



UOHSX003JGG4

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S66/2011/VZ-6266/2011/510/MLa

V Brně dne: 2011-05-30

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 4. 3. 2011 z moci úřední, jehož účastníky jsou:

- zadavatel – Správa silnic Olomouckého kraje, příspěvková organizace, IČ 70960399, se sídlem Lipenská 120, 772 11 Olomouc, zastoupená Ing. Drahomírem Babničem, ředitelem,
- vybraný uchazeč – H O R S T A V Olomouc, spol. s r. o., IČ 45195706, se sídlem Tovární 41 A, 772 00 Olomouc, za niž jedná Ing. Stanislav Horák, jednatel,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v souvislosti s neuveřejněním výzvy k podání nabídky a prokázání splnění kvalifikace po celou dobu trvání lhůty pro podání nabídek u veřejné zakázky "rekonstrukce silnice III/3707 Brníčko - Kolšov", zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení, zahájeném výzvou ze dne 22. 3. 2010, rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Správa silnic Olomouckého kraje, příspěvková organizace, IČ 70960399, se sídlem Lipenská 120, 772 11 Olomouc – se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 38 odst. 2 tohoto zákona, když písemnou výzvu k podání nabídky a prokázání kvalifikace neuveřejnil vhodným způsobem po celou dobu trvání lhůty pro podání nabídek, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel již uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem podle § 82 citovaného zákona o veřejných zakázkách.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. se zadavateli, Správa silnic Olomouckého kraje, příspěvková organizace, IČ 70960399, se sídlem Lipenská 120, 772 11 Olomouc, podle § 120 odst. 2 písm. a) cit. zákona o veřejných zakázkách ukládá pokuta ve výši 70.000,-Kč (sedmdesát tisíc korun českých). Pokuta je splatná ve lhůtě dvou měsíců ode dne právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), který je podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), příslušný k dohledu nad dodržováním zákona, obdržel dne 2. 12. 2010 podnět, týkající se postupu zadavatele – Správa silnic Olomouckého kraje, příspěvková organizace, IČ 70960399, se sídlem Lipenská 120, 772 11 Olomouc, zastoupená Ing. Drahomírem Babničem, ředitelem (dále jen „zadavatel“), ve veřejné zakázce „rekonstrukce silnice III/3707 Brničko - Kolšov“ zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy ze dne 22. 3. 2010 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Na základě obdrženého podnětu si Úřad od zadavatele vyžádal dokumentaci o uvedené veřejné zakázce, z níž mimo jiné vyplývá, že jako základní hodnotící kritérium pro zadání veřejné zakázky byla zadavatelem zvolena ekonomická výhodnost nabídky a jako dílčí hodnotící kritéria stanoveny:
 - výše nabídkové ceny s váhou 65 %,
 - doba výstavby s váhou 25 %,
 - výše smluvní pokuty za nedodržení termínu dokončení s váhou 10 %.
3. Z protokolu o otevírání obálek ze dne 22. 4. 2010 vyplývá, že všechny čtyři ve lhůtě obdržené nabídky požadavku na úplnost nabídky dle § 71 odst. 8 zákona vyhověly. V rámci posouzení nabídek z hlediska splnění kvalifikace bylo dne 3. 5. 2010 konstatováno, že všechny nabídky stanovená kritéria splnily. Hodnotící komise dne 3. 5. 2010 rovněž stanovila pořadí nabídek dle ekonomické výhodnosti a jako nejhodnější určila nabídku společnosti H O R S T A V Olomouc, spol. s r. o., IČ 45195706, se sídlem Tovární 41 A, 772 00 Olomouc, za niž jedná Ing. Stanislav Horák, jednatel (dále jen „vybraný uchazeč“). Zadavatel následně dne 4. 5. 2010 rozhodl o výběru nejhodnější nabídky vybraného uchazeče, se kterým dne 31. 5. 2010 uzavřel smlouvu o dílo.
4. Po přezkoumání předložené dokumentace získal Úřad pochybnosti o tom, zda zadavatel postupoval v souladu s ust. § 38 odst. 2 zákona a písemnou výzvu k podání nabídky a k prokázání splnění kvalifikace uveřejnil po celou dobu trvání lhůty pro podání nabídek. Na základě těchto pochybností Úřad zahájil správní řízení z moci úřední.
5. Zahájení správního řízení bylo jeho účastníkům oznámeno dopisem č. j. ÚOHS-S66/2011/VZ-2642/2011/510/MLa ze dne 29. 3. 2011. Usnesením č. j. ÚOHS-S66/2011/VZ-2643/2011/510/MLa ze dne 29. 3. 2011 Úřad účastníkům řízení stanovil lhůtu, ve které byli oprávněni navrhnout důkazy a činit jiné návrhy a ve které byli oprávněni vyjádřit svá stanoviska v řízení a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům pro rozhodnutí.

6. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou
 - zadavatel – Správa silnic Olomouckého kraje, příspěvková organizace, IČ 70960399, se sídlem Lipenská 120, 772 11 Olomouc, zastoupená Ing. Drahomírem Babničem, ředitelem,
 - H O R S T A V Olomouc, spol. s r. o., IČ 45195706, se sídlem Tovární 41 A, 772 00 Olomouc, za niž jedná Ing. Stanislav Horák, jednatel.
7. Zadavatel ani vybraný uchazeč se ve lhůtách, ve kterých byli oprávněni navrhopat důkazy a činit jiné návrhy a oprávněni vyjádřit v řízení své stanovisko, nevyjádřili.
8. Na základě § 112 a následujících ustanovení zákona Úřad přezkoumal postup zadavatele při uveřejnění písemné výzvy k podání nabídky a prokázání kvalifikace podle § 38 odst. 2 zákona a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky nepostupoval v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

Uveřejnění písemné výzvy k podání nabídky

9. Podle § 38 odst. 1 zákona ve zjednodušeném podlimitním řízení vyzývá veřejný zadavatel písemnou výzvou nejméně 5 zájemců k podání nabídky a k prokázání splnění kvalifikace. Podle § 38 odst. 2 zákona veřejný zadavatel tuto písemnou výzvu rovněž vhodným způsobem uveřejní po celou dobu trvání lhůty pro podání nabídek.
10. Úřad z textu výzvy k podání nabídky ze dne 22. 3. 2010 zjistil, že tato byla zadavatelem vyvěšena v jeho administrativní budově dne 30. 3. 2010 a svěřena dne 16. 4. 2010, přičemž lhůta pro podání nabídek byla zadavatelem stanovena do 21. 4. 2010 do 12:00. Z uvedeného je zřejmé, že písemná výzva nebyla uveřejněna po celou lhůtu pro podání nabídek.
11. Zadavatel ve svém stanovisku k obsahu podnětu ze dne 21. 12. 2010, které bylo Úřadu doručeno dne 22. 12. 2010, uvádí, že ke svěšení výzvy bylo přistoupeno v důsledku omezené kapacity prosklené uzamykatelné tabule v administrativní budově zadavatele. Zadavatel dále poukazuje na fakt, že § 48 odst. 2 zákona v tehdejší znění ve zjednodušeném podlimitním řízení podmiňoval poskytnutí zadávací dokumentace doručení písemné žádosti zadavateli alespoň 5 dní před uplynutím lhůty k podání nabídek. K sejmutí výzvy došlo dne 16. 4. 2010, což byl právě poslední den, kdy uchazeči mohli o poskytnutí zadávací dokumentace požádat. S ohledem na skutečnost, že po tomto datu již zákon potencionálnímu uchazeči nedával možnost získat od zadavatele zadávací dokumentaci, domnívá se zadavatel, že toto porušení § 38 odst. 2 zákona nemělo a ani nemohlo mít vliv na výběr nejhodnější nabídky.
12. Úřad poznamenává, že zadávací řízení bylo zahájeno před účinností zákona č. 179/2010 Sb., který mimo jiné novelizoval též ustanovení § 48 odst. 2 zákona, proto je nutné při zadávání veřejné zakázky a při řízení o přezkoumání úkonů zadavatele Úřadem postupovat dle znění zákona platného před nabytím účinnosti výše uvedené novely.
13. K tomu Úřad uvádí, že rozhodné znění poslední věty ust. § 48 odst. 2 zákona umožňovalo podat nabídku rovněž dodavateli, který o poskytnutí zadávací dokumentace zadavatele nepožádal, nebo který si zadávací dokumentaci nevyzvedl, a to pokud byla zadávací dokumentace umístěna na veřejně přístupném elektronickém nástroji. Text tohoto ustanovení vybízí k výkladu, že nebyla-li zadávací dokumentace na veřejně přístupném elektronickém nástroji umístěna, nelze bez předchozí žádosti či bez předchozího vyzvednutí

zadávací dokumentace nabídku podat. Úřad však zastává názor, že možnost předložit nabídku bez předchozího vyzvednutí zadávací dokumentace musí být dána rovněž uchazečům v řízeních bez použití elektronických nástrojů, a to z následujících důvodů.

14. Dle Úřadu podání nabídky bez předchozího vyzvednutí zadávací dokumentace nijak nebrání řádnému zadání veřejné zakázky a nenarušuje základní zásady zadávacího řízení nebo hospodářskou soutěž. Zadávací dokumentace je důležitý pramen pro řádné zpracování nabídky, otázka jejího vyzvednutí či nevyzvednutí však nemá žádný vliv na kvalitu podané nabídky. Nejvhodnější nabídku může předložit i zájemce, který si zadávací dokumentaci od zadavatele nevyzvedl a získal ji jiným způsobem (např. předáním mezi mateřskou a dceřinou společností, či od obchodního partnera).
15. Ve vyloučení uchazečů, kteří podali nabídku bez předchozího vyzvednutí zadávací dokumentace, lze spatřovat možné porušení základních zásad zadávacího řízení, neboť ve vztahu k zájemcům o veřejnou zakázku jde o bezdůvodné odepírání přístupu k zadávacím řízením. Účelem poskytování zadávací dokumentace rozhodně není redukovat počet zájemců o veřejnou zakázku.
16. Zákaz podat nabídku v případě nevyzvednutí zadávací dokumentace není v zákoně výslovně uveden a lze jej dovozovat pouze a contrario. Samotný výklad ust. § 48 odst. 2 zákona není ani v tomto smyslu zcela jednoznačný, neboť na základě jeho znění lze připustit i takovou možnost výkladu, že může-li nabídku podat uchazeč, který o vyzvednutí zadávací dokumentace nepožádal, nebo který si zadávací dokumentaci nevyzvedl, pokud byla zadávací dokumentace umístěna na veřejně přístupném elektronickém nástroji, má tuto možnost rovněž uchazeč v zadávacím řízení bez elektronického přístupu k zadávací dokumentaci.
17. V případě podání nabídky bez předchozího vyzvednutí zadávací dokumentace v zadávacím řízení bez použití elektronických prostředků zákon výslovně neupravuje právo zadavatele vyloučit uchazeče ze zadávacího řízení a toto právo nelze bez výslovné právní úpravy pouze výkladově vyvozovat. Zadavatel tedy není oprávněn vyřadit nabídky dodavatelů, kteří zadavatele nepožádali o poskytnutí zadávací dokumentace, nebo si zadávací dokumentaci nevyzvedli.
18. Úřad se na základě výše uvedených argumentů neztotožňuje s tvrzením navrhovatele uvedeným v čl. 11 tohoto rozhodnutí tedy, že porušení zákona nemohlo mít vliv výběr nejvhodnější nabídky. Dle Úřadu skutečnost, že uchazeč již nemá možnost získat zadávací dokumentaci od zadavatele, sama o sobě neznámá, že takový uchazeč nemůže v zadávacím řízení podat řádnou nabídku. Jestliže zadavatel výzvu sejmul před koncem lhůty k podání nabídek, de facto tak pro některé zájemce lhůtu pro podání nabídek uměle zkrátil, neboť nelze vyloučit tu variantu, kdy se potenciální zájemce mohl o konání zadávacího řízení dozvědět ze zveřejněné výzvy a nabídku podat, aniž by zadavatele o zadávací dokumentaci požádal.
19. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 38 odst. 2 zákona tím, že písemnou výzvu nezveřejnil vhodným způsobem po celou dobu trvání lhůty pro podání nabídek, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť nebyla zákonným způsobem zajištěna

informovanost dodavatelů a nelze tedy vyloučit, že tato skutečnost snížila počet podaných nabídek.

K uložení pokuty

20. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu s uchazečem podle § 82 zákona.
21. V případě šetřené veřejné zakázky se zadavatel správního deliktu dopustil tím, že nedodržel postup stanovený v § 38 odst. 2 zákona tím, že písemnou výzvu ze dne 22. 3. 2010 nezveřejnil vhodným způsobem po celou dobu trvání lhůty pro podání nabídek, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel již uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem podle § 82 zákona. Pokud by zadavatel dodržel postup stanovený zákonem a písemná výzva ze dne 22. 3. 2010 by byla vhodným způsobem uveřejněna po celou dobu lhůty pro podání nabídek, nelze vyloučit skutečnost, že by zadavatel mohl obdržet nabídky i od dalších dodavatelů, kteří by mu mohli nabídnout výhodnější podmínky realizace veřejné zakázky, než vybraný uchazeč, se kterým zadavatel uzavřel smlouvu o dílo. Je tedy naplněna podmínka možnosti podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky.
22. Jelikož zadavatel uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, aniž by dodržel postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky, naplnil tak skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona a proto Úřad uložil zadavateli pokutu, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.
23. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.
24. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl z podnětu doručeného Úřadu dne 2. 12. 2010. K uzavření smlouvy s vybraným uchazečem došlo dne 31. 5. 2010. Z uvedených údajů tedy vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.
25. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky nebo do 10.000.000,-Kč, pokud cena zakázky nebyla nabídnuta, jde-li o správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a), c) nebo d) zákona. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí dle smlouvy o dílo uzavřené dne 31. 5. 2010 celkem 11.471.914,-Kč vč. DPH. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí částku ve výši 573.595,70 Kč.
26. Podle § 121 odst. 2 zákona Úřad při určení výměry pokuty zadavateli přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Při určení výše pokuty vzal Úřad v úvahu tu skutečnost, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 38 odst. 2 zákona tím, že nezveřejnil vhodným způsobem výzvu k podání nabídek a k prokázání kvalifikace po celou dobu trvání lhůty pro podání nabídek. V důsledku všech uvedených skutečností nelze vyloučit, že pokud by zadavatel

postupoval v souladu se zákonem, mohl by obdržet nabídky i od dalších dodavatelů, kteří by mu mohli nabídnout výhodnější podmínky realizace veřejné zakázky, než vybraný uchazeč, se kterým zadavatel uzavřel smlouvu o dílo. Úřad při stanovení výše pokuty zohlednil rovněž skutečnost, že výzva k podání nabídky byla uveřejněna po většinu lhůty pro podání nabídek a byla sejmuta pět dní před koncem této lhůty.

27. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci zadavatele, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. V této souvislosti Úřad odkazuje na nálezy Ústavního soudu č. 405 uveřejněné 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 činnost. Nepřípustné jsou takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Z účetní závěrky zadavatele na rok 20110 zveřejněné ve sbírce listin obchodního rejstříku vyplývá, že zadavatel měl k datu 31. 12. 2010 na běžném účtu částku ve výši 50.429.575,-Kč. Vzhledem k této skutečnosti Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel v rámci svého rozpočtu disponuje, považovat za likvidační.
28. Jak již bylo výše uvedeno, přistoupil Úřad k uložení pokuty, neboť smlouva o dílo o realizaci veřejné zakázky byla uzavřena a nápravy již nelze dosáhnout.
29. V této souvislosti Úřad poznamenává, že pokuta uložená zadavateli za zjištěné porušení zákona má 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. Po zvážení všech okolností případu Úřad při stanovení výše uložené pokuty preferoval preventivní charakter sankce a stanovenou výši pokuty při spodní hranici její maximální možné výše, vzhledem k okolnostem případu, posoudil jako dostačující.
30. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu v Brně zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČ zadavatele.

POUČENÍ

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

Mgr. Kamil Rudolecký
místopředseda

otisk úředního razítka

Obdrží:

Správa silnic Olomouckého kraje, příspěvková organizace, Lipenská 120, 772 11 Olomouc
H O R S T A V Olomouc, spol. s r. o., Tovární 41 A, 772 00 Olomouc

Vypraveno dne:

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