



UOHSX003BYDX

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S390/2010/VZ-18850/2010/520/JHa

V Brně dne 11. ledna 2011

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 8. 10. 2010 na základě návrhu ze dne 7. 10. 2010, jehož účastníky jsou

- společnost – BioFish s.r.o., IČ 60930527, se sídlem Horní Paseka 40, 584 01 Horní Paseka, za niž jedná Ing. Petr Tůma, jednatel, zastoupená před správním orgánem na základě plné moci ze dne 18. 10. 2010 společností STAVEBNÍ PORADNA, spol. s r. o., IČ 62508822, se sídlem Průběžná 48, 370 04 České Budějovice, za niž jedná Jaroslav Vítovec, jednatel,
- navrhovatel – Petr Březina, podnikatel, podnikající pod obchodní firmou Petr Březina-APB Plzeň, IČ 16669711, místo podnikání Losiná 303, 332 04 Nezvěstice,
- vybraný uchazeč – ZVÁNOVEC a.s., IČ 26026279, se sídlem Rudolfovská tř. 597, 370 01 České Budějovice, za niž jedná Ing. Jaroslav Zvánovec, předseda představenstva,

ve věci přezkoumání úkonů společnosti BioFish s.r.o., Horní Paseka, učiněných v podlimitní veřejné zakázce „Oprava a odbahnění rybníka Bílý“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 6. 9. 2010 pod evidenčním číslem 60049480, **rozhodl** takto:

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže návrh stěžovatele Petra Březiny, podnikatele, podnikajícího pod obchodní firmou Petr Březina-APB Plzeň, podle § 118 odst. 4 písm. d) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zamítá, neboť návrh nesměřuje proti postupu, který je zadavatel povinen dodržovat podle tohoto zákona v zadávacím řízení.

ODŮVODNĚNÍ

1. Společnost BioFish s.r.o., IČ 60930527, se sídlem Horní Paseka 40, 584 01 Horní Paseka, za niž jedná Ing. Petr Tůma, jednatel, zastoupená před správním orgánem na základě plné moci ze dne 18. 10. 2010 společností STAVEBNÍ PORADNA, spol. s r. o., IČ 62508822, se sídlem Průběžná 48, 370 04 České Budějovice, za niž jedná Jaroslav Vítovec, jednatel (dále jen „společnost BioFish“), uveřejnila v ISVZ-US dne 6. 9. 2010 pod ev. č. 60049480 oznámení o zakázce „Oprava a odbahnění rybníka Bílý“. Jako formu zadání zvolila otevřené řízení; předpokládaná hodnota zakázky je v oznámení stanovena ve výši 6 174 000 Kč bez DPH. Z dokumentace o zakázce předložené Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) je zřejmé, že společnost BioFish ve lhůtě pro podání nabídek obdržela celkem 4 nabídky, pátá nabídka byl podána po této lhůtě. Po posouzení nabídek hodnotící komise žádnou ze 4 nabídek ze zadávacího řízení nevyřadila a na základě hodnocení nabídek podle dílčích kritérií: nabídková cena (váha 60 %), záruka za dílo (váha 20 %) a smluvní pokuty (váha 20 %), jako nejvhodnější vyhodnotila nabídku uchazeče ZVÁNOVEC a.s., IČ 26026279, se sídlem Rudolfovska tř. 597, 370 01 České Budějovice, za niž jedná Ing. Jaroslav Zvánovec, předseda představenstva (dále jen „vybraný uchazeč“). Společnost BioFish rozhodnutím ze dne 15. 10. 2010 přidělila zakázku vybranému uchazeči.
2. Petr Březina, podnikatel, podnikající pod obchodní firmou Petr Březina-APB Plzeň, IČ 16669711, místo podnikání Losiná 303, 332 04 Nezvěstice (dále jen „navrhovatel“), podal dopisem ze dne 17. 9. 2010 u společnosti BioFish námitky proti zadávacím podmínkám (pozn. nabídku v zadávacím řízení navrhovatel nepodal). Společnost BioFish daným námitkám po jejich přezkoumání nevyhověla. Rozhodnutí ze dne 30. 9. 2010 o námitkách obdržel navrhovatel dne 1. 10. 2010. Následně, dopisem ze dne 7. 10. 2010, podal navrhovatel u Úřadu návrh na zahájení řízení přezkoumání úkonů zadavatele a dne 7. 10. 2010 složil na účet Úřadu kauci ve výši 100 tis. Kč. Úřad obdržel návrh navrhovatele dne 8. 10. 2010 a tímto dnem bylo podle § 113 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, vedené pod sp. zn. ÚOHS-S390/2010/VZ. Společnost BioFish obdržela stejnopis návrhu dne 11. 11. 2010.
3. Účastníky tohoto správního řízení jsou podle § 116 zákona:
 - společnost BioFish,
 - navrhovatel,
 - vybraný uchazeč.
4. Navrhovatel v návrhu zpochybnil vymezení minimální úrovně technických kvalifikačních předpokladů (referenční stavby) požadovaných společností BioFish k prokázání schopnosti dodavatele realizovat předmětnou zakázku s tím, že jsou nepřiměřené předmětu zakázky. Proto v návrhu požaduje, aby Úřad společnosti BioFish uložil předběžné opatření spočívající v zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení a celé zadávací řízení zrušil.
5. Vyjádření společnosti BioFish ze dne 18. 10. 2010 k návrhu Úřad obdržel dne 21. 10. 2010, spolu s dokumentací k zakázce. Společnost BioFish ve stanovisku k návrhu uvedla, že je

právníckou osobou, která není veřejným zadavatelem ve smyslu zákona. Společnost podala žádost o poskytnutí „Podpory na obnovu, odbahnění a rekonstrukce rybníků a výstavby vodních nádrží“ na Ministerstvo zemědělství, které ji vyzvalo k vypsání výběrového řízení formou otevřeného řízení se zveřejněním podmínek v ISVZ-US na dodavatele předmětné akce podle zákona, přičemž tím podmínilo poskytnutí podpory. K obsahu návrhu pak společnost BioFish uvádí, že požadavky na prokázání kvalifikace vychází z druhu a předpokládaného rozsahu díla, přičemž oprava a odbahnění rybníka v předpokládané hodnotě cca 6 mil. Kč není jednoduchou stavbou, a proto je nutné, aby předmět dané zakázky (rybník jakožto vodní dílo má svá specifika - složitost daného ekosystému) prováděl zkušený dodavatel. S ohledem na tuto specifiku díla společnost BioFish stanovila i požadovanou úroveň kvalifikace.

6. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům dopisem ze dne 10. 11. 2010. Usnesením z téhož dne Úřad účastníkům řízení stanovil lhůty, ve kterých byli oprávněni navrhopvat důkazy a vyjádřit se v řízení. Úřad společnosti BioFish v usnesení současně stanovil lhůtu k doložení dokumentů, osvědčujících účel založení společnosti BioFish jako právnické osoby, a k doložení dokladů, na základě kterých by bylo možné ověřit z jakých zdrojů pochází její příjmy, resp. z jakých prostředků bude financována šetřená zakázka, aby tak posoudil, zda není společnost BioFish v souvislosti s šetřenou zakázkou v pozici veřejného zadavatele ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) zákona nebo v pozici dotovaného zadavatele ve smyslu § 2 odst. 3 písm. a) zákona.
7. Společnost BioFish Úřadu předložila mj. kopii společenské smlouvy, ze které vyplývá, že předmětem činnosti společnosti je chov a šlechtění sladkovodních ryb a ostatních vodních živočichů včetně prodeje, zprostředkování v oblasti zemědělství a potravinářství, zemědělská prvovýroba, a společnost má dva společníky, kterými jsou Ing. Petr Tůma a Roman Pfau.
8. Dále společnost BioFish doložila kopie:
 - výkazu zisků a ztrát za rok 2009,
 - finanční plán hospodaření společnosti na rok 2010,
 - kopie rozhodnutí Ministerstva zemědělství o přidělení dotace (celkem 4, ne však k dané veřejné zakázce),
 - sdělení, že financování veřejné zakázky „Oprava a odbahnění rybníka Bílý“ je plánováno částečně z dotace dle Závazných pravidel poskytování finančních prostředků v oblasti vod v roce 2010.
9. Úřad rozhodnutím č. j. ÚOHS-S390/2010/VZ-18024/2010/520/JHa ze dne 14. 12. 2010 zamítl návrh navrhovatele na vydání předběžného opatření, kterým by měl být zadavateli nařízen zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení.
10. Úřad přezkoumal případ ve všech souvislostech a na základě všech zjištěných skutečností rozhodl o zamítnutí návrhu navrhovatele, neboť návrh nesměřuje proti postupu zadavatele podle zákona v zadávacím řízení. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující skutečnosti.

11. Podle § 2 odst. 1 zákona se pro účely zákona za zadavatele veřejné zakázky považuje veřejný, dotovaný a sektorový zadavatel.
12. Podle § 7 odst. 1 zákona je veřejnou zakázkou zakázka realizovaná na základě smlouvy mezi zadavatelem a jedním či více dodavateli, jejímž předmětem je úplatné poskytnutí dodávek či služeb nebo úplatné provedení stavebních prací.

K definici veřejného zadavatele podle § 2 odst. 2 písm. d) zákona

13. Podle § 2 odst. 2 písm. d) zákona je veřejným zadavatelem jiná právnická osoba, pokud – podle bodu 1. byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a podle bodu 2. je financována převážně státem či jiným veřejným zadavatelem nebo je státem či jiným veřejným zadavatelem ovládána nebo stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu.
14. Z citovaného ustanovení zákona vyplývá, že veřejným zadavatelem je právnická osoba, pokud uspokojuje potřeby veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu a současně veřejný zadavatel může ovlivňovat její činnost (pomocí financování, ovládání nebo jmenování nadpoloviční většiny členů orgánů této právnické osoby). K naplnění definice veřejného zadavatele je tedy nutné, aby posuzovaný subjekt současně splňoval jak podmínky uvedené v bodu 1., tak alespoň i jednu z podmínek uvedených v bodu 2. citovaného ustanovení zákona.

K definici dotovaného zadavatele podle § 2 odst. 3 písm. a) zákona

15. Podle § 2 odst. 3 písm. a) bodu 1. a 2. zákona je dotovaným zadavatelem právnická nebo fyzická osoba, která zadává veřejnou zakázku hrazenou z více než 50 % z peněžních prostředků poskytnutých veřejným zadavatelem, a to i prostřednictvím jiné osoby, jde-li o veřejnou zakázku na stavební práce, jejíž předpokládaná hodnota odpovídá nejméně finančnímu limitu stanovenému v prováděcím právním předpisu podle § 12 odst. 1 zákona pro veřejné zakázky na stavební práce a předmětem této veřejné zakázky je provedení stavebních prací, které se týkají některé z činností uvedených v příloze č. 3 zákona, nebo provedení stavebních prací podle § 9 zákona, týkajících se zdravotnických zařízení, sportovních zařízení, zařízení určených pro rekreaci či volný čas, škol a budov určených pro administrativní účely.
16. Podle § 12 odst. 1 zákona se nadlimitní veřejnou zakázkou rozumí veřejná zakázka, jejíž předpokládaná hodnota podle § 13 zákona bez DPH dosáhne nejméně finančního limitu, stanoveného prováděcím právním předpisem pro jednotlivé kategorie zadavatelů a druhy veřejných zakázek, případně kategorie dodávek nebo služeb. Podle čl. I odst. 9 nařízení vlády č. 474/2009 Sb. ze dne 21. 12. 2009, kterým se mění nařízení vlády č. 77/2008 Sb., o stanovení finančních limitů pro účely zákona o veřejných zakázkách, o vymezení zboží pořízovaného Českou republikou – Ministerstvem obrany, pro které platí zvláštní finanční limit, a o přepočtech částek stanovených v zákoně o veřejných zakázkách v eurech na českou

měnu (dále jen „nařízení vlády“), činí finanční limit podle § 12 odst. 1 zákona v případě veřejných zakázek na stavební práce 125 451 000 Kč, a to pro všechny kategorie zadavatelů.

17. Z výše citovaných ustanovení zákona, resp. z nařízení vlády, vyplývá, že pro to, aby se subjekt přijetím peněžních prostředků poskytnutých veřejným zadavatelem, a to i prostřednictvím jiné osoby (dotace), stal dotovaným zadavatelem, musí být naplněny současně výše uvedené podmínky. Musí se jednat o zakázku na stavební práce, jejichž charakter je vymezen v § 2 odst. 3 písm. a) zákona, její předpokládaná hodnota odpovídá nejméně finančnímu limitu stanovenému v § 2 odst. 3 nařízení vlády, tj. min. 125,451 mil. Kč, a je hrazena z více než 50 % z peněžních prostředků poskytnutých veřejným zadavatelem, a to i prostřednictvím jiné osoby.

Zjištění a závěry Úřadu

18. V šetřeném případě z dokumentace pořízené v souvislosti s předmětnou akcí vyplývá, že společnost BioFish připravila projekt stavby, jejímž předmětem je oprava a odbahnění rybníka, tj. vybudování bezpečnostního přelivu, odstranění nánosů a vybudování kádiště s lovištěm. Na její realizaci předpokládala společnost BioFish využít dotační prostředky Ministerstva zemědělství z titulu „Podpory obnovy, odbahnění a rekonstrukce rybníků a zřízení vodních děl k ochraně před povodněmi a suchem“.
19. Výběr zhotovitele stavby společnost BioFish realizovala formou „otevřeného řízení“ s tím, že podmínky zadávacího řízení zveřejnila v oznámení o zakázce dne 6. 9. 2010 pod ev. č. 60049480 v Informačním systému o veřejných zakázkách (ISVZ-US). Zakázku v oznámení označila jako podlimitní a jako její předpokládanou hodnotu uvedla částku 6 174 000 Kč bez DPH. Jak vyplývá z dokumentace o zakázce, nabídková cena vybraného uchazeče činí 5 995 384 Kč bez DPH.
20. Vzhledem k tomu, že v šetřeném případě jsou předmětem zakázky stavební práce, jejichž předpokládaná hodnota neodpovídá nejméně finančnímu limitu stanovenému v § 12 odst. 1 zákona, v návaznosti na § 2 odst. 3 nařízení vlády, tj. minimálně částce 125,451 mil. Kč, není naplněna podmínka dosažení minimální předpokládané hodnoty zakázky a příjemce dotace společnost BioFish tedy není z tohoto pohledu dotovaným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 3 zákona.
21. Při posuzování, zda se společnost BioFish nachází při zadávání šetřené veřejné zakázky v postavení veřejného zadavatele podle § 2 odst. 2 písm. d) zákona, musí Úřad zkoumat dva aspekty (viz bod 14. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
22. Jde-li o otázku, zda je či není společnost BioFish převážně financována státem či jiným veřejným zadavatelem, vycházel Úřad z rozhodnutí Evropského soudního dvora č. C-380/98 ve věci University of Cambridge (viz www.curia.europa.eu), podle kterého posouzení, zda je daný subjekt veřejným zadavatelem, musí být činěno ročně a rozpočtový rok, ve kterém zadávací řízení započne, musí být považován za nejvhodnější období pro výpočet. Výpočet, jakým způsobem je daný subjekt financován, se provede tak, že kalkulace musí být provedena na základě čísel dostupných na začátku roku, i když jsou daná čísla orientační. Úřad proto v daném případě vycházel z návrhu výhledu příjmů a výdajů společnosti BioFish

sestaveného na začátku roku 2010 na celý kalendářní rok 2010. Z předložených dokumentů dále vyplývá, že rozpočtový rok společnosti BioFish se kryje s rokem kalendářním.

23. K posouzení skutečnosti, zda společnost BioFish není v této souvislosti veřejným zadavatelem ve smyslu ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) zákona, Úřad uvádí, že v šetřeném případě bylo zjištěno, že společnost BioFish má být v roce 2010 převážně financována státem či jiným veřejným zadavatelem, neboť jak vyplývá z předložených dokumentů (výhled příjmů a výdajů na rok 2010), zaslaných Úřadu 19. 11. 2010, v roce 2010 by měly dotační příjmy určené pro společnost dosáhnout částky 20 157 000 Kč z částky celkových příjmů, tj. 38 177 000 Kč. V období leden až srpen 2010, tj. před vypsáním předmětné veřejné zakázky, dosáhly příjmy z dotačních titulů částky 7 979 000 Kč z 16 918 000 Kč celkových příjmů.
24. K otázce založení či zřízení právnické osoby za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, uvádí Úřad následující.
25. Z doložené společenské smlouvy je patrné, že posuzovaná společnost BioFish není vlastněna veřejným zadavatelem, jedná se o soukromý subjekt. Společnost BioFish není veřejným zadavatelem ovládána, veřejný zadavatel nejmenuje či nevolí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu. Ze společenské smlouvy dále nevyplývá, že společnost BioFish vykonává činnosti ve veřejném zájmu.
26. Podle ustanovení § 12 odst. 3 zákona č. 99/2004 Sb., o rybářství, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o rybářství“), může stát poskytnout finanční prostředky k úhradě nákladů na opatření ve veřejném zájmu, zejména pro podporu
 - a) mimoprodukčních funkcí rybníků a malých vodních nádrží,
 - b) obnovy a udržování původních druhů ryb zajišťujících přírodní rozmanitost,
 - c) výstavby a rekonstrukce zvláštních rybochovných zařízení,
 - d) výstavby rybích přechodů.
27. Společnost BioFish sice o dotace k úhradě nákladů na opatření ve veřejném zájmu pro podporu mimoprodukčních funkcí rybníků požádala, ale jak vyplývá z informací Ministerstva zemědělství (zveřejněno i na webových stránkách ministerstva www.eagri.cz, záložka Národní dotace - Zásady pro rok 2010), v roce 2010 nebude realizována podpora z dotačního programu 15, tj. Podpory mimoprodukčních funkcí rybníků, který byl vyhlášen v rámci Zásad, kterými se stanovují podmínky pro poskytování dotací pro rok 2010, na základě ustanovení § 2 a 2d zákona č. 252/1997 Sb., o zemědělství, ve znění pozdějších předpisů. Důvodem nevyplácení daných dotací je krácení státního rozpočtu. Společnost BioFish v roce 2010 žádné finanční prostředky k úhradě nákladů na opatření ve veřejném zájmu na základě zákona o rybářství neobdrží. Zákon o rybářství nestanovuje vlastníku rybníka povinnost provádět mimoprodukční funkce rybníků.
28. Vzhledem ke skutečnosti, že společnost BioFish nenaplnuje podmínku stanovenou v této souvislosti v § 2 odst. 2 písm. d) bodě 1. zákona (jak je uvedeno výše k naplnění definice veřejného zadavatele je nutné, aby subjekt současně splňoval jak podmínky uvedené v bodu

1. tak alespoň i jednu z podmínek uvedených v bodu 2. citovaného ustanovení zákona), není z tohoto pohledu veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) zákona.
29. Podle § 17 písm. m) zákona se za zadávání veřejné zakázky považuje závazný postup zadavatele podle zákona v zadávacím řízení, jehož účelem je zadání veřejné zakázky, a to až do uzavření smlouvy nebo do zrušení zadávacího řízení.
30. Podle § 112 odst. 1 zákona Úřad vykonává dohled nad dodržováním zákona. Podle odst. 2 písm. b) téhož ustanovení zákona Úřad při výkonu dohledu nad dodržováním zákona rozhoduje o tom, zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky postupoval v souladu se zákonem.
31. Na základě výše uvedených skutečností dospěl Úřad k závěru, že v případě zadávání zakázky „Oprava odbahnění rybníka Bílý“ společnost BioFish nenaplnuje znaky veřejného zadavatele ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) zákona a současně nenaplnuje ani znaky dotovaného zadavatele ve smyslu § 2 odst. 3 zákona. Společnost BioFish tedy není v šetřeném případě zadavatelem ve smyslu zákona a předmětná zakázka není ve smyslu ustanovení § 7 odst. 1 zákona veřejnou zakázkou. Společnost BioFish při jejím zadávání tedy není vázána postupy stanovenými zákonem.
32. Z uvedeného důvodu Úřad není příslušný k posouzení postupu společnosti BioFish ve výběrovém řízení na dodavatele stavby „Oprava odbahnění rybníka Bílý“ z hlediska jeho souladu se zákonem, neboť jak vyplývá z ust. § 112 zákona, Úřad je kompetentní pouze k výkonu dohledu nad dodržováním zákona. Skutečnost, že „výběrové řízení“ na zhotovitele předmětné stavby společnost BioFish zahájila na podkladě oznámení o zakázce v ISVZ-US neznámá, že se tím stala zadavatelem podle § 2 zákona, jehož postup v této věci by byl Úřad oprávněn šetřit.
33. Podle § 118 odst. 4 písm. d) zákona Úřad návrh zamítne, pokud návrh nesměřuje proti postupu, který je zadavatel povinen dodržovat podle zákona v zadávacím řízení nebo v soutěži o návrh.
34. Jelikož společnost BioFish není v šetřeném případě zadavatelem ve smyslu zákona, Úřad návrh navrhovatele zamítl, neboť návrh nesměřoval proti postupu, který je zadavatel povinen podle zákona v zadávacím řízení dodržovat. Z tohoto důvodu se Úřad nezabýval ani vlastním obsahem návrhu navrhovatele a přezkoumáváním jednotlivých úkonů společnosti BioFish učiněných v předmětném výběrovém řízení.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 7, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

Mgr. Kamil Rudolecký
místopředseda

otisk úředního razítka

Obdrží:

STAVEBNÍ PORADNA, spol. s r.o., Průběžná 48, 370 04 České Budějovice

Petr Březina, podnikatel, podnikající pod obchodní firmou Petr Březina-APB Plzeň, Losiná 303,
332 04 Nezvěstice

ZVÁNOVEC a.s., Rudolfovská tř. 597, 370 01 České Budějovice

Na vědomí:

BioFish s.r.o., Horní Paseka 40, 584 01 Horní Paseka

Vypraveno dne:

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