



UOHSX003W85I

PŘESEDÁ ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R118/2011/VZ-18473/2011/310/JRa

V Brně dne: 5. prosince 2011

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 23.5.2011 (doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 23.5. 2011) podaném zadavatelem –

- **městem Františkovy Lázně**, IČ 00253936, se sídlem Nádražní 208/5, 351 01, Františkovy Lázně, za něhož jedná Ing. Lenka Malkovská, starostka, ve správním řízení zastoupené na základě plné moci ze dne 8.12.2009 společností JUSTITIA, s.r.o., IČ 25392875, se sídlem 28.října 1142/168, 709 00 Ostrava, za níž jedná Mgr. Vlastimil Křesálek, jednatel,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S139/2010/VZ-819/2011/530/SWa ze dne 5.5.2011 ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem – městem Františkovy Lázně, IČ 00253936, se sídlem Nádražní 208/5, 351 01 Františkovy Lázně, při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Rekonstrukce základní školy včetně výstavby víceúčelové sportovní haly**“ zadávané v užším řízení podle § 28 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 23.12.2009 pod evidenčním číslem 60040388 ve znění oprav ze dne 15.1.2010 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 29.12.2009 pod evid. č. 2009/S 250-360130, jehož dalším účastníkem je vybraný uchazeč – společnost

- **SYNER, s.r.o.**, IČ 48292516, se sídlem Dr. Milady Horákové 580/7, 460 01 Liberec 4, za níž jedná Ing. Dalibor Koblíček a Ing. Martin Borovička, jednatelé,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, s přihlédnutím k ustanovení § 90 odst. 5 a § 152 odst. 4 téhož zákona rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S139/2010/VZ-819/2011/530/SWa ze dne 5.5.2011

potvrzuji

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – město Františkovy Lázně, IČ 00253936, se sídlem Nádražní 208/5, 351 01 Františkovy Lázně, (dále jen „**zadavatel**“), uveřejnil v souladu s § 26 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“), v informačním systému o veřejných zakázkách dne 23.12. 2009 pod evidenčním číslem 60040388 ve znění oprav ze dne 15.1.2010 a v Úředním věstníku Evropské unie 29.12.2009 pod evid. č. 2009/S 250-360130 oznámení užšího řízení podle § 28 zákona na veřejnou zakázku s názvem „Rekonstrukce základní školy včetně výstavby víceúčelové sportovní haly“ (dále též „**veřejná zakázka**“).¹
2. Na základě obdrženého podnětu a vyžádané dokumentace zahájil Úřad dne 28.4.2010 z moci úřední správní řízení ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem, neboť nabyl podezření, zda zadavatel v souladu se zákonem posoudil žádosti o účast dodavatelů Metrostav a.s. (dále jen „**Metrostav**“) a SWIETELSKY stavební s.r.o. (dále jen „**SWIETELSKY**“), a zda bylo vyloučení zájemců Bilfinger Berger Baugesellschaft m.b.H (dále „**Bilfinger**“) a BERGER BOHEMIA a.s. (dále jen „**BERGER**“) z důvodu nesplnění kvalifikačních předpokladů, oprávněné. Za účastníky správního řízení Úřad označil zadavatele a vybraného uchazeče – SYNER, s.r.o., IČ 48292516, se sídlem Dr. Milady Horákové 580/7, 460 01 Liberec 4 (dále jen „**vybraný uchazeč**“).
3. Rozhodnutím č.j. ÚOHS-S139/2010/VZ-6039/2010/530/SWa ze dne 28.4.2010 Úřad zadavateli uložil jako předběžné opatření zákaz uzavřít smlouvu v předmětném zadávacím řízení, a to až do doby nabytí právní moci rozhodnutí, kterým bude správní řízení ukončeno.

¹ Pozn.: Pokud je v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění platné v době provedení úkonu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) nebo v době provedení jednotlivých úkonů účastníků řízení.

II. Napadené rozhodnutí

4. Dne 5.5.2011 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S139/2010/VZ-819/2011/530/Swa (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v ust. a) § 28 odst. 2 zákona, když nesprávně posoudil žádosti o účast dodavatelů a nepovažoval je za zájemce, přestože předložili písemnou žádost o účast, b) § 60 odst. 1 v návaznosti na § 59 odst. 1 zákona, když vyloučil zájemce z účasti v zadávacím řízení, přestože splnili kvalifikaci v požadovaném rozsahu. Tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky přičemž zadavatel dne 23.4.2010 uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem SYNER, s.r.o. Za spáchání uvedeného správního deliktu Úřad zadavateli uložil pokutu ve výši 700 000,- Kč, splatnou do dvou měsíců od nabytí právní moci rozhodnutí.

5. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí zhodnotil postup zadavatele v zadávacím řízení, který byl shledán v rozporu se zákonem. Předně se v odůvodnění zabýval důvodem vyloučení zájemce Bilfinger dle ust. § 53 odst. 1 písm. a) zákona. Zadavatel jako důvod pro vyloučení uvedl, že dodavatel nesplnil základní kvalifikační předpoklady, neboť nedoložil, že nebyl pravomocně odsouzen pro trestný čin spáchaný ve prospěch zločinného spolčení a trestný čin účasti na zločinném spolčení. Správní orgán prvního stupně s odkazem na ustanovení § 125 odst. 2, § 127 odst. 1 a § 127 odst. 4 zákona má za to, že uvedený zájemce prokázal splnění základních kvalifikačních předpokladů dle § 53 zákona a profesních kvalifikačních předpokladů podle § 54 zákona, výpisem ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů ze dne 20.1.2010. K tomu odkazuje na výpis ze seznamu, který uvádí: (začátek citace)...*“dodavatel prokázal ministerstvu pro místní rozvoj v souladu s ustanovením § 53 odst. 2 zákona, že: a) nebyl pravomocně odsouzen pro trestný čin spáchaný ve prospěch organizované zločinecké skupiny, trestný čin účasti na organizované zločinecké skupině”* ... (konec citace). Zadavatel v odůvodnění o vyloučení tohoto zájemce, nepovažoval výpis za dostačující, neboť tento měl být ve znění v souladu s ustanovením § 53 odst. 1 písm. a) zákona účinného v době zadání veřejné zakázky (tj. do 31.12.2009). Úřad má za to, že doložil-li zájemce výpis ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů v souladu s novelizovaným zněním § 53 odst. 1 písm. a) zákona účinného po 1.1.2010, došlo i v tomto případě k prokázání základního kvalifikačního předpokladu k výběrovému řízení. K tomu dále Úřad doplnil, že s účinností od 1.1.2010 došlo v důsledku přijetí novely trestního zákoníku ke změně ust. § 53 odst. 1 písm. a) zákona, a to tak, že pojem „zločinné spolčení“ byl nahrazen pojmem „organizovaná zločinecká skupina“. V daném případě se dle Úřadu jedná o terminologickou změnu ustanovení. Základní skutková podstata trestného činu účasti na organizované zločinecké skupině je tedy dle Úřadu beze změny. Úřad v rozhodnutí konstatoval na základě zjištěných skutečností, že předloženým výpisem ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů zájemce prokázal, že nebyl odsouzen pro trestný čin spáchaný ve prospěch zločinného spolčení a trestný čin účasti na zločinném spolčení. Na této skutečnosti dle Úřadu nic nemění ani odlišné znění ustanovení § 53 odst. 1 písm. a) zákona v době zadávání veřejné zakázky a v době vyhotovení výpisu, neboť se jedná pouze o odlišnou formulaci dotčeného ustanovení s totožným obsahem. Úřad na základě výše uvedených skutečností konstatoval, že zadavatel porušil ustanovení § 60 odst. 1 v návaznosti na § 59 odst. 1 zákona, když vyloučil zájemce Bilfinger z účasti

v zadávacím řízení, přestože prokázal splnění základního kvalifikačního předpokladu podle § 53 odst. 1 písm. a) zákona.

6. Úřad dále konstatoval, že došlo k porušení ustanovení § 28 odst. 2 zákona, neboť zadavatel nesprávně posoudil žádost o účast dodavatelů Metrostav a SWIETELSKY. Zadavatel dle Úřadu v rozporu se zákonem nepovažoval tyto společnosti za zájemce, přestože předložily žádost o účast v užším řízení, a postup zadavatele tak mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Zájemce Metrostav ve lhůtě stanovené zadavatelem pro podání žádosti, předložil doklady k prokázání kvalifikace v předmětném zadávacím řízení. Tyto označil jako nabídka na plnění veřejné zakázky. V úvodním listu označil zadavatele, specifikoval veřejnou zakázku a uvedl, že zadavateli předává doklady k prokázání splnění kvalifikace v uvedeném zadávacím řízení. Úvodní list podání byl podepsán osobami oprávněnými jednat za zájemce. Zájemce SWIETELSKY ve lhůtě stanovené zadavatelem pro podání žádosti o účast předložil doklady k prokázání kvalifikace v obálce označené názvem veřejné zakázky a zadavatelem. Složka s doklady byla označena jako kvalifikační dokumentace k veřejné zakázce a titulní list s údaji o zájemci SWIETELSKY byl podepsán osobami oprávněnými jednat za zájemce. Zadavatel oběma uvedeným společnostem sdělil dopisem ze dne 5.3.2010, že je nelze považovat za zájemce o účast v užším řízení, neboť nepředložily písemné žádosti o účast dle § 28 odst. 2 zákona. Úřad k tomuto konstatovat, že žádost o účast je úkonem zájemce, kterým dává najevo, že má zájem účastnit se užšího řízení. Dále poukazuje na to, že zákon neupravuje obsahové náležitosti žádosti o účast, ale z podání musí být patrná vůle ucházet se o konkrétní veřejnou zakázku. Pokud jde o formální stránku, zákon stanoví, že žádost o účast musí být učiněna písemně, a z hlediska jejího obsahu se uplatní obecná občanskoprávní úprava. Úřad dále konstatoval, že ve lhůtě pro podání žádosti byla učiněna podání, jež obsahovala označení zadavatele, identifikaci veřejné zakázky, doklady k prokázání kvalifikace ve veřejné zakázce, a byla podepsána osobami oprávněnými jednat za zájemce. Dle Úřadu je nutné taková podání považovat za žádosti o účast, neboť z nich je patrný projev vůle účastnit se veřejné zakázky. K tomuto Úřad doplňuje, že obě podání byla vedena zadavatelem v seznamu doručených obálek k předmětné veřejné zakázce a bylo provedeno posouzení kvalifikace. Úřad dále spatřuje pochybení zadavatele v nesprávném posouzení prokázání kvalifikačních předpokladů dodavatele BERGER. Tento zájemce byl vyloučen z důvodu nepředložení oprávnění k podnikání v rozsahu odpovídajícímu celému předmětu veřejné zakázky. Konkrétně se mělo jednat o nepředložení oprávnění k podnikání (živnostenského listu) na provedení revizní zkoušky elektrických zařízení. Z dokumentace Úřad zjistil, že uvedený zájemce předložil k prokázání profesních kvalifikačních předpokladů certifikát vydaný v rámci systému certifikovaných dodavatelů. Tímto dokladem prokázal, že disponuje živnostenským listem pro živnost, „Provádění staveb včetně jejich změn, udržovacích prací na nich a jejich odstraňování“. Úřad se v odůvodnění opřel o stanovisko Ministerstva průmyslu a obchodu (dále „MPO“) ze dne 31.3.2009 s tím, že tento doklad (živnostenský list) měl být považován za dostačující. Ze stanoviska MPO dle Úřadu vyplývá, že odborné činnosti, včetně vypracování revizní zprávy související s elektroinstalačními pracemi, lze vykonávat v rámci vázané živnosti „Provádění staveb, jejich změn a odstraňování“. Úřad dospěl v této věci k závěru, že zadavatel porušil ustanovení § 60 odst. 1 v návaznosti na § 59 odst. 1 zákona, neboť vyloučil zájemce BERGER z účasti v zadávacím řízení, přestože splnil profesní kvalifikační předpoklady.

7. K uložené sankci Úřad s odkazem na § 120 odst. 1 písm. a) zákona a po přezkoumání existence podmínek pro její uložení uvedl, že zadavatel zamezil v účasti v zadávacím řízení čtyřem dodavatelům schopným předmět veřejné zakázky plnit, a kteří mohli podat nabídky s výhodnějšími podmínkami pro zadavatele. Úřad má za to, že došlo k narušení soutěžního prostředí. Pokud by zadavatel při posuzování žádosti o účast a při posuzování kvalifikace postupoval v souladu se zákonem, mohla být jako nejvhodnější vybrána nabídka jiného uchazeče. Dále Úřad vzal v úvahu přitěžující okolnost, neboť zadavatel nerespektoval jeho usnesení, dle kterého měl povinnost podat Úřadu informace o dalších úkonech, které provede v zadávacím řízení – a to nejpozději jeden den po provedení příslušného úkonu. Zadavatel uzavřel dne 9.12.2010 dodatek č. 1 ke smlouvě s vybraným uchazečem ze dne 23.4.2010 a tuto skutečnost Úřadu neoznámil. Dodatek ke smlouvě zadavatel poskytl až na jeho výzvu ze dne 28.2.2011.
8. Při stanovení výše pokuty přihlédl Úřad i k ekonomické situaci zadavatele, kdy bylo zjištěno, že rozpočet zadavatele na rok 2011 počítá s celkovými příjmy 114 694 500,-Kč. Pokuta byla stanovena ve výši 700 000,- Kč, v dolní polovině zákonné sazby. Úřad tedy konstatoval, že tuto výši pokuty nelze, vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel disponuje v rozpočtu, považovat za likvidační.

III. Námitky rozkladu

9. Proti napadenému rozhodnutí obdržel Úřad v zákonné lhůtě dne 23.5.2011 rozklad zadavatele, který odkazuje na svá předchozí stanoviska učiněná v předmětné věci. V první řadě spatřuje pochybení rozhodnutí Úřadu v chybné aplikaci ust. § 53 odst. 1 písm. a) zákona. K tomuto uvádí, že v zadávacím řízení nemohla být aplikována novelizovaná změna zákona, neboť zadávací řízení bylo zahájeno před 1.1.2010. V daném případě, se jedná o změnu, kdy pojem „zločinné spolčení“ byl s účinností od 1.1.2010 nahrazen pojmem „organizovaná zločinecká skupina“. Zadavatel v řízení vycházel z principu zákazů retroaktivity a v souladu s platnou legislativou v době zahájení zadávacího řízení, má za to, že Úřad pomínil zákaz retroaktivity právního předpisu a v odůvodnění svého rozhodnutí se přiklonil k výkladu příznivějšímu pro vyloučeného dodavatele. K tomu zadavatel podotýká, že zadávací řízení se dokončuje podle právní úpravy platné ke dni jeho zahájení. Byl-li zájemce vyloučen z důvodu neprokázání základních kvalifikačních předpokladů dle § 53 odst. 1 písm. a) zákona, v platném znění do 31.12.2009, jednalo se z jeho strany o zákonný postup. Zadavatel nesouhlasí s argumentací Úřadu, že zájemce nezapříčinil, a ani údajně nemohl ovlivnit svůj postup. Ve věci je zřejmé, že byl předložen výpis ze seznamu vyhotovený dne 20.1.2010 a předložený ve lhůtě k prokázání kvalifikace, ale tento neodpovídá ustanovení zákona účinného v době zadání veřejné zakázky. Dodavatel mohl a měl prokázat dle zadavatele kvalifikaci dle zákona účinného v době zahájení zadávacího řízení. K tomuto zadavatel poukazuje na to, že dodavatel mohl doložit tyto skutečnosti čestným prohlášením, tak jak to učinili někteří ostatní dodavatelé. Zadavatel rovněž nesouhlasí s argumentací Úřadu, že si mohl v případě pochybností vyžádat doplnění informací. Dle zákona se jedná o možnost, nikoliv o jeho povinnost. Tato možnost se využívá v případě, kdy zadavatel má pochybnosti o předložených dokladech, což dle jeho názoru

nebyl tento případ. Zde dle jeho vyjádření neměl zadavatel žádnou pochybnost o předložených dokladech.

10. Zadavatel dále vznáší námitku ohledně nesprávného posouzení listiny vydané na dodavatele Bilfinger. K tomu doplňuje, že předložil-li dodavatel listinu označenou jinak, než jak je uvedena v evidenci obchodních firem, jedná se o listinu neplatnou resp. nicotnou.
11. Zadavatel dále napadenému rozhodnutí vytýká, že v něm Úřad nesprávně zhodnotil jeho postup, který byl v souladu s ust. § 28 odst. 2 zákona. Zadavatel nezařadil společnosti Metrostav a SWEITELSKY mezi zájemce o účast na vyhlášené veřejné zakázce. Důvodem byla skutečnost, že je nebylo dle zákona možné považovat za zájemce, neboť nepodaly žádost o účast v užším řízení. Nelze pouze projevit obecný zájem či úmysl se o zakázku ucházet. Právní úkon musí být proveden určitě a srozumitelně. Zadavatel má za to, že Úřad se s touto argumentací v odůvodnění rozhodnutí nevypořádal. K tomu dále doplňuje, že společnost Metrostav písemnou žádost o účast v užším řízení nepředložila, ačkoliv úřad tvrdí opak. Úvodní list neobsahuje určité a srozumitelné písemné vyjádření zájmu účastnit se výběrového řízení, neboť je označen jako „nabídka“. Komise se snažila najít písemnost označenou jako „žádost o účast v užším řízení“, to se jí však nepodařilo. Byla nalezena toliko složka nazvaná „Nabídka akciové společnosti Metrostav do výběrového řízení na stavbu Rekonstrukce základní školy včetně výstavby víceúčelové haly“. Rovněž v dalším dokladu používá pojem „nabídka“. Vzhledem k tomu, že zadavatel nenašel žádost o účast v užším řízení, nezařadil dodavatele Metrostav mezi zájemce, což považuje zadavatel za legitimní postup. Obdobným způsobem postupoval u společnosti SWIETELSKY, který rovněž nepředložil písemnou žádost o účast v užším řízení. Má za to, že titulní list s údaji o zájemci s podpisem oprávněné osoby ještě není písemným vyjádřením vůle zájemce ucházet se o účast v užším řízení.
12. Zadavatel se neshoduje s argumentací Úřadu, že neměl pochybnosti o podáních učiněných dodavatelům Metrostav a SWIETELSKY, neboť je zařadil do seznamu doručených obálek a u obou provedl posouzení kvalifikace. Zadavatel má za to, že tato argumentace Úřadu nemá oporu v zákoně. Pokud jde o posouzení kvalifikace, pak zákon tento krok spojuje s dodavatelem, nikoliv se zájemcem či uchazečem. K tomu cituje ust. § 59 odst. 1 zákona, kdy „Veřejný zadavatel posoudí prokázání splnění kvalifikace dodavatele...“. Zadavatel proto tyto úkony zaznamenal do seznamu doručených obálek, a to u všech dodavatelů.
13. Dále zadavatel nesouhlasí s Úřadem, že k doložení profesních kvalifikačních předpokladů postačovalo živnostenské oprávnění na „Provádění staveb, včetně jejich změn, udržovacích prací na nich a jejich odstranění“. Zadavatel nadále trvá na tom, že nebylo předloženo oprávnění v celém rozsahu veřejné zakázky, neboť zájemce BERGER, nepředložil oprávnění k podnikání (živnostenské listy) na provedení revizní zkoušky elektrických zařízení. Má za to, že fyzická osoba musí prokázat odbornou způsobilost, kterou osvědčuje Institut technické inspekce Praha. V případě, že dodavatel vykonává revizi elektrických zařízení soustavně, musí mít povolení k podnikání – živnostenský list „Montáž, opravy, revize a zkoušky vyhrazených elektrických zařízení“. Pokud nevykonává tuto činnost soustavně, je nutné doložit povolení provádění revizí živnostenským listem, ale i osvědčením k provádění revizí.

Pokud zadavatel požadoval provedení revizních zkoušek elektrických zařízení, pak je povinností dodavatele prokázat, že je oprávněn tuto činnost vykonávat, a to živnostenským listem, živnostenským listem s osvědčením nebo osvědčením (§ 54 zákona). Zadavatel se neztotožňuje s názorem Úřadu, že uvedené doklady lze nahradit živnostenským listem na „Provádění staveb, jejich změn a odstraňování“. Výše uvedené činnosti, tedy i revize elektrických a plynových zařízení, jsou sice činnostmi souvisejícími se stavbou, ale nejedná se o stavební a montážní práce. Proto je na jejich výkon potřeba zvláštního oprávnění k podnikání, resp. osvědčení. Dodavatelé BERGER, ale ani Bilfinger, neprokázali, že jsou oprávněnými provádět revize elektrických zařízení, neboť nepředložili živnostenský list na revize elektrických zařízení, a nepředložili ani osvědčení k provádění revizí. Zadavatel má za to, že výše uvedení dodavatelé nejsou držiteli požadovaných osvědčení, a tudíž nemohl být v této části porušen zákon, když došlo k jejich vyloučení ze zadávacího řízení.

14. V další námitce zadavatel zhodnocuje argumentaci Úřadu ve vztahu k ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona a k důvodům uložení pokuty. Má za to, že pokuta mohla být zadavateli uložena v případě, že byly splněny tři podmínky: a) zadavatel nedodrží postup stanovený zákonem pro zadávání veřejné zakázky, b) tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, c) uzavře smlouvu s uchazečem podle § 82 zákona. Zadavatel svým jednáním tyto podmínky nenaplnit. Dále se v rozkladu zabývá jednotlivými dodavateli či zájemci a sumarizuje důvody, proč tito nemohli podat nabídku:
- dodavatel Metrostav, kromě toho, že nepodal žádost o účast v užším řízení, neprokázal ekonomickou a finanční kvalifikaci v požadovaném rozsahu. K tomu zadavatel doplňuje, že bylo požadováno předložení pojistné smlouvy na pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou dodavatelem třetí osobě, přičemž bylo vyžadováno pojištění plnění minimálně ve výši 100 mil. Kč. Dodavatel však předložil pojistnou smlouvu, která nesplňuje uvedené požadavky. Zadavatel je toho názoru, že by musel dodavatele Metrostav a.s. vyloučit z další účasti v zadávacím řízení z důvodu, pro nesplnění kvalifikace v požadovaném rozsahu.
 - dodavatel SWIETELSKY kromě toho, že nepodal žádost o účast v užším řízení, nepředložil oprávnění provádět revize elektrických zařízení a neprokázal odbornou způsobilost pro zeměměřičství. Dále u prohlášení o průměrném počtu zaměstnanců a vedoucích zaměstnanců, a u prohlášení o pravdivosti údajů o finančních ukazatelích nejsou podpisy oprávněných osob jednajících za dodavatele.
 - zájemce BERGER nepředložil oprávnění provádět revize. Dále neprokázal splnění základních kvalifikačních předpokladů, neboť nepředložil prohlášení odpovědného zástupce nebo jiné osoby odpovídající za činnost dodavatele o tom, že nebyl v posledních třech letech pravomocně disciplinárně potrestán, či mu nebylo pravomocně uděleno kárné opatření podle zvláštních právních předpisů
 - zájemce Bilfinger neprokázal splnění základních kvalifikačních předpokladů tím, že nepředložil prohlášení o zločinném spolčení, neprokázal oprávněnost provádět revize elektrických zařízení a nepředložil certifikát řízení z hlediska ochrany životního prostředí.

15. Zadavatel se neztotožňuje s přitěžující okolností z důvodu neoznámení uzavření dodatku č. 1 smlouvy, jak mu bylo určeno Úřadem na základě jeho usnesení ze dne 28.4.2010. K tomu uvádí, že ust. § 120 odst. 1 specifikuje na základě čeho je možné uložit sankci. Má za to, že nesplnění povinností uložených Úřadem v usneseních nepatří mezi vyjmenované delikty. Nemůže to tudíž být důvod k uložení sankce. Zákon neumožňuje Úřadu při stanovení sankce využít institutu „přitěžující okolnosti“ v případě, že zadavatel nepodá informaci o uzavření dodatku č. 1. Uvedená „přitěžující okolnost“ neměla být dle jeho názoru v dané věci zhodnocena.
16. Dále je napadána stanovená výše pokuty ve vztahu k příjmům rozpočtu zadavatele. V této části zadavatel odkazuje na nález Ústavního soudu č. 405 uveřejněného ve Sbírce zákonů č. 142/2002 Sb., s tím, že výše příjmů zadavatele – města, není ukazatelem, který vypovídá o tom, zda výše pokuty je likvidační nebo není. Zadavatel má kromě příjmů i obligatorní výdaje, které jsou dané zákonem, a ty jsou kryty z příjmů města. Zadavatel má za to, že Úřad měl stanovit výši pokuty s ohledem na disponibilní část příjmů, kdy měl zohlednit i závazky města platné ke dni vydání rozhodnutí. Zadavatel se domnívá, že se jedná o rozpor s nálezem Ústavního soudu.
17. Zadavatel dále zpochybňuje, že byla posuzována veškerá hlediska, za nichž byl delikt spáchán. Zejména v části týkající se posouzení profesní kvalifikace (oprávnění na elektrovizí), má zadavatel za to, že vyložil veškeré úsilí, aby si danou problematiku objasnil. Toto však Úřad dle jeho názoru nezohlednil, resp. se s tím v odůvodnění nevypořádal. K tomu zadavatel podotýká, že musí být naplněna i materiální stránka deliktu, a jednání musí vykazovat určitou míru společenské nebezpečnosti ve vztahu k porušení povinnosti stanovené zákonem. Napadené rozhodnutí se však mírou nebezpečnosti dle zadavatele nezabývá. Nestačí pouhé konstatování možnosti obdržení výhodnější nabídky od nezařazených, resp. vyloučených dodavatelů, zvláště když žádný z nich nabídku předložit nemohl. Zadavatel poukazuje na to, že odůvodnění z hlediska zhodnocení výše pokuty obsahuje pouze odkazy na rozpočet zadavatele, odkazy na zákon a zohlednění přitěžující okolnosti. Rovněž z těchto důvodů spatřuje zadavatel uložení pokuty za protiprávní. Dále zadavatel namítá procesní pochybení Úřadu, přičemž konstatuje, že dle čl. 2 odst. 3 ústavního zákona č. 1/1993 Sb., ve znění pozdějších předpisů, může Úřad vykonávat státní moc jen v případech, v mezích a způsoby, které stanoví zákon. V souladu s § 2 správního řádu Úřad postupuje v souladu se zákony, ostatními právními předpisy a svou pravomoc uplatňuje k účelu a v rozsahu, v jakém mu byla svěřena. Dle § 112 odst. 1 zákona je Úřad zmocněn vykonávat dohled nad dodržováním zákona o veřejných zakázkách, a to s cílem zajistit zachování zásad podle § 6 zákona, tj. transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Zadavatel má za to, že tímto jsou Úřadu dány meze působnosti, kterými je povinen se řídit při přezkoumávání úkonů zadavatele. Dále zadavatel spatřuje nesprávnost postupu a protiprávnosti rozhodnutí v tom, že bylo porušeno:
 - a. ustanovení § 2 odst. 1 správního řádu, nepostupoval v souladu se zákony a ostatními předpisy,
 - b. ustanovení § 2 odst. 3 správního řádu, napadeným rozhodnutím Úřad zasáhl do práv zadavatele ne za podmínek stanoveným zákonem,

- c. § 4 odst. 3 správního řádu, Úřad neuvědomil zadavatele o tom, že vnesl dotazy na uchazeče Geosan group a.s., Energie – stavební a báňská a.s., Strabag a.s. a OHL ŽS a.s, čím mu znemožnil hájit jeho zájmy,
 - d. § 6 odst. 1 správního řádu, neboť Úřad nerozhodl bez zbytečných odkladů. K tomu doplňuje, že předmětné správní řízení bylo zahájeno dne 28.4.2010 a rozhodnutí vydal úřad dne 5.5.2011, tedy po cca 390 dnech. K tomu doplňuje, že mohl provést nápravu, pokud by bylo rozhodnuto v zákonné lhůtě,
 - e. § 36 odst. 3 správního řádu, neboť mu nebylo umožněno se vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Úřad vyzval k vyjádření naposledy dne 28.2.2011, když účastníkům řízení dal lhůtu pro vyjádření do 16.3.2011. Poslední písemnosti zařadil Úřad do spisu až po stanovené lhůtě. Jedná se o vyjádření Geosan group a.s. ze dne 22.3.2011, sdělení Energie – stavební a báňská a.s. ze dne 23.3.2011, sdělení Strabagu a.s. 24.3.2011 a sdělení OHL ŽS a.s. ze dne 25.3.2011,
 - f. § 50 odst. 2 správního řádu, neboť si Úřad neopatřil podklady k rozhodnutí,
 - g. § 50 odst. 3 správního řádu, neboť Úřad i bez návrhu nezjistil všechny rozhodné okolnosti, zejména okolnosti svědčící ve prospěch zadavatele, zabýval se pouze skutečnostmi, které jsou v neprospěch zadavatele,
 - h. § 50 odst. 4 správního řádu tím, že Úřad pečlivě nepřihlédl ke všemu, co vyšlo v řízení najevo, včetně toho, co uvedl zadavatel,
 - i. § 68 odst. 3 správní řád tím, že se Úřad nevypořádal se všemi návrhy, námitkami zadavatele, zejména pak s námitkou zadavatele, že účastníkem řízení je též vybraný uchazeč, tedy SYNER s.r.o.,
 - j. § 80 odst. 1 správního řádu, že Předseda Úřadu nečinil z moci úřední opatření proti nečinnosti 1. stupně,
 - k. § 112 odst. 1 zákona ve vztahu k § 6 zákona, neboť odůvodnění rozhodnutí neobsahuje, kterou ze zásad transparentnosti, rovného zacházení a diskriminace porušil a čím,
18. Zadavatel v závěru rozkladu poukazuje na to, že napadené rozhodnutí vede a) k diskriminaci těch dodavatelů, kteří bezezbytku splnili zákonem požadované kroky a předložili určitou a srozumitelnou žádost o účast v užším řízení, b) ke zvýhodnění dodavatelů, kteří nenaplnili požadavky stanovené pro účast v užším řízení, c) k hájení soukromně individuálních postupů soutěžitelů (zejména bod 54 rozhodnutí), d) k nahrazení úvahy zadavatele při kontrole žádosti a posouzení kvalifikace úvahou úřadu, čímž přebírá roli zadavatele (Rozsudek NSS ze dne 17.9.2004 2A16/2002-39), e) k přezkoumávání úkonů dodavatelů (zejména výzva Úřadu směřující dodavatelům k doložení doručení vzdání se práva na podání námítky), což je v rozporu s kompetencemi úřadu, f) k posouzení okolností souvisejících se zadáním z hlediska jiných, obecně závazných právních předpisů a norem (rozhodnutí Úřadu ze dne 16.4.2004 VZ/S20/09-151/1725/03-če), g) k porušení zásady zákonnosti, ochrany dobré víry, materiální pravdy, vydání rozhodnutí v přiměřené lhůtě a zásady oficiality (zjištění skutkového stavu). Závěrem rozkladu se na základě shora uvedených skutečností zadavatel domáhá zrušení rozhodnutí a zastavení řízení.

IV. Řízení o rozkladu

19. Správní orgán prvního stupně určil usnesením č. j. ÚOHS-S139/2010/VZ-9361/2011/530/SWa ze dne 9.6.2011 vybranému uchazeči lhůtu pěti dnů k vyjádření k podanému rozkladu. Vybraný uchazeč se k rozkladu ve lhůtě stanovené Úřadem ani později nevyjádřil.
20. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 správního řádu a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.
21. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu přičemž jsem dospěl k následujícímu závěru.
22. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S139/2010/VZ-819/2011/530/SWa ze dne 5.5.2011 rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že a) porušil postup stanovený v § 28 odst. 2 zákona, když nesprávně posoudil žádosti o účast dvou dodavatelů a nepovažoval je za zájemce, přestože předložili písemnou žádost o účast, a b) porušil § 60 odst. 1 v návaznosti na § 59 odst. 1 zákona, když vyloučil dva zájemce z účasti na zadávacím řízení, přestože splnili kvalifikaci v požadovaném rozsahu, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel již uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, rozhodl správně a v souladu se zákonem.

V. K námitkám rozkladu

23. Zadavatel v první řadě namítal, že výrok bodu b) rozhodnutí, je nepřezkoumatelný, neboť odůvodnění rozhodnutí neobsahuje důvody, které vedly Úřad k závěru, že zadavatel porušil § 59 odst. 1 zákona. Z výroku rozhodnutí v této části vyplývá, že zadavatel porušil postup v ustanovení § 60 odst. 1 v návaznosti na § 59 odst. 1 zákona, neboť došlo k vyloučení zájemců Bilfinger a zájemce BERGER. Ve výroku je stanovena návaznost na ust. § 59 odst. 1 zákona, z důvodu, že k vyloučení uvedených zájemců došlo na základě nesprávného posouzení kvalifikace dodavatelů. K tomuto nutno dodat, že velká část odůvodnění napadeného rozhodnutí se zabývá právě porušením zákona z hlediska nezákonného postupu zadavatelem při posuzování kvalifikace dodavatelů.
24. Mám za to, že se Úřad dostatečně zabývá námitkami ohledně aplikace zákona ve vztahu ke změně pojmů „zločinné spolčení“ a „organizovaná zločinecká skupina“. V dané věci není sporu o tom, že novelou trestního zákona došlo ke změně ust. § 53 odst. 1 písm. a) zákona, kdy s účinností od 1.1.2010 byl pojem „zločinné spolčení“ změněn na pojem „organizovaná zločinecká skupina“. Rovněž není sporu o tom, že zadavatel je povinen aplikovat zákon ke dni zahájení zadávacího řízení, tedy k 23.12.2009. I přes výše uvedené se nemohu ztotožnit s námitkou uvedenou v rozkladu, že postup zadavatele, kdy vyloučil zájemce Bilfinger, byl v souladu se zákonem. Je zřejmé, že základní kvalifikační předpoklady splňuje (ke dni zahájení zadávacího řízení) dodavatel, který kromě jiného nebyl pravomocně odsouzen pro

trestný čin spáchaný ve prospěch zločineckého spolčení a trestný čin účasti na zločineckém spolčení. Zájemce předložil výpis ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů v souladu s již novelizovaným zněním § 53 odst. 1 písm. a) zákona účinným po 1.1.2010, ze kterého kromě jiného vyplývá, že žádný z členů statutárního orgánu nebyl pravomocně odsouzen pro trestný čin spáchaný ve prospěch organizované skupiny a trestný čin účasti na organizované zločinecké skupině. Ztotožňuji se s podrobnou argumentací Úřadu s tím, že z hlediska zákona se jedná pouze o terminologickou změnu zákona spočívající v nahrazení pojmu „zločinné spolčení“ pojmem „organizovaná zločinecká skupina“. Základní skutková podstata trestného činu účasti na organizované zločinecké skupině je již beze změny. V rozkladu zadavatel poukazuje na skutečnost, že kvalifikace uchazečů byla posuzována na základě principu zákazu retroaktivity, tj. zákazu zpětné účinnosti právního předpisu. Lze obecně souhlasit s tím, že v právním řádu existuje zásada zákazu retroaktivity, avšak v daném případě se nejedná o pravou retroaktivitu, neboť nedochází aplikací novelizovaných právních předpisů k zakládání či změně existujících právních vztahů směrem do minulosti. V daném případě změněný právní předpis, respektive terminologická změna jednoho pojmu, nezakládá právní následky do minulosti. S odkazem na argumentaci Úřadu a v souladu s výše uvedeným konstatuji, že zájemce Bifinger předloženým výpisem ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů prokázal, že nebyl odsouzen pro trestný čin spáchaný ve prospěch zločinného spolčení a trestný čin účasti na zločinném spolčení. Na uvedeném nic nemění ani odlišné znění ust. § 53 odst. 1 písm. a) zákona v době zadávání zakázky a v době vyhotovení výpisu.

25. K výše uvedenému dále doplňuji s odkazem na ust. § 125 a § 127 zákona, že do seznamu kvalifikovaných dodavatelů se zapisují ti dodavatelé, kteří prokázali splnění základních kvalifikačních požadavků dle § 53 odst. 1 zákona a profesních kvalifikačních předpokladů dle § 54 zákona. Pokud dodavatel předloží veřejnému zadavateli výpis ze seznamu ve lhůtě pro prokázání splnění kvalifikace, nahrazuje tento výpis prokázání splnění základních kvalifikačních předpokladů podle § 53 odst. 1 zákona. Zadavatel je povinen přijmout tento výpis ze seznamu, pokud k poslednímu dni, ke kterému má být prokázáno splnění kvalifikace, není výpis ze seznamu starší než 3 měsíce. Není sporu o tom, že dodavatel předložil výpis ve lhůtě k prokázání splnění kvalifikace, a zároveň tento výpis nebyl starší než 3 měsíce. Mám tedy za to, že dodavatel splnil zákonem požadované podmínky k prokázání splnění základních kvalifikačních předpokladů. Toto nelze zpochybnit ani tím, že od data k zahájení zadávacího řízení (23.12.009) do data vyhotovení výpisu ze seznamu (20.1.2010) došlo ke změně pojmu „zločinné spolčení“ na „organizovaná zločinecká skupina“ a tato změna se ve výpise projevila.
26. Zadavatel v další námitce vytýká, že se Úřad nedostatečně vypořádal s výkladem právní normy s ohledem na vyjádření zadavatele a to především ve vztahu k zákazu retroaktivity. K tomuto podotýkám, že otázku terminologické změny ust. § 53 odst. 1 písm. a) zákona s účinností od 1.1.2010 ve vztahu k předloženému výpisu ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů zhodnocuje Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí velmi podrobně. Otázku hodnocení retroaktivity novelizovaného ustanovení zhodnocuji v odůvodnění tohoto rozhodnutí.

27. Pokud se jedná o možnost doložení čestného prohlášení mám za to, že tento postup se nedá použít pro daný případ. Dle ustanovení § 53 odst. 2 zákona, dodavatel prokazuje splnění základních kvalifikačních předpokladů podle odstavce 1 předložením výpisu z evidence Rejstříku trestů [odst. 1 písm. a) a b)]. Pokud by zadavatel k prokázání kvalifikačních předpokladů dle § 53 odst. 1 písm. a) zákona vzal v potaz čestné prohlášení ve znění platném ke dni zahájení řízení vedle výpisu ze seznamu, jež obsahuje novelizované znění zákona, jednalo by se o chybný postup. Je zřejmé, že požadovaným dokladem je v daném případě evidence Rejstříku trestů, popřípadě výpis ze seznamu kvalifikovaných zadavatelů, nikoliv čestné prohlášení. Čestné prohlášení se prokazuje pouze v případech § 53 odst. 1 písm. c) až e) a g) a i) – viz ustanovení § 53 odst. 3 písm. d).
28. V další části již souhlasím se zadavatelem, že ustanovení § 59 odst. 4 zákona, je dispozitivní právní norma, která dává možnost zadavateli požadovat po dodavateli, aby písemně objasnil předložené informace či doklady nebo předložil další dodatečné informace či doklady prokazující splnění kvalifikace. Není sporu o tom, že další postup byl na uvážení zadavatele. Ostatně tímto způsobem argumentuje i Úřad ve svém rozhodnutí. Je otázkou, zda v daném případě vznesení dotazu k dodavateli nebylo více než vhodné, zvláště z důvodu pojmové změny ustanovení § 53 odst. 1 písm. a) zákona. Výzva k doplnění dalších dokladů (výpis z evidence Rejstříku trestů, nikoliv čestného prohlášení, jak tvrdí zadavatel), by mohla vyřešit pochybení zadavatele ohledně aplikace novelou změněného zákona.
29. Neztotožňuji se s názorem zadavatele, že se Úřad nezabýval dalšími důvody směřujícími k vyloučení zájemce Bilfinger. K tomu je ještě nezbytné doplnit, že zadavatel jako jediný důvod k vyloučení společnosti Bilfinger uvedl nedoložení splnění základních kvalifikačních předpokladů ve vztahu k § 53 odst. 1 písm. a) zákona. Jak však vyplývá z odůvodnění rozhodnutí Úřadu, tento se nad rámec důvodu pro vyloučení zabýval v napadeném rozhodnutí v bodě 58 a 59 i dalšími námitkami zadavatele. V odůvodnění posuzuje zadavateli námitky směřující k neprokázání profesních kvalifikačních předpokladů (oprávnění k provedení revizní zkoušky elektrických zařízení). Dále pak zhodnocuje postup zadavatele při posouzení kvalifikace dodavatelů zájemců GEOSAN GROUP a.s. a STRABAG a.s. Z uvedeného důvodu shledávám námitku, směřující k porušení ust. § 50 odst. 2, 3 správního řádu, za neopodstatněnou.
30. Zadavatel má za to, že dodavatel Bilfinger Berger Baugesellschaft m.b.H, předložil neplatnou listinu, neboť tato je na jméno Bilfinger Berger Bauges. m.b.H. Především z jazykového výkladu vyvozují, že obchodní jméno Bilfinger Berger Bauges m.b.H odpovídá společnosti Bilfinger Berger Baugesellschaft m.b.H.. Dodatek „Baugesellschaft“ v překladu „stavební společnost“ je v listině zkrácen na „Bauges“. K tomuto doplňují, že zkratky v dodatcích obchodních jmen se používají i v našem právním řádu, kdy za názvem společnosti se doplňuje např. „spol. s r.o.“ či pouze „s.r.o.“. Domnívám se, že zadavatel by jistě neposuzoval listinu za neplatnou, pokud by na místo dodatku „společnost s ručením omezením“ obsahovala dodatek „s.r.o.“. Zadavatel dle mého názoru nemůže bez dalšího odmítat listinu – ISO 14000, aniž by zjistil, zda se skutečně jedná o dodatek obchodního jména ve zkratce téhož subjektu, zvláště když k tomu nasvědčuje totožné sídlo společnosti. Mám za to, že předložená listina nemůže mít vliv na posouzení kvalifikace dodavatele, neboť zkratka

dotatku obchodního jména nevede sama o sobě k nicotnosti či neplatnosti předložené listiny.

31. Shodně s Úřadem se neztotožňuji s postupem zadavatele k nezařazení dodavatele Metrostav a SWIETELSKY do zadávacího řízení. Zásadní otázkou v této části je, zda zadavatel postupoval v souladu s ustanovením § 28 odst. 2 zákona, když nepovažoval podání uvedených společností za písemnou žádost o účast. Vzhledem k tomu, že zákon nestanovuje obsahové náležitosti písemnosti – žádosti, je zapotřebí při jejich posuzování postupovat dle obecných ustanovení Občanského zákoníku. Zadavatel namítá, že právní úkon musí být učiněn určitě a srozumitelně, přičemž nestačí pouze obecný zájem či úmysl se o zakázku ucházet. Úřad se v rozhodnutí podrobně zabývá hodnocením právního úkonu dle občanskoprávních ustanovení. S odkazem na tento právní předpis konstatuje, že je zapotřebí, vykládat právní úkony vyjádřené slovy nejen podle jejich jazykového vyjádření, ale zejména též podle vůle toho, kdo právní úkon učinil, není-li tato vůle v rozporu s jazykovým projevem. S tímto výkladem se bez výhrady ztotožňuji. Posuzujeme-li učiněný právní úkon na základě výše uvedeného, mám za to, že společnosti Metrostav a SWIETELSKY projeví kvalifikovaný zájem účastnit se předmětného výběrového řízení. Jestliže ve lhůtě pro podání nabídky, obdržel zadavatel doklady s označením specifikované veřejné zakázky, nebyl důvod je nepovažovat za žádost o účast v užším řízení. Není mi zcela zřejmé, v čem spatřuje zadavatel neurčitost či nesrozumitelnost úkonu dodavatele, zvláště pak, když doklady zaslané dodavatelem Metrostav a.s. byly označeny jako „Nabídka akciové společnosti Metrostav do výběrového řízení na stavbu Rekonstrukce základní školy včetně výstavby víceúčelové sportovní haly“. Pokud by tedy zadavatel při hodnocení obdržených dokladů trval na explicitním vyjádření slova „žádost“, mám za to, že by se již jednalo o formalismus nad rámec stanovený zákonem. Domnívám se, že pojem „žádost“ by v daném případě mohl být nahrazen pojmy „podání“, „návrh“, „nabídka“, eventuálně by zde nemusel být žádný z těchto pojmů uveden, pokud je z celého kontextu jednoznačné, že jde o podání směřující k předmětné veřejné zakázce. K argumentaci zadavatele by nenasvědčovalo ani ustanovení zákona § 148 odst. 4, neboť dodavatel může podat žádost i telefonicky, byť tato musí být dále písemně potvrzena. Obdobným způsobem mohl a měl zadavatel zhodnotit i podání společnosti SWIETELSKY. Tento ve lhůtě pro podání žádosti o účast předložil doklady k prokázání kvalifikace v obálce označené názvem veřejné zakázky a zadavatelem. Složka s doklady k prokázání kvalifikace byla označena jako kvalifikační dokumentace k veřejné zakázce a titulní list s údaji o zájemci SWIETELSKY byl podepsán osobami oprávněnými jednat za zájemce. Mám za to, že se i v tomto případě jednalo o žádost účastnit se předmětné veřejné zakázky. Pokud zadavatel zhodnotil podání uvedených společností jinak a na základě tohoto je nezařadil do zadávacího řízení, šlo o postup v rozporu se zákonem.
32. O tom, že společnosti Metrostav a SWIETELSKY podaly řádnou žádost dle ust. § 28 odst. 2 zákona, svědčí i postup zadavatele, který je zařadil mezi ostatní dodavatele a u obou provedl posouzení kvalifikace. V časové posloupnosti, nejdříve tedy muselo dojít ke zhodnocení, zda obdržené podání směřuje k předmětné veřejné zakázce, tudíž zda se jedná o žádost. Následně pak došlo k posuzování splnění kvalifikace i u těchto dodavatelů. Z uvedeného důvodu zadavatel musel vědět, že tyto společnosti mají zájem účastnit se zadávacího řízení a že fakticky podaly žádost. Ostatně v oznámení o nezařazení uvedeným společností

sděluje: „ *Oznamuji Vám, že vás zadavatel nemohl zařadit mezi dodavatele, u kterých v rámci užšího řízení posuzoval kvalifikaci, a to z důvodu, že vás nelze považovat za zájemce*“. Jedná se o rozporné sdělení, neboť ve skutečnosti zadavatel posoudil kvalifikaci i u těchto dodavatelů. Na uvedeném nic nemění ani formulace ust. § 59 odst. 1 zákona, o kterou opírá zadavatel svoji argumentaci v rozkladu. V případě, že zákon z hlediska posouzení kvalifikace používá pojem „dodavatel“, jedná se o dodavatele, kteří předložili písemnou žádost k předmětné veřejné zakázce.

33. Ve věci neprokázání oprávnění k revizi elektrických zařízení společností BERGER a Bilfinger, nesouhlasím s námitkami zadavatele. Spornou otázkou v dané věci je, zda zadavateli mělo postačovat k prokázání kvalifikace doložené živnostenské oprávnění na „*Provádění staveb, jejich změn a odstraňování*“, nebo zda mohl a měl požadovat jiné živnostenské oprávnění či osvědčení k provádění revizí elektrických zařízení. V zadávací dokumentaci nebylo stanoveno doložení konkrétního živnostenského či jiného oprávnění k provádění revizní zkoušky elektrického zařízení. Za stěžejní na podporu argumentace uvedenou Úřadem, považuji vyjádření Odboru živností Ministerstva průmyslu a obchodu ze dne 8.4.2009, o němž se ve svém odůvodnění opřel i Úřad Tento v závěru dovozuje, (cituji): *za předpokladu, že Vámi dotazované elektroinstalační práce skutečně souvisejí s realizací určité stavby, jsme toho názoru, že tyto odborné činnosti, včetně vypracování revizní zprávy, lze vykonávat v rámci vázané živnosti „provádění staveb, jejich změn a odstraňování“*. To znamená, že v dané věci mělo zadavateli stačit předložené živnostenské oprávnění. Lze souhlasit s názorem zadavatele, že revize mohou provádět jen odborně způsobilé osoby, tato skutečnost však nemá vliv na způsob prokázání kvalifikace, neboť ta je v daném případě prokazována dokladem o oprávnění k podnikání, kterým je živnostenský list. Osvědčení vydané orgánem dozoru by mohlo být považováno za doklad osvědčující odbornou způsobilost dodavatele podle § 54 písm. d) zákona, avšak v tomto případě zadavatel předložením tohoto osvědčení nepožadoval. V bodu 7 kvalifikační dokumentace pouze uvedl, že jako doklad osvědčující odbornou způsobilost dodavatele požaduje pro stavení práce předložením osvědčení o autorizaci v oboru pozemní stavby a pro zeměměřičství úřední oprávnění podle zákona č. 200/1994 Sb., o zeměměřičství. Rovněž doložené stanovisko živnostenského odboru MÚ ve Frenštátě pod Radhoštěm se nevyjadřuje k obsahové náplni předloženého živnostenského oprávnění „*Provádění staveb, jejich změn a odstraňování*“, ale odpovídá na dotazy zadavatele k obsahové náplni živnostenského oprávnění „*Montáž, opravy a údržba vyhrazených elektrických zařízení*“.
34. Zadavatel v rozkladu vznáší další námitky a skutečnosti dříve neuplatněné. K tomuto odkazují na ust. § 82 odst. 4 správního řádu s tím, že *k novým skutečnostem a k návrhům na provedení nových důkazů, uvedeným v odvolání nebo v průběhu odvolacího řízení, se přihlédne jen tehdy, jde-li o takové skutečnosti nebo důkazy, které účastník nemohl uplatnit dříve*. Pokud je namítáno, že společnost Metrostav nepředložila požadovanou pojistnou smlouvu, dále že společnost SWIETELSKY neprokázala odbornou způsobilost zeměměřičství či mělo dojít k chybám v podpisech na listinách, či nebyl společností BERGER doložen základní kvalifikační předpoklad – prohlášení o disciplinárním či kárném trestu, a že Bilfinger nepředložil certifikát řízení z hlediska ochrany životního prostředí, je nutné tyto námitky posuzovat i s ohledem na výše uvedené ustanovení správního řádu. K tomuto doplňuji, že

žádný z výše uvedených důvodů nebyl ve sdělení, kterým zadavatel informoval dodavatele, že jsou vyloučeni či odmítnuti ze zadávacího řízení. Pokud má dnes zadavatel za to, že žádný z těchto dodavatelů nemohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, měly být dle mého názoru tyto skutečnosti uvedeny již v tomto sdělení. V současné době je jen velmi obtížné, z pozice správních orgánů, hodnotit relevantnost uvedených námitek. Pokud bych přistoupil k tomu, že tyto námítky byly relevantní v rámci posouzení splnění zadávacích podmínek, nemají stejnou váhu v rámci řízení o pokutě, neboť v sankčním řízení bylo shledáno jiné porušení zákona. Nadále trvám na skutečnosti, že postup zadavatele vyloučením či odmítnutím z důvodů uvedených ve sdělení zaslaném dodavatelům, byl nezákonný, a mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

35. K otázce přitěžující okolnosti souhlasím se zadavatelem uvedeným v rozkladu napadnutého rozhodnutí. Zadavatel se dopustil správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) tím, že nedodržel postup stanovený tímto zákonem pro zadávání veřejné zakázky, přičemž tímto postupem podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku. Úřadem bylo shledáno porušení ustanovení § 28 odst. 2 a § 60 odst. 1 zákona v návaznosti na § 59 odst. 1 zákona. Přitěžující okolnost Úřad však spatřuje v tom, že zadavatel nerespektoval jeho usnesení, kterým mu byla uložena povinnost podat informace o jeho dalších úkonech. V rozporu s tímto usnesením došlo zadavatelem k uzavření dodatku č. 1 ke smlouvě s vybraným uchazečem a tato skutečnost byla Úřadu oznámena až na jeho výzvu. S ohledem na uvedený postup mám za to, že přitěžující okolnost se má týkat zjištěného správního deliktu, za který je účastník ve správním řízení trestán. Za přitěžující by pak mohla být skutečnost, že došlo k porušení ustanovení zákona opakovaně, v souvislosti s trestným činem, nebo že došlo k jejich porušení úmyslným postupem směřujícím k obcházení zákona či zásad postupu zadavatele atd. V daném případě, však Úřad spojil přitěžující okolnost s jiným právním jednáním resp. nejednáním – opomenutím zadavatele informovat Úřad tak, jak bylo nařízené jeho usnesením. S tímto postupem Úřadu se nemohu ztotožnit. Mám za to, že přitěžující okolnost z tohoto pohledu nebylo možné uplatnit.
36. K uložené výši pokuty ve vztahu k příjmům zadavatele, konstatuji, že se Úřad zabýval odůvodněním pokuty poměrně obsáhle a pečlivě. V příslušné části odůvodnění byl komplexně posouzen postup zadavatele, a byly zohledněny veškeré okolnosti i ekonomický stav zadavatele. Jedním z kritérií hodnocení byl i vztah výše pokuty ke zjištěnému a schválenému rozpočtu zadavatele. Obdobně jako Úřad jsem přihlédl k tomu, že částka 700 000,- Kč nemůže výrazně ovlivnit výdajovou stránku zadavatelova rozpočtu a rozhodně ji nelze považovat s ohledem na postup zadavatele porušující zákon za nepřiměřenou. Horní hranice pokuty mohla v daném případě dosáhnout až částky 9 889 225,- Kč. Sám zadavatel neargumentuje tím, že by pokuta byla pro něj likvidační, ani nikterak neobjasňuje ohrožení jeho finanční stability ve vztahu k výši uložené pokuty. Pouze namítá, že pokuta měla být stanovena s ohledem na disponibilní část příjmů, přičemž měly být zhodnoceny i závazky (zejména půjčky). S touto argumentací nemohu souhlasit, a to z důvodu, že soukromoprávní závazky, popřípadě půjčky nemohou být nadřazeny nad povinnosti vyplývající z porušení zákona. Mám za to, že výše pokuty odpovídá zjištěnému skutkovému stavu a je dostatečným způsobem odůvodněna.

37. S ohledem na argumentaci týkající se přitěžující okolnosti jsem v rámci správní diskrece zvažoval snížení pokuty, neboť Úřad nezákonně v rozhodnutí hodnotil přitěžující okolnost. Nicméně s odkazem na ustanovení § 90 odst. 3 správního řádu a principy správního trestání jsem s ohledem na závažnost protiprávního jednání zadavatele, neshledal okolnosti pro snížení pokuty. Nad rámec odůvodnění v napadeném rozhodnutí ve vztahu ke stanovené výši pokuty, konstatuji, že zadavatel postupoval nezákonně, zvláště u dvou dodavatelů, kterým úplně znemožnil zúčastnit se veřejné soutěže, a to na základě zcela irelevantního důvodu, který navíc neodpovídá zjištěnému skutkovému stavu. Uvedeným postupem veřejnou soutěž zásadním způsobem narušil. Zadavatel sice opírá svoje námitky o zjištění, že „nedošlo k podání žádosti“, ale ve skutečnosti u těchto dodavatelů došlo k posuzování kvalifikace, obdobně jako u ostatních dodavatelů, kteří podali „řádnou žádost“. Zadavatel se dle mého názoru dopustil obcházení zákona, přičemž nerespektoval základní zásadu zákazu diskriminace, kdy zabránil otevřenosti přístupu k veřejným zakázkám co nejširšímu možnému počtu dodavatelů. Přistoupil-li zadavatel v řízení pouze k formálnímu posuzování kvalifikace (dle vypracované tabulky), na základě kterého vyhledával slovo – pojem „žádost“ mám za to, že uvedený způsob v zadávacím řízení je nepřipustný a svojí intenzitou nerespektování obsahu podání, by mohl směřovat až k úmyslnému (z hlediska zavinění – nepřímý úmysl) jednání ze strany zadavatele. Je zřejmé, že zadavatel má objektivní odpovědnost za porušení zákona. Pokud, ale postup zadavatele je natolik účelový, směřující k narušení soutěže, jak vyplývá z výše uvedeného, nezbyvá mi, než tuto otázku rovněž zhodnotit, ačkoliv ji Úřad sám nezdůraznil. Podotýkám, že postup zadavatele je pak z hlediska dotčených dodavatelů jednoznačně diskriminační a není z hlediska soutěže ani fair k dalšímu neuzavřenému počtu potencionálních dodavatelů, kteří mohli projevit zájem účastnit se veřejné zakázky. Zjištěné skutečnosti považuji za natolik závažné, že jsem se rozhodl výši pokuty ponechat nezměněnou, neboť jsem shledal přitěžující okolnost – intenzitu společenské nebezpečnosti jednání zadavatele ve vztahu k zájemcům o veřejnou zakázku (společnostem Metrostav a SWIETELSKY). Mám za to, že v souladu s principem úplné apelace, kterým je správní řízení ovládáno, mám na základě správního uvážení možnost v opodstatněných případech nově posoudit výši sankce s ohledem na závažnost porušení zákona. Toto jsem učinil a výši uložené pokuty jsem v daném případě ponechal ve stejné výši.
38. Posoudil jsem rovněž skutečnost, že negativní důsledky porušení zákona (tedy omezení soutěže o veřejnou zakázku) již v tuto chvíli není možné účinně zhojit způsobem, který by potencionálním dodavatelům umožnil se o veřejnou zakázku nebo její část ucházet, protože smlouva na realizaci předmětu veřejné zakázky již byla uzavřena a bylo z ní plněno. Za společensky nebezpečné spatřuji diskriminační postup zadavatele, při kterém došlo k vyloučení konkrétních zájemců. Dále, jak vyplývá z výše uvedeného, považuji za nepřipustné, aby byl znemožněn přístup do soutěže dalším uchazečům, s odůvodněním že nejsou považováni za zájemce o veřejnou zakázku, byť jimi ve skutečnosti byli. Výše pokuty je stanovena ve všech ohledech spravedlivě. Opětovně zdůrazňuji skutečnost, že celkem čtyřem dodavatelům bylo znemožněno na základě nezákonného postupu zadavatele účastnit se zadávacího řízení. V této souvislosti je dále nutné podotknout, že ačkoliv uložená pokuta plní především funkci preventivní, nelze zcela upustit od jejího výchovného a represivního aspektu. Pokuta uložená Úřadem se pohybuje na spodní hranici (7 % z maximálně možné

výše pokuty), což nelze považovat za jakkoli excesivní. Další snížení pokuty s ohledem na její represivní a preventivní funkci by postrádalo smysl.

39. Co se týče posouzení všech hledisek při určení výše pokuty, zejména zohlednění úsilí objasnění problematiky elektrovevize, konstatuji, že v rámci odůvodnění napadeného rozhodnutí byly zohledněny veškeré rozhodné skutečnosti. Poukazuje-li zadavatel v této části na stanovisko MPO, doplňuji, že se jedná o stanovisko z roku 2007, které však neodpovídá na otázky zda lze v rámci živnosti „Provádění staveb včetně jejich změn, udržovacích prací na nich a jejich odstraňování“ provádět revizní zkoušky elektrických zařízení. U zadavatelova rozboru, který se týkal revize elektrických zařízení, je zkoumán obsah živnosti „montáž, opravy a údržba vyhrazených elektrických zařízení“, a nikoliv v dané věci předložené živnostenské oprávnění „provádění staveb, jejich změn a odstraňování“.
40. Část procesních námitek odkazuje na ustanovení zákona, aniž by zadavatel uvedl postup, v čem konkrétně je shledán rozpor napadeného rozhodnutí se zákonem. Uvedené námitky považuji za nepřezkoumatelné, neboť spatřované nezákonnosti správního rozhodnutí bylo zapotřebí opatřit skutečnostmi a právními důvody existující nezákonnosti. Vzhledem k tomu, že tak v daném případě zadavatel neučinil, a to ani v obecné rovině, lze jen stěží přezkoumávat oprávněnost těchto námitek.
41. K otázce neuvědomění zadavatele o tom, že Úřad vznesl dotazy na uchazeče Geosan group a.s., Energie – stavební a báňská a.s., Strabag a.s. a OHL ŽS a.s., konstatuji, že z odpovědí jmenovaných společností, které byly zaslány Úřadu, nevyplynuly žádné zásadní informace, které by ve svém výsledku mohly být použity jako podklad pro rozhodnutí. Jednalo se toliko o sdělení, že se uvedení vzdali práva na podání námitek proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, přičemž někteří zaslali kopii dokladu osvědčující tuto skutečnost. Pokud se nejednalo o relevantní informace, jež by měly nějaký vliv na průběh správního řízení, nemohla být neuvědoměním zadavatele zasažena jeho práva či zájmy.
42. Co se týká nedodržení zákonné lhůty pro vydání rozhodnutí mám za to, že zadavateli nevznikla škoda, neboť v době zahájení správního řízení z moci úřední byla již uzavřena smlouva s vybraným uchazečem. Nezachování lhůty 30, respektive 60 dnů od zahájení nečiní napadené rozhodnutí nezákonným. Námitka, že by v případě zachování lhůty zadavatel provedl nápravu, je irelevantní, zvláště když není zřejmé, v čem by měla náprava spočívat, když smlouva s vybraným účastníkem byla podepsána již před zahájením správního řízení. Pokud by zadavatel měl zájem provést nápravu svého postupu, mohl tak učinit na základě námitek vyloučených uchazečů, popřípadě kdykoliv v průběhu správního řízení.
43. V souladu s ust. § 36 odst. 3 správního řádu měl zadavatel možnost se vyjádřit k podkladům pro rozhodnutí, dle stanovené lhůty do 16.3.2011. Je pravdou, že i po uvedené lhůtě byly do spisu zařazeny vyjádření dalších účastníků zadávacího řízení. Obdobně jak se již vyjadřuji v bodu 43 tohoto rozhodnutí, i zde doplňuji, že sdělení dotázaných společností neměla žádný vliv na vydané rozhodnutí ve věci. Vzhledem k tomu, že z odpovědí dalších účastníků nevyplynuly žádné nové skutečnosti či důkazy relevantní v dané věci, jsem toho názoru, že

procesní právo zadavatele na to být seznámen s podklady rozhodnutí před jeho vydáním nebylo ve věci porušeno.

44. Ke skutečnosti, že účastníkem správního řízení je i vybraný uchazeč SYNER, s.r.o., doplňuji, že správní orgán prvního stupně postupoval plně v souladu s ust. § 116 zákona. Za účastníka řízení se považuje zadavatel, avšak s ohledem na skutečnost, že předmět řízení přezkoumává i rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, stává se účastníkem správního řízení i vybraný uchazeč.
45. Namítá-li zadavatel, že nebylo učiněno opatření z moci úřední proti nečinnosti správního úřadu I. stupně, nutno uvést, že zadavatel v průběhu řízení tuto nečinnost nenamítal. Námitku vznesl až v době, kdy bylo vydáno rozhodnutí pro něj s nepříznivým výsledkem. Mám za to, že samotné překročení lhůt pro vydání rozhodnutí, nestanovuje nezákonnost napadeného rozhodnutí.
46. Ke shora uvedeným skutečnostem závěrem konstatuji, že Úřad v rámci správního řízení posoudil případ ve všech vzájemných souvislostech, a proto ve zbytku odkazuji na závěry obsažené v odůvodnění napadeného rozhodnutí, které považuji za dostatečně určité, srozumitelné a přezkoumatelné. Jak vyplývá z výše uvedeného, nemohl jsem se ztotožnit pouze s důvodem přitěžující okolnosti. Přesto na základě správního uvážení jsem se nakonec rozhodl ponechat pokutu ve výši stanovené Úřadem, což zdůvodňuji výše. Nadále trvám na tom, že postupem zadavatele došlo k diskriminaci ostatních dalších dodavatelů, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Z uvedeného důvodu mi nezbylo než napadené rozhodnutí potvrdit a podaný rozklad zamítnout.

VI. Závěr

47. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodu uváděných v rozkladu.
48. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 správního řádu dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. JUSTITIA, s.r.o., 28. října 1142/168, 709 00 Ostrava
2. SYNER, s.r.o., Dr. Milady Horákové 580/7, 460 01 Liberec 4

Vypraveno dne:

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