro subjekt na nějž dopadá zákon č. 219/2000 Sb., o majetku státu (minimálně dvě implementace) Úřad uvedl, že tento je rovněž neoprávněný, neboť taková kombinace "dovedností" není běžná. Z celého kontextu tohoto požadavku, který splňoval člen týmu vybraného uchazeče se jeví, že tato podmínka zvýhodňovala vybraného uchazeče, který v minulých letech poskytoval služby zadavateli. Je zcela zřejmé, že vybraný uchazeč byl ve výhodě, jelikož důvěrně znal prostředí zadavatele, jeho požadavky a byl obeznámen a *de facto* sám navrhoval postup při zadávání veřejných zakázek v tzv. minitendrech, jak vyplývá z jeho vyjádření. Přesto tato výhoda vybraného uchazeče nemusela být na překážku v zadávacím řízení, jestliže zadavatel by stanovil technické kvalifikační předpoklady v souladu se zákonem a dostatečným způsobem specifikoval předmět veřejné zakázky ve všech jeho souvislostech, přičemž mohl využít právě zkušeností vybraného uchazeče, s nímž spolupracoval. Neexistuje však žádný objektivní důvod neumožnit jednotlivým dodavatelům poskládat realizační tým jak z právníků tak i odborníků na informační systémy, aniž by zadavatel požadoval kumulaci této odbornosti v jedné osobě.

11. K výši pokuty po prověření podmínek stanovených zákonem k jejímu uložení Úřad v souvislosti s okolnostmi spáchání správního deliktu uvedl, že zadavatel může vymezit minimální úroveň kvalifikačních předpokladů pouze takovým způsobem, aby byla přiměřená a odpovídala druhu, rozsahu a složitosti konkrétního předmětu veřejné zakázky. Zadavatel má s její pomocí ověřit způsobilost dodavatele provést veřejnou zakázku, nikoliv vytvářet neodůvodněné překážky pro účast dodavatele v zadávacím řízení, jak bylo učiněno v šetřeném případě. Takto nastavené kvalifikační předpoklady jsou v rozporu s cílem zákona o veřejných zakázkách a brání konkurenčnímu prostředí mezi dodavateli. Žádný z dodavatelů nesmí být přímo nebo nepřímo, vědomě nebo nevědomě zvýhodněn nebo znevýhodněn

oproti jiným subjektům ve stejném postavení. Stanovenou výši pokuty Úřad neposoudil jako za likvidační a považuje ji za dostatečně odrážející její preventivní i represivní funkci.

III. Námitky rozkladu

12. Proti napadenému rozhodnutí byl Úřadu dne 7. 7. 2010 doručen rozklad zadavatele. V podaném rozkladu zadavatel člení své námitky do dvou rovin, a to procesní (nepřezkoumatelnost rozhodnutí) a věcnou (posouzení přiměřenosti kvalifikačních kritérií ve vztahu k předmětu veřejné zakázky). Úřad se podle něj nevypořádal s argumenty zadavatele, kterými odůvodňoval opodstatněnost kvalifikačních kritérií ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, přičemž vypořádání se s argumenty zadavatele je shrnuto v závěru, že předmět veřejné zakázky neodůvodnil požadavek na prokázání kvalifikace v rozsahu, jak bylo uvedeno v zadávací dokumentaci. Zadavatel poznamenává, že odkaz na dodavatele, kteří zajišťovali zakázky například pro Lesy ČR, s. p. je zarážející, když právě tento veřejný zadavatel opakovaně při zadávání veřejných zakázek porušil zákon. Systém, kterým Lesy ČR, s. p., zadává veřejné zakázky na práce v lese je dle zadavatele nastaven pouze pro několik vybraných velkých dodavatelů. Zadavatel naopak zavedl systém, který vytváří v rámci zákonných mantinelů stejné podmínky pro drobného, středního i velkého dodavatele. Úřad vychází z informace, že žádný subjekt provádějící správu lesa rámcové smlouvy nepoužívá. Toto měl Úřad zjistit z provedeného šetření, avšak o tomto šetření není ve spisu žádný záznam. Z rozhodnutí také není jasné, jak přesně šetření probíhalo, a zda Úřad zjišťoval rámcové smlouvy uzavřené na zakázky malého rozsahu. Dále zadavatel uvedl, že neměl a nemá informace a ani prostředky, kterými by mohl zjistit, který subjekt rámcovou smlouvu podle zákona uzavřel a kdo nikoli. Zadavatel neměl ani povinnost zkoumat, kdo rámcovou smlouvu uzavřel a kdo nikoli. Zadavatel však měl na paměti, že například Lesy ČR, státní podnik, na konci roku 2004 vyhlásil výběrové řízení na uzavření rámcové smlouvy. Procesní vadou je i to, že Úřad ve svém rozhodnutí tvrdí, že dodavateli MT Legal, s. r. o., bylo znemožněno podat nabídku, což má být i důkazem porušení zákona. Tento dodavatel však zaslal zadavateli dopis, ve kterém jednak své námitky proti kvalifikačním kritériím vzal zpět a uvedl, že s ohledem na své kapacity nemá zájem se o zakázku ucházet a vůbec podávat nabídku. Zadavatel nesouhlasí ani věcně se závěrem Úřadu, že požadavek na prokázání kvalifikace třemi referencemi, kde by předmětem byly právní služby v oblasti veřejných zakázek u veřejného zadavatele, který provádí správu lesa, neodpovídal rozsahu, složitosti a technickým podmínkám veřejné zakázky.

13. Jestliže Úřad dospěl k závěru, že požadavek na prokázání kvalifikace v uvedeném rozsahu nebyl odůvodněn předmětem veřejné zakázky, zadavatel se domnívá, že předmět veřejné zakázky v zadávací dokumentaci řádně specifikoval. Nikdo si na vymezení předmětu veřejné zakázky v zadávací dokumentaci nestěžoval, ač byla zadávací dokumentace velice rozsáhlá a obsahovala veškeré potřebné informace. Přílohou zadávací dokumentace byly i dokumenty, které dokládaly způsob, předmět a obsah předchozí rámcové smlouvy. Názor Úřadu, že zadavatel měl plnění lépe specifikovat v zadávací dokumentaci, čímž by odpadl důvod k prokazování kvalifikace, je nesprávný. To, co odůvodňuje požadovanou kvalifikaci, v zadávací dokumentaci být nemůže, když toto má být výsledkem veřejné zakázky.

Nastavenou kvalifikací se zadavatel snažil zajistit kvalitu výsledku plnění veřejné zakázky, nikoli omezovat okruh potenciálních dodavatelů. Pokud by zadavatel byl schopný popsat a vyřešit veškeré otázky, které přinese až samotná realizace předmětné zakázky, nepotřeboval by tuto veřejnou zakázku vůbec vyhlašovat. Úřad se vůbec nezabýval tím, že předmětem posuzované veřejné zakázky nebyla „pouhá" realizace zadávacího řízení „Rámcová smlouva pro hlavní lesnické činnosti na období 2010-2011" ev. č. ISVZUS 60036598. V rámci plnění předmětné veřejné zakázky mělo být nejprve připraveno zadání veřejné zakázky „Rámcová smlouva pro hlavní lesnické činnosti na období 2010- 2011" ev. č. ISVZUS 60036598. Nastavení podmínek rámcové smlouvy, tedy zejména způsobu zadání jednotlivých veřejných zakázek v rámci minitendrů (vymezení předmětu minitendrů, stanovení podmínek plnění, vyhodnocení nabídek, uzavření realizační smlouvy), smluvní zajištění plnění jednotlivých minitendrů (předání místa plnění, kontrola plnění, převzetí plnění, sankce za porušení povinnosti dodavatelů) muselo být provedeno jednak s ohledem na zákon o veřejných zakázkách, ale i zákon č. 219/2000 Sb., a další právní normy upravující činnost zadavatele jako příspěvkové organizace. Stanovení podmínek a principů rámcové smlouvy muselo být provedeno s vidinou jejich promítnutí do vnitřních kontrolních, řídících a pracovněprávních vztahů. Rovněž tyto podmínky musely být stanoveny tak, aby mohly být implementovány do stávajícího informačního systému LesIS. Dále měla být provedena analýza procesů vnitřních na minimálně jednom územním pracovišti. S ohledem na podmínky stanovené rámcovou smlouvou musela být provedena i revize pracovně právních předpisů a pracovních náplní zaměstnanců. Z výše uvedeného jednoznačně vyplývá, že zadavatel nemohl v zadávací dokumentaci popsat budoucí plnění jinak. Právě řešení těchto otázek zadavatel požadoval po vítězi předmětné zakázky. Vzhledem k tomu, že zejména rozsah použití institutu rámcové smlouvy dle zákona je v ČR jedinečný (ani zákonodárce nepředpokládal, že by byla rámcová smlouva uzavřena s více než deseti uchazeči), musela být kvalifikační kritéria vymezena způsobem, který by tuto jedinečnost odrážel. Přestože zadavatel předpokládal uzavření rámcové smlouvy na těžební a pěstební činnosti se stovkami uchazečů a zadání zakázek na jejím základě v řádech tisíců případů, stanovil kvalifikační kritéria tak, že požadoval zkušenost s rámcovou smlouvou, kde jsou tři zájemci a plnění alespoň v deseti případech. Zde také zadavatel poukazuje na fakt, že kvalifikační kritéria byla nastavena tak, že služby sice měly být poskytnuté veřejnému zadavateli provádějícímu správu lesa, ale předmětem rámcové smlouvy nemusely být práce v lese. Pokud zadavatel hodlá zadat veřejnou zakázku na práce v určité oblasti a je lhostejno, zda se jedná lesnictví, zdravotnictví nebo IT, požaduje po zájemcích, aby prokázali, že mají s takovou oblastí zkušenost. Zadavatel považuje rovněž za zcela evidentní rozdíl mezi rámcovou smlouvou soutěžního typu a rámcovou smlouvou s jediným uchazečem a stejně tak i rozdíl mezi rámcovou smlouvou se třemi zájemci a rámcovou smlouvou se 130 zájemci, kteří navíc nepodali nabídky do všech částí veřejné zakázky. Pokud by v rozsahu počtu uchazečů a počtu veřejných zakázek zadaných na základě rámcové smlouvy nebyl rozdíl, nebyl by rozdíl ani mezi stavbou za 5 mil. Kč a 500 mil. Kč. Takový závěr je však dle zadavatele absurdní.

14. Druhým, nikoli však rozhodujícím důvodem pro stanovení předmětné kvalifikace byl i čas vyhlášení veřejné zakázky ev. č. ISVZUS 60036598 a v této souvislosti se názor Úřadu, že zadavatel mohl veřejnou zakázku vyhlásit dříve, zadavateli jeví jako zjednodušující. Zadavatel

potřeboval vyřešit zadávání prací v lese, přičemž nejprve hodlal uplatnit opci sjednanou v původních rámcových smlouvách, ale s ohledem na zkušenosti se zadáváním veřejných zakázek na jejím základě a zejména s ohledem na skutečnost, že se začaly množit výhrady dodavatelů k postupu zadavatele, což ostatně rovněž Úřad řešil, bylo přijato rozhodnutí, neprodlužovat rámcovou smlouvu uzavřenou v rámci pilotního projektu, ale uzavřít nové rámcové smlouvy, které by jakýmkoliv námitkám dodavatelů a případným sporům zamezily. Toto rozhodnutí bylo přijato sice neprodleně, ale čas na uzavření rámcových smluv byl značně limitní. Proto zadavatel potřeboval vybrat subjekt, který má s rámcovými smlouvami a současně i podmínkami u zadavatele, který je příspěvkovou organizací, zkušenost. Úřad zadavateli vyčítá požadavek, aby členem realizačního týmu byla osoba, která má právnické vzdělání, praxi s veřejnými zakázkami a současně praxi se zaváděním informačního systému pro subjekt, na nějž dopadá zákon č. 219/2000 Sb., a poukazuje na to, že mohl být součástí týmu počítačový expert. V tomto bodě došlo ze strany Úřadu k nepochopení. Požadavek na právní vzdělání, zkušenost s veřejnými zakázkami a zkušenost se zaváděním informačních systémů, které by se snoubily v jedné osobě, byl zcela legitimní. Tato osoba měla zajistit, aby bylo navrženo takové právní řešení, které by bylo technicky jednoduše převoditelné, uchopitelné a nemuselo se po konzultaci se systémovými odborníky přepracovávat. Z napadeného rozhodnutí není možné zjistit, jaké konkrétní skutečnosti vzal Úřad za rozhodující pro stanovení výše sankce. Odůvodnění výše pokuty je provedeno pouze velice obecně. Z odůvodnění rovněž nevyplývá, jak Úřad hodnotil cenu za právní služby a skutečnost, že k této ceně nejsou počítány žádné další náklady, režijní paušály nebo cestovní náhrady. S ohledem na vše výše uvedené zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a řízení zastavil.

IV. Řízení o rozkladu

15. Správní orgán prvního stupně určil usnesením č.j. ÚOHS-S84/2010/VZ-10122/2010/510/IFa ze dne 12.7.2010 vybranému uchazeči lhůtu pěti dnů k vyjádření k podanému rozkladu. Vybraný uchazeč se vyjádřil k rozkladu dopisem ze dne 15. 7. 2010, v němž uvádí, že z odůvodnění předmětného rozhodnutí nevyplývá, že by se Úřad zabýval skutečnostmi nasvědčujícími, že ze strany zadavatele došlo k porušení zásady zákazu diskriminace, aby mohl správně posoudit, že nastavení kvalifikačních předpokladů je ve vztahu k velikosti a složitosti a technické náročnosti veřejné zakázky zjevně nepřiměřené. Úřad se rovněž dostatečně nevypořádal s argumenty vybraného uchazeče ani zadavatele a rovněž nedodržel zásadu volného hodnocení důkazů, když z odůvodnění napadeného rozhodnutí není patrné, jakými úvahami se při hodnocení důkazů řídil, jak tyto hodnotil jednotlivě a ve vzájemných souvislostech, a jež tak měly být podkladem pro jeho rozhodnutí.

16. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen "správní řád") a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.

17. 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 s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.

18. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S84/2010/VZ-5550/2010/510/IFa ze dne 17. 6. 2010 rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 56 odst. 2 písm. a) a v ustanovení § 56 odst. 2 písm. e) zákona ve spojení s ustanovením § 6 a § 56 odst. 7 písm. c) zákona tím, že nevymezil minimální úroveň technických kvalifikačních předpokladů tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky a současně je stanovil v rozporu se zásadou zákazu diskriminace, přičemž tento jeho postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž výrok o uložené pokutě považuji za zákonný a správný. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

19. Předně uvádím, že jsem se v plném rozsahu ztotožnil i s odůvodněním napadeného rozhodnutí, které považuji za dostatečné, srozumitelné a přezkoumatelné. Přestože rozklad podaný zadavatelem neobsahuje žádné nové skutečnosti, ke kterým by bylo možné v řízení o rozkladu přihlížet, však považuji za vhodné uvést následující skutečnosti.

20. Dle rozkladové argumentace zadavatele z odůvodnění napadeného rozhodnutí nevyplývá, jakým způsobem Úřad dospěl k závěru, že neexistuje zadavatel, který vykonává správu lesa a současně zadává veřejné zakázky na základě rámcové smlouvy, neboť dle názoru zadavatele není o provedeném šetření ve spise žádný záznam, přičemž zadavatel dále tvrdí, že nemá informace ani prostředky k tomu, aby zjišťoval, jakým způsobem zadávají veřejné zakázky ostatní „správci lesa“. K tomu nejprve zdůrazňuji, že je to výhradně zadavatel, kdo je odpovědný za stanovení kvalifikačních předpokladů přiměřených rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky tak, aby bylo zajištěno dodržení základních zásad zákazu diskriminace a rovného zacházení v souladu s ust. § 6 zákona a v tomto smyslu má tedy povinnost takto postupovat i při přípravě zadávacího řízení ve fázi zpracování zadávací dokumentace a stanovení úrovně prokázání kvalifikačních předpokladů.

21. Jestliže zadavatel tvrdí, že nemá k dispozici informace ani prostředky k ověření toho, nakolik jsou jím nastavené kvalifikační požadavky přiměřené, nemohu se s takovou argumentací ztotožnit. Jedním ze způsobů jak lze zjistit, zda zadavatelé zadávají nadlimitní veřejné zakázky na základě rámcové smlouvy, je například běžná uživatelská rešerše veřejně přístupného informačního systému o veřejných zakázkách (§ 157 zákona), kde lze snadno zjistit, jakým způsobem zadávají veřejné zakázky všichni potenciálně vhodní zadavatelé. Takto lze například k zachování jistoty, že skutečně v rozhodném období vyjma vybraného uchazeče neexistoval žádný jiný dodavatel, který mohl splnit zadavatelem nastavená kvalifikační kritéria, v uvedeném kontextu zjistit postupy užívané v zadávacím procesu všech zadavatelů vyjmenovaných v napadeném rozhodnutí, přičemž takto zjištěnou skutečnost mám za obecně známou ve smyslu ust. § 50 odst. 1 správního řádu. Tento závěr v daném případě vztahuji na obecnou známost ve vztahu k subjektům působícím v oblasti zadávání

veřejných zakázek, kdy jak uchazeči o veřejné zakázky, tak i jejich zadavatelé, jsou profesionálními uživateli informačního systému o veřejných zakázkách a běžně tuto veřejně přístupnou databázi užívají formou jak aktivního (vkládání informací o nových zadávacích řízeních a následných postupech zadavatelů v jejich rámci), tak i pasivního (vyhledávání v existujících záznamech) přístupu do ní. O velmi značné části realizovaných zadávacích řízení a postupech nejrůznějších zadavatelů při jejich realizaci má pak Úřad podrobný přehled z jím vykonávané úřední činnosti, a to nejen v rámci probíhajících či již ukončených správních řízení, ale i z výsledků šetření obdržených podnětů, které v zahájení správního řízení odraz nenaleznou.

22. Veškeré vyjmenované zdroje považuji za způsobilé být podkladem pro napadené rozhodnutí a rovněž tak i zadavatel měl možnost nejméně na podporu svých rozkladových námitek jmenovat libovolného – uvedeným způsobem zjištěného – zadavatele, jenž by byl způsobilý poskytnout předmětné reference (toto je mj. velmi častý argument účastníků v jiných správních řízeních, týkajících se obdobného domnělého, či již konstatovaného, pochybení zadavatelů), což se však v daném případě nestalo a zadavatel se ve své argumentaci omezuje již pouze na další rozmělňování skutečností uvedených v rámci správního řízení před Úřadem, které však nejsou způsobilé zvrátit závěr o tom, že se zadavatel uvedeným jednáním spočívajícím ve stanovení diskriminačních kvalifikačních předpokladů skutečně dopustil správního deliktu. Za zcela irelevantní považuji pak v této souvislosti i poukaz zadavatele na předmětnou rámcovou smlouvu na zakázky malého rozsahu, jež mají být v rámci plnění šetřené veřejné zakázky realizovány, neboť v daném případě tyto nejsou zakázkami, kterými by mohli dodavatelé prokazovat své reference, když hodnoty stanovené v kvalifikačních předpokladech byly určeny pro nadlimitní veřejné zakázky (přesahující 100 mil. Kč). K obecnému rozkladovému tvrzení zadavatele, že se Úřad dostatečně nevypořádal s jeho argumenty ohledně kvalifikačních kritérií, které byly dle jeho názoru stanoveny v souladu s rozsahem předmětné veřejné zakázky, dále uvádím, že odůvodnění napadeného rozhodnutí stran této problematiky považuji za srozumitelné, přezkoumatelné a vyčerpávající.

23. V souvislosti s další rozkladovou argumentací zadavatele uvádím, že nemůže být sporu o tom, že jedinou nabídkou podanou v zadávacím řízení byla nabídka vybraného uchazeče, přičemž všechny technické kvalifikační předpoklady byly vybraným uchazečem splněny právě referencemi získanými na základě předchozí spolupráce se zadavatelem. Nelze tedy pominout fakt, že zadavatel v předmětné veřejné zakázce zcela vyloučil soutěž mezi dodavateli a zadávací podmínky nastavil na míru pro konkrétního dodavatele, a to ani za pomocí argumentace týkající se složitosti a tvrzené efektivity zadavatelem poptávaného systémů minitendrů. Za situace, kdy zadavatel postupoval při stanovení kvalifikačních předpokladů zcela diskriminačním způsobem, nelze toto jeho pochybení zakrýt ani argumenty ohledně náročného zadávání veřejných zakázek na základě rámcové smlouvy, či odkazem na další činnosti, které jsou obsahem veřejné zakázky nebo specifickým postavením zadavatele jakožto příspěvkové organizace.

24. Stran technického kvalifikačního požadavku na osobu, která zároveň má právní vzdělání, zkušenost s veřejnými zakázkami a zároveň zkušenost se zaváděním informačních systémů,

souhlasně s Úřadem konstatuji, že takováto osoba byla sice součástí realizačního týmu vybraného uchazeče, ale zdaleka není běžné, aby osoby s právnickým vzděláním měly i znalosti se zaváděním informačních systémů. Zde považuji za nutné zdůraznit, že se jedná o zcela jiný druh kvalifikace a je proto (stejně jako u poptávaných referencí) otázkou, zda existuje ještě jiný dodavatel, který disponuje osobami s takto specifickým vzděláním a znalostmi. V průběhu správního řízení však zadavatel nepředložil jakékoli důkazy, které by svědčily jeho argumentaci o nediskriminačním postupu a pomohly mu prokázat, že kvalifikační předpoklady by byli schopni vyjma vybraného uchazeče splnit i jiní dodavatelé. Naopak, všechny skutečnosti svědčí o tom, že se o diskriminačně nastavená kvalifikační kritéria jedná, neboť je byl schopen splnit pouze jeden uchazeč. Pokud zadavatel v rozkladu namítá, že tento kvalifikační požadavek měl zajistit, aby navržené právní řešení bylo jednoduše technicky převoditelné a uchopitelné informačním systémem a nemuselo být po konzultaci se systémovými odborníky přepracováváno, dodávám, že právě kombinace dvou nebo více specialistů s průnikem poptávané kvalifikace mohla zadavateli zabezpečit stejnou míru jistoty, jako poptávaný odborník jeden – byť s víceoborovou specializací, neboť počet osob naplňujících požadavek na kvalifikaci v několika disciplínách vzdělání (např. oproti požadavku na počet let absolvované praxe v oboru jediném) podle mne nemůže mít zásadní vliv na jakost plnění poskytovaného zadavateli. Tato úvaha Úřadu je tak plně legitimní a analogicky odpovídá například i institutu prokazování kvalifikace pomocí subdodavatele, který je v zákoně přímo zakotven. Zadavatel i vybraný uchazeč ke stanovení kvalifikačních předpokladů v průběhu správního řízení i řízení o rozkladu dále pouze dokladují, že se v případě šetřené veřejné zakázky jedná o efektivní systém, který umožňuje realizovat lesnické činnosti efektivně, hospodárně a časově úsporně, avšak ani v případě, že by tento systém fungoval takovým způsobem, který zadavatel i vybraný uchazeč ve svých vyjádřeních obsáhle obhajují, nemůže mít tato skutečnost vliv na existenci diskriminačního postupu zadavatele při zadání veřejné zakázky.

25. K tvrzení zadavatele, že žádný z uchazečů proti vymezení kvalifikace v zadávacích podmínkách nevznesl námitky ani připomínky uvádím, že tento argument se nezakládá na pravdě, neboť zahájení tohoto správního řízení *ex officio* předcházelo správní řízení sp. zn. ÚOHS-S3/2010/VZ zahájené na návrh, které však bylo zastaveno podle § 117a písm. a) zákona, což je v odůvodnění napadeného rozhodnutí taktéž uvedeno.

26. Úřad ve svém rozhodnutí dále správně uvedl, že není zákonné požadovat kvalifikaci, která je diskriminační pro většinu dodavatelů, kteří by jinak veřejnou zakázku mohli realizovat, avšak specifika vyplývající z předmětu veřejné zakázky měl zadavatel zapracovat do zadávací dokumentace takovým způsobem, aby tuto veřejnou zakázku mohli realizovat skutečně kvalifikovaní dodavatelé. Konstatuji, že tuto argumentaci Úřad použil oprávněně, a to zejména ve vztahu k často opakovaným argumentům zadavatele i vybraného uchazeče, že veřejná zakázka byla složitá a časově náročná a *de facto* ji mohl realizovat pouze vybraný uchazeč, který měl s tímto způsobem zadávání již zkušenosti, neboť pro zadavatele mj. vytvořil celý systém zadávání veřejných zakázek na základě rámcových smluv realizovaných prostřednictvím minitendrů.

27. Ohledně posledních námitek zadavatele týkajících se nepřezkoumatelnosti uložené pokuty uvádím, že s její výší se rovněž plně ztotožňuji a její odůvodnění považuji za přesvědčivé a srozumitelné, neboť Úřad správně při svých úvahách vycházel zejména ze smluv

předložených zadavatelem, z ostatního obsahu správního spisu a zejména z okolností a způsobu spáchání správního deliktu.

VI. Závěr

28. 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.

29. 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 správního řádu dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Správa Národního parku a Chráněné krajinné oblasti Šumava, 1. Máje 260/8, 385 01 Vimperk
2. Mgr. Michal Bernášek, P.O. BOX 109, 304 09 Plzeň

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