



UOHSX004124J

## PŘESEDNA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R165,166/2011/VZ-1913/2012/310/PMo

V Brně dne: 3. 2. 2012

Ve správním řízení o rozkladu doručeném Úřadu dne 2. 8. 2011 zadavatelem –

- **městem Spálené Poříčí**, se sídlem Náměstí Svobody 132, 335 61 Spálené Poříčí, IČ 00257249, zastoupeným Ing. Pavlem Čížkem, starostou, ve správním řízení zastoupeným na základě plné moci ze dne 19. 5. 2011 JUDr. Martinem Nedelkou, Ph.D., advokátem advokátní kanceláře Schönherr s. r. o., se sídlem nám. Republiky 1079/1a, 110 00 Praha 1, IČ 26500981,

a zároveň o rozkladu doručeném Úřadu dne 2. 8. 2011 vybraným uchazečem –

- společností **DŘEVOPROGRES, s. r. o.**, se sídlem Nad Kostelem 390, 687 62 Dolní Němčí, IČ 27744108, za niž jedná Ladislav Ďurana, jednatel,

proti výroku II. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 18. 7. 2011, č.j. ÚOHS-S65/2011/VZ-6432/2011/510/MGr, ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavatelem tím, že nevyzval k podání nabídky na veřejnou zakázku "**Základní škola Spálené Poříčí – udržitelné využívání zdrojů energie**" rozdělenou na dvě části, zadávanou ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy ze dne 6. 8. 2008 nejméně 5 zájemců, přicházejících v úvahu k plnění veřejné zakázky, dále tím, že nevyloučil ze zadávacího řízení uchazeče nesplňující kvalifikaci a rovněž tím, že nezveřejnil výzvu k podání nabídek na úřední desce, jehož dalším účastníkem je vybraný uchazeč –

- společnost **SILBA – Elstav s. r. o.**, se sídlem Letkov 155, 315 00 Plzeň, IČ 64358844, za niž jedná Václav Kuneš, jednatel,

jsem na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

I.

Výrok II. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 18. 7. 2011, č.j. ÚOHS-S65/2011/VZ-6432/2011/510/MGr, podle § 152 odst. 5 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, **m ě n í m** takto:

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. se podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavateli – městu Spálené Poříčí, se sídlem Náměstí Svobody 132, 335 61 Spálené Poříčí, IČ 00257249 – ukládá pokuta ve výši **100 000 Kč** (slovy: sto tisíc korun českých). Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

II.

**Rozklad vybraného uchazeče DŘEVOPROGRES, s.r.o.**, se sídlem Nad Kostelem 390, 687 62 Dolní Němčí, IČ 27744108, podle § 92 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 82 odst. 1 téhož zákona, pro jeho nepřipustnost, v plném rozsahu **z a m í t á m**.

## ODŮVODNĚNÍ

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

1. Město Spálené Poříčí, se sídlem Náměstí Svobody 132, 335 61 Spálené Poříčí, IČ 00257249, (dále jen „**zadavatel**“), učinil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)<sup>1</sup>, ve zjednodušeném podlimitním řízení podle § 25 zákona výzvu ze dne 6. 8. 2008 (dále jen „**výzva**“) k podání nabídek na veřejnou zakázku "Základní škola Spálené Poříčí – udržitelné využívání zdrojů energie", rozdělenou na dvě části (dále jen "**veřejná zakázka**").
2. Zadavatel ve výzvě vymezil předmět plnění veřejné zakázky podle CPV kódu následovně: CPV: 45214200-2 Stavební úpravy školních budov. Část č. 1 veřejné zakázky řeší výměnu oken včetně úpravy parapetů a část č. 2 provedení nového vytápění, vzduchotechniky, zateplení stěn a stropů. V čl. 5.2 výzvy zadavatel stanovil požadavky na prokázání splnění profesních kvalifikačních předpokladů v obou částech zakázky tak, že kvalifikaci splňuje uchazeč, který předloží ověřenou kopii výpisu z obchodního rejstříku, pokud je v něm zapsán, a prostou kopii dokladu o oprávnění k podnikání podle zvláštních pr. předpisů v rozsahu odpovídajícím předmětu zakázky (zejména doklad prokazující příslušné živnostenské oprávnění či licenci). V čl. 5.3. *Ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady* dle § 55 zákona zadavatel stanovil, že „*ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady dle § 55 zákona splňuje uchazeč, který předloží dle odst. 1 písm. a) pojistnou smlouvu, jejímž*

---

<sup>1</sup> 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.

*předmětem je pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou dodavatelem třetí osobě ve výši 25, 0 mil. Kč v případě, že uchazeč podává nabídku na obě části veřejné zakázky, ve výši 5,0 mil. Kč v případě, že uchazeč podává nabídku na část 1 a ve výši 20,0 mil. Kč v případě, že uchazeč podává nabídku na část 2; pojistnou smlouvu doloží uchazeč v prosté kopii.“*

3. Z nabídky vybraného uchazeče DŘEVOPROGRES, s. r. o., se sídlem Nad Kostelem 390, 687 62 Dolní Němčí, IČ 27744108 (dále jen "**vybraný uchazeč DŘEVOPROGRES**") získal Úřad pochybnosti o prokázání splnění profesního kvalifikačního předpokladu podle § 54 písm. a) zákona a o prokázání ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu podle § 55 odst. 1 písm. a) zákona doložením pojistné smlouvy společnosti DREVOPROGRES, s. r. o., IČ 31570208, se sídlem Školská ulica 259/33, 018 64 Košeca (dále jen "**společnost DREVOPROGRES**"), tedy předložením pojistné smlouvy jiného subjektu než vybraného uchazeče DŘEVOPROGRES. Z nabídky vybraného uchazeče SILBA – Elstav, s. r. o., se sídlem Letkov 155, 315 00 Plzeň, IČ 64358844 (dále jen "**vybraný uchazeč SILBA – Elstav**") získal Úřad rovněž pochybnosti o prokázání splnění ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu podle § 55 odst. 1 písm. a) zákona vybraným uchazečem SILBA – Elstav, který má ve své nabídce místo zadavatelem požadované pojistné smlouvy čestné prohlášení o pojištění, ve kterém prohlašuje, že v případě získání předmětné zakázky uzavře pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou dodavatelem třetí osobě ve výši 25 mil. Kč, a rovněž příslib pojišťovny, že v případě vítězství uchazeče SILBA – Elstav v předmětné zakázce je připravena s ním uzavřít v dané záležitosti pojištění odpovědnosti za škodu s limitem plnění ve výši 25 mil. Kč.
4. Předmětem první části veřejné zakázky je „výměna oken včetně úpravy parapetů“ (podle výkazu výměr „součástí dodávky a montáže oken bude rovněž demontáž stávajících oken, včetně jejich likvidace a součástí oken bude i osazení venkovních a vnitřních parapetů, které budou korespondovat se stávající tlušťkou zdi, včetně uvažovaného zateplení dle stavebních výkresů“). Předmětem druhé části zakázky je „provedení nového vytápění, vzduchotechniky, zateplení stěn a stropů“.
5. Součástí dokumentace o zakázce je výzva k podání nabídek s razítkem: „vyvěšeno: 24. 7. 2010“ a „sejmuto: 19. 8. 2010“ s nečitelným podpisem, a rovněž upřesnění zadávací dokumentace a změna termínu odevzdání nabídek s razítkem: „vyvěšeno 6. 8. 2010“ a „sejmuto 19. 8. 2010“ opět s nečitelným podpisem. Ve výzvě k podání nabídek je lhůta pro podání nabídek stanovena do 11. 8. 2008, přičemž v rámci upřesnění zadávací dokumentace, jež zadavatel odeslal vyzvaným dodavatelům dopisem ze dne 6. 8. 2008, byla lhůta pro podání nabídek prodloužena na 19. 8. 2008. Dle Úřadu zde vyvstala pochybnost, zda zadavatel dodržel postup dle § 38 odst. 2 zákona a výzvu k podání nabídek uveřejnil vhodným způsobem po celou dobu lhůty pro podání nabídek, resp. pochybnost o souladu postupu zadavatele se zákonem při vyzývání zájemců k plnění zakázky, tedy že zadavatel nevyzval k podání nabídky na předmětnou zakázku nejméně 5 zájemců, přicházejících v úvahu k plnění zakázky.
6. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHSS65/2011/VZ-2611/2011/510/MGr ze dne 23. 2. 2011 a usnesením č. j. ÚOHSS65/2011/VZ-

2612/2011/510/MGr z téhož dne účastníkům řízení stanovil lhůtu, ve které byli oprávněni navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy a vyjádřit svá stanoviska v řízení, a dále lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům pro rozhodnutí.

7. Za účelem zjištění skutkového stavu věci požádal Úřad dopisem ze dne 25. 2. 2011 Ministerstvo průmyslu a obchodu (dále jen "**Ministerstvo**") o stanovisko k problematice živností (dále jen "**stanovisko**"). Úřad se dotázal, zde může podnikatelský subjekt vlastníci oprávnění jako vybraný uchazeč DŘEVOPROGRES provádět „výměnu oken včetně úpravy parapetů“, přičemž podle výkazu výměr „*součástí dodávky a montáže oken bude rovněž demontáž stávajících oken, včetně jejich likvidace a součástí oken bude i osazení venkovních a vnitřních parapetů, které budou korespondovat se stávající tloušťkou zdi, včetně uvažovaného zateplení dle stavebních výkresů*“, případně zda by mohl provést také nové vytápění, vzduchotechniku, zateplení stěn a stropů. Stanovisko zaslalo Ministerstvo Úřadu dopisem ze dne 9. 3. 2011, ve kterém uvádí: „*Podle nařízení vlády č. 469/2000 Sb., kterým se stanoví obsahové náplně jednotlivých živností, ve znění pozdějších předpisů, zrušeného ke dni 14. 8. 2008, a v souladu s nařízením vlády č. 278/2008 Sb., o obsahových náplních jednotlivých živností, účinným ode dne 14. 8. 2008, jednou z mnoha činností řemeslné živnosti „Zednictví“ bylo, podle předchozí právní úpravy, a je, podle nové právní úpravy, rovněž „osazování prefabrikovaných překladů, schodů, zárubní, oken, zábradlí, římsových desek,.....“.* Dle tohoto stanoviska činnost spočívající ve výměně oken, včetně montáže vnějších a vnitřních parapetů, spadá, a spadala i podle předchozí právní úpravy, do řemeslné živnosti „Zednictví“ (a to vzhledem k tomu, že součástí technologického postupu osazení oken jsou nezbytné zednické práce)<sup>2</sup>.
8. Na základě zkoumání dokumentace o zakázce pak Úřad zjistil nejasnosti ohledně zveřejnění výzvy k podání nabídek na Úřední desce zadavatele (klasické i elektronické), a rovněž v prokázání ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů – konkrétně pojistné smlouvy – oběma vybranými uchazeči. Účastníky řízení s těmito novými skutečnostmi seznámil dopisem č. j. ÚOHS-S65/2011/VZ-7698/2011/510/MGr ze dne 13. 5. 2011; usnesením č. j. ÚOHS-S65/2011/VZ-7699/2011/510/MGr z téhož dne jim prodloužil lhůtu, v níž mohli navrhopvat důkazy, vyjádřit své stanovisko a vyjádřit se k podkladům rozhodnutí.

## II. Napadené rozhodnutí

9. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad podle § 112 zákona dne 18. července 2011 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S65/2011/VZ-6432/2011/510/MGr (dále jen "**napadené rozhodnutí**"), v jehož výrokové části I. konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 60 odst. 1 zákona, když ze zadávacího řízení nevyločil vybraného uchazeče DŘEVOPROGRES a vybraného uchazeče SILBA – Elstav nesplňující kvalifikaci v požadovaném

---

<sup>2</sup> Ze stanoviska pak dle Úřadu mj. vyplývá i to, že má-li podnikatelský subjekt v živnostenském rejstříku zapsán jakýkoli obor, případně obory, činnosti živnosti volně uvedené v příloze č. 4 k zákonu č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**živnostenský zákon**“), je oprávněn v rámci předmětu podnikání živnosti volně vykonávat všech 80 oborů činnosti podle přílohy č. 4 živnostenského zákona.

rozsahu, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel dne 30. 9. 2008 smlouvu o dílo na plnění první části a dne 26. 9. 2008 na plnění druhé části předmětné zakázky. Ve výrokové části II. Úřad zadavateli uložil za spáchání předmětného správního deliktu dle § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 150 000,- Kč.

10. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí, resp. v odůvodnění usnesení č.j. ÚOHS-S35/2011/VZ-12342/2011/510/MGr ze dne 26. 8. 2011 (dále jen "**opravné usnesení**"), podotkl k otázce dodržení postupu stanoveného v ustanovení § 38 odst. 1 zákona následující. Dle Úřadu se zadavatel porušení ustanovení § 38 odst. 1 zákona nedopustil – k podání nabídky na obě části předmětné zakázky zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení vyzval písemnou výzvou nejméně 5 zájemců přicházejících v úvahu k plnění zakázky; tento jeho postup tedy nemohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
11. Ve vztahu k problematice posouzení splnění profesních kvalifikačních předpokladů u vybraných uchazečů uvedl Úřad následující skutečnosti. Nejprve poukázal na znění článku 5.2 výzvy, kde zadavatel stanovil požadavky na prokázání splnění profesních kvalifikačních předpokladů v obou částech zakázky tak, že kvalifikaci splňuje uchazeč, který předloží ověřenou kopii výpisu z obchodního rejstříku, pokud je v něm zapsán, a prostou kopii dokladu o oprávnění k podnikání podle zvláštních pr. předpisů v rozsahu odpovídajícím předmětu zakázky (zejména doklad prokazující příslušné živnostenské oprávnění či licenci). Úřad následně deklaroval, že vybraný uchazeč DŘEVOPROGRES měl ke dni podání nabídek v obchodním rejstříku zapsáno jako předmět podnikání „truhlářství“, „velkoobchod“, „zprostředkování obchodu a služeb“ a v živnostenském rejstříku ohlašovací řemeslnou živnost „Truhlářství, podlahářství“ a ohlašovací volnou živnost „Výroba, obchod a služby neuvedené v přílohách 1 až 3 živnostenského zákona“ s obory činnosti „Zprostředkování obchodu a služeb“ a „Velkoobchod“.
12. Úřad zdůraznil, že ke dni podání nabídky vybraného uchazeče DŘEVOPROGRES, tedy k 18. 8. 2008, již bylo účinné nařízení vlády České republiky č. 278/2008 Sb. ze dne 23. 7. 2008 (dále jen "**nařízení č. 278/2008 Sb.**")<sup>3</sup>, které v relevantních ustanoveních

---

<sup>3</sup> V tomto nařízení je řemeslná živnost „Truhlářství, podlahářství“ dle Úřadu definována jako „rukodělné odborné práce a práce na dřevoobráběcích strojích při výrobě nábytku, stavebně truhlářských výrobků (oken, dveří, stěn a podobně), dřevěných konstrukcí a rozmanitých průmyslových i užitkových výrobků ze dřeva. Provádění oprav a rekonstrukcí všech druhů výrobků v celém rozsahu truhlářské technologie. Výběr, rozměřování, dělení i opracování řeziva a sestavování dílců nebo součástí do finálních produktů, včetně povrchové úpravy. Stavebně truhlářské práce (osazování stavebních truhlářských výrobků, vestavěného nábytku, provedení palubového, deskového, kazetového obložení stěn a stropů, montáž a úpravy příček, dřevěných schodů, dřevěných akustických zástěn, kabin a obložení). Kladení a opravy podlah různého druhu, například vlysových, parketových, palubkových, korkových, mozaikových, stěrkových a litých na dřevěném, betonovém, škvárobetonovém nebo izolačním podkladu. Kladení, lepení a svařování podlahových povlaků, provádění izolačních a vyrovnávacích vrstev, provádění potěru, broušení, leštění a napouštění povrchu, upevňování krycích lišt a podobně. Lepení podlahových povlaků na schodištích, obkládání soklíky. Zhotovování podlah z dýhovaných desek, provádění stěrkových, litých nebo stříkaných podlahovin. Pokládání plovoucích podlah z různých druhů materiálů (laminátových, dřevěných a podobně). V rámci živnosti lze dále provádět zhotovování dřevěných nástaveb dopravních prostředků. Jednoduché bednářské a modelářské činnosti. Montáž sériově vyráběného nábytku. Kladení koberců a dalších podlahových krytin. Příprava podkladů pro kladení podlah, provádění jejich izolací a vyrovnávání.“

novelizovalo nařízení vlády České republiky č. 469/2000 Sb., kterým se stanoví obsahové náplně jednotlivých živností. V této souvislosti podotkl, že s ohledem na volné živnosti „*Výroba, obchod a služby neuvedené v přílohách 1 až 3 živnostenského zákona*“ mohl vybraný uchazeč DŘEVOPROGRES vykonávat rovněž obory činnosti „*Přípravné a dokončovací stavební práce, specializované stavební činnosti*“. V daném kontextu pak odkázal na definice těchto oborů obsažené právě v nařízení č. 278/2008 Sb.

13. Dle Úřadu musí zadavatel písemnou výzvou oslovit minimálně pět zájemců, přičemž tito musí být schopni splnit předmět zakázky, což znamená, že musí disponovat oprávněním k podnikání vztahujícím se k předmětu zakázky, přičemž informace o těchto oprávněních jsou volně přístupné z obchodního či živnostenského rejstříku, takže jejich zjištění nepředstavuje pro zadavatele finanční či větší časovou ztrátu. Úřad doplnil, že vybraný uchazeč DŘEVOPROGRES sám oslovil zadavatele (dopisem ze dne 30. 6. 2008), že má zájem účastnit se zadávacích řízení v oblastech, na které se předmět obou částí zakázky vztahoval. Úřad akceptoval tvrzení zadavatele, že jednal v dobré víře, když uvěřil pravdivosti tohoto prohlášení a vyzval vybraného uchazeče DŘEVOPROGRES k podání nabídky na realizaci obou částí zakázky. K této problematice Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí shrnul, že vybraný uchazeč DŘEVOPROGRES je subjektem, který předmět obou částí zakázky částečně plnit mohl, přičemž celé plnění mohl zajistit např. za pomoci subdodavatele dle § 51 odst. 4 zákona. Zadavatel tedy vyzval subjekt, který předmět zakázky částečně mohl plnit – při posouzení nabídek však měla být nabídka vybraného uchazeče DŘEVOPROGRES vyřazena a ten následně podle § 60 odst. 1 zákona vyloučen ze zadávacího řízení, neboť nepředložil v nabídce příslušná oprávnění k podnikání opravňující jej ke kompletnímu provedení předmětu obou částí zakázky; dle Úřadu tak vybraný uchazeč DŘEVOPROGRES nesplnil kvalifikaci v požadovaném rozsahu.
14. V souvislosti s problematikou prokázání splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů v požadovaném rozsahu uvedl Úřad následující. Nejprve poukázal na znění článku „5.3. *Ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady dle § 55 zákona*“ výzvy k podání nabídek. Ve vztahu k vybranému uchazeči DŘEVOPROGRES, který tento ekonomický a finanční kvalifikační předpoklad v nabídce prokazoval předložením pojistné smlouvy svého subdodavatele – společnosti DREVOPROGRES Úřad podotkl, že toto nelze akceptovat jako splnění ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu dle § 55 odst. 1 písm. a) zákona. Dle něj se v daném případě pojistná smlouva vztahovala pouze na plnění provedené společností DREVOPROGRES, a nikoliv na část plnění, které by měl poskytnout vybraný uchazeč DŘEVOPROGRES. Akceptací této nabídky tudíž zadavatel neměl část plnění zakázky zajištěnu pojistnou smlouvou – v případě škody by se tak nemohl domáhat odškodnění na pojišťovně. Následně poukázal na ustanovení § 51 odst. 4 zákona stanovující, že „*pokud není dodavatel schopen prokázat splnění určité části kvalifikace v plném rozsahu, je oprávněn splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prokázat prostřednictvím subdodavatele*“. Součástí nabídky vybraného uchazeče DŘEVOPROGRES je však jen pojistná smlouva společnosti DREVOPROGRES, a nikoliv vybraného uchazeče DŘEVOPROGRES. Dle Úřadu tak měl být vybraný uchazeč podle § 60 odst. 1 zákona vyloučen z účasti v zadávacím řízení i pro nesplnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů.

15. Ve vztahu k prokazování ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů ze strany uchazeče vybraného ve druhé části zakázky, tedy vybraného uchazeče SILBA – Elstav uvedl Úřad tyto skutečnosti. Vybraný uchazeč SILBA – Elstav ve své nabídce prokazoval kvalifikaci prostřednictvím čestného prohlášení o pojištění, ve kterém prohlašuje, že v případě získání předmětné zakázky uzavře pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou dodavatelem třetí osobě ve výši 25 mil. Kč – spolu s příslibem pojišťovny, že v případě vítězství tohoto uchazeče je s ním připravena uzavřít pojištění odpovědnosti s limitem plnění ve výši 25 mil. Kč (zadavatel vybraného uchazeče SILBA – Elstav ze zadávacího řízení nevyločil, poněvadž předmětné čestné prohlášení spolu s příslibem pojišťovny vyhodnotil jako „jiné rovnocenné doklady“ podle § 55 odst. 4 zákona). Dle Úřadu nelze čestné prohlášení spolu s příslibem pojišťovny s odkazem na ustanovení § 55 odst. 4 zákona akceptovat jako „jiné rovnocenné doklady“, neboť v předmětném ustanovení je podmínka „objektivních důvodů, pro které nebyl dodavatel schopen prokázat splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů způsobem stanoveným podle odstavce 3“, tedy způsobem, jaký stanovil zadavatel ve výzvě.
16. Jelikož čestné prohlášení vybraného uchazeče SILBA – Elstav i příslib pojišťovny jsou datovány před koncem lhůty pro podání nabídek (15. 8. 2008, resp. 1. 8. 2008), vybranému uchazeči SILBA – Elstav žádný objektivní důvod nebránil přímo uzavřít pojistnou smlouvu a nepožadovat pouze příslib pojišťovny, přičemž případnou nepotřebnost pojištění v případě nezískání předmětné zakázky nelze akceptovat jako „objektivní důvod“. V této souvislosti Úřad poukázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 8 Afs 21/2009 ze dne 26. 2. 2010 (dále jen "rozsudek NSS"), kde konstatoval, že „ustanovení § 55 odst. 4 ZVZ je třeba vykládat se zřetelem k § 52 odst. 1 ZVZ, podle kterého v otevřeném řízení a ve zjednodušeném podlimitním řízení je dodavatel povinen prokázat splnění kvalifikace ve lhůtě pro podání nabídek. § 55 odst. 4 ZVZ je třeba vyložit tak, že byť toto ustanovení umožňuje náhradní způsob splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů, vždy jde o prokazování splnění podmínek v době, kdy tyto podle § 52 odst. ZVZ splněny být musely tzn. ve lhůtě pro podání nabídek. Nelze s odkazem na toto ustanovení případně následně dohánět nesplnění toho, co nebylo splněno v závazné lhůtě pro podání nabídek.“ Dále je v něm konstatováno, že „ustanovení § 55 odst. 4 ZVZ míří na případy, kdy uchazeč ze skutečně objektivních důvodů, na jeho vůli nezávislých, nemohl kvalifikační předpoklad splnit zadavatelem vyžadovaným způsobem. Pak je na místě jej prokazovat rovnocennými doklady. To, zda se uchazeč rozhodne kvalifikační předpoklad splnit či nikoli (a je lhostejno, zda z důvodu, že takovou pojistnou smlouvu kromě předmětné zakázky potřebuje či nikoli) je však okolností ryze subjektivní a nelze ji považovat za objektivní důvody dle ustanovení § 55 odst. 4 ZVZ. (...) Neobstojí rovněž argument, že zadavatel je povinen přijmout coby alternativu dokladů požadovaných podle § 55 odst. 3 ZVZ jiné doklady, které objektivně nahrazují původně požadované doklady (...), neboť zákon nehovoří o objektivním nahrazení požadovaných dokladů, ale o jiných rovnocenných dokladech, jimiž rovněž lze rozhodné skutečnosti prokázat.“ Dle rozsudku NSS pak „je podstatné, že v případě příslibu zvýšení pojistné částky na straně jedné a čestného prohlášení o zajištění zvýšení pojistné částky dosud nevznikl žádný dvoustranný právní vztah, ze kterého by vyplývala vzájemná práva a povinnosti mezi účastníky. Obě potenciální smluvní strany sice deklarují vůli a připravenost v budoucnu dvoustranný právní vztah uzavřít, objektivně se tak však dosud nestalo.

*Byť by patrň bylo lze se domáhat uzavření smlouvy na zvýšení pojistného plnění ze strany žalobce vůči pojišťovně z titulu poskytnutého příslibu, nelze v čestném prohlášení spatřovat obdobný závazek žalobce směrem k pojišťovně smlouvu uzavřít, na jehož základě by se uzavření smlouvy mohla případně domáhat za splnění podmínek pojišťovna. Čestné prohlášení je koncipováno tak, že se žalobce zavazuje (aktivně) zajistit uzavření smlouvy, nic však nevypovídá o následcích, pokud tak žalobce postupovat nebude a uzavření smlouvy nezajistí. Tyto úvahy však ničeho nemění na základním východisku a sice, že právní vztah dosud nevznikl. Zatímco případná smlouva o smlouvě budoucí či smlouva s odkládací podmínkou již stanoví vzájemná práva a povinnosti a každá ze smluvních stran se může domáhat příslušného plnění z uzavřené smlouvy, pokud nastanou ve smlouvě uvedené předpoklady, v situaci, která nastala v souzené věci, tomu tak není. Pro splnění kvalifikačního předpokladu zákon výslovně v ustanovení § 55 odst. 1 písm. a) předpokládá předložení pojistné smlouvy, jejímž předmětem je pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou dodavatelem třetí osobě.“*

17. Úřad tedy v daném kontextu zpochybnil argumentaci zadavatele, že vybraný uchazeč SILBA – Elstav byl v době podávání nabídky pojištěn v rozsahu 15 mil. Kč a po vítězství v druhé části zakázky uzavřel s pojišťovnou dodatek, kterým navýšil pojistnou částku na 20 mil. Kč. Podle požadavků zadavatele měl totiž být vybraný uchazeč SILBA – Elstav pojištěn již při podávání nabídky na částku 20 mil. Kč (v případě, že podání nabídky pouze na druhou část zakázky), přičemž z nabídky vybraného uchazeče SILBA – Elstav nevyplývá existence pojištění na nižší částku. Dle Úřadu nelze z čestného prohlášení uchazeče ani z příslibu pojišťovny dovodit, že by se jednalo pouze o zvýšení částky plnění a nikoliv o uzavření nové smlouvy. Zadavatel se tak v důsledku akceptace nabídky vybraného uchazeče SILBA – Elstav dopustil diskriminace ostatních dodavatelů, neboť nelze vyloučit, že některý dodavatel nepodal v předmětné zakázce nabídku právě z důvodu, že by musel uzavírat pojistnou smlouvu, kterou v případě nezískání dané zakázky nepotřebuje.
18. K otázce zveřejnění výzvy k podání nabídek pak Úřad poznamenal, že vysvětlení zadavatele nezpochybňuje, byť se jeví jako nepřilíš reálné (není totiž běžné vyvěšovat na úřední desce listiny v originále a kopii), a to i s ohledem na čestné prohlášení správce webových stránek zadavatele. Z toho důvodu Úřad nekonstatoval spáchání deliktu zadavatele spočívajícího v nezveřejnění výzvy k podání nabídek na úřední desce (klasické i elektronické).
19. V závěru odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad shrnul, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ust. § 60 odst. 1 zákona, neboť nevyločil ze zadávacího řízení vybrané uchazeče nesplňující kvalifikaci v požadovaném rozsahu.
20. Ke stanovení výše pokuty uvedl Úřad následující. K přiměřenosti sankce vzal v úvahu skutečnost, že vybraní uchazeči neprokázali splnění kvalifikace, a proto měli být ze zadávacího řízení vyloučeni, a to v obou částech veřejné zakázky. Jako přitěžující okolnost Úřad shledal fakt, že zadavatel měl v první části veřejné zakázky vybraného uchazeče DŘEVOPROGRES vyloučit jak pro nesplnění profesních kvalifikačních předpokladů dle § 54 písm. b) zákona, tak pro nesplnění ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu dle § 55 odst. 1 písm. a) zákona.



### III. Námitky rozkladu vybraného uchazeče DŘEVOPROGRES

21. Dne 1. 8. 2011 podal vybraný uchazeč DŘEVOPROGRES proti výše uvedenému rozhodnutí rozklad, který byl Úřadu doručen dne 2. 8. 2011, tedy ve stanovené lhůtě. Rozklad vybraného uchazeče směřuje pouze proti odůvodnění napadeného rozhodnutí.
22. Vybraný uchazeč DŘEVOPROGRES v první řadě zpochybňuje konstatování Úřadu obsažené v bodě 44 odůvodnění napadeného rozhodnutí, dle něhož neměl potřebná oprávnění k provádění předmětu první části zakázky a jako takový jej vůbec neměl provádět. Dále vyjadřuje nesouhlas s tvrzením, že nesplnil kvalifikaci v rozsahu potřebném pro první část zakázky a rovněž i s tvrzením, dle něhož měl být pro nesplnění profesních kvalifikačních předpokladů zadavatelem ze zadávacího řízení vyloučen.
23. Vybraný uchazeč DŘEVOPROGRES pak v rozkladu deklaruje, že v době podání nabídky měl oprávnění na veškeré dodávky stavebně-truhlářských prvků, tedy na výrobu oken a dveří i jejich montáž. Pro zadavatele byla dodávána atypická okna na míru do školy v památkové zóně, jež měla nejlepší izolační vlastnosti. Dodává, že na výrobu a dodávku oken a dveří se vztahuje živnostenské oprávnění "Truhlářství, podlahářství", přičemž vybourání starých oken bylo provedeno v rámci živnostenského oprávnění "Přípravné a dokončovací stavební práce, specializované stavební činnosti". Dle svého tvrzení byla okna a dveře oprávněn osadit opět na základě živnostenského oprávnění "Truhlářství, podlahářství", přičemž poukázal na konstatování Úřadu obsažené v bodě 30 odůvodnění napadeného rozhodnutí, dle něhož se příslušné živnostenské oprávnění vztahuje na "osazování stavebních truhlářských výrobků".
24. Následně poukázal na skutečnost, že osazení dřevěných parapetů provedl jako součást oken, přičemž tyto parapety se vyráběly na míru do staré budovy, a to s různými tloušťkami zdi – měly mít stejnou povrchovou úpravu jako okna a byly osazeny těsně k oknům. Dle vybraného uchazeče DŘEVOPROGRES se jednalo o přesnou truhlářskou práci pro každé okno zvlášť s tím, že příslušné profesní kvalifikační předpoklady pro první část zakázky byly z jeho strany splněny, přičemž zakázka byla realizována za provozu školy dle harmonogramu a přesně dle požadavků města a ředitele školy.
25. V závěru rozkladu vybraný uchazeč DŘEVOPROGRES doplnil, že v době podání nabídky měl uzavřenu pojistnou smlouvu na slovenskou část společnosti s tím, že v té době byl jediným vlastníkem slovenské i české části společnosti a zároveň jejím ředitelem Ladislav Ďurana – obě společnosti měly dle jeho tvrzení uzavřenu "zmluvu o provedení prací"; případné škody by tedy byl schopen s pojišťovnou řešit.

### IV. Námitky rozkladu zadavatele

26. Dne 2. 8. 2011 podal zadavatel proti výše uvedenému rozhodnutí rozklad, který byl Úřadu doručen dne 2. 8. 2011, tedy ve stanovené lhůtě. Zadavatel v úvodu svého rozkladu zdůrazňuje, že směřuje pouze proti výrokové části II. napadeného rozhodnutí.

*Ve výroku I. rozhodnutí není uvedeno, že by se zadavatel deliktu dopustil porušením § 38 odst. 1 zákona – vnitřní rozpornost rozhodnutí*

27. Zadavatel v první řadě upozorňuje na vnitřní rozpornost napadeného rozhodnutí, z níž vyplývá nesprávné stanovení výše pokuty a její nedostatečné odůvodnění. Dále poukazuje na bod 52. odůvodnění napadeného rozhodnutí (vztahující se ke stanovení pokuty), kde Úřad konstatoval, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 38 odst. 1 zákona, neboť k podání nabídky na obě části předmětné zakázky nevyzval nejméně pět zájemců, a postup stanovený v § 60 odst. 1 zákona, když ze zadávacího řízení nevyloučil vybraného uchazeče DŘEVOPROGRES a vybraného uchazeče SILBA – Elstav nespĺňující kvalifikaci v požadovaném rozsahu. V této souvislosti namítá, že ve výroku I. napadeného rozhodnutí není uvedeno, že by se zadavatel správného deliktu dopustil v důsledku porušení § 38 odst. 1 zákona. Stanovení pokuty a její výše je tudíž nejasné a zároveň nepřezkoumatelné.

*Vybraný uchazeč DŘEVOPROGRES splnil profesní kvalifikační předpoklady dle § 54 písm. b) zákona*

28. Nesprávný způsob stanovení výše pokuty a rovněž její nesprávné odůvodnění dle zadavatele vyplývá i ze skutečnosti, že vybraný uchazeč DŘEVOPROGRES doložením svého živnostenského oprávnění splnil profesní kvalifikační předpoklady podle § 54 písm. b) zákona pro první část této zakázky, což dle něj vyplývá i z bodů 28. – 31. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Namítá, že vybraný uchazeč DŘEVOPROGRES nabídl a provedl výrobu oken a dveří, na niž se vztahuje oprávnění v rámci živnosti "Truhlářství a podlahářství", jehož doložení bylo Úřadem konstatováno v bodě 30. odůvodnění napadeného rozhodnutí, přičemž následně provedl vybourání starých oken a dveří, a to v rámci živnostenského oprávnění "Přípravné a dokončovací stavební práce, specializovaná stavební činnost". Podotkl, že osazení oken a dveří rovněž proběhlo na základě živnostenského oprávnění "Truhlářství a podlahářství" s tím, že v případě osazení dřevěných parapetů se jednalo o specializovanou truhlářskou práci – vzhledem k tomu, že šlo o staré budovy s různými tloušťkami zdí a parapety musely být vyrobeny na míru a olištovány, přičemž musely přesně navazovat na nově osazená okna. Úřad tak dle zadavatele při stanovení pokuty nesprávně posoudil relevanci podkladů v případě profesních kvalifikačních předpokladů vybraného uchazeče DŘEVOPROGRES. Nadto měl dle něj Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí přesně uvést, jaké konkrétní dokumenty měl ke splnění profesních kvalifikačních předpokladů předložit, včetně informací, jež měly tyto dokumenty obsahovat.

*Rozsudek NSS, dle něhož je kvalifikační předpoklad dle § 55 odst. 1 písm. a) zákona možné splnit jen předložením uzavřené pojistné smlouvy, byl vydán až v únoru 2010 – zadavatel ho tedy nemohl vzít v potaz*

29. Zadavatel poté uvádí, že v bodě 46. odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad odkazuje na rozsudek NSS (dle něhož nelze čestné prohlášení spolu s příslibem pojišťovny v souladu s § 55 odst. 4 zákona akceptovat jako jiné rovnocenné doklady), který však členům výběrové komise nemohl být v roce 2008 znám. V této souvislosti namítá, že předkládání a akceptace příslibů pojišťoven vůči zadavateli o uzavření pojištění v případě získání zakázky společností, bylo i u dalších zadavatelů běžnou praxí. Pojistnou smlouvu společnosti DŘEVOPROGRES

komise posoudila jako dostatečnou pro zajištění pojistného plnění s ohledem na skutečnost, že obě společnosti byly vlastněny stejným vlastníkem a měli spolu uzavřenu "zmluvu o provedení prác". Dodává, že při realizaci stavby provedly obě společnosti práci svou práci ve velmi dobré kvalitě – nebylo tedy nutné domáhat se jakékoli náhrady škody, pojistného plnění či danou věc reklamovat.

*Nepřiměřená výše pokuty – vzhledem k ekonomické situaci zadavatele a k závažnosti deliktu*

30. Se zřetelem na výše uvedenou argumentaci zadavatel vyjadřuje přesvědčení, že výše uložené pokuty je nepřiměřená, přičemž svým rozsahem neodpovídá správnímu deliktu deklarovanému ve výroku I. napadeného rozhodnutí. Dle zadavatele je výše uložené pokuty nepřiměřená i vzhledem k výši finančních prostředků, kterými disponuje s tím, že přímým následkem napadeného rozhodnutí bude dle stávající praxe nařízení odvodu dotace ve výši 13 213 174,- Kč a odvod penále ve výši 100 % dotace.

#### **Závěry rozkladů**

31. Z uvedených důvodů zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu uloženou pokutu přiměřeně snížil, případně zrušil. Zároveň požaduje, aby předseda Úřadu v odůvodnění svého rozhodnutí uvedl, jakým způsobem porušil svou povinnost vyplývající z § 60 odst. 1 zákona, a aby stanovil, že povinnost vyplývající z § 38 odst. 1 zákona neporušil.
32. Rozklad vybraného uchazeče DŘEVOPROGRES postrádá petit, přičemž směřuje pouze proti odůvodnění napadeného rozhodnutí<sup>4</sup> – jeho rozklad je tedy se zřetelem na ustanovení § 82 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), nepřípustný.

#### **V. Řízení o rozkladech**

##### **Stanovisko předsedy Úřadu**

33. Správní orgán prvního stupně neshledav důvody pro postup podle § 87 správního řádu předal v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu spis orgánu rozhodujícímu o rozkladu.
34. Po projednání rozkladu zadavatele 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 napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu zadavatele a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
35. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S65/2011/VZ-6432/2011/510/MGr ze dne 18. 7. 2011, jehož výrokiem I. konstatoval spáchání správního deliktu zadavatelem podle

---

<sup>4</sup> Úřad vybraného uchazeče DŘEVOPROGRES vyzval k doplnění rozkladu usnesením č.j. ÚOHS-S65/2011/VZ-13306/2011/510/MGr ze dne 23. 8. 2011, a to ve lhůtě tří dní od doručení usnesení. Vybraný uchazeč DŘEVOPROGRES však své podání ve stanovené lhůtě, ani po jejím uplynutí, nedoplnil.

§ 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 60 odst. 1 zákona, když ze zadávacího řízení nevyločil vybraného uchazeče DŘEVOPROGRES a vybraného uchazeče SILBA – Elstav nesplňující kvalifikaci v požadovaném rozsahu, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel dne 30. 9. 2008 uzavřel smlouvu o dílo na plnění první části a dne 26. 9. 2008 na plnění druhé části předmětné zakázky, rozhodl správně a v souladu se zákonem.

36. Pokud však jde o výši pokuty, která byla napadeným rozhodnutím za správní delikt uvedený ve výroku I. uložena, dospěl jsem k pochybnostem, zda lze její výši považovat za přiměřenou závažnosti správního deliktu, zejména způsobu jeho spáchání a jeho následkům a okolnostem, za nichž byl spáchán. Z uvedeného důvodu jsem přistoupil ke změně napadeného rozhodnutí (resp. jeho výroku II., vůči němuž výhradně podaný rozklad směřuje), neboť současná právní úprava obsažená v ust. § 152 odst. 5 písm. a) správního řádu dovoluje napadené rozhodnutí změnit, pokud se tím plně vyhoví rozkladu a jestliže tím nemůže být způsobena újma žádnému z účastníků řízení, ledaže s tím všichni, jichž se to týká, vyslovili souhlas. Obě tyto podmínky považuji za splněné. V další části tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke snížení uložené pokuty.

#### **K námitkám rozkladu zadavatele**

37. S ohledem na skutečnost, že rozklad vybraného uchazeče DŘEVOPROGRES nesplňuje zákonné požadavky kladené na jeho přípustnost – směřuje pouze proti odůvodnění napadeného rozhodnutí – jsou námitky v něm uvedené zcela bezpředmětné. Z tohoto důvodu se jimi tedy dále nemohu jakkoli zabývat. Dále uvádím, že s argumentací zadavatele obsaženou v jím podaném rozkladu se lze částečně ztotožnit. Zadavatel tedy ve svém rozkladu uvedl skutečnosti, v jejichž důsledku jsem posoudil případ ve vztahu k výši uložené pokuty odlišně od správního orgánu prvního stupně.

#### **Změna výrokové části II. napadeného rozhodnutí**

*a) Rozsudek NSS, dle něhož je kvalifikační předpoklad dle § 55 odst. 1 písm. a) zákona možné splnit jen předložením uzavřené pojistné smlouvy, byl vydán až v únoru 2010 – zadavatel ho tedy nemohl vzít v potaz*

38. Přestože zadavatel svým rozkladem fakticky napadá pouze výši uložené pokuty, a nikoli tedy závěry o odpovědnosti za spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, a přestože orgán rozhodující o rozkladu přezkoumává správnost napadeného rozhodnutí pouze v rozsahu námitek uvedených v rozkladu (§ 89 odst. 2 správního řádu), neplatí totéž o souladu napadeného rozhodnutí a procesního postupu, který jeho vydání předcházela, se zákonem; zákonnost napadeného rozhodnutí tedy musí být přezkoumána *ex officio*. Z uvedeného důvodu jsem se stručně věnoval i aspektu odpovědnosti za spáchání správního deliktu, neboť otázky odpovědnosti a sankce jsou spolu neoddělitelně spjaté.

39. K výši uložené sankce uvádím, že jakkoli není pochyb o odpovědnosti zadavatele za spáchání výše uvedeného správního deliktu, tj. správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, kterého se zadavatel dopustil tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 60 odst. 1 zákona, když ze zadávacího řízení nevyloučil uchazeče nesplňující kvalifikaci v požadovaném rozsahu, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel s vybranými uchazeči uzavřel smlouvu o dílo na plnění obou částí předmětné zakázky, přistoupil jsem ke změně výroku II. napadeného rozhodnutí a uloženou pokutu jsem přiměřeně snížil. Byť správní orgán prvního stupně pokutu uložil v rámci zákonného rozpětí, po přihlédnutí k závažnosti správního deliktu a k jeho následkům a okolnostem, za nichž byl spáchán (§ 121 odst. 2 zákona), vyhodnotil jsem jiným způsobem existující polehčující a přitěžující okolnosti spáchání správního deliktu a přiměřenost výše uložené pokuty k ekonomické situaci zadavatele.
40. Při úvahách o snížení pokuty jsem byl veden zejména úvahou týkající se problematiky prokázání splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů v požadovaném rozsahu. Je zřejmé, že ani jeden z vybraných uchazečů nesplnil požadavek zadavatele vyplývající z ustanovení § 55 odst. 1 písm. a) zákona, v souladu s nímž zadavatel ke splnění příslušných kvalifikačních předpokladů požadoval předložení *"pojistné smlouvy, jejímž předmětem je pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou dodavatelem třetí osobě"*. Jak jsem již výše deklaroval, součástí nabídky vybraného uchazeče DŘEVOPROGRES byla pouze pojistná smlouva jeho subdodavatele, společnosti DREVOPROGRES. Tento uchazeč tedy nesplnil výše uvedený zákonný požadavek, v důsledku čehož měl být zadavatelem dle ustanovení § 60 odst. 1 zákona ze zadávacího řízení vyloučen. Zdůrazňuji, že vybraný uchazeč SILBA – Elstav předmětný zákonný požadavek rovněž nesplnil, když ve své nabídce prokazoval daný kvalifikační předpoklad prostřednictvím čestného prohlášení o pojištění<sup>5</sup>. Zadavatel však jím předložené čestné prohlášení spolu s příslibem pojišťovny vyhodnotil jako *„jiné rovnocenné doklady“* dle § 55 odst. 4 zákona.
41. V této souvislosti se ztotožňuji s konstatováním Úřadu, dle něhož čestné prohlášení spolu s příslibem pojišťovny nelze s odkazem na ust. § 55 odst. 4 zákona akceptovat jako *„jiné rovnocenné doklady“*, neboť v předmětném ustanovení je podmínka *„objektivních důvodů, pro které nebyl dodavatel schopen prokázat splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů způsobem stanoveným podle odstavce 3“*, tedy způsobem, jaký stanovil zadavatel ve výzvě. K tomu uvádím, že rozsudek NSS (na nějž se odvolává i zadavatel ve svém rozkladu), dle něhož samotný příslib pojišťoven není dostačující s tím, že příslušný ekonomický a finanční kvalifikační předpoklad je možné splnit pouze na základě předložení uzavřené pojistné smlouvy, byl vydán až v únoru 2010, tedy necelé 2 roky poté, co zadavatel v rámci posuzování nabídek přistoupil k ověřování prokázání splnění předmětného ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu. Tato skutečnost tak dle mého představuje jeden z důvodů ke snížení uložené pokuty, poněvadž zadavatel se

---

<sup>5</sup> V něm prohlásil, že v případě získání zakázky uzavře pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou dodavatelem třetí osobě ve výši 25 mil. Kč – spolu s příslibem pojišťovny, že v případě vítězství tohoto uchazeče je s ním připravena uzavřít pojištění odpovědnosti s limitem plnění ve výši 25 mil. Kč.

v inkriminovaném období neměl možnost s rozsudkem NSS seznámit, což lze považovat za polehčující okolnost<sup>6</sup>.

42. K výše uvedenému doplňuji, že námitka zadavatele, dle níž pojistnou smlouvu společnosti DREVOPROGRES komise posoudila jako dostatečnou pro zajištění pojistného plnění s ohledem na skutečnost, že obě společnosti byly vlastněny stejným vlastníkem a měli spolu uzavřenu "zmluvu o provedení prací" s tím, že při realizaci stavby provedly obě společnosti práci ve velmi dobré kvalitě, nemůže obstát. Je totiž evidentní, že předmětná pojistná smlouva se vztahuje na plnění provedená subdodavatelem – společností DREVOPROGRES, přičemž na plnění provedená vybraným uchazečem DREVOPROGRES se již nevztahuje. V této souvislosti je nerozhodné, že jednatelem obou společností je totožná osoba, neboť pojistná smlouva není uzavřena pro osobu jednatele, ale pro celou společnost DREVOPROGRES, tedy pro ekonomický subjekt odlišný od vybraného uchazeče DREVOPROGRES.

*b) Nepřiměřená výše pokuty – vzhledem k ekonomické situaci zadavatele a k závažnosti deliktu*

43. Dále jsem při snížení pokuty vzal v úvahu i rozkladovou námitku zadavatele týkající se výše finančních prostředků, kterými disponuje, a jeho konstatování, že přímým následkem napadeného rozhodnutí bude dle stávající praxe nařízení odvodu dotace ve výši 13 213 174,- Kč a odvod penále ve výši 100 % dotace. V tomto konkrétním případě jsem tedy přihlédl k ekonomické situaci zadavatele, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. Na rozdíl od Úřadu jsem v tomto kontextu více akcentoval skutečnost, že schválené příjmy zadavatele v roce 2010 byly 39 845 750,- Kč a předpokládané příjmy v roce 2011 jsou 35 424 210,- Kč. V případě zadavatele se jedná o malou obec – Spálené Poříčí má přibližně 2600 obyvatel. Třebaže původní výši pokuty nelze označit za likvidační<sup>7</sup>, dle mého je výše uvedená skutečnost jedním z důvodů pro snížení uložené pokuty – původní výše pokuty totiž není vzhledem k výši prostředků, jimiž zadavatel disponuje, zcela přiměřená. V této otázce se tedy ztotožňuji s rozkladovou námitkou zadavatele.
44. V dané souvislosti se pak ztotožňuji s konstatováním Úřadu, dle něhož má pokuta uložená zadavateli za zjištěné porušení zákona splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem a funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je v souladu se zákonem. Byť byla výše uložené pokuty stanovena v dolní polovině její

---

<sup>6</sup> Byť tato skutečnost nic nemění na závěru, že v důsledku nevyločení uchazečů nesplňujících kvalifikaci v požadovaném rozsahu z účasti v zadávacím řízení zadavatel nesplnil svou povinnost pro něj vyplývající z ustanovení § 60 odst. 1 zákona.

<sup>7</sup> V této souvislosti odkazuji na náleze Ústavního soudu č. 405 uveřejněný ve Sbírce zákonů, částka 142/2002 Sb. Dle uvedeného nálezu je v případě ukládání pokut vyloučen takový zásah do majetku, v důsledku kterého by byla „zničena“ majetková základna pro další podnikatelskou činnost. Nepřípustné jsou takové pokuty, jež mají likvidační charakter.

maximální možné výše, vzhledem k okolnostem případu jsem ji posoudil jako nepřiměřeně vysokou. Na rozdíl od Úřadu jsem však vzal v úvahu skutečnosti uváděné zadavatelem v rozkladu a jsem přesvědčen, že preventivní funkci může v tomto případě plnit i pokuta nižší. V rámci volné úvahy a s přihlédnutím k uvedené námitce zadavatele vznesené v rozkladu jsem proto výši uložené pokuty poměrně snížil na 100 000 Kč.

45. Se zřetelem na výše uvedené je třeba učinit závěr, že existuje více polehčujících okolností, než které shledal orgán dohledu v napadeném rozhodnutí, a proto je třeba výši uložené pokuty adekvátně přehodnotit. Ačkoli Úřad správně uvedl, že uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocitována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, jsem přesvědčen, že v tomto případě může výchovnou funkci pokuty plnit i pokuta nižší. Akcentoval jsem tedy její preventivní funkci a výši pokuty jsem přiměřeně snížil na dvě třetiny částky původně uložené.

*c) Vybraný uchazeč DŘEVOPROGRES splnil profesní kvalifikační předpoklady dle § 54 písm. b) zákona*

46. Ve vztahu k tvrzení zadavatele, že vybraný uchazeč DŘEVOPROGRES doložením svého živnostenského oprávnění splnil profesní kvalifikační předpoklady podle § 54 písm. b) zákona, uvádím tyto skutečnosti. Jak je již výše deklarováno, zadavatel stanovil požadavky na prokázání splnění profesních kvalifikačních předpokladů v obou částech zakázky tak, že kvalifikaci splňuje uchazeč, který předloží ověřenou kopii výpisu z obchodního rejstříku, pokud je v něm zapsán, a prostou kopii dokladu o oprávnění k podnikání podle zvláštních právních předpisů v rozsahu odpovídajícím předmětu zakázky, zejména doklad prokazující příslušné živnostenské oprávnění či licenci. V bodě 28 odůvodnění napadeného rozhodnutí pak Úřad uvedl, že vybraný uchazeč DŘEVOPROGRES měl ke dni podání nabídek v obchodním rejstříku jako předmět podnikání zapsané „truhlářství“, „velkoobchod“, „zprostředkování obchodu a služeb“ a v živnostenském rejstříku ohlašovací řemeslnou živnost „Truhlářství, podlahářství“ a ohlašovací volnou živnost „Výroba, obchod a služby neuvedené v přílohách 1 až 3 živnostenského zákona“ s obory činnosti „Zprostředkování obchodu a služeb“ a „Velkoobchod“.

47. Se zřetelem na stanovisko ministestva a na ustanovení § 28 odst. 1 živnostenského zákona (v něm je mj. stanoveno, že živnostenské oprávnění k výkonu živnosti volné opravňuje k výkonu činností uvedených v příloze č. 4 k tomuto zákonu) Úřad deklaroval, že v rámci volné živnosti „Výroba, obchod a služby neuvedené v přílohách 1 až 3 živnostenského zákona“ mohl uchazeč DŘEVOPROGRES, s. r. o. vykonávat rovněž obory činnosti „Přípravné a dokončovací stavební práce, specializované stavební činnosti“ (tyto obory jsou v nařízení č. 278/2008 Sb. Vlády ČR definovány jako „úprava terénu pro stavby a v okolí staveb a přípravné práce pro stavby, zejména zemní práce, terénní úpravy prováděné v souvislosti se stavební činností, výkopové práce, průzkumné vrtné práce sloužící k získání doplňujících údajů pro dokumentaci staveb, odvodňování staveniště, provádění technické rekultivace (využití skrývaných zemin, terénní úpravy pozemků, výsypek, odvalů včetně přípravy pozemků pro biologickou rekultivaci, úprava vodního režimu, meliorační opatření, vybudování pozemních, příjezdových a provozních komunikací) a podobně. Činnosti spojené zejména s dokončováním, úpravou a obnovou staveb prováděné bez přímé vazby na vlastní stavební činnost, zejména

*tapetování, pokládání textilních podlahových krytin, montáž okenního a dveřního těsnění, markýz, rolet, žaluzií, protislunečních fólií, čištění fasád domů horkou párou, pískem, spárování panelů a další obdobné práce. Specializované stavební činnosti, zejména studnařské práce (čištění a dezinfekce studní, zřizování trubních, to je vrtaných studní v délce do 30 m, pokud nejde o hydrogeologický průzkum, vystrojování trubních studní, rekonstrukce povrchových studní, pramenních jímek z prefa výpustí, podchycování a odvádění pramenů trubkami, zachycování plošných průsaků vybetonováním a podobně), dlaždičské práce (zhotovování dlažeb pozemních komunikací a podobně), potrubářské práce, šamotářské práce, včetně provádění vyzdívek průmyslových pecí, vložkování komínů a jiná obdobná činnost. Provádění lešenářských prací (montáže a demontáže lešení a pracovních plošin). Činnosti spojené s prováděním drobných bouracích prací a úklidových prací na stavbách. Obsahem činnosti nejsou zemní práce, které jsou hornickou činností nebo činností prováděnou hornickým způsobem, ani odstraňování staveb podle stavebního zákona. Obsahem činnosti dále nejsou zednické, stavebně-tesařské, pokrývačské, kamnářské, obkladačské, štukatéřské, malířské, lakýrnické a natěračské práce, obkládání sádrokartonem a další práce, jež jsou předmětem řemeslných živností, ani kladení podlah vlysových, parketových, palubových, korkových, mozaikových, stěrkových a litých.“*

48. V této souvislosti považuji za nezbytné podotknout následující. V bodě 28 napadeného rozhodnutí je konstatováno, že "v rámci volné živnosti „Výroba, obchod a služby neuvedené v přílohách 1 až 3 živnostenského zákona“ mohl uchazeč DŘEVOPROGRES, s. r. o. vykonávat rovněž obory činnosti „Přípravné a dokončovací stavební práce, specializované stavební činnosti“. V bodě 34 odůvodnění napadeného rozhodnutí je konstatováno, že "lze souhlasit s argumentem zadavatele, že společnost DŘEVOPROGRES, s. r. o., je subjektem, který předmět obou částí veřejné zakázky částečně plnit mohl, přičemž celé plnění mohl zajistit např. za pomoci subdodavatele (viz § 51 odst. 4 zákona). Zadavatel tedy vyzval subjekt, který předmět veřejné zakázky částečně plnit mohl, ovšem při posouzení nabídek, měla být nabídka společnosti DŘEVOPROGRES, s. r. o. vyřazena a uchazeč DŘEVOPROGRES, s. r. o. následně vyloučen podle § 60 odst. 1 zákona vyloučen ze zadávacího řízení, neboť nepředložil v nabídce příslušná oprávnění k podnikání opravňující jej ke kompletnímu provedení předmětu obou částí veřejné zakázky". Zdůrazňuji, že z výše uvedeného nevyplývá, že by zadavatel v dané otázce porušil zákon, poněvadž dle mého je na základě těchto skutečností zřejmé, že vybraný uchazeč DŘEVOPROGRES splnění příslušného profesního kvalifikačního předpokladu prokázal, když předložil své živnostenské oprávnění, tedy "doklad o oprávnění k podnikání podle zvláštních právních předpisů v rozsahu odpovídajícím předmětu veřejné zakázky, zejména doklad prokazující příslušné živnostenské oprávnění či licenci", jak vyplývá z ustanovení § 54 písm. b) zákona.
49. Dle mého názoru byl vybraný uchazeč DŘEVOPROGRES kompetentní k provádění činností, jež byly předmětem první části zakázky, přičemž tato skutečnost vyplývá i z bodů 28 až 31. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Na základě výše uvedeného se tedy nemohu ztotožnit s konstatováním Úřadu uvedeným v bodě 34 odůvodnění napadeného rozhodnutí, dle něhož vybraný uchazeč DŘEVOPROGRES "nepředložil v nabídce příslušná oprávnění k podnikání opravňující jej ke kompletnímu provedení předmětu obou částí veřejné zakázky". Vybraný uchazeč DŘEVOPROGRES doložením živnostenského oprávnění splnil profesní kvalifikační



předpoklady rozhodné pro první část předmětné zakázky. Není pochyb o tom, že nabídl a provedl výrobu oken a dveří, na niž se vztahuje oprávnění v rámci živnosti "Truhlářství a podlahářství", jejíž doložení bylo Úřadem konstatováno v bodě 30. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Následně provedl též vybourání starých oken a dveří, a to v rámci živnostenského oprávnění "Přípravné a dokončovací stavební práce, specializovaná stavební činnost" (osazení oken a dveří rovněž proběhlo na základě živnostenského oprávnění "Truhlářství a podlahářství") a v případě osazení dřevěných parapetů se jednalo o specializovanou truhlářskou práci.

50. S ohledem na výše uvedené skutečnosti je třeba učinit závěr, že Úřad při stanovení pokuty v případě profesních kvalifikačních předpokladů vybraného uchazeče DŘEVOPROGRES nesprávně posoudil relevanci předložených dokladů. K tomu podotýkám, že tato skutečnost je dalším důvodem pro snížení pokuty udělené Úřadem, poněvadž v jistém ohledu snižuje závažnost spáchaného správního deliktu
51. V této souvislosti se dále ztotožňuji s námitkou zadavatele, dle níž Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí neuvedl, jaké konkrétní dokumenty měl vybraný uchazeč DŘEVOPROGRES předložit k prokázání splnění profesních kvalifikačních předpokladů. Je totiž zřejmé, že Úřad v bodě 34 odůvodnění napadeného rozhodnutí dostatečně určitě nespécifikoval, jaké konkrétní dokumenty měl vybraný uchazeč DŘEVOPROGRES ke splnění profesních kvalifikačních předpokladů předložit.
52. Je však třeba zdůraznit, že na závěru, dle něhož se zadavatel dopustil spáchání správního deliktu dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, se nic nemění, poněvadž zadavatel nedodržel postup vyplývající z ustanovení § 60 odst. 1 zákona, když ze zadávacího řízení nevyločil uchazeče prokazatelně nesplňující stanovené ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady vyplývající z ustanovení § 55 odst. 1 písm. a) zákona, a sice *"pojistné smlouvy, jejímž předmětem je pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou dodavatelem třetí osobě"* (viz. body 41 a 42 tohoto rozhodnutí).

#### **K dalším námitkám zadavatele**

*Ve výroku I. rozhodnutí není uvedeno, že by se zadavatel deliktu dopustil porušením § 38 odst. 1 zákona – vnitřní rozpornost rozhodnutí*

53. Ve vztahu k námitce týkající se vnitřní rozpornosti napadeného rozhodnutí, uvádím následující. Předmětný rozpor vznikl v důsledku vývoje v posuzování dané věci, jelikož se Úřad původně domníval, že se zadavatel mohl rovněž dopustit správního deliktu nedodržením povinnosti vyplývající z ustanovení § 38 odst. 1 zákona, jež nakonec nebylo prokázáno. Dle Úřadu tedy zadavatel zákonem stanovený postup dodržel, když k podání nabídky na obě části předmětné zakázky vyzval nejméně pět zájemců přicházejících v úvahu k plnění zakázky. V bodě 52 odůvodnění napadeného rozhodnutí je však nedopatřením konstatováno, že *"v případě šetřené veřejné zakázky se zadavatel dopustil správního deliktu tím, že nedodržel postup stanovený v ust. § 38 odst. 1 zákona"*. Za účelem nápravy tohoto nedopatření vydal Úřad opravné usnesení, kterým byl výše uvedený text týkající se

konstatování nedodržení postupu dle § 38 odst. 1 zákona zadavatelem z bodu 52 odůvodnění napadeného rozhodnutí vypuštěn, neboť se jednalo o zřejmou nesprávnost spočívající v uvedení chybného textu při specifikaci postupu, kterým se zadavatel dopustil správního deliktu při zadávání zakázky. Porušení ustanovení § 38 odst. 1 zákona totiž Úřad nakonec neshledal, přičemž ve výroku napadeného rozhodnutí (stanovující konkrétní práva a povinnosti účastníků řízení s ohledem na ustanovení zákona) je porušení příslušných zákonných povinností zadavatelem zcela přesně specifikováno. Předmětná námitka zadavatele je tudíž nedůvodná a jako taková nemůže obstát.

## **V. Závěr**

54. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že pokuta uložená napadeným rozhodnutím byla nepřiměřeně vysoká, jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro změnu výroku II. napadeného rozhodnutí a pro snížení pokuty.
55. Vzhledem k výše uvedenému jsem rozhodl 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. JUDr. Martin Nedelka, Ph.D., advokát AK Schönherr s. r. o., nám. Republiky 1079/1a, 110 00 Praha 1
2. Dřevoprogres, s. r. o., Nad Kostelem 390, 687 62 Dolní Němčí
3. SILBA – Elstav, s. r. o., Letkov 155, 315 00 Plzeň

**Vypraveno dne:**

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