UOHSX003QSCT

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R42/2011/VZ-13425/2011/310-EKu V Brně dne: 25.8.2011

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 21. 2. 2011 podaném navrhovatelem – společností PERFECTED s. r. o., IČ 27683028, se sídlem Hybešova 726/42, 602 00 Brno, za niž jedná Ing. Roman Stuchlík, jednatel,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 9. 2. 2011, č.j. ÚOHS-S388/2010/VZ-19601/2010/510/IFa, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – společnosti ČEPRO, a. s., IČ 60193531, se sídlem Dělnická 213, 170 04 Praha 7, za niž jednají Ing. Jiří Borovec, MBA, předseda představenstva, a Ing. Ladislav Staněk, člen představenstva, ve správním řízení zastoupena JUDr. Petrem Jonášem, advokátem AK Žižka & Partners, se sídlem Na Příkopě 15, 140 00 Praha, při zadávání veřejné zakázky s názvem „Poskytování systémové a servisní podpory WAN/LAN“, zadávané v užším řízení podle § 28 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jehož oznámení bylo v informačním systému uveřejněno dne 13. 8. 2010 pod evidenčním číslem 60048630 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 17. 8. 2010 pod ev. č. 2010/S 158-244604,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 9. 2. 2011, č.j. ÚOHS-S388/2010/VZ-19601/2010/510/IFa,

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

O D Ů V O D N Ě N Í

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

1. Zadavatel – společnost ČEPRO, a. s., IČ 60193531, se sídlem Dělnická 213, 170 04 Praha 7, za niž jednají Ing. Jiří Borovec, MBA, předseda představenstva, a Ing. Ladislav Staněk, člen představenstva, ve správním řízení zastoupena JUDr. Petrem Jonášem, advokátem AK Žižka & Partners, se sídlem Na Příkopě 15, 140 00 Praha (dále jen „zadavatel“), uveřejnil v souladu s § 26 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), v informačním systému dne 13. 8. 2010 pod evidenčním číslem 60048630 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 17. 8. 2010 pod ev. č. 2010/S 158-244604, oznámení užšího zadávacího řízení na veřejnou zakázku s názvem „Poskytování systémové a servisní podpory WAN/LAN“. Pozn.: pokud je v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění platné v době provedení úkonu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“ nebo „orgán dohledu“) nebo v době provedení jednotlivých úkonů účastníků řízení.

2. Úřad obdržel dne 1. 10. 2010 návrh společnosti PERFECTED s. r. o., IČ 27683028, se sídlem Hybešova 726/42, 602 00 Brno, za niž jedná Ing. Roman Stuchlík, jednatel (dále jen „navrhovatel“) na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, neboť zadavatel nevyhověl námitkám podaným proti zadávacím podmínkám. Navrhovatel měl za to, že požadavek zadavatele, aby celkový obrat dosažený dodavatelem v posledních třech ukončených účetních obdobích činil v souhrnu min. 18 mil. Kč a současně aby dodavatel v každém z posledních tří ukončených účetních období dosáhl kladného hospodářského výsledku, je diskriminační. Ke dni podání návrhu tedy Úřad zahájil správní řízení, za jehož účastníky označil zadavatele a navrhovatele.

3. V podaném návrhu navrhoval předně uvedl, že požadavek zadavatele na dosažení kladného hospodářského výsledku dodavatelem v posledních třech ukončených účetních obdobích neoprávněně znemožňuje přístup dodavatelů objektivně schopných řádně plnit předmět veřejné zakázky. Zadavatel nezohlednil, že výše uvedený požadavek významně a neoprávněně omezuje počet dodavatelů, kteří se o veřejnou

zakázku mohou ucházet. Důvody na doložení kladného hospodářského výsledku dodavatele za poslední tři uzavřená účetní období jsou neopodstatněné, neboť to nejsou relevantní skutečnosti pro posouzení schopnosti dodavatele plnit včas a řádně předmět veřejné zakázky. Existují jiné instituty, které o finanční stabilitě i ekonomické kapacitě dodavatele více vypovídají a mohou být z hlediska kvalifikace relevantní (např. obrat). Tvrzení zadavatele, že navrhovatele přivedla ekonomická krize do ekonomických problémů, kvůli kterým skončil ve ztrátě, navrhovatel popřel a uvedl, že takové závěry zadavatele jsou vytrženy z kontextu. Naopak, navrhovatel je v postavení, kdy by byl schopen plnit předmět veřejné zakázky řádně. Co se týče pojmu „dostatečné množství žádostí o účast“, který zadavatel v rozhodnutí o námitkách použil, vytýkal navrhovatel zadavateli, že jej dále nerozvedl a z jeho tvrzení neplyne nic jiného, než že obdržel několik žádostí o účast od dodavatelů, přičemž není jisté, zda tito splnili požadavky zadavatele na kvalifikační předpoklady. Toto tvrzení zadavatele vůbec nenaznačuje, že by požadavek na dosažení kladného hospodářského výsledku za poslední tři uzavřená období byl nediskriminační, a že soutěž nebyla objektivně omezena. Na podporu svého názoru odkázal navrhovatel na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152.

4. Zadavatel k podanému návrhu s odkazem na dosavadní rozhodovací praxi Úřadu a Krajského soudu v Brně uvedl, že požadavek na prokázání kladného hospodářského výsledku je z hlediska zákona oprávněným ekonomickým a finančním kvalifikačním požadavkem, který má relevantní vypovídací hodnotu o obecné bonitě dodavatele a jeho ekonomické výkonnosti a stabilitě; to vše i s ohledem na charakter veřejné zakázky, pro který je typická nepřetržitá a časově neomezená 24 hodinová pohotovost spojená s požadavky na rychlost servisního zásahu ve vztahu k velkému množství objektů. Pokud nebude dodavatel ohrožen či postižen „bankrotem“, tak se může jednat např. o následující zcela reálné situace vyplývající z hospodářské ztráty, kdy může dojít k částečnému nebo úplnému neplnění veřejné zakázky: dodavatel bude muset propustit odborníky či omezit počet pracovníků určených k plnění předmětu veřejné zakázky, což může ovlivnit rychlost anebo kvalitu poskytovaných služeb, nebo nebude schopen zajistit nákup potřebného materiálu a vybavení, popř. zajistit jeho včasnou obnovu, případně nebude schopen udržovat si certifikace potřebné k plnění předmětu veřejné zakázky. Stabilita partnera je pro řádné a včasné plnění předmětu veřejné zakázky nezbytná mj. také z toho důvodu, že dodavatel musí být dobře seznámen s místy plnění a infrastrukturou IT zadavatele, včetně komponentů, které jsou objektem plnění veřejné zakázky, a toto seznámení může trvat i několik týdnů. V případě náhlé a neočekávané nutnosti výměny dodavatele by mohlo nezajištění okamžitého řádného výkonu servisních činností na střediscích zadavatele a jeho IT struktuře destabilizovat chod podniku.

Napadené rozhodnutí

5. Dne 9. 2. 2011 vydal Úřad rozhodnutí č.j. ÚOHS-S388/2010/VZ-19601/2010/510/IFa (dále jen „napadené rozhodnutí“), kterým rozhodl, že se návrh navrhovatele podle § 118 odst. 4 písm. a) zákona zamítá a že zadavatel není povinen hradit náklady správního řízení ve smyslu § 119 odst. 2 zákona.

6. Orgán dohledu v průběhu správního řízení oslovil dodavatele, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci a požádal je o sdělení, zda splňují ekonomický a finanční kvalifikační předpoklad podle § 55 odst. 1 písm. c) zákona, tj. kladný hospodářský výsledek za poslední tři ukončená účetní období. S odkazem na § 6, § 17 písm. e), § 55 odst. 1 písm. b) zákona, čl. III.2.2 oznámení zadávacího řízení, bod 2.4.2 kvalifikační dokumentace, zaslaná vyjádření dodavatelů, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci, a stručná shrnutí všech rozhodnutí a rozsudků, na něž bylo v průběhu správního řízení odkázáno, dospěl Úřad k závěru, že z výše citovaných rozhodnutí a rozsudků nevyplývá, že by byl kladný hospodářský výsledek jakožto ukazatel zisku podniku rozporován s ohledem na jeho obecně vypovídací schopnost jako souhrnného hodnotového ukazatele používaného při posuzování výkonnosti společnosti; v citovaných rozhodnutích a rozsudcích ekonomický a finanční předpoklad – kladný hospodářský výsledek v posledních třech ukončených účetních obdobích – nebyl řešen. Podstatné je zejména to, co požadavek na prokázání splnění kvalifikačního předpokladu „alespoň jeden kladný hospodářský výsledek v posledních třech účetních obdobích“, ve skutečnosti způsobil. Krajský soud ve svém rozsudku ze dne 12. 8. 2010, č. j. 62 Ca 10/2009, mj. uvedl, že není namístě zpochybňovat důvody, které zadavatele k volbě konkrétního ekonomického a finančního předpokladu vedly, ani význam ukazatele zisku z pohledu obecné bonity dodavatele, a rovněž nedospěl k závěru, že by požadavek na kladný hospodářský výsledek byl kvalifikačním kritériem, které by bylo v rozporu se zákonem. V této souvislosti Úřad poznamenal, že je třeba vždy při stanovení ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů přihlédnout ke konkrétní veřejné zakázce, zda-li takto nastavený požadavek není diskriminační. Úřad při posuzování tohoto požadavku zadavatele vycházel z odůvodnění výše cit. rozsudku Krajského soudu v Brně, a to zejména ze skutečnosti, že žádost o účast podalo 7 zájemců, a přestože 3 z nich nesplnili ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady podle požadavků stanovených v kvalifikační dokumentaci, kvalifikační komise navrhla zadavateli vyzvat zájemce podle ustanovení § 59 odst. 4 zákona k doplnění dalších dodatečných dokladů a informací k prokázání splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů. Dále Úřad uvedl, že požádal ostatní dodavatele, kteří si vyzvedli kvalifikační dokumentaci, avšak nepodali žádost o účast, o sdělení, zda splňují ekonomický a finanční kvalifikační předpoklad – kladný hospodářský výsledek za poslední tři ukončená účetní období. Na žádost reagovalo 11 dodavatelů, z nichž 4 požadovaný kvalifikační předpoklad nesplnili, 1 dodavatel odmítl poskytnout požadované informace a 6 dodavatelů požadavek na kladný hospodářský výsledek za poslední tři ukončená účetní období splnilo. Z protokolu o posouzení kvalifikace ze dne 4. 10. 2011 je zřejmé, že tři zájemci o účast splnili všechny kvalifikační předpoklady. Čtyři dodavatele navrhla kvalifikační komise vyzvat k doplnění dalších dodatečných dokladů a informací k prokázání splnění kvalifikačních předpokladů. S ohledem na prohlášení 6 dodavatelů, že splnili požadovaný ekonomický a finanční kvalifikační předpoklad s tím, že 3 zájemci o účast v užším řízení prokázali splnění kvalifikace v plném rozsahu, lze konstatovat, že existovalo minimálně 9 dodavatelů, kteří požadovaný ekonomický a finanční kvalifikační předpoklad splňují, tudíž nelze konstatovat, že by zadavatel porušil zásadu zákazu diskriminace, a to ani diskriminace skryté. Navíc pokud by další 3 dodavatelé, kteří podali žádost o účast v užším řízení, splnili ekonomický a finanční kvalifikační předpoklad, potom by existovalo celkem 12

dodavatelů, kteří splňují předmětnou kvalifikaci. Úřad však současně zdůraznil, že závěr ohledně vymezení úrovně šetřeného ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu, nelze aplikovat automaticky na jiné zadávací řízení s jiným předmětem plnění. Závěrem Úřad připomněl, že se zadávacího řízení zúčastnilo 7 zájemců, kteří podali žádost o účast, a jestliže všichni zájemci splní stanovené kvalifikační předpoklady a zadavatel na základě předem stanovených kritérií omezí počet zájemců na 5, lze hovořit o zachování hospodářské soutěže, která je základním předpokladem účelného vynakládání finančních prostředků z veřejných rozpočtů.

II. Námitky rozkladu

7. Proti napadenému rozhodnutí obdržel Úřad rozklad navrhovatele, který po stručném shrnutí průběhu zadávacího a správního řízení vyjadřuje svůj nesouhlas s posouzením věci. Trvá na tom, že zadavatel stanovil ekonomický a finanční kvalifikační předpoklad nedůvodně, což mělo za následek omezení soutěže o veřejnou zakázku. Ve správním řízení rovněž nebylo prokázáno, že by tento požadavek bezprostředně souvisel s předmětem veřejné zakázky tak, jak požaduje § 50 odst. 3 zákona, a sám navrhovatel tuto souvislost zpochybňuje. Z uvedeného důvodu je napadené rozhodnutí nezákonné. Poskytování servisních služeb a služeb podpory nemusí přímo vyvolat potřebu investičních aktivit (a s tím souvisejících odpisů) vybraného dodavatele, a požadavek zadavatele je proto nadbytečný a zbytečně navrhovateli znemožnil přístup k veřejné zakázce. K akcentované nutnosti ekonomické stability dodavatelů navrhovatel uvádí, že dosažení kladného hospodářského výsledku o ekonomické stabilitě dodavatele příliš nevypovídá. S odkazem na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 12. 8. 2010, č. j. 62 Ca 10/2009, navrhovatel připomíná, že se zadavatel musí podrobně zabývat tím, nakolik je zisk vypovídací hodnotou pro realizaci konkrétní veřejné zakázky. Je zcela lhostejné, že žádost o účast podalo více než pět dodavatelů, v případě, že tito dodavatelé předmětný kvalifikační předpoklad splnili. Rozhodné je, že byla znemožněna účast byť jen jednomu fakticky kvalifikovanému dodavateli. Navrhovatel tedy trvá na tom, že zadavatelův postup byl skrytě diskriminační.

8. V další části podaného rozkladu upozorňuje navrhovatel na jiné zadávací řízení („Poskytování konektivity“, v informačním systému pod evidenčním č. 60048629), uveřejněné paralelně s přezkoumávaným zadávacím řízením, v jehož případě zadavatel na základě námitek navrhovatele změnil kvalifikační dokumentaci tak, že požadavek na dosažení kladného hospodářského výsledku v každém ze tří uzavřených uplynulých účetních období z kvalifikační dokumentace vypustil. O této skutečnosti se navrhovatel dozvěděl náhodou na základě neformální komunikace se společnosti GTS Czech, s. r. o. Pokud by se však o ní dozvěděl dříve, orgán dohledu by náležitě upozornil a mohl by očekávat posouzení postupu zadavatele zcela jiným způsobem. Navrhovatel postup zadavatele v související veřejné zakázce považuje za důkaz toho, že si zadavatel byl vědom nedůvodnosti požadavku na kladný hospodářský výsledek v každém ze tří uzavřených uplynulých účetních období. Není však jasné, proč v rámci přezkoumávané veřejné zakázky svůj požadavek ponechal a proč jej naopak dodatečně zrušil v rámci veřejné zakázky „Poskytování konektivity“. Tento postup vzbuzuje pochybnosti o důvěryhodnosti a korektnosti postupu zadavatele, jež se jeví jako netransparentní,

zmatečný a podezřelý (s odkazem na definici netransparentnosti podanou v rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 5. 2008, sp. zn. 5 Afs 131/2007).

Závěr rozkladu

9. Z výše uvedených důvodů navrhovatel požaduje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí změnil tak, že se přezkoumávané zadávací řízení zrušuje.

Vyjádření dalších účastníků řízení

10. K podanému rozkladu se vyjádřil zadavatel v tom směru, že se s napadeným rozhodnutím zcela ztotožňuje a odkazuje na svá dosud podaná vyjádření. Nad jejich rámec dodal, že ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady stanovil se záměrem, aby byl určitý dodavatel schopen plnit předmět veřejné zakázky po celou dobu platnosti smlouvy. Porušení smlouvy na dobu neurčitou by pro zadavatele znamenalo vážné následky a škody. Pokud by např. zadavatel požadoval prokázání kladného hospodářského výsledku jen nahodile (pouze na 1 rok), nebyla by zde žádná vazba na ekonomickou stabilitu dodavatele. Zadavatel dále připomíná, že po posouzení kvalifikace vyloučil pouze dva zájemce, předmětný kvalifikační předpoklad tedy splnilo 13 z 18 subjektů; tento poměr odráží počet dodavatelů na trhu schopných splnit předmět veřejné zakázky. K tvrzení, že v jiném zadávacím řízení vypustil přezkoumávaný kvalifikační požadavek, zadavatel uvedl, že dotčená zakázka neměla stejný okruh možných dodavatelů. Z výše uvedených důvodů navrhuje zadavatel zamítnutí rozkladu.

III. Řízení o rozkladu

11. 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.

12. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí ustavenou 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:

13. Úřad tím, že svým rozhodnutím ze dne 9. 2. 2011, č.j. ÚOHS-S388/2010/VZ-19601/2010/510/IFa, rozhodl, že se návrh navrhovatele podle § 118 odst. 4 písm. a) zákona zamítá a že zadavatel není povinen hradit náklady správního řízení ve smyslu § 119 odst. 2 zákona, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Taktéž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se plně ztotožnil.

IV. K námitkám rozkladu

14. Úvodem uvádím, že rozklad obsahuje řadu argumentů, které již byly vzneseny ve správním řízení prvního stupně a se kterými se také již Úřad dostatečným způsobem vypořádal v napadeném rozhodnutí. Jedná se zejména o obecné poznámky o vypovídací hodnotě kladného hospodářského výsledku (zisku) vzhledem k ekonomické stabilitě dodavatele a o přípustnosti požadavku na kladný hospodářský výsledek po určité časové období jakožto ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu (viz body 27. a 28. napadeného rozhodnutí). Stejně tak se Úřad vyčerpávajícím způsobem věnoval rozboru dosavadní rozhodovací praxe a judikatury. Rozklad tedy nepřináší v této své části žádnou novou právní argumentaci (pouhé konstatování, že navrhovatel nesouhlasí s vyslovenými závěry, nepostačuje), na základě níž by bylo možné dospět k odlišnému posouzení věci.

15. V nejobecnější rovině vycházím (stejně jako orgán dohledu) z rozsudku Krajského soudu ze dne 12. 8. 2010, č. j. 62 Ca 10/2009-113, jehož obsah je zjevně znám i navrhovateli. Krajský soud v Brně v citovaném rozsudku konstatoval, že „(…) není na místě zpochybňovat důvody, které zadavatele k volbě konkrétního ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu vedly (…), ani význam ukazatele zisku z pohledu obecné bonity. Pokud však žalobce již v průběhu správního řízení namítal, že stanovení tohoto konkrétního ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu fakticky vedlo k vyřazení většiny alternativních poskytovatelů telekomunikačních služeb, včetně samotného žalobce, že tím byla vytvořena neoprávněná výhoda pro ‚O2' a že soutěžní prostředí ve vztahu k soutěži o tuto konkrétní veřejnou zakázku bylo zlikvidováno, musel se žalovaný touto argumentací také zabývat." Z odůvodnění rozsudku tedy vyplývá, že v souzeném případě Úřad problematiku požadavku na kladný hospodářský výsledek rozebral pouze v obecné rovině poukazem na (zjednodušeně řečeno) důvěryhodnou způsobilost takového dodavatele plnit předmět veřejné zakázky, avšak vůbec neřešil, kolik z dodavatelů nabídku při splnění uvedeného ekonomického a finančního předpokladu podalo, tedy kdo se o veřejnou zakázku reálně mohl ucházet. Tak tomu však v nyní přezkoumávaném případě nebylo, o čemž svědčí odůvodnění napadeného rozhodnutí (zejména jeho body 21. až 28.)

16. Pro úplnost připomínám, že se citovaný rozsudek týká zcela jiné veřejné zakázky, tedy jiné právní věci (byť obdobné, avšak nikoli skutkově zcela totožné), Úřad není právním názorem vysloveným v tomto rozsudku absolutně vázán, resp. rozhodně ne do té míry, že by byl povinen rozhodovat v obdobných případech shodně. Úřad tak má ve správním řízení především za úkol zohlednit konkrétní skutkové pozadí nyní projednávaného případu, porovnat je se skutkovým pozadím věci, která byla rozsudkem souzena, stejně jako skutkové pozadí nyní projednávaného případu vztáhnout k (mnohdy poměrně obecným) závěrům krajského soudu vysloveným v citovaném rozsudku. Účelem řízení o rozkladu zase je posoudit, nakolik orgán dohledu tomuto úkolu v napadeném rozhodnutí dostál, tj. zda Úřad provedl konkrétní důkazy k prokázání, že v daném případě nevedl (jinak legitimní) požadavek na kladný hospodářský výsledek k eliminaci soutěžního prostředí.

17. V konkrétní rovině uvádím, že se Úřad v napadeném rozhodnutí podrobně zabýval otázkou, zda požadavek na kladný hospodářský výsledek za poslední tři účetní období nemohl vést k nepřiměřenému omezení soutěžního prostředí o veřejnou zakázku. Za tímto účelem provedl dokazování, kolik z potenciálních dodavatelů mohlo splnit stanovený kvalifikační požadavek na kladný hospodářský výsledek, a to dotazem na několik potenciálních dodavatelů. Úřad prověřil hospodářské výsledky 11 potenciálních dodavatelů, kteří reagovali na jeho výzvu k poskytnutí informace o tom, zda splňují kvalifikační předpoklad – kladný hospodářský výsledek za poslední tři účetní období, a dále vzal v úvahu také záznam v protokolu o posouzení kvalifikace. Z uvedených zjištění vyplynulo, že minimálně 9 dodavatelů splňuje požadovaný kvalifikační předpoklad (více viz odstavec 28. napadeného rozhodnutí).

18. Nelze tedy souhlasit s názorem navrhovatele, že daným kvalifikačním předpokladem byl nepřípustně vyloučen z účasti v zadávacím řízení, a tedy zbaven možnosti ucházet se o veřejnou zakázku, byť byl (podle svého tvrzení) schopen zajistit požadovaný předmět plnění. Zadavatel svým postupem neomezil nepřípustným způsobem hospodářskou soutěž a konkurenční prostředí mezi dodavateli a neznemožnil většině dodavatelů ucházet se o veřejnou zakázku. V reakci na námitku navrhovatele, že k vyslovení diskriminace ze strany zadavatele postačuje fakt, že i jen jeden potenciální dodavatel byl vyloučen ze soutěže o veřejnou zakázku, zdůrazňuji, že nelze považovat za diskriminační a v rozporu se zásadou rovného zacházení, pokud zadavatel stanoví kvalifikační předpoklad, který nesplňují zcela všechny subjekty zabývající se poskytováním služeb v daném odvětví, které v současné době na trhu působí. V rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152, tento soud totiž mj. připustil limity konceptu skryté diskriminace a vyjádřil se v tom smyslu, že samotná podstata zákazu skryté diskriminace znemožňuje jakoukoliv mechanickou aplikaci. Není totiž dost dobře možné požadovat po zadavatelích, aby jimi vyžadované kvalifikační předpoklady měly na všechny potencionální uchazeče stejné dopady. Takový požadavek by ostatně nebyl ani reálně možný a byl by v rozporu se smyslem kvalifikačních předpokladů, kterým je zajistit právě to, aby nabídku podali pouze uchazeči způsobilí ke splnění veřejné zakázky. Odvrácenou stranou stanovení kvalifikačních předpokladů je tedy selekce těch uchazečů, kteří ke splnění veřejné zakázky způsobilí nejsou, přičemž o takové (legitimními ekonomickými zájmy podložené) selekci nelze v žádném případě hovořit jako o skryté diskriminaci; v absolutním měřítku i samotný požadavek na kvalifikaci je v rozporu se zásadou rovnosti. Klíčovým problémem takto pojaté skryté diskriminace je tedy „zjevná nepřiměřenost“ kvalifikačních předpokladů ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce. Tato zjevná nepřiměřenost není vymezitelná žádnou obecnou floskulí, nýbrž je nutno jí vykládat vždy se zřetelem na individuální kauzu. Nejvyšší správní soud tudíž připustil, že nelze předem a obecně stanovit s matematickou přesností, kdy je naplněna podmínka „zjevné nepřiměřenosti“ kvalifikačních předpokladů ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce. Samotný pojem „zjevné nepřiměřenosti“ se vyznačuje jistou obsahovou pružností, aby mohl reagovat na nekonečné množství životních situací, na něž nemůže ve své obecnosti konkrétněji formulovaná právní norma pamatovat. V každém případě musí být při rozhodování ponechán prostor pro legitimní ekonomickou úvahu zadavatele, a tedy shledání skryté diskriminace je přípustné tam, kde kvalifikační předpoklady jsou vskutku excesivní a jasně vybočují z oprávněných

potřeb dané zakázky. V přezkoumávaném případě zadavatel opakovaně uvedl, že stabilitu partnera považuje za nezbytnou pro řádné a včasné plnění předmětu veřejné zakázky mj. také z toho důvodu, že dodavatel musí být dobře seznámen s místy plnění a infrastrukturou IT zadavatele, včetně komponentů, které jsou nebo mohou být objektem plnění veřejné zakázky, a toto seznámení může trvat i několik týdnů. V případě náhlé a neočekávané nutnosti výměny dodavatele by mohlo nezajištění okamžitého řádného výkonu servisních činností na střediscích zadavatele a jeho IT struktuře destabilizovat chod zadavatele. Nepřiměřenost kvalifikačního požadavku zadavatele na kladný hospodářský výsledek po tři účetní období jsem tedy s ohledem na charakter veřejné zakázky neshledal.

19. Tím je také vypřádána námitka, že požadavek na kladný hospodářský výsledek nesouvisí s předmětem veřejné zakázky. Jak zadavatel opakovaně uvedl, při stanovení ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu byl veden snahou uzavřít smluvní vztah s dostatečně ekonomicky stabilním subjektem. Na rozdíl od navrhovatele se přikláním k názoru zadavatele, že zisk podniku lze považovat za ukazatel, který má obecně vypovídací hodnotu při posuzování výkonnosti společnosti a její pozice na trhu, zejména v tom smyslu, že podnikatelský subjekt vykazující dlouhodobě finanční ztrátu se může ocitnout v platební neschopnosti a potýkat se s existenčními problémy, které mohou mít vliv na plnění uzavřených závazků. To vše při dodržení pravidla proporcionality, o němž bylo pojednáno výše.

20. Konečně k námitce, že v jiném zadávacím řízení zadavatel sporný kvalifikační předpoklad vypustil, uvádím, že ji považuji za irelevantní. Předně jsem stejně jako orgán dohledu nedospěl k závěru o nezákonnosti požadavku zadavatele na kladný hospodářský výsledek za tři účetní období, nadto je čistě na zadavateli, jaké ekonomické a finanční předpoklady pro konkrétní veřejnou zakázku (ne)zvolí. Nelze rovněž v tomto správním řízení jakkoli přezkoumávat postup zadavatele v jiném zadávacím řízení.

V. Závěr

21. 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.

22. 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.

P O U Č E N Í

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:

PERFECTED s. r. o., se sídlem Hybešova 726/42, 602 00 Brno, za niž jedná Ing. Roman Stuchlík, jednatel

JUDr. Petr Jonáš, advokát AK Žižka & Partners, se sídlem Na Příkopě 15, 140 00 Praha

spis

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce