



UOHSX005XT49

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R326/2013/VZ-14226/2014/310/MLr

Brno 7. července 2014

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 2. 10. 2013, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 3. 10. 2013, zadavatelem –

- **Centrem služeb pro silniční dopravu, s.p.o.**, IČ 70898219, se sídlem nábř. L. Svobody 1222/12, 110 15 Praha 1, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 1. 10. 2013 Mgr. Elenou Bombovou, advokátkou obchodní společnosti Advokátní kancelář FB Legal s.r.o., IČ 24810339, se sídlem Italská 1219/2, 120 00 Praha 2,

proti rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S156/2013/VZ-17913/2013/523/JDo ze dne 18. 9. 2013 ve věci možného spáchání správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavatelem v zadávacím řízení na veřejnou zakázku s názvem „**Zajištění výroby chráněných tiskovin**“, jehož oznámení bylo v Informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 23. 3. 2012 pod evidenčním číslem 210432 a následně opraveno dne 30. 3. 2012,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S156/2013/VZ-17913/2013/523/JDo ze dne 18. 9. 2013

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jenž je dle ustanovení § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“¹), příslušný k dohledu nad dodržováním citovaného zákona, obdržel dne 30. 3. 2012 podnět k prošetření postupu zadavatele – Centra služeb pro silniční dopravu, s.p.o., IČ 70898219, se sídlem nář. L. Svobody 1222/12, 110 15 Praha 1 (dále jen „**zadavatel**“), při zadávání veřejné zakázky s názvem „Zajištění výroby chráněných tiskovin“, (dále jen „**veřejná zakázka**“), zadávané dle ustanovení § 27 zákona v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v Informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 23. 3. 2012 pod evidenčním číslem 210432 a opraveno dne 30. 3. 2012.
2. Na základě obdrženého podnětu zahájil Úřad z moci úřední správní řízení ve věci spáchání správního deliktu zadavatelem podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že stanovil dílčí hodnotící kritérium „*Kvalita plnění předmětu veřejné zakázky*“ v rozporu se zákonem, a tím, že omezil možnost sčítání výší obratu v rámci ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů. Oznámení o zahájení správního řízení č. j. ÚOHS-S156/2/13-5062/2013/523/JDo ze dne 20. 3. 2013 bylo dne 21. 3. 2013 doručeno jedinému účastníku správního řízení – zadavateli, a tímto dnem bylo zahájeno správní řízení ve smyslu ustanovení § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“). Úřad oznámení o zahájení správního řízení odůvodnil tím, že získal pochybnosti o souladu postupu zadavatele s ustanovením § 44 odst. 3 písm. h) zákona v návaznosti na ustanovení § 6 zákona při vymezení dílčího hodnotícího kritéria „*Kvalita plnění předmětu veřejné zakázky*“, a dále že získal pochybnosti o souladu postupu zadavatele s ustanovením § 51 odst. 5 zákona v návaznosti na ustanovení § 6 zákona při omezení možnosti sčítat výše obratu při společné účasti několika dodavatelů.
3. Úřad ve výroku 1. usnesení č. j. ÚOHS-S156/2/13-5063/2013/523/JDo ze dne 20. 3. 2013 určil zadavateli lhůtu do 29. 2. 2013, ve které byl zadavatel oprávněn navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit ve správním řízení své stanovisko. Ve výroku 2. citovaného usnesení Úřad určil zadavateli lhůtu do 3. 4. 2013, ve které byl oprávněn vyjádřit se k podkladům rozhodnutí.
4. Úřad ve správním řízení zjistil ve vztahu k zadávacím podmínkám uvedeným v zadávací dokumentaci následující stav věci.
5. Dle článku 17 zadávací dokumentace splňuje ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady ten uchazeč, který předloží poslední rozpracovanou rozvahu podle zvláštních právních předpisů (podle zákona č. 563/1991 Sb., o účetnictví, ve znění pozdějších předpisů) včetně zprávy auditora, má-li uchazeč uloženo zákonem její zpracování, z nichž bude vyplývat, že uchazeč dosahuje kladného hospodářského výsledku, a že dosáhl obratu minimálně 30 000 000 Kč ročně za poslední tři sledovaná účetní období. Dle téhož článku zadávací dokumentace je uchazeč povinen pravdivost poslední zpracované rozvahy a zprávy auditora

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 26 zákona v návaznosti na ustanovení § 158 odst. 1 a 2 zákona, podle tohoto znění se posuzují úkony zadavatele a dodavatelů v zadávacím řízení.

potvrdit čestným prohlášením. V témže článku zadávací dokumentace zadavatel rovněž stanovil, že *„V případě společné účasti několika Dodavatelů nelze výše uvedené hodnoty sčítat tj. hodnota hospodářského výsledku, obou poměrových ukazatelů a obratu v oblasti předmětu veřejné zakázky bude v tomto případě jednoznačně prokázána vždy pouze kterýmkoli jedním Dodavatelem, v případě společné účasti několika Dodavatelů“*.

6. Zadavatel stanovil v článku 29 zadávací dokumentace následující dílčí hodnotící kritéria: výše nabídkové ceny s váhou kritéria 60%, kvalita plnění předmětu veřejné zakázky s váhou kritéria 30% a délka dodací lhůty s váhou kritéria 10%. Dle článku 30 zadávací dokumentace předmětem hodnocení nabídky dle dílčího hodnotícího kritéria *„Kvalita plnění předmětu veřejné zakázky“* je *„splnění funkčních požadavků s ohledem na kvalitu implementace ochranných, bezpečnostních a identifikačních prvků“* a dále kvalita *„výrobního, skladovacího a logistického procesu. Lépe bude hodnocena nabídka obsahující podrobný a úplný popis způsobu výroby, skladování a distribuce, kde Uchazeč prokáže zabezpečení předmětu veřejné zakázky a nemožnost zneužití chráněných tiskovin. Dále bude lépe hodnocena nabídka s vhodnější implementací ochranných, bezpečnostních a identifikačních prvků Nálepek a Aršíků“*.
7. Zadavatel na tomto místě dále stanovil, že nabídky uchazečů dle dílčího hodnotícího kritéria *„Kvalita plnění předmětu veřejné zakázky“* budou hodnoceny dle následujících subkritérií *„Způsob výroby, skladování a distribuce“* s váhou tohoto subkritéria 50% a dle subkritéria *„Implementace ochranných, bezpečnostních a identifikačních prvků“* s váhou tohoto subkritéria 50%.

II. Napadené rozhodnutí

8. Úřad po posouzení toho, co ve správním řízení vyšlo najevo, vydal rozhodnutí č. j. ÚOHS-S156/2013/VZ-17913/2013/523/JDo ze dne 18. 9. 2013 (dále jen **„napadené rozhodnutí“**). Úřad ve výroku I. napadeného rozhodnutí rozhodl tak, že zadavatel se dopustil správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že v zadávací dokumentaci stanovil podle ustanovení § 44 odst. 3 písm. h) zákona způsob hodnocení nabídek podle dílčího hodnotícího kritéria *„Kvalita plnění předmětu veřejné zakázky“* v rozporu se zásadou transparentnosti podle § 6 zákona, neboť zadavatel nestanovil způsob hodnocení nabídek v rámci dílčího hodnotícího kritéria *„Kvalita plnění předmětu veřejné zakázky“* tak, aby z něj bylo zřejmé, co konkrétně je předmětem hodnocení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel již uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku.
9. Úřad odůvodnil výrok I. napadeného rozhodnutí tím, že zadavatel sice formálně naplnil zákonnou povinnost tím, že uvedl v zadávací dokumentaci způsob hodnocení jednotlivých nabídek, současně však nevymezil určitě a jednoznačně obsah dílčího hodnotícího kritéria *„Kvalita plnění předmětu veřejné zakázky“*, zejména jeho subkritéria *„Implementace ochranných, bezpečnostních a identifikačních prvků“*. Zadavatel nestanovil ani minimální požadavky na takové plnění, a proto uchazeči nemohli získat představu, podle jakých pravidel bude hodnoceno; z popisu předmětného dílčího hodnotícího kritéria tak nebylo možné dovodit preference zadavatele.

10. Úřad dále konstatoval, že zadavatel v zadávací dokumentaci pro způsob hodnocení nabídek v rámci tohoto dílčího kritéria a jeho subkritérií užívá pojmy jako „nejvhodnější řešení“, „nejkvalitnější“; dle Úřadu se jedná o pojmy značně neurčité, připouštějící vícero výkladů.
11. Úřad konstatoval, že uchazeči se ze zadávací dokumentace nemohli dozvědět údaje, které měly být pro hodnocení nabídek zadavatelem rozhodující; v zájmu zachování zásady transparentnosti je povinen zadavatel stanovit způsob hodnocení nabídek jednoznačně. Úřad tedy uzavřel, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ustanovení § 44 odst. 3 písm. h) zákona v návaznosti na ustanovení § 6 zákona, když stanovil způsob hodnocení podle dílčího hodnotícího kritéria „Kvalita plnění předmětu veřejné zakázky“, zejména jeho subkritéria „Implementace ochranných, bezpečnostních a identifikačních prvků“, v rozporu se zásadou transparentnosti.
12. Ve výroku II. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl tak, že zadavatel se dopustil správního deliktu dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že postupoval v rozporu s ustanovením § 51 odst. 5 zákona v návaznosti na ustanovení § 6 zákona, když v článku 17 zadávací dokumentace omezil možnost sčítání výší obrátů při podání společné nabídky několika dodavatelů, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel již uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku.
13. Úřad výrok II. napadeného rozhodnutí odůvodnil tak, že zadavatel porušil ustanovení § 51 odst. 5 zákona, když vyloučil v zadávací dokumentaci možnost „sčítat“ výše obrátů u dodavatelů podávajících společnou nabídku, což vedlo v návaznosti na ustanovení § 6 zákona ke skryté diskriminaci potenciálních dodavatelů. Dle Úřadu není vyloučeno, že v případě, pokud by zadavatel takovou podmínku nestanovil, obdržel by více nabídek od uchazečů.
14. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že k posouzení přípustnosti způsobu prokazování kvalifikace formou „sčítání“ obrátu je nutno přistupovat vždy ad hoc s přihlédnutím k základnímu účelu, který má pro zadavatele prokázání kvalifikace plnit; tímto účelem je, aby zadavatel získal informaci o základní schopnosti dodavatele plnit předmětnou veřejnou zakázku.
15. Úřad dospěl k závěru, že na rozdíl od vztahu *dodavatel – subdodavatel* se v případě společné nabídky výslovně umožňuje sčítání údajů od jednotlivých dodavatelů tvořících sdružení; tato možnost je dle Úřadu odůvodněna solidární odpovědností sdružených dodavatelů vůči zadavateli. Úřad v této souvislosti konstatoval, že za tímto účelem předkládají dodavatelé zadavateli smlouvu o sdružení potvrzující tuto solidární odpovědnost; zadavatel tak není podle svého ad hoc vytvořeného názoru tento postup odmítnout.
16. Úřad dále uzavřel, že ukazatel obrátu je kvantitativní veličinou, nikoliv kvalitativní, který vypovídá o ekonomické stabilitě dodavatele, a proto z tohoto pohledu zákon umožňuje v ustanovení § 51 odst. 5 prokázat ekonomickou způsobilost i cestou podání společné nabídky a tedy i ekonomicky slabší subjekty mohou formou sdružení prostředků na takovou veřejnou zakázku dosáhnout. Úřad v této souvislosti uvedl, že by bylo v rozporu s dikcí ustanovení § 51 odst. 5 a odst. 6 zákona, pokud by obrat byl interpretován jako ukazatel, který dokládá ekonomickou a finanční stabilitu dodavatele absolutně. Ustanovení § 51 odst. 5 zákona je potřeba vykládat tak, že v případě podání společné nabídky několika dodavatelů mohou tito prokázat tento ukazatel společně, a tedy „sečíst“ dosažené obraty.

17. Úřad posoudil, že vyloučením sčítání výší obrátů při společné nabídce dodavatelů mohlo dojít k omezení konkurenčního prostředí mezi dodavateli, takové omezení dle Úřadu může zpravidla způsobit skrytou diskriminaci.
18. Ve výroku III. napadeného rozhodnutí Úřad uložil zadavateli s odkazem na ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 150 000 Kč.
19. Úřad dospěl k závěru, že nelze zjistit přesnou cenu veřejné zakázky, protože rámcová smlouva na zhotovení a dodávky chráněných tiskovin ze dne 29. 11. 2012 stanoví maximální cenu veřejné zakázky a příloha č. 3 této smlouvy jednotkovou cenu za dílo. Vzhledem k uvedenému Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí stanovil, že horní hranice možné pokuty činí ve smyslu ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona 10 000 000 Kč.
20. Úřad uzavřel, že závažnějším správním deliktem je postup zadavatele, který je v rozporu s ustanovením § 51 odst. 5 zákona v návaznosti na ustanovení § 6 zákona, když v článku 17 zadávací dokumentace zadavatel vyloučil sčítat výše obrátů při podání společné nabídky dodavatelů. Zadavatel takovým jednáním narušil soutěžní prostředí a nedodržel zásadu zakazu diskriminace; uvedené porušení patří mezi zásadní porušení zákona. Úřad dále posoudil jako přitěžující okolnost, že zadavatel nereflektoval aktuální rozhodovací praxi Úřadu, a tudíž je názor Úřadu v dané věci obecně znám.
21. Úřad rovněž jako přitěžující okolnost posoudil, že zadavatel se dopustil dalšího správního deliktu dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, když stanovil podle ustanovení § 44 odst. 3 písm. h) zákona způsob hodnocení nabídek podle dílčího hodnotícího kritéria „Kvalita plnění předmětu veřejné zakázky“, zejména jeho subkritéria „Implementace ochranných, bezpečnostních a identifikačních prvků“ v rozporu se zásadou transparentnosti podle ustanovení § 6 zákona.

III. Námitky rozkladu

22. Zadavatel dne 3. 10. 2013 uplatnil rozklad; z dokladu o doručení napadeného rozhodnutí, který je součástí správního spisu, vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 18. 9. 2013. Zadavatel tak podal rozklad v zákonné lhůtě.
23. Zadavatel se domáhá, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil; v případě, že nenastanou důvody pro zrušení napadeného rozhodnutí, zadavatel žádá, aby předseda Úřadu rozhodl o snížení uložené pokuty s ohledem na okolnosti daného případu.

Námitky rozkladu proti výroku I. napadeného rozhodnutí

24. Zadavatel vytýká napadenému rozhodnutí, že neobsahuje žádné konkrétní okolnosti, na základě kterých by bylo nepochybně prokázáno, že zadavatel skutečně zákon porušil včetně toho, že nedodržel zásady postupu zadavatele dle ustanovení § 6 zákona. Napadené rozhodnutí je tak dle zadavatele v části výroku I. nepřezkoumatelné. Zadavatel uvádí, že v zadávacích podmínkách stanovil způsob hodnocení nabídek srozumitelně a jednoznačně, a tedy i transparentně, a v souladu se zákonem.
25. Zadavatel namítá, že Úřad se v napadeném rozhodnutí vůbec nezabýval zadavatelem uváděnými argumenty, a dále, že se pouze v obecné rovině zaměřil na nepřipustnost nejednoznačného způsobu hodnocení nabídek stanoveného v zadávacích podmínkách. Zadavatel konstatuje, že při stanovení způsobu hodnocení nabídek je nutné očekávat jistou

odbornou znalost potenciálních dodavatelů, kteří jsou kvalifikováni k plnění předmětu veřejné zakázky; tito dodavatelé jsou schopni informace stanovené v zadávacích podmínkách vyhodnotit, a to na rozdíl od dodavatelů, kteří potřebnou kvalifikaci nemají.

26. Zadavatel uvádí, že posouzení toho, zda jsou zadávací podmínky a způsob hodnocení vymezeny v míře dostatečné pro kvalifikované dodavatele, může z povahy věci provést pouze osoba, která je odborně způsobilá v oblasti plnění předmětu veřejné zakázky. Dle zadavatele takovou kvalifikovanou osobou není Úřad; z odůvodnění napadeného rozhodnutí není patrné, že by si vyjádření takové odborně způsobilé osoby opatřil. Zadavatel v této souvislosti odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 76/2011 – 384 ze dne 26. 4. 2012, dle kterého *„přestože zdejší soud shora popsal pravidla vyplývající ze zadávací dokumentace, odpověď na otázku, zda zadavatel vůbec mohl zadávací dokumentaci zpracovat do větších podrobností, a pokud ano, v jakých konkrétních údajích mohla být podrobnější a jako by se v takovém případě změnila informační hodnota zadávací dokumentace ve prospěch možnosti zpracovat odpovídající nabídky, je otázkou odbornou, o které si nemůže učinit úsudek soud a nemohl si o ní učinit úsudek ani samotný žalovaný (ÚOHS)“*.
27. Dle zadavatele byl i Úřad v daném případě povinen postupovat tak, aby zajistil posouzení znalcem toho, zda jsou zadávací podmínky stanoveny jednoznačně pro kvalifikované dodavatele.
28. Zadavatel uvádí, že *„přestože nakonec nedošlo k samotnému hodnocení nabídek v souladu s § 79 odst. 6 ZVZ, proběhlo Institutem pro testování a certifikaci a.s. testování vzorků předložených uchazeči v zadávacím řízení, které mělo být podkladem pro hodnocení nabídek v rámci subjektivního hodnotícího kritéria „kvalita plnění předmětu veřejné zakázky“, a na základě kterého byl vystaven zkušební protokol č. 462200667“*. Zadavatel argumentuje, že z výsledku provedených testů ani z obsahu protokolu není patrné, že by jednotliví uchazeči nedostatečně pochopili zadávací podmínky; uvedené lze rovněž konstatovat i v případě Institutu pro testování a certifikaci, a.s.

Námítky rozkladu proti výroku II. napadeného rozhodnutí

29. Zadavatel konstatuje, že v článku 17 odst. 1 písm. b) zadávací dokumentace žádné ustanovení zákona neporušil, ale naopak pouze konstatoval a zdůraznil to, co přímo vyplývá ze zákona. Zadavatel uvádí, že dle ustanovení § 51 odst. 5 zákona platí, že splnění kvalifikace dle ustanovení § 50 odst. 1 písm. b) až d) zákona (tedy profesní, ekonomické a finanční, a technické kvalifikační předpoklady) musí prokázat všichni dodavatelé společně. Dle zadavatele však citované ustanovení není možné interpretovat tak, že *„daný kvalifikační předpoklad takový uchazeč splní vždy, když požadované hodnoty dosáhne sečtením hodnot od jednotlivých dodavatelů“*. Dle zadavatele je nutné předmětné ustanovení zákona chápat tak, že kvalifikační předpoklad nemusí splnit vždy každý z dodavatelů, ale jeho splnění je prokázáno, splňuje-li jej alespoň jeden z nich.
30. Zadavatel dále nesouhlasí se závěrem Úřadu o tom, že *„v případě obratu je sčítání kvalifikace zadavatel povinen akceptovat, a to z toho důvodu, že dodavatelé podávající společnou nabídku jsou solidárně odpovědní zadavateli, a je tedy jedno, zda tento kvalifikační předpoklad splní pouze jeden z nich, či všichni dodavatelé dohromady“*. Zadavatel svůj nesouhlas se závěry Úřadu odůvodňuje tím, že v důsledku argumentace „solidární

odpovědností dodavatelů“ by bylo možné „sčítání“ jakéhokoliv kvalifikačního předpokladu, a nebylo by nutné posuzovat každý kvalifikační předpoklad jednotlivě. Zadavatel konstatuje, že obrat je takový kvalifikační předpoklad, jehož splnění nelze prokazovat vzájemným sčítáním. Dle zadavatele uvedení takové podmínky v zadávací dokumentaci bylo zcela nadbytečné, neboť její existence vyplývá přímo ze zákona a ze smyslu takového ekonomického kvalifikačního předpokladu.

31. Zadavatel uvádí, že požadoval-li v zadávací dokumentaci roční obrat ve výši 30 000 000 Kč, dával tím najevo, že jedním z dodavatelů by měla být dostatečně silná a stabilní společnost. O takovou jistotu dle zadavatele však nejde v případě, kdy obratu ve výši 30 000 000 Kč bude dosaženo „složením obratu prostřednictvím dvou dodavatelů“, přičemž tato jistota se bude snižovat s přibývajícím počtem účastníků takového sdružení dodavatelů.
32. Zadavatel namítá, že problematika sčítání kvalifikace v případě sdružení dodavatelů v době zahájení zadávacího řízení byla novinkou v oblasti veřejného zadávání. Z tohoto důvodu zadavatel ani neměl řádnou oporu pro svůj postup v předchozí rozhodovací praxi Úřadu a správních soudů. Jestliže Úřad v napadeném rozhodnutí odkazoval na rozhodnutí Úřadu č. j. S430,446/2010/VZ-7942/2011/520/EMa ze dne 29. 6. 2011, tak toto rozhodnutí bylo dle zadavatele jediným, které se uvedenou problematikou zabývalo s tím, že ani na tomto místě nebyla vyřešena komplexně a správně. Dle zadavatele jedno rozhodnutí Úřadu rozhodně nelze považovat za ustálenou rozhodovací praxi.
33. Zadavatel uvádí, že rozhodovací praxe Evropského soudního dvora a směrnice, na které odkazuje Úřad v citovaném rozhodnutí ze dne 29. 6. 2011, nelze na předmětnou problematiku aplikovat, neboť tato rozhodovací praxe a směrnice pouze obecně konstatují, že uchazeči mohou využít v zadávacím řízení potenciálu třetích osob a společně prokazovat kvalifikaci.
34. Zadavatel konstatuje, že při zadávání veřejné zakázky se opíral o svůj názor a o odborné názory z oblasti práva veřejných zakázek; zadavatel v této souvislosti odkazuje na odborný názor Mgr. Davida Dvořáka, advokáta z advokátní kanceláře Rowan Legal, publikovaný v časopise Veřejné zakázky č. 3/2007, a na odborný názor JUDr. Richarda Gürlicha, Ph.D., advokáta z advokátní kanceláře AK Gürlich & Co. publikovaný tamtéž.

Námítky rozkladu proti výroku III. napadeného rozhodnutí

35. Zadavatel vytýká Úřadu, že při ukládání sankce ve výroku III. napadeného rozhodnutí nepostupoval v souladu s ustanovením § 121 odst. 2 zákona, v důsledku toho pak uložil pokutu ve výši zjevně nepřiměřené ke všem okolnostem daného případu.
36. Zadavatel dále brojí proti posouzení okolnosti, že nerespektoval dosavadní rozhodovací praxi Úřadu, jako okolnosti přitěžující. Zadavatel konstatuje, jak uvedeno i výše, že o problematice „sčítání obratu“ jako kvalifikačního předpokladu Úřad rozhodl jednou, a to pouze v první instanci. Zadavatel trvá na tom, že předmětná problematika není definitivně vyřešena rozhodovací praxí, a zároveň se jedná dle zadavatele o poměrně složitou problematiku, na kterou u odborné veřejnosti existují rozdílné názory. Zadavatel se při stanovení zadávacích podmínek přiklonil k tomu názoru, který je dle něho správný a který zaručuje větší jistotu realizace veřejné zakázky, a tím i hospodárnější nakládání s veřejnými prostředky.

37. Zadavatel dále vytýká Úřadu, že preferování preventivní funkce uložené sankce v odůvodnění napadeného rozhodnutí se stalo k důsledku novelizace zákona bezpředmětné. Zadavatel konstatuje, že od 1. 4. 2012 zákon neumožňuje požadovat prokázání ekonomických a kvalifikačních předpokladů jinak, než předložením čestného prohlášení, a proto již nemůže nastat situace, že by zadavatel či jiný veřejný zadavatel spáchal v budoucnosti takový správní delikt. Dle zadavatele není dán objektivní důvod k uložení tak vysoké sankce z preventivních (odstrašujících) důvodů.
38. Zadavatel namítá, že Úřad se v rozporu s ustanovením § 121 odst. 2 zákona při stanovení výše pokuty vůbec nezabýval tím, jaké následky byly způsobeny spácháním správního deliktu. Zadavatel uvádí, že na rozdíl od závěru Úřadu, že došlo k pouze následkům „fiktivním a možným“, k žádným následkům nedošlo, a to s ohledem na průběh zadávacího řízení, na předložené nabídce, na hodnocení nabídek (které neproběhlo) a na uzavření smlouvy s vybraným uchazečem.

IV. Řízení o rozkladu

39. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí postupem dle ustanovení § 87 správního řádu a v souladu s ustanovením § 88 odst. 1 správního řádu, předal správní spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu.

Stanovisko předsedy Úřadu

40. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle ustanovení § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení s právními předpisy, správnost rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
41. Úřad tím, že ve výroku I. napadeného rozhodnutí rozhodl tak, že zadavatel se dopustil správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že v zadávací dokumentaci stanovil podle ustanovení § 44 odst. 3 písm. h) zákona způsob hodnocení nabídek podle dílčího hodnotícího kritéria „Kvalita plnění předmětu veřejné zakázky“ v rozporu se zásadou transparentnosti podle § 6 zákona, neboť zadavatel nestanovil způsob hodnocení nabídek v rámci dílčího hodnotícího kritéria „Kvalita plnění předmětu veřejné zakázky“ tak, aby z něj bylo zřejmé, co je předmětem hodnocení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a zadavatel již uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku, rozhodl správně a zákonně.
42. Úřad tím, že ve výroku II. napadeného rozhodnutí rozhodl tak, že zadavatel se dopustil správního deliktu dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že postupoval v rozporu s ustanovením § 51 odst. 5 zákona v návaznosti na ustanovení § 6 zákona, když v článku 17 zadávací dokumentace omezil možnost sčítání výší obrátů při podání společné nabídky několika dodavatelů, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky a zadavatel již uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku, rozhodl správně a zákonně.
43. Úřad tím, že ve výroku III. napadeného rozhodnutí rozhodl tak, že uložil zadavateli s odkazem na ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 150 000 Kč, rozhodl správně a zákonně.

44. Dále uvádím, že s námitkami rozkladu zadavatele jsem se neztotožnil, protože s ohledem na okolnosti případu nemohou obstát. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, na základě kterých jsem rozhodl potvrdit napadené rozhodnutí a zadavatelem uplatněný rozklad zamítnout.

V. K námitkám rozkladu

K námitkám rozkladu proti výroku I. napadeného rozhodnutí

45. Zadavatel vytýká napadenému rozhodnutí co do jeho výroku I. nepřezkoumatelnost, spočívající v tom, že Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí neuvedl konkrétní okolnosti, na základě nichž by bylo nepochybně prokázáno porušení zákona.
46. K této námitce zadavatele uvádím, že Úřad zjistil relevantní stav věci, a to v souladu s ustanovením § 3 správního řádu, dle kterého nevyplývá-li ze zákona něco jiného, postupuje správní orgán tak, aby byl zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a to v rozsahu, který je nezbytný pro soulad jeho úkonu s požadavky uvedenými v § 2 správního řádu. Úřad tak zjistil, jaká hodnotící kritéria zadavatel v zadávací dokumentaci stanovil (odstavec 27. odůvodnění napadeného rozhodnutí), a zároveň zjistil, jak stanovil zadavatel způsob hodnocení dle dílčího hodnotícího kritéria „*Kvalita plnění předmětu veřejné zakázky*“. Úřad tedy zjišťoval stav věci rovněž v souladu s tím, jak označil skutek zadavatele v oznámení o zahájení správního řízení č. j. ÚOHS-S156/2/13-5062/2013/523/JDo ze dne 20. 3. 2013, a nepřekročil tak v napadeném rozhodnutí předmět tohoto správního řízení.
47. Co se týká skutkových zjištění a jejich rozsahu, tak Úřad postupoval plně v souladu se správním řádem a zákonem.
48. Posoudil-li Úřad tento stav věci tak, že zadavatel v zadávací dokumentaci netransparentně stanovil způsob hodnocení nabídek podle dílčího hodnotícího kritéria „*Kvalita plnění předmětu veřejné zakázky*“, zejména jeho subkritéria „*Implementace ochranných, bezpečnostních a identifikačních prvků*“, tak odůvodnění napadeného rozhodnutí obsahuje přezkoumatelné úvahy, na základě kterých Úřad k takovému právnímu posouzení věci dospěl. Úřad uzavřel, že nelze nijak dovodit preference zadavatele, ani na co klade zadavatel největší důraz, dále že zadavatel užívá pojmy jako „nejvhodnější řešení“ nebo „nejkvalitnější“ pro způsob hodnocení dle předmětného dílčího hodnotícího kritéria, přičemž dané výrazy jsou neurčité a připouští několikery výklad (odstavec 33. odůvodnění napadeného rozhodnutí) a jsou také nekvantifikovatelné. K tomu uvádím, že tyto úvahy mají plnou oporu ve zjištěném stavu věci týkajícím se stanovení způsobu hodnocení zadavatelem dle dílčího hodnotícího kritéria „*Kvalita plnění předmětu veřejné zakázky*“ (odstavec 28. odůvodnění napadeného rozhodnutí). Námitka, která napadá absenci konkrétních okolností daného případu, je tak nedůvodná.
49. Nad rámec prvostupňového rozhodnutí uvádím následující úvahy, kterými precizuji odůvodnění napadeného rozhodnutí, což je v řízení o rozkladu přípustné, jak ostatně konstatoval v odůvodnění rozsudku č. j. 29 Af 22/2012-106 ze dne 31. 3. 2014 Krajský soud v Brně, dle kterého je přípustné precizovat úvahy prvostupňového správního orgánu, došlo-li k takové změně odůvodnění prvostupňového rozhodnutí za naprosto stejného důkazního a právního stavu věci.

50. K posuzování toho, zda zadavatel stanovil hodnotící kritéria transparentně, tedy i jednoznačně a srozumitelně, je právně významným také předmět plnění veřejné zakázky. V této souvislosti odkazují na závěry Krajského soudu v Brně, který v rozsudku č. j. 62 Af 36/2012-104 ze dne 9. 5. 2013 uzavřel, že „*konkrétní okolnost ohledně předmětu a celkového charakteru veřejné zakázky jsou při posouzení jasnosti, srozumitelnosti a dostatečnosti popisu (...) hodnotícího kritéria společně s rozumně předpokládanými obecnými znalostmi dodavatelů okolnostmi klíčovými*“.
51. Předmětem veřejné zakázky v daném případě je rámcová smlouva; dle čl. 1.2 rámcové smlouvy se dodavatel jako zhotovitel zavazuje pro zadavatele jako objednatele vyrábět a dodávat chráněné tiskoviny, a to kontrolní nálepky technické způsobilosti vozidla a kontrolní nálepky měření emisí dle specifikace uvedené v příloze č. 1 rámcové smlouvy, umístěné na arších, provádět tomu odpovídající polygrafické práce či služby a zajišťovat jejich dopravu a uskladnění dle jednotlivých objednávek zadavatele jako objednatele. Dle čl. 1.3 rámcové smlouvy se dodavatel jako zhotovitel zavazuje, že nálepky budou odpovídat provedení specifikovanému ve vyhlášce Ministerstva dopravy a spojů České republiky č. 302/2001 Sb., o technických prohlídkách a měření emisí vozidel; zároveň se objednatel zavazuje, že nálepky budou vyrobeny tak, aby odpovídaly vzoru publikovanému tamtéž. Dle čl. 1. 4 rámcové smlouvy zadavatel stanovil, že způsob výroby, skladování a distribuce nálepek dále implementace ochranných, bezpečnostních a identifikačních prvků nálepek jsou specifikovány v příloze č. 2 rámcové smlouvy, přičemž v příloze č. 2 s názvem „*Způsob výroby, skladování a distribuce Nálepek, implementace ochranných, bezpečnostních a identifikačních prvků Nálepek*“ jsou povinni uchazeči doplnit podrobný popis, a to v souladu se zadávací dokumentací a zejména s přílohou č. 1 a nabídkou. V příloze č. 1 zadávací dokumentace s názvem „*Stanovení požadavků na zajištění výroby kontrolních nálepek technické způsobilosti vozidel k provozu na pozemních komunikacích (Vzor A) a kontrolních nálepek měření emisí (Vzor B)*“ pak zadavatel mimo jiné stanovil své požadavky na ochranné, identifikační a bezpečnostní prvky.
52. K tomu uvádím, že ani ve spojení zadavatelem vymezeného předmětu plnění veřejné zakázky tak, jak je zjištěn výše, a zadavatelem stanoveného způsobu hodnocení dle dílčího hodnotícího kritéria „*Kvalita plnění předmětu veřejné zakázky*“ a jeho subkritéria „*Implementace ochranných, bezpečnostních a identifikačních prvků*“ nelze dospět k jednoznačnému závěru, které konkrétní okolnosti dle zadávací dokumentace budou hodnotící komisí hodnoceny. Stanovil-li zadavatel, že bude lépe hodnocena nabídka s vhodnější implementací ochranných, bezpečnostních a identifikačních prvků, tak v zadávací dokumentaci zcela absentuje, co je mírou hodnocení této „vhodnosti“. Ze samotné zadávací dokumentace tak není možné posoudit, které plnění bude zadavatel skutečně hodnotit lépe než jiné. Uchazeč se tedy již při zpracování nabídky musí řídit „metodou pokus – omyl“, zda jím nabízené plnění skutečně bude pro zadavatele představovat vhodnější plnění nebo méně vhodné plnění, neboť zadávací dokumentace v tomto smyslu neposkytuje žádné vodítko.
53. Zadavatel v této souvislosti v rozkladu uvádí, že posouzení toho, zda jsou zadávací podmínky a způsob hodnocení vymezeny v míře dostatečné pro kvalifikované dodavatele, může být provedeno pouze osobou, která je způsobilá v oblasti plnění předmětu veřejné zakázky, a namítá, že takovou osobou rozhodně není Úřad. Zadavatel v této souvislosti také odkazuje

na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 76/2011-384 ze dne 26. 4. 2012 a uvádí, že tímto rozsudkem Krajský soud v Brně zrušil rozhodnutí Úřadu z důvodu, že si učinil úsudek o úrovni odbornosti zpracování zadávací dokumentace bez potřebného a odborného vyjádření znalce.

54. Dle ustanovení § 56 správního řádu platí, že závisí-li rozhodnutí na posouzení skutečností, k nimž je třeba odborných znalostí, které úřední osoby nemají, a jestliže odborné posouzení skutečností nelze opatřit od jiného správního orgánu, správní orgán usnesením ustanoví znalce. Znalec tedy výlučně posuzuje skutečnosti, k nimž je třeba odborných znalostí, názory znalce na právní otázky nemají pro správní orgán žádnou relevanci, neboť právní posouzení náleží právě do pravomocí správních orgánů (k nepřipustnosti odborného vyjádření k právním otázkám se vyjádřil např. Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 1 Afs 71/2009-113 ze dne 12. 5. 2010).
55. V daném případě, tedy při posouzení stanovení způsobu hodnocení nabídek dle dílčího hodnotícího kritéria „*Kvalita plnění předmětu veřejné zakázky*“, však rozhodnutí nezávisí na posouzení skutečností, k nimž je třeba odborných znalostí. Úřad zjistil, jak zadavatel stanovil hodnocení dle předmětného dílčího kritéria, k čemuž není třeba odborných znalostí, neboť jde o seznání toho, co je uvedeno v zadávací dokumentaci.
56. Co se tedy týká subkritéria „*Implementace ochranných, bezpečnostních a identifikačních prvků*“, tak zadavatel stanovil, že v rámci tohoto subkritéria se hodnotí splnění funkčních požadavků s ohledem na kvalitu implementace ochranných, bezpečnostních a identifikačních prvků, přičemž bude lépe hodnocena nabídka s vhodnější implementací ochranných, bezpečnostních a identifikačních prvků nálepek a aršíků.
57. Jde-li pak o následné (věcné) hodnocení těchto zjištěných okolností, tak ani k tomu není v daném případě třeba odborných znalostí. Položil-li si Úřad otázku, která implementace ochranných, bezpečnostních a identifikačních prvků nálepek a aršíku, bude dle zadávací dokumentace lépe hodnocena, tak ani tato otázka není odborného charakteru, neboť musí vyplývat ze zadávací dokumentace. Článek 30.1. zadávací dokumentace, ve kterém je upraven způsob hodnocení dle dílčího hodnotícího kritéria „*Kvalita plnění předmětu veřejné zakázky*“ včetně subkritéria „*Implementace ochranných, bezpečnostních a identifikačních prvků*“, však žádné jasné a jednoznačné požadavky (instrukce) na hodnocení nabídek neobsahuje, tím spíše neobsahuje, které řešení zadavatel bude shledávat vhodnějším, a které méně vhodným.
58. Zadavatel v příloze č. 1 „*Stanovení požadavků na zajištění výroby kontrolních nálepek technické způsobilosti vozidel k provozu na pozemních komunikacích (Vzor A) a kontrolních nálepek měření emisí (Vzor B)*“ stanovil požadavky na ochranné, identifikační a bezpečnostní prvky – zadavatel na tomto místě požaduje: ve střední části obsahují kontrolní nálepky stříbrný hologram s černě vyznačenou schvalovací značkou ATEST TK SME; samotný design i ochranné prvky navrhne uchazeč; aplikace hologramu na kontrolní nálepku bude provedena horkou ražbou; uchazeč garantuje zadavateli práva k užití kompletního grafického návrhu pro výrobu hologramu; uchazeč garantuje zadavateli práva k užití master hologramu; zadavatel požaduje jako bezpečnostní prvek ochranu zadní nosné strany aršíku i přední strany tak, aby byla zaručena jeho jedinečnost a originalita a nemohlo dojít k zaměnitelnosti či kopírování; jednotlivé aršíky kontrolních nálepek musí být číslovány jedinečně

a vzestupně; zadavatel požaduje použít na každou nálepkou na aršíku jednoznačný identifikátor; každý aršík musí být na lícové straně opatřen vhodným strojově čitelným kódem (čárový kód nebo jiný grafický kód vyhovující zvolenému typu notace unikátních kódů) a rubová strana aršíku nezaměnitelným motivem s identifikací umístění jednotlivých nálepek; informace o aršících musí být schopen uchazeč předávat elektronicky ve formátu XML nebo CSV nebo jiným vhodným formátem pro hromadné zpracování dat pro následné zpracování zadavatelem pro zajištění výkonu evidenčních a kontrolních činností; kontrolní nálepky budou opatřeny bezpečnostním UV lesklým lakem (oděr, mechanické poškození, povětrnostní vlivy) a transparentním (ochranným) lakem, který obsahuje částice multimolekulární krystalické struktury, nerozpustné v organických rozpouštědlech (pigmenty) dispergované v transparentním laku; nálepka musí být vytvořena tak, aby byla znemožněna manipulace s nálepkou poté, co je autorizovaně umístěna na SPZ vozidla; jako další ochranný prvek kontrolní nálepky je požadován jednoznačný identifikátor nálepky; identifikátor může být vytištěn pouze v místě, kde nebude ohrožena jeho čitelnost a kde nebude ohrožovat funkčnost jiných ochranných prvků; uchazeč navrhne vhodný způsob tvorby algoritmu tohoto identifikátoru s využitím následujících možností nebo navrhne jiný způsob číslování s přihlédnutím na předmět a účel této veřejné zakázky. Tyto požadavky (s výhradou garance práv k užití) jsou technickými podmínkami ve smyslu ustanovení § 45 odst. 1 zákona; neboť z nich vyplývá vymezení charakteristik a požadavků na samotnou dodávku, nikoliv však požadavky na způsob hodnocení nabídek či cokoliv jiného. Ze spojení těchto technických podmínek a zadavatelem stanoveného způsobu hodnocení nabídek (dle předmětného subkritéria) nevyplývá, které nabídnuté plnění zadavatel bude hodnotit jako vhodnější.

59. Vzhledem k tomu, že sama zadávací dokumentace nedává žádné vodítko, jaké plnění lépe naplní zadavatelovy představy o kvalitě plnění, tak není ani dán prostor pro žádné odborné posouzení. Zjištění obsahu zadávací dokumentace a posouzení toho, zda a jakým způsobem zadavatel stanovil hodnotící kritéria, je myšlenkový proces, ke kterému správní orgán nemusí disponovat odbornými znalostmi o předmětu dodávky. V daném případě rozhodnutí ve věci nezáviselo na odborném posouzení, a proto Úřad nebyl povinen ustanovit znalce.
60. Zadavatel tuto námitku rozkladu rovněž odůvodňuje odkazem na rozsudek Krajského soudu v Brně 62 Af 76/2011-384 ze dne 26. 4. 2012, ve kterém jmenovaný soud mimo jiné konstatoval, že *„přestože zdejší soud shora popsal pravidla vyplývající ze zadávací dokumentace, odpověď na otázku, zda zadavatel vůbec mohl zadávací dokumentaci zpracovat do větších podrobností, a pokud ano, v jakých konkrétních údajích mohla být podrobnější a jak by se v takovém případě změnila informační hodnota zadávací dokumentace ve prospěch možnosti zpracovat odpovídající nabídky, je otázkou odbornou, o které si nemůže učinit úsudek soud a nemohl si o ní učinit úsudek ani samotný žalovaný (pozn. předsedy Úřadu: zde Úřad)“*.
61. K tomu uvádím, že skutkové okolnosti daného případu a předkládaného případu jsou odlišné; v předkládaném případě Úřad posuzoval (a poté v mezích soudního řádu správního i správní soudy), zda zadavatel vymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, což je zcela jiná právní kategorie, než posouzení toho, zda je úkon zadavatele transparentní. Jak vyplývá z výše citované části odůvodnění rozsudku,

v soudním řízení vyvstala skutková otázka, zda zadavatel vůbec mohl zadávací dokumentaci zpracovat do větších podrobností.

62. V nyní posuzovaném případě však žádná taková otázka nevyvstala. Úřad posuzoval, zda sám zadavatel v zadávací dokumentaci formuloval své představy o plnění, které bude plnit jeho požadavky nejlépe, jednoznačně, srozumitelně, a tedy i transparentně; k posouzení těchto otázek, svou povahou výsostně právních, není přípustné znalecké posouzení. Zadavatel však takové představy v zadávací dokumentaci nevyjádřil, a proto ani objektivně není možné posuzovat, zda nevyjádřené představy zadavatele o (nejvhodnějším plnění byly vymezeny v dostatečné míře pro kohokoliv včetně kvalifikovaných dodavatelů. Vzhledem k uvedenému považuji námitku nedůvodnou.
63. Zadavatel v rozkladu uvádí, že *„proběhlo Institutem pro testování a certifikaci a.s. testování vzorků předložených uchazeči v zadávacím řízení, které mělo být podkladem pro hodnocení nabídek v rámci subjektivního hodnotícího kritéria „kvalita plnění předmětu veřejné zakázky“, a na základě kterého byl vystaven zkušební protokol č. 462200667“*. Zadavatel argumentuje, že z výsledku provedených testů ani z obsahu protokolu není patrné, že by jednotliví uchazeči nedostatečně pochopili zadávací podmínky; uvedené lze rovněž konstatovat i v případě Institutu pro testování a certifikaci a.s.
64. K tomu uvádím, že z protokolu *„o třetím jednání hodnotící komise pro posouzení kvalifikace, posouzení a hodnocení nabídek v rámci zadávacího řízení“* ze dne 28. 8. 2012 vyplývá, že Institut pro testování a certifikaci, a.s. zpracoval návrh zkušebního předpisu a hodnotící komise tento návrh s názvem F-12-35 *„Funkční vzorky kontrolních nálepek“* projednala a schválila. Ze Zkušebního předpisu F-12-35 *„Funkční vzorky kontrolních nálepek“* verze platná od 26. 6. 2012 jsem zjistil, že jako zkušební metody byly stanoveny: zkoušky pro nalepení, odolnost proti poškrábání, uložení v teplém vzduchu, uložení v chladu, uložení v podmínkách kondenzace vody, test střídáním teplot, test tlakovým mytím, odolnost proti poškrábání v laboratorní myčce aut, odolnost proti otěru, odolnost proti povětrnosti, chemická odolnost.
65. Ze zkušebního protokolu Institutu pro testování a certifikaci, a. s. pod č. j. 462200667 ze dne 19. 10. 2012 jsem zjistil, že jmenované společnosti bylo zadáno provést funkční zkoušky na kontrolních nálepkách v souladu se zkušebním předpisem F-12-35. Dle tohoto protokolu bylo zjišťováno: chování k podkladu; odolnost proti poškrábání; odolnost teple 90°C, 300 h (vizuální změny, chování k podkladu, odolnost proti poškrábání); odolnost chladu – 40°C, 24 h (vizuální změny, chování k podkladu, odolnost proti poškrábání); uložení v podmínkách kondenzace vody 40°C, 300 h, 98 % RV (vizuální změny, chování k podkladu, odolnost proti poškrábání); test střídání teplot PV 1200/30 cyklů (vizuální změny, chování k podkladu, odolnost proti poškrábání); test tlakovým mytím (vizuální změny, chování k podkladu, odolnost proti poškrábání); odolnost proti poškrábání v laboratorní myčce aut (vizuální změny, chování k podkladu, odolnost proti poškrábání); odolnost proti otěru (vizuální změny, chování k podkladu, odolnost proti poškrábání); odolnost proti povětrnosti (vizuální změny, chování k podkladu, odolnost proti poškrábání); chemická odolnost (1 %-ní roztok NaCl, 1 %-ní roztok NaOH, vodný tensidový roztok, čistič skel, kapalina do ostříkovačů – letní).
66. Z přípisu Institutu pro testování a certifikaci, a.s ze dne 19. 10. 2012, adresovaného zadavateli, vyplývá, že hodnotící komise požádala Institut pro testování a certifikaci, a.s o odpovědi

na tyto otázky: 1. Jak testovaný vzorek splňuje Funkční požadavky na potiskovaný materiál?; 2. Jak testovaný vzorek splňuje požadavky na Barevnost?; 3. Jak testovaný vzorek splňuje požadavky na světlostálost, odolnost vůči UV záření a použití barev pro tisk kontrolních nálepek; 4. Jak testovaný vzorek splňuje požadavky na Ochranný hologram?; 5. Jak testovaný vzorek splňuje požadavky na Ochranu aršíků a jeho identifikaci?; 6. Jak testovaný vzorek splňuje požadavky na Ochranu jednotlivé kontrolní nálepky?. K tomu uvádím, že funkční požadavky na potiskovaný materiál a požadavky na barvu kontrolních nálepek zadavatel nestanovil jako předmět hodnocení dle subkritéria „*Implementace ochranných, bezpečnostních a identifikačních prvků*“ (kterými požadavky zadavatel rozumí Požadavky na ochranné, identifikační a bezpečnostní prvky je zjištěno v odstavci 58. tohoto rozhodnutí). Na otázku č. 4 Institut pro testování a certifikaci, a.s uvedl, co je zjevné z vizuální kontroly nálepek a odkázal na provedené testování, přičemž uvedl procentuální vyhodnocení vzorků nálepek. Na otázku č. 5 Institut pro testování a certifikaci, a.s, co je zjevné z vizuální kontroly nálepek a uvedl procentuální vyhodnocení nálepek. Na otázku č. 6 Institut pro testování a certifikaci, a.s uvedl, co je zjevné z vizuální kontroly nálepek, a uvedl stav vzorků nálepek s identifikátorem po provedeném testování, přičemž uvedl procentuální vyhodnocení vzorků nálepek.

67. Namítá-li zadavatel, že jmenovaný institut by nepochybně nebyl schopen takové testování provést, pokud by byly zadávací podmínky stanoveny nesrozumitelně a nejednoznačně, pak tato námitka je lichá, a to s ohledem na výše zjištěný stav věci. Institut pro testování a certifikaci, a.s. především vůbec neposuzoval konkrétní vlastnosti vzorků dle pokynů v zadávací dokumentaci, nýbrž dle instrukcí, které zadavatel schválil až poté (28. 8. 2012), co byla zadávací dokumentace emitována (21. 3. 2012). Podkladem pro hodnocení vzorků nebyla tedy zadávací dokumentace, ale zkušební předpis F-12-35, přičemž v samotném předpisu není žádným způsobem odkazováno na zadávací dokumentaci, natož stanovena povinnost Institutu pro testování a certifikaci, a.s., aby provedl posouzení dle zadávací dokumentace. Uvedené se rovněž týká i odpovědi č. 4., 5. a 6 Institutu pro testování a certifikaci, a.s., neboť jsou vystaveny na základě výsledků testování provedené dle zadavatelem schváleného zkušební předpisu F-12-35.
68. Konkrétní vlastnosti vzorků, které byl dle zkušební předpisu F-12-35 povinen Institut pro testování a certifikaci a.s testovat, stanovil sám zadavatel ex post (po emitaci zadávací dokumentace). Institutu pro testování a certifikaci, a.s. tak bylo známo, na rozdíl od uchazečů, které konkrétní vlastnosti vzorků zadavatel požaduje testovat a jakými metodami. Uchazečům tak bylo známo ve smyslu čl. 30.2. zadávací dokumentace pouze to, že funkční testování bude zaměřeno na kontrolu požadované životnosti, kontrolu implementace ochranných, bezpečnostních a identifikačních prvků a dalších požadovaných funkčních vlastností. Jestliže zadavatel tedy argumentuje, že Institut pro testování a certifikaci, a.s byl schopen provést testování, tak tato okolnost je dána tím, že Institutu pro testování a certifikaci, a.s zadal provést testování, neuložil však provést testování dle pokynů zadavatele v zadávací dokumentaci. Námitka zadavatele je tak účelová.
69. K tomu uvádím, že povinnost stanovit hodnotící kritéria transparentně není samoučelná, neboť pouze v případě transparentně stanovených hodnotících kritérií lze zpětně přezkoumat, zda hodnotící komise skutečně hodnotila pouze dle hodnotících kritérií, které byly stanoveny v zadávací dokumentaci, zda provedla hodnocení všech nabídek

v celém rozsahu podle všech hodnotících kritérií a subkritérií, a zda hodnotila nabídky pouze podle hodnotících kritérií, které v zadávací dokumentaci jsou uvedeny, nikoliv dle nestanovených „hodnotících kritérií“. Uvedené není významné pouze pro Úřad jako orgán dohledu nad dodržováním zákona, ale především pro samotného zadavatele, který ustanovil pro posouzení a hodnocení nabídek hodnotící komisi, za jejichž činnost nese v režimu zákona odpovědnost, vezme-li její závěry za své. Pokud tedy zadavatel přezkoumává jako řádný hospodář, zda hodnotící komise skutečně provedla hodnocení nabídek dle postupu stanoveného zákonem, je plně v jeho zájmu stanovit hodnotící kritéria přezkoumatelně.

K námitkám rozkladu proti výroku II. napadeného rozhodnutí

70. Zadavatel namítá, že Úřad nesprávně interpretoval v napadeném rozhodnutí ustanovení § 51 odst. 5 zákona tak, že „společné prokazování“ splnění kvalifikačních předpokladů dle ustanovení § 50 odst. 1 písm. b) až d) zákona znamená, že citované kvalifikační předpoklady prokazují sdružení dodavatelé společně, tj. že je nemusí splňovat jeden každý dodavatel, a dokonce ani jeden dodavatel v úplnosti, ale všichni dohromady, tj. v „součtu“.
71. Vzhledem k tomu, že zadávací řízení bylo zahájeno dne 26. 3. 2012 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění, byl zadavatel povinen v zadávacím řízení postupovat ve znění zákona účinném do 31. 3. 2012 (tj. ve znění účinném před účinností novely zákona č. 55/2012 Sb.).
72. Dle dikce ustanovení § 51 odst. 5 zákona v rozhodném znění platí, 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) zákona a profesního kvalifikačního předpokladu podle § 54 písm. a) zákona v plném rozsahu. Splnění kvalifikace podle § 50 odst. 1 písm. b) až d) zákona musí prokázat všichni dodavatelé společně. V případě prokazování splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prostřednictvím subdodavatele se § 51 odstavec 4 zákona použije obdobně. Jak vyplývá z odstavce 26. napadeného rozhodnutí, Úřad aplikoval na zjištěný stav právě citované ustanovení zákona, a tedy ve správném znění.
73. Zadavatel v rozkladu rozporuje výše uvedený závěr Úřadu, a uvádí, že napadené ustanovení zákona je nutno v daném případě interpretovat tak, že splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů sdružení dodavatelé jsou povinni prokazovat společně tak, že alespoň jeden ze sdružených dodavatelů je povinen prokázat v plném rozsahu požadovanou minimální úroveň takového ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu (v daném případě výhradně obratu, neboť jiné ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady stanovené zadavatelem Úřad v daném případě neposuzoval). Zadavatel zároveň rozporuje, že lze dospět k tomuto závěru na základě konstrukce „solidární odpovědnosti“ dodavatelů. K tomu uvádím, že se neztotožňuji se zadavatelem předkládanou interpretací zákona, neboť s ohledem na okolnosti daného případu nemůže obstát.
74. Dle ustanovení § 51 odst. 1 věta první zákona platí, 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 ustanovení § 50 odst. 1 písm. a) zákona a profesního kvalifikačního

předpokladu podle ustanovení § 54 písm. a) zákona v plném rozsahu. Hodlá-li tedy několik dodavatelů plnit předmět veřejné zakázky společně a za tím účelem podávají nebo budou podávat společnou nabídku (*dle ustanovení § 69 odst. 4 zákona se společnou nabídkou rozumí nabídka, kterou podalo za podmínek stanovených v ustanovení § 51 odst. 6 zákona více dodavatelů společně*), jsou povinni dle ustanovení § 51 odst. 6 zákona předložit 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).

75. Zadavatelem zvolený ekonomický a finanční kvalifikační předpoklad (tj. údaj o obratu dodavatele ve smyslu ustanovení § 55 odst. 1 písm. c) zákona) je kvantitativní veličinou, což ani zadavatel nerozporuje, a která vypovídá o ekonomické stabilitě dodavatele. Smyslem prokázání kvalifikace je právě poskytnutí záruk *před samotným uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku* o tom, že následně bude vybrán ten uchazeč, který bude schopen realizaci veřejné zakázky zajistit (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 8 Afs 21/2009 -243 ze dne 26. 2. 2010), a to s ohledem na svoji ekonomickou stabilitu (v případě předmětného kvalifikačního předpokladu). Dle ustanovení zákona § 69 odst. 4 věta poslední zákona pak platí, že podává-li více dodavatelů společnou nabídku, považují se za jednoho uchazeče, přičemž z povahy věci tito dodavatelé jsou oprávněni vzájemně využít svůj potenciál při prokazování kvalifikace (své zkušenosti, zařízení, ekonomickou stabilitu apod.), nebo-li svoji schopnost zajistit realizaci předmětu plnění veřejné zakázky (k tomu také rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 2. 12. 1999 pod spis. zn. C-176/98 ve věci Hostl Italia proti Comune di Cagliari). Jak v odůvodnění napadeného rozhodnutí konstatoval Úřad, prokazovat splnění kvalifikace společně s jinými osobami nelze bezvýjimečně, zákon přináší kontrolní mechanismy proti realizaci veřejné zakázky nezpůsobilým dodavatelem.
76. Dle ustanovení § 51 odst. 6 zákona jsou tito dodavatelé povinni předložit vždy smlouvu, ve které musí být obsažen závazek, že budou vůči zadavateli a třetím osobám z jakýchkoliv právních vztahů vzniklých v souvislosti s veřejnou zakázkou zavázáni společně a nerozdílně (solidárně), což slovy *základního kodexu soukromého práva* znamená, že věřitel je oprávněn požadovat plnění na kterémkoli z nich; jestliže dluh splní jeden dlužník, povinnost ostatních zanikne (ustanovení § 511 zákona č. 40/1964, občanského zákoníku, který byl účinný v době konce lhůty pro podání nabídek v předmětném zadávacím řízení). Tato povinnost je pak pro závěr, jakým konkrétním způsobem dodavatelé dle zákona prokazují svoji ekonomickou stabilitu jako kvalifikační předpoklad, klíčovou. Zákon v tomto ustanovení jde tak daleko, že účastníkům soukromoprávních vztahů po uzavření smlouvy a při a po realizaci plnění veřejné zakázky určuje práva a povinnosti v podobě společného a nerozdílného závazku, a tím zachovává již dříve stanovenou fikci, tj. více dodavatelů podávající společnou nabídku se považují za jednoho uchazeče. Není tedy v podstatě žádného rozdílu mezi povinností jednoho uchazeče plnit závazky vyplývající z právních vztahů vzniklých v souvislosti s veřejnou zakázkou a s tím související jeho odpovědností a mezi takovou povinností a s tím související odpovědností více dodavatelů podávajících společnou nabídku.
77. Jestliže tedy zákon ukládá dodavatelům (podávajícím společnou nabídku) odpovídat za své závazky vzniklé v souvislosti s veřejnou zakázkou společně a nerozdílně, tedy bez ohledu na to, jakou část plnění bude ten který dodavatel zadavateli poskytovat, tak povinnost

prokázat splnění kvalifikace podle ustanovení § 50 odst. 1 písm. b) až d) zákona všemi dodavateli společně v tomto pojetí znamená povinnost prokazovat ji také dohromady – „v součtu“.

78. Vzhledem k tomu, že dodavatelé jsou povinni nést solidární odpovědnost v právních vztazích vzniklých v souvislosti se společným plněním veřejné zakázky, je zcela správný závěr, že v případě podání společné nabídky několika dodavatelů prokazují tento ukazatel společně, a tedy mohou také vzájemně sečíst hodnoty svých dosažených obrátů. Námitka zadavatele napadající nesprávnou interpretaci zákona Úřadem je nedůvodná, naopak interpretace provedená Úřadem je plně v souladu s dikcí a cíli zákona, neboť zajišťuje hospodářskou soutěž a dostatečné konkurenční prostředí mezi dodavateli.
79. Tento závěr plně koresponduje i s citovaným rozsudkem Evropského soudního dvora pod spis. zn. C-176/98, a to že při prokazování kvalifikace je možné použít kvalifikace i jiných subjektů (dodavatelů), pokud však uchazeč prokáže, že bude moci disponovat s těmito prostředky, které jsou potřebné (nezbytné) pro plnění smlouvy. Právě v tomto duchu je nutné interpretovat předmětné ustanovení § 51 odst. 5 zákona; více dodavatelů (podávající společnou nabídku) je oprávněno využít veškerý svůj potenciál při prokázání kvalifikace – prokazují-li ho dodavatelé společně, znamená to, že mohou tento potenciál třeba v podobě obrátu vzájemně „sečíst“.
80. Zadavatel dále namítá, že argumentací „solidární odpovědností dodavatelů“ by bylo možné „sčítání“ jakéhokoli kvalifikačního předpokladu, v důsledku toho by nebylo nutné posuzovat každý kvalifikační předpoklad jednotlivě.
81. K námitce s odkazem na rozsudek Evropského soudního dvora (spis. zn. C-176/98 ve věci Hostl Italia proti Comune di Cagliari) uvádím, že při prokazování kvalifikace je možné použít kvalifikace jiných subjektů (dodavatelů), pokud uchazeč (sdružení dodavatelů) prokáže, že bude moci disponovat s těmito prostředky, které jsou potřebné (nezbytné) pro plnění smlouvy, a proto je nutné vždy posoudit povahu a základní účel konkrétního údaje, kterým zadavatel požaduje prokázání splnění kvalifikace. V každém konkrétním případě je nezbytné posoudit údaj směřující k prokázání splnění kvalifikačních předpokladů jednotlivě.
82. Zadavatel dále namítá, že s přibývajícím počtem dodavatelů podávajících společnou nabídku, kteří budou vzájemně sčítat výše obrátů, nebude mít jistotu, že alespoň jedním z dodavatelů je silná a stabilní společnost (dodavatel).
83. K námitce rozkladu uvádím, že je-li tedy smyslem prokázání kvalifikace právě poskytnutí záruk o tom, že následně bude vybrán ten uchazeč, který bude v důsledku své finanční stability schopen realizaci veřejné zakázky zajistit, tak není rozdílu mezi zajištěním finanční stability v podobě obrátu jedním dodavatelem (jedním subjektem) a zajištěním finanční stability více dodavateli (podávající společnou nabídku), kteří přinášejí svoji finanční stabilitu v podobě obrátu do jejich vzájemného svazku založeného smlouvou, dle které odpovídají za své závazky společně a nerozdílně, a po celou dobu plnění veřejné zakázky i po dobu trvání jiných závazků vyplývajících z veřejné zakázky. Zákon při prokazování kvalifikačních předpokladů ve smyslu ustanovení § 50 odst. 1 písm. b) až d) zákona tak nečiní rozdílu mezi jedním dodavatelem nebo sdružením dodavatelů; podají-li oba subjekty nabídku, tak se v režimu zákona vždy jedná o jednoho uchazeče.

84. V této souvislosti odkazují na čl. 4 bod 2 Směrnice Evropského parlamentu a rady č. 2004/18/ES ze dne 31. 3. 2004, o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby, dle které „*podávat nabídky nebo vystupovat jako zájemci mohou skupiny hospodářských subjektů. Veřejní zadavatelé nesmějí od těchto skupin vyžadovat určitou právní formu k tomu, aby mohly podat nabídku nebo žádost o účast...*“. Nelze-li tedy určitou *právní formu skupin hospodářských subjektů* vyžadovat, tak není možné ani určitou *právní formu* (jeden dodavatel s právní subjektivitou – od 1. 1. 2014 s právní osobností) upřednostňovat na úkor jiné *právní formy* (smlouva o sdružení dodavatelů nebo jiný závazkový právní vztah, ze kterého vyplývá závazek těchto dodavatelů být vůči zadavateli a třetím osobám z jakýchkoliv právních vztahů vzniklých v souvislosti s veřejnou zakázkou závazání společně a nerozdílně). Námitku zadavatele tak považují za nedůvodnou.
85. Zadavatel dále namítá, že problematika sčítání kvalifikace v případě sdružení dodavatelů v době zahájení zadávacího řízení byla novinkou v oblasti veřejného zadávání.
86. K tomu uvádím, že tato námitka je nedůvodná, neboť povinnost zakotvenou § 51 odst. 5 zákona (splnění kvalifikace podle § 50 odst. 1 písm. b) až d) zákona musí prokázat všichni dodavatelé společně) v této dikci, upravoval zákon (č. 137/2006 Sb.) již od své účinnosti (tj. od 1. 7. 2006) do 31. 3. 2012. Zadavatel byl tedy povinen poskytovat dle platného a účinného zákona bez ohledu na to, zda toto ustanovení bylo nebo nebylo novinkou. V tomto smyslu je nedůvodnou i další námitka zadavatele, že neměl řádnou oporu pro svůj postup v předchozí rozhodovací praxi. K tomu uvádím, že „oporu“ pro postup zadavatele v první řadě představuje zákon.
87. Zadavatel dále namítá, že pro svůj postup neměl žádnou oporu v předchozí rozhodovací praxi Úřadu ani správních soudů. Tato námitka je rovněž nedůvodná. I kdyby tomu tak skutečně bylo a zadavatel neměl žádnou takovou oporu v podobě předchozí rozhodovací praxe, tak uvedené zadavatele nezbavuje povinnosti postupovat v souladu se zákonem. Úřad odkázal v napadeném rozhodnutí na pravomocné rozhodnutí č. j. S430,446/2010/VZ-7942/2011/520/EMa ze dne 29. 6. 2011, a zároveň deklaroval, že se nehodlá odchytil od dosavadní rozhodovací praxe v této otázce, ba právě naopak rozhodnutí ze dne 29. 6. 2011 „*je Úřad v souladu se zásadou legitimního očekávání povinen zohlednit*“, což Úřad také učinil. Tento postup je plně v souladu se základní zásadou činnosti správních orgánů, a to zásadou předvídatelnosti správních rozhodnutí dle ustanovení § 2 odst. 4 správního řádu.
88. Námitka zadavatele, že problematika sčítání kvalifikace nebyla v rozhodnutí Úřadu č. j. S430,446/2010/VZ-7942/2011/520/EMa ze dne 29. 6. 2011 vyřešena komplexně ani správně, je rovněž nedůvodná. Úřad v odkazovaném rozhodnutí uvedl úvahy, které se týkaly právě problematiky sčítání kvalifikace, v rozsahu, které odpovídaly konkrétním okolnostem daného případu – tedy z tohoto pohledu byly úvahy Úřadu komplexní. Co se týče správnosti úvah a aplikace ustanovení § 51 odst. 5 zákona v rozhodnutí č. j. S430,446/2010/VZ-7942/2011/520/EMa ze dne 29. 6. 2011, uvádím, že dokud není o správním rozhodnutí rozhodnuto jinak, platí zásada presumpce správnosti rozhodnutí správních orgánů. Námitka zadavatele je tak nedůvodná.
89. Namítá-li zadavatel, že jedno rozhodnutí není ustálenou rozhodovací praxí, tak k tomu uvádím, že i tato námitka je nedůvodná. Dle ustanovení § 2 odst. 4 správního řádu platí,

že správní orgán dbá, aby přijaté řešení bylo v souladu s veřejným zájmem a aby odpovídalo okolnostem daného případu, jakož i na to, aby při rozhodování skutkově shodných nebo podobných případů nevznikaly nedůvodné rozdíly, a to bez ohledu na počet vydaných rozhodnutí. Úřad tedy postupoval v souladu se zásadou nestrannosti a legitimního očekávání; v daném případě Úřad neshledal žádných důvodů pro odchýlení se od své dosavadní rozhodovací praxe. Napadené rozhodnutí je tak ve světle dosavadní rozhodovací praxe plně v souladu se zásadou předvídatelnosti.

90. Zadavatel dále brojí proti tomu, že rozhodovací praxi Evropského soudního dvora a příslušné směrnice nelze na předmětnou problematiku aplikovat, neboť pouze obecně konstatují, že uchazeči mohou využít v zadávacím řízení potenciálu třetích osob a společně prokazovat kvalifikaci.
91. K tomu uvádím, že v napadeném rozhodnutí Úřad toliko odkázal na rozhodnutí č. j. S430,446/2010/VZ-7942/2011/520/EMa ze dne 29. 6. 2011. Odkázal-li však Úřad v rozhodnutí č. j. S430,446/2010/VZ-7942/2011/520/EMa na Směrnici Evropského parlamentu a rady č. 2004/18/ES ze dne 31. 3. 2004, o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby, a dále na rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 2. 12. 1999 pod spis. zn. C-176/98 ve věci Hostl Italia proti Comune di Cagliari, tak uvádím, že s ohledem na zásadu presumpce správnosti správních rozhodnutí se u rozhodnutí Úřadu č. j. S430,446/2010/VZ-7942/2011/520/EMa ze dne 29. 6. 2011 presumuje, že je správné, přičemž v řízení o rozkladu proti napadenému rozhodnutí nejsem oprávněn posuzovat a rozhodovat o správnosti jiného než napadeného rozhodnutí. Námitka zadavatele je tak nedůvodná.
92. Zadavatel dále uvádí, že názory odborníků na problematiku sčítání kvalifikace jsou v jasném rozporu s jediným předchozím rozhodnutím (Úřadu č. j. S430,446/2010/VZ-7942/2011/520/EMa ze dne 29. 6. 2011). K tomu opětovně uvádím, že u rozhodnutí č. j. S430,446/2010/VZ-7942/2011/520/EMa ze dne 29. 6. 2011 se presumuje, že je správné, přičemž předmětem této fáze správního řízení je přezkoumání zákonnosti a správnosti rozkladem napadeného rozhodnutí. K tomu dále uvádím, že názory publikované v odborném časopise nepředstavují ve smyslu ustanovení § 68 odst. 3 správního řádu podklad pro vydání rozhodnutí, úvahy, kterými se správní orgán řídil při jejich hodnocení a při výkladu právních předpisů, ani informace o tom, jak se správní orgán vypořádal s návrhy a námitkami účastníků a s jejich vyjádřením k podkladům rozhodnutí, a proto Úřad ani nebyl povinen k těmto názorům v napadeném rozhodnutí přihlídnout. K tomu dále uvádím, že tyto názory nelze vůbec považovat za výklad doktrinální (vědecký) zákona učiněný právní vědou, a který by tak mohl působit na interpretační praxi.

K námitkám rozkladu proti výroku III. napadeného rozhodnutí

93. Zadavatel namítá, že Úřad uložil pokutu vzhledem ke všem okolnostem daného případu ve zjevně nepřiměřené výši.
94. K námitce uvádím, že pokuta byla uložena v souladu se zákonem včetně základ správně-právního trestání (zásada absorpce), přičemž Úřad řádně, přezkoumatelně a právně správně přihlédl ve všem okolnostem daného případu, a proto jsem neshledal právního důvodu pro snížení uložené pokuty, jak také v rozkladu navrhuje zadavatel.

95. Úřad správně posoudil, že správní delikt spáchaný postupem zadavatele, kterým vyloučil možnost sčítat výše obrátů při podání společné nabídky dodavatelů, a kterým zadavatel porušil ustanovení § 51 odst. 5 zákona v návaznosti na ustanovení § 6 zákona, je závažnějším správním deliktem, než správní delikt dle výroku I. napadeného rozhodnutí. Narušení soutěžního prostředí a nedodržení zásady zákazu diskriminace představuje zásadní porušení zákona, jak správně uvedl Úřad.
96. Úřad při posouzení způsobu spáchání správního deliktu dospěl k závěru, že zadavatel nereflektoval aktuální rozhodovací praxi Úřadu, která je obecně známa. Tyto okolnosti zhodnotil Úřad jako přitěžující. Zadavatel v rozkladu uvádí, že Úřad pouze jednou posuzoval problematiku „sčítání obrátů“, přičemž na tuto problematiku existují u odborné veřejnosti rozdílné názory. K námitce konstatuji, že u rozhodnutí Úřadu č. j. S430,446/2010/VZ-7942/2011/520/EMa ze dne 29. 6. 2011, ve kterém Úřad interpretoval ustanovení § 51 odst. 5 zákona týkající se povinnosti dodavatelů podávající společnou nabídku prokazovat kvalifikaci společně, se presumuje správnost, a dále tvoří nedílnou součást rozhodovací praxe Úřadu. Není rozhodující, kolik rozhodnutí Úřadu se tou kterou problematikou zabývalo; významným je, že takové vydané rozhodnutí Úřadu tvoří rozhodovací praxi, a proto je známo jak účastníkům, a po zveřejnění ve smyslu ustanovení § 123 zákona také široké veřejnosti. Úřad je povinen postupovat dle ustanovení § 2 odst. 4 správního řádu, případně řádně a přezkoumatelně odůvodnit odchýlení se od dosavadní rozhodovací praxe (k této otázce viz rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 47/2004-83 ze dne 12. 8. 2004). Uvádí-li zadavatel, že odborná veřejnost zastává rozdílné názory, tak konstatuji, že taková okolnost nesnižuje či nezabavuje zadavatele odpovědnosti za nezákonný postup. K názorům publikovaným v odborném časopise, na které poukázal zadavatel v rozkladu, uvádím, že nepředstavují doktrinální (vědecký) výklad, který je formulován právní vědou. Námitka zadavatele je tak ve světle Úřadem posouzených okolností nedůvodná.
97. Plně se ztotožňuji s posouzením toho, že zadavatel se dopustil dalšího správního deliktu, jako okolnosti přitěžující. Úřad rovněž správně identifikoval následek postupu zadavatele, když uvedl, že tímto následkem je *„eliminace možnosti potenciálních dodavatelů podat svoji nabídku, přičemž nelze vyloučit, že tito případní uchazeči mohli nabídnout nižší nabídkovou cenu, než jakou nabídl vybraný uchazeč“*.
98. Zjistil-li Úřad, že u zadavatele se předpokládá příspěvek zřizovatele v řádech desítek miliónů korun (odstavec 66. odůvodnění napadeného rozhodnutí), a dále posoudil-li, že horní hranice výše možné pokuty činí 10 000 000 Kč, je výše pokuty 150 000 Kč s ohledem na relevantní stav věci přiměřená.
99. Zadavatel namítá, že se preferování preventivní funkce uložené sankce s novelizací zákona stala bezpředmětnou, neboť zákon neumožňuje požadovat prokázání ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů jinak, než předložením čestného prohlášení.
100. K této námitce zadavatele uvádím, že je nedůvodná. K povaze preventivní funkce sankce a jejího významu odkazuji na rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 16. 11. 2004, sp. zn. 10 Ca 250/2003 publikovaný ve Sbírce rozhodnutí Nejvyššího správního soudu pod číslem 560/2005, dle kterého *„preventivní prvek postihu chování contra legem pak spočívá nejen v tom, že samotného delikventa odradí od opakování nezákonného jednání,*

ale i ostatní subjekty vázané týmiž povinnostmi vede k jejich řádnému plnění. Výše postihu proto obecně nemůže být tak nízká, že by tohoto preventivního účinku vůči všem ostatním naprosto pozbyla“ a dále „Preventivní úloha postihu spočívá netoliko v účinku vůči žalobci, ale musí mít sílu odradit od nezákonného postupu i další adresáty stejných zákonných povinností; tento účinek pak může vyvolat toliko postih odpovídající významu chráněného zájmu“. Zadavatel skutečně správně poukazuje na to, že od 1. 4. 2012 zákon neumožňuje požadovat prokázání ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů jinak, než předložením čestného prohlášením, a zároveň ustanovení § 51 odst. 5 zákona (ve znění po 1. 4. 2012) obsahuje povinnost všech dodavatelů (podávající společnou nabídku) společně prokázat splnění kvalifikace podle ustanovení § 50 odst. 1 písm. b) a d) zákona, nikoliv již dle ustanovení § 50 odst. 1 písm. c) zákona (ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady). K tomu uvádím, že i po 1. 4. 2012 je takový postup zadavatelů, tj. ti, kteří by požadovali prokazovat ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady, přičemž by omezili možnost sčítání obrátů při podání společné nabídky několika dodavateli, projevem jednání *contra legem* s tím, že tento postup by byl právně kvalifikován jinak, než v daném případě. Preventivní prvek trestání je naplněn vždy bez ohledu na změnu právní kvalifikace jednání, které však zůstává protiprávní. Po 1. 4. 2012 zákon stále považuje za protiprávní jednání, kterým zadavatel omezí možnost sčítání obrátů pro podání společné nabídky. V tomto ohledu je naplněna i tzv. *generální prevence*, u níž *„Jde zejména o to, dát ostatním členům společnosti najevo, jaké jednání je nežádoucí, v čem je smysl trestněprávních norem a jaké důsledky jsou neodvratně spjaty s páčáním trestných činů [pozn. předsedy Úřadu: ve správním řízení pak správních deliktů]“* (Kratochvíl, V. a kol. Kurs trestního práva. Trestní právo hmotné. Obecná část. 1. Vydání. Praha: C. H. Beck, 2009, str. 473). Námitku zadavatele, že preventivní funkce je tak bezpředmětná, považuji za nedůvodnou.

101. Zadavatel dále brojí proti tomu, že Úřad v rozporu s ustanovením § 121 odst. 2 zákona se při stanovení výše pokuty vůbec nezabýval tím, jaké následky byly způsobeny spácháním správního deliktu. K tomu uvádím, že tato námitka je lichá, neboť v odstavci 65. odůvodnění napadeného rozhodnutí jsou uvedeny přezkoumatelné a správné úvahy, z nichž vyplývá, že Úřad skutečně přihlédl při určení výměry pokuty zadavateli k následkům správního deliktu.
102. Namítá-li v této souvislosti zadavatel, že Úřad konstatuje, že došlo pouze k následkům *„fiktivním a možným“*, nikoliv k následkům, které by se projevíly na průběhu zadávacího řízení, na hodnocení nabídek, na uzavření smlouvy, tak tato námitka je rovněž nedůvodná.
103. Okolnost, že mohl být ovlivněn výběr nejvhodnější nabídky, protože není vyloučeno, že uchazeči, jejichž možnost podat nabídku byla eliminována v důsledku nezákonného postupu zadavatele, neznamená, že v minulosti byl skutečně ovlivněn výběr, ale že k tomu dojít mohlo. Žádný důkazní prostředek nemůže osvědčit, že *mohlo* dojít k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, protože závěr o možnosti je výsledek myšlenkového posouzení zjištěného stavu věci, tj. logické úvahy správního orgánu. Zákon sankcionuje již samotné nebezpečí toho, že by mohl být ovlivněn výběr nejvhodnější nabídky. Samotný příčinný vztah (souvislost) mezi porušením zákona zadavatelem a možným vlivem na výběr nejvhodnější nabídky je výsledkem logické úvahy, myšlenkovým posouzením skutkového stavu správním orgánem. Jak jsem uvedl výše, Úřad přihlédl při určení výměry pokuty zadavateli k následkům správního deliktu plně v souladu se zákonem.

Námitka rozkladu napadající vypořádání všech námitek uplatněných zadavatelem v prvostupňovém správním řízení

104. Zadavatel dále vytýká Úřadu, že napadené rozhodnutí je nepřezkoumatelné, protože se Úřad nezabýval všemi argumenty, které uvedl zadavatel v průběhu správního řízení.
105. K tomu uvádím, že Úřad vypořádal v napadeném rozhodnutí pouze část námitek zadavatele uvedených ve vyjádření ze dne 29. 3. 2013. Námitky týkající se správního deliktu zadavatele spáchaného tím, že zadavatel omezil možnost sčítání obrátů při podání společné nabídky několika dodavateli, Úřad vypořádal vyčerpávajícím způsobem (odstavce 39. až 49. napadeného rozhodnutí).
106. Námitky týkající se správního deliktu zadavatele spáchaného tím, že zadavatel nestanovil způsob hodnocení nabídek podle dílčího hodnotícího kritéria „*Kvalita plnění předmětu veřejné zakázky*“ tak, aby bylo zřejmé, co konkrétně je předmětem hodnocení, vypořádal Úřad pouze zčásti. Vzhledem k tomu, že dle ustanovení § 68 odst. 3 správního řádu je správní orgán povinen v odůvodnění rozhodnutí uvést informace o tom, jak se správní orgán vypořádal s návrhy a námitkami účastníků a s jejich vyjádřením k podkladům rozhodnutí, rozhodl jsem se splnit tuto zákonnou povinnost v druhostupňovém správním řízení tak, aby bylo ve správním řízení plně učiněno zadost právu zadavatele vyjadřovat se k tomu, co je mu v oznámení o zahájení správního řízení kladeno za vinu. Právo účastníka vyjádřit se je smysluplně zajištěno nikoliv pouze tím, že se účastník vyjádří, ale především adekvátní a zákonnou odezvou správního orgánu výslovně uvedenou v odůvodnění rozhodnutí.
107. Zadavatel ve vyjádření konstatuje, že hodnotící kritérium je ve smyslu ustanovení § 78 odst. 4 zákona v úzkém vztahu k nabízenému plnění veřejné zakázky a dále bylo by nesprávné posuzovat stanovení hodnotících kritérií izolovaně od vymezení předmětu plnění. K tomu uvádím, že zadavatel má samozřejmě v obecné rovině pravdu. Hodnotící kritéria, zejména tzv. „subjektivní kritéria“, nelze posuzovat odděleně od předmětu veřejné zakázky, což je dáno samotnou povahou těchto kritérií, ustanovením § 78 odst. 4 zákona a rovněž konstantní soudní judikaturou (např. rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 36/2012-104 ze dne 9. 5. 2013). Poté, co jsem tedy v řízení o rozkladu posoudil předmět plnění veřejné zakázky, konstatuji, že ani ze spojení předmětu plnění veřejné zakázky a zadavatelem stanoveného způsobu hodnocení nabídek (dle předmětného subkritéria) nevyplývá, které nabídnuté plnění zadavatelem bude hodnotit jako (nej)vhodnější, resp. co konkrétně bude předmětem hodnocení dle subkritéria „*Implementace ochranných, bezpečnostních a identifikačních prvků*“. Co se týká zjištění předmětu plnění veřejné zakázky a následné posouzení, v detailech odkazuji na část „*K námitkám rozkladu proti výroku I. napadeného rozhodnutí*“ odůvodnění tohoto rozhodnutí předsedy Úřadu.
108. Ve vyjádření ze dne 29. 3. 2013 podává zadavatel svoji interpretaci toho, co konkrétně zamýšlel dle hodnotícího kritéria hodnotit. V případě subkritéria „*Způsob výroby, skladování a distribuce*“ zadavatel interpretuje, že hodnotí se způsob výroby, skladování a distribuce, přičemž „*jako výhodnější budou hodnoceny nabídky, které prokážou nejvyšší (...) kvalitu výrobního, skladovacího a logistického procesu, obsahují podrobnější a úplnější popis způsoby výroby, skladování a distribuce, nejlépe (...) prokážou, že uchazeč zabezpečí předmět veřejné zakázky a nemožnost zneužití chráněných tiskovin, to vše v kontextu přílohy č. 1*

Zadávací dokumentace“. K tomu uvádím, že na tomto místě lze plně demonstrovat, jak významné je stanovení hodnotících kritérií jednoznačně a srozumitelně (a tedy i transparentně) tak, aby všichni seznali kdykoliv a kdekoliv po emitaci zadávací dokumentaci její obsah shodně. Zadavatel v zadávací dokumentaci požadavky na hodnocení dle subkritéria *„Způsob výroby, skladování a distribuce“* stanovil zcela odlišně, než podal ve vyjádření ze dne 29. 3. 2013, a totiž *„Hodnotí se splnění funkčních požadavků s ohledem na (...) kvalitu výrobního, skladovacího a logistického procesu. Lépe bude hodnocena nabídka obsahující podrobný a úplný popis způsobu výroby, skladování a distribuce, kde Uchazeč prokáže zabezpečení předmětu veřejné zakázky a nemožnost zneužití chráněných tiskovin“*. Zadavatel tedy hodlal hodnotit pouze ty nabídky, ve kterých uchazeči prokáží zabezpečení předmětu veřejné zakázky a nemožnost zneužití chráněných tiskovin, přičemž jako vhodnější budou hodnoceny ty nabídky, které obsahují podrobný a úplný popis způsobu výroby, skladování a distribuce. Čím podrobnější a úplnější popis způsobu výroby bude, tím lépe bude nabídka hodnocena. Zadavatel však vůbec v zadávací dokumentaci nevyjádřil, že lépe bude hodnocena nabídka, ve které lépe uchazeči *„zabezpečí předmět veřejné zakázky a nemožnost zneužití chráněných tiskovin“*, toto poprvé uvedl až ve vyjádření ze dne 29. 3. 2013.

109. Zadavatel ve vyjádření rovněž poukazuje na to, že uchazeči poskytnuté vzorky posuzoval Institut pro testování a certifikaci, a.s., přičemž hodnotící komisi byl dán odpovídající výsledek zkoušky předložených vzorků. K relevanci testování jmenovanou společností a srozumitelnosti a jednoznačnosti hodnotících kritérií, včetně k provedeným důkazům týkajících se samotného testování, odkazují v detailech na část *„K námitkám rozkladu proti výroku I. napadeného rozhodnutí“* odůvodnění tohoto rozhodnutí předsedy Úřadu.
110. Zadavatel rovněž ve vyjádření ze dne 29. 3. 2013 konstatuje, že byly vyřazeny 3 nabídky, a proto zůstala pouze jedna nabídka. Dle zadavatele tak otázka stanovení způsobu hodnocení nabídek neměla v daném případě přímý vliv na výsledek zadávacího řízení, jelikož nedošlo v rámci tohoto řízení k hodnocení. K tomu uvádím, že zadavatel nese odpovědnost za porušení zákona, jehož se dopustí svým konáním (nebo nekonáním). Dle zadavatelem předkládané konstrukce by případná odpovědnost za takové porušení byla pouze otázkou náhody či úkonů třetích osob. Taková konstrukce je pro správně-právní trestání nepřijatelná, neboť náhoda nebo úkony třetích osob nejsou sto zbavit odpovědnosti zadavatele za své protiprávní jednání.
111. Navíc v daném případě není vyloučeno, že pokud by zadavatel stanovil hodnotící kritéria v souladu se zákonem, mohl by obdržet více nabídek včetně těch uchazečů, jejichž nabídky by mohly být hodnoceny společně s jednou (zbylou) nabídkou, na kterou poukazuje zadavatel. Zadavatel by jistě mohl namítat, že tato logická úvaha je rovněž věcí náhody a úkonů třetích osob; k tomu však uvádím, že taková námitka by byla lichá, neboť závěr o tom, zda nezákonný postup zadavatele ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr, je integrální součástí skutkové podstaty správního deliktu dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

VI. Závěr

112. 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 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.

113. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
Předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěž

Obdrží

Mgr. Elena Bombová, Advokátní kancelář FB Legal s.r.o., Italská 1219/2, 120 00 Praha 2

Vypraveno dne

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