



UOHSX003SLJH

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S160/2011/VZ-15072/2011/540/PVé

V Brně dne: 3. února 2012

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 13.5.2011 z moci úřední, jehož účastníky jsou

- zadavatel - Masarykova univerzita, IČ 00216224, se sídlem Žerotínovo náměstí 9, 601 77 Brno, zast. doc. PhDr. Mikulášem Bekem, Ph.D., rektorem,
- vybraný uchazeč - A PLUS a.s., IČ 26236419, se sídlem Česká 12, 602 00 Brno, za níž jedná Doc. Ing. Karel Tuza, CSc, předseda představenstva,

ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) cit. zákona v souvislosti s porušením ust. § 50 odst. 3 cit. zákona, když neomezil rozsah požadované kvalifikace pouze na informace a doklady bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky „Zhotovení projektové dokumentace pro investiční akce v areálu UKB MU“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 22.5.2009 pod ev. č. 60028876 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 23.5.2009 pod číslem 2009/S 98-142323,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Masarykova univerzita, IČ 00216224, se sídlem Žerotínovo náměstí 9, 601 77 Brno – se při zadávání výše uvedené veřejné zakázky dopustil správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že porušil zákaz diskriminace uvedený v ust. § 6 cit. zákona v návaznosti na nedodržení postupu stanoveného v ust. § 50 odst. 3 cit. zákona, když v bodě 4.5 a) zadávací dokumentace uvedl,

že technické kvalifikační předpoklady splní dodavatel, který předloží seznam významných služeb realizovaných dodavatelem s uvedením rozsahu služby a doby plnění doložený osvědčeními nebo čestnými prohlášeními o tom, že v posledních třech letech dokončil poskytování významných služeb zahrnujících zpracování projektové dokumentace o rozsahu nejméně dokumentace pro územní řízení, dokumentace pro stavební řízení, obstarání rozhodnutí o umístění stavby a obstarání stavebních povolení na nejméně třech stavbách, z nichž alespoň dvě byly nadlimitními veřejnými zakázkami, čímž neomezil rozsah požadované kvalifikace pouze na informace a doklady bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky „Zhotovení projektové dokumentace pro investiční akce v areálu UKB MU“, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel již uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se zadavateli Masarykově univerzitě, IČ 00216224, se sídlem Žerotínovo náměstí 9, 601 77 Brno – **ukládá** podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

pokuta ve výši 300 000,- Kč (tři sta tisíc korun českých).

Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

1. Zadavatel - Masarykova univerzita, IČ 00216224, se sídlem Žerotínovo náměstí 9, 601 77 Brno, zast. doc. PhDr. Mikulášem Bekem, Ph.D., rektorem (dále jen „zadavatel“), uveřejnil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), v informačním systému o veřejných zakázkách dne 22.5.2009 pod ev. č. 60028876 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 23.5.2009 pod číslem 2009/S 98-142323 oznámení otevřeného zadávacího řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Zhotovení projektové dokumentace pro investiční akce v areálu UKB MU“ (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Na základě podnětu k přezkoumání postupu zadavatele v předmětné veřejné zakázce si Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) od zadavatele vyžádal veškerou dokumentaci související se zadáním předmětné veřejné zakázky. Z obdržené dokumentace Úřad zjistil tyto skutečnosti.

Zadávací řízení

3. Zadavatel v zadávací dokumentaci v rámci požadavků na prokázání splnění kvalifikace stanovil pod bodem 4.5 a), že technické kvalifikační předpoklady (§ 56 odst. 2 písm. a) zákona) splní dodavatel, který předloží seznam významných služeb realizovaných dodavatelem s uvedením rozsahu služby a doby plnění doložený osvědčeními nebo čestnými prohlášeními o tom, že v posledních třech letech dokončil poskytování významných služeb zahrnujících
 - zpracování projektové dokumentace o rozsahu nejméně dokumentace pro územní řízení, dokumentace pro stavební řízení, dokumentace pro výběr dodavatele stavby a dokumentace pro výběr dodavatele interiérového vybavení,

- obstarání rozhodnutí o umístění stavby,
- obstarání stavebních povolení,
- výkon autorského dozoru generálního projektanta,

na nejméně třech stavbách, z nichž

- alespoň dvě byly nadlimitními veřejnými zakázkami,
- a alespoň jedna stavba byla zakázkou s celkovými rozpočtovými náklady vyššími než 400 mil. Kč bez DPH a alespoň dvě další stavby byly zakázkami s celkovými rozpočtovými náklady většími než 250 mil. Kč bez DPH,
- a alespoň jedna stavba byla stavbou školského nebo vědeckovýzkumného zařízení, jejíž součástí byly chemické či biochemické či biologické laboratoře nebo čisté provozy o čisté podlahové ploše nejméně 1000 m²,
- a alespoň jedna stavba byla zakázkou s celkovými rozpočtovými náklady většími než 250 mil. Kč bez DPH zadávanou na základě zadávací dokumentace, v níž byl soupis stavebních prací, dodávek a služeb nahrazen technickými podmínkami vyjádřenými formou požadavků na výkon nebo funkci.

4. Z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 7.7.2009 vyplývá, že zadavatel obdržel 1 nabídku. S ohledem na skutečnost, že v zadávacím řízení byla podána pouze jediná nabídka, hodnotící komise neprovedla hodnocení nabídek a zadavatel rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky uchazeče A PLUS a.s., IČ 26236419, se sídlem Česká 12, 602 00 Brno, za niž jedná Doc. Ing. Karel Tuza, CSc., předseda představenstva (dále jen „vybraný uchazeč“). Dne 29.7.2009 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem smlouvu o dílo, přičemž cena díla byla stanovena ve výši 73 800 000,- Kč bez DPH (87 822 000,- Kč vč. DPH).

Průběh správního řízení

5. Vzhledem k tomu, že Úřad na základě posouzení dokumentace k šetřené veřejné zakázce získal pochybnosti, zda zadavatel postupoval při vymezení technických kvalifikačních předpokladů v souladu se zákonem a zda omezil rozsah požadované kvalifikace pouze na informace a doklady bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky, zahájil správní řízení z moci úřední.
6. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:
- zadavatel,
 - vybraný uchazeč.
7. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-S160/2011/VZ-7416/2011/540/PVé ze dne 13.5.2011, v němž seznámil účastníky řízení s výše uvedenými skutečnostmi. Usnesením č. j. ÚOHS-S160/2011/VZ-7419/2011/540/PVé ze dne 13.5.2011 stanovil účastníkům lhůtu, v níž mohli navrhnout důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Dne 13.5.2011, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno prvnímu z účastníků řízení, bylo zahájeno správní řízení ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona v souvislosti s porušením ust. § 50 odst. 3 zákona, když neomezil rozsah požadované

kvalifikace pouze na informace a doklady bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky.

8. Dne 27.5.2011 obdržel Úřad od vybraného uchazeče vyjádření, v němž konstatuje, že kvalifikační předpoklady stanovené zadavatelem při zpracování nabídky analyzoval a neshledal v nich nesoulad s povinnostmi a právy zadavatele stanovenými zákonem, přičemž dodatečné informace ani námitky proti nim neuplatnil. Vybraný uchazeč dále konstatuje, že prokázal splnění kvalifikačních předpokladů a není si vědom jakéhokoli porušení zákona ze strany své i ostatních účastníků daného zadávacího řízení.
9. Dne 27.5.2011 obdržel Úřad taktéž vyjádření zadavatele, v němž konstatuje, že jako kvalifikační předpoklad pro plnění veřejné zakázky „zkušenost s realizací nadlimitních veřejných zakázek“ nestanovil, tak jak by mohlo vyplývat z oznámení o zahájení správního řízení, avšak dodává, že z kontextu tohoto oznámení je zřejmé, že pochybnost Úřadu vyvolává nikoli finanční náročnost zadavatelem požadovaných referenčních služeb, ale kvalifikační předpoklad týkající se provedení požadovaného rozsahu služeb na dvou stavbách, které byly nadlimitními veřejnými zakázkami. Zadavatel soudí, že Úřad se domnívá, že by dostatečným průkazem kvalifikace dodavatele pro plnění veřejné zakázky mohly být i doklady o provedení požadovaných služeb na stavbách, které nebyly veřejnými zakázkami, či na stavbách, které byly veřejnými zakázkami podlimitními či veřejnými zakázkami malého rozsahu.
10. Zadavatel ku uvedenému uvádí, že projektové práce a služby (charakteru a rozsahu požadovaného zadavatelem jako plnění veřejné zakázky) prováděné pro stavby, které jsou veřejnými zakázkami, jsou významně náročnější než projektové práce pro stejné stavby, které veřejnými zakázkami nejsou. Tato skutečnost je způsobena tím, že zatímco zákon pro veřejné zakázky na stavební práce obsah zadávací dokumentace obligatorně stanoví (viz § 44 odst. 4 a 5 zákona), u staveb, které veřejnými zakázkami nejsou, není obsah poptávky a projektové dokumentace v ní obsažené žádným závazným předpisem definován a určuje jej investor podle svého uvážení a možností. Důsledkem je, že stavby, které nejsou veřejnými zakázkami, nejsou obvykle zadávány na základě soupisu stavebních prací, dodávek a služeb s výkazem výměr ani technických podmínek vyjádřených formou komplexních požadavků na výkon a funkci, v řadě případů je k zadání těchto staveb využito jen dokumentace pro stavební řízení doplněné specifickými požadavky investora. Při zadání staveb, které nejsou veřejnými zakázkami, je investor dále schopen s výhodou využít sjednání jednotkových cen některých prací s tím, že jejich rozsah bude upřesněn až v průběhu plnění zakázky, což významně snižuje náročnost projektových prací při přípravě zadávacího řízení. Dalším faktorem zvyšujícím náročnost projektových prací na zadávací dokumentaci staveb, které jsou veřejnými zakázkami, je nepřípustnost změn smlouvy na stavební práce v průběhu jejich realizace, pokud by tyto změny v případě jejich provedení v zadávací dokumentaci umožnily účast dalších dodavatelů či ovlivnily výběr nejvhodnější nabídky – to vyžaduje mnohem sofistikovanější přístup a předvídatost zpracovatele projektové dokumentace, případné opomenutí zpracovatele projektové dokumentace v této činnosti může dostat zadavatele veřejné zakázky na dodávku stavebních prací do situace neřešitelné bez zásadního porušení předpisů o veřejných zakázkách či zákona o finanční kontrole a nedodržení povinnosti pečovat o svěřený majetek s péčí řádného hospodáře. Nejvýznamnějším aspektem projektových prací pro stavby, které jsou veřejnými zakázkami,

z hlediska jejich náročnosti však zůstává nezbytnost komplexního projektového řešení stavby až do velkých detailů již ve fázi zadávací dokumentace, tj. v relativně krátkém čase a v řadě případů s omezenými technologickými podklady. Projektování staveb, které jsou veřejnými zakázkami, proto prokazatelně vyžaduje specifickou kvalifikaci a zkušenost projektanta. Zadavatel veřejné zakázky z těchto důvodů považuje provedení požadovaných služeb pro stavby, které jsou veřejnými zakázkami, jako naprosto nezbytný kvalifikační předpoklad pro plnění veřejné zakázky. Jeho opomenutím by zadavatel riskoval vážné poruchy v přípravě zadávací dokumentace a s tím spojené problémy v realizaci stavby.

11. Dále zadavatel konstatuje, že veřejnou zakázkou byly zadány projektové práce pro tři stavby s celkovými předpokládanými náklady cca 2 000 mil. Kč bez DPH, přičemž provádění těchto staveb se předpokládá ve významném souběhu. Projektové práce pro takovou zakázku kladou mimořádně vysoké nároky na koordinační činnost projektanta, a to jak ve vztahu k jednotlivým profesím, tak při stanovení podmínek pro provádění staveb v režimu veřejných zakázek. Vzhledem k tomu nepovažoval zadavatel za postačující zkušenosti uchazeče o veřejnou zakázku s poskytováním projektových služeb pro veřejné zakázky malého rozsahu či zakázky podlimitní, ale jako nezbytný kvalifikační předpoklad pro plnění veřejné zakázky požadoval zkušenost dodavatele s prováděním projektových prací pro nadlimitní veřejné zakázky, tj. zakázky s předpokládanou hodnotou nad 125,451 mil. Kč. Uvedenou velikost veřejné zakázky na úrovni 7 % předpokládaných nákladů staveb, pro něž byla veřejná zakázka zadána, považuje zadavatel za minimální akceptovatelnou hodnotu prokazující potřebnou zkušenost uchazeče.
12. Zadavatel považuje za důležité, aby postupy a metodiky používané dodavatelem projektových prací pro stavby, které jsou nadlimitními veřejnými zakázkami, měl projektant v praxi ověřeny - v průběhu projektové přípravy náročných staveb, pro něž byla veřejná zakázka zadána, bude nutno nejen striktně dodržovat lhůty předepsané zákonem o veřejných zakázkách, ale i časové plány jednotlivých projektů, a nelze ztrácet čas vývojem a schvalováním těchto postupů. Zadavatel dodává, že zkušenosti z jediné veřejné zakázky nejsou pro stanovení těchto postupů a metodik postačující, je nezbytné ověření jejich správnosti a vhodnosti a jejich optimalizace po vyhodnocení poznatků z nejméně jedné další obdobné zakázky. Zadavatel proto jako kvalifikační předpoklad stanovil poskytnutí významných služeb zahrnujících vyjmenované projektové práce a služby na nejméně dvou nadlimitních veřejných zakázkách.
13. Zadavatel dále zdůrazňuje, že dodavatelé měli možnost využít svého práva a podat nabídku na plnění veřejné zakázky s využitím subdodavatelů či společně s jinými subjekty, např. s těmi, s nimiž se v minulosti na projektování úspěšných velkých stavebních projektů podíleli. V případě nabídky podané společně postačovalo, aby splnění technických kvalifikačních předpokladů prokázali všichni dodavatelé společně, přičemž byla zachována možnost prokázat splnění některých kvalifikačních předpokladů prostřednictvím subdodavatelů. S ohledem na výše uvedené proto zadavatel považuje za doložené, že předmětný kvalifikační požadavek bezprostředně souvisí s předmětem veřejné zakázky a odpovídá druhu, rozsahu a složitosti veřejné zakázky a pochybnost, že zařazením uvedeného kvalifikačního předpokladu do zadávacích podmínek došlo k porušení povinnosti zadavatele dané § 51 odst. 3 zákona, považuje zadavatel za neodůvodněnou.

Závěry Úřadu

14. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve vzájemných souvislostech, a po zhodnocení všech podkladů, vyjádření zadavatele a vybraného uchazeče a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel nepostupoval v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.
15. Podle ust. § 50 odst. 3 zákona je veřejný zadavatel povinen omezit rozsah požadované kvalifikace pouze na informace a doklady bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky.
16. Podle ust. § 56 odst. 7 písm. c) zákona je ve vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům veřejný zadavatel povinen v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení vymezit minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů, odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky.
17. Z předložené dokumentace vyplývá, že zadavatel v zadávací dokumentaci v rámci požadavků na prokázání splnění kvalifikace stanovil pod bodem 4.5 a), že technické kvalifikační předpoklady (§ 56 odst. 2 písm. a) zákona) splní dodavatel, který předloží seznam významných služeb realizovaných dodavatelem s uvedením rozsahu služby a doby plnění doložený osvědčeními nebo čestnými prohlášeními o tom, že v posledních třech letech dokončil poskytování významných služeb zahrnujících
 - zpracování projektové dokumentace o rozsahu nejméně dokumentace pro územní řízení, dokumentace pro stavební řízení, dokumentace pro výběr dodavatele stavby a dokumentace pro výběr dodavatele interiérového vybavení,
 - obstarání rozhodnutí o umístění stavby,
 - obstarání stavebních povolení,
 - výkon autorského dozoru generálního projektanta,na nejméně třech stavbách, z nichž
 - alespoň dvě byly nadlimitními veřejnými zakázkami,
 - a alespoň jedna stavba byla zakázkou s celkovými rozpočtovými náklady vyššími než 400 mil. Kč bez DPH a alespoň dvě další stavby byly zakázkami s celkovými rozpočtovými náklady většími než 250 mil. Kč bez DPH,
 - a alespoň jedna stavba byla stavbou školského nebo vědeckovýzkumného zařízení, jejíž součástí byly chemické či biochemické či biologické laboratoře nebo čisté provozy o čisté podlahové ploše nejméně 1000 m²,
 - a alespoň jedna stavba byla zakázkou s celkovými rozpočtovými náklady většími než 250 mil. Kč bez DPH zadávanou na základě zadávací dokumentace, v níž byl soupis stavebních prací, dodávek a služeb nahrazen technickými podmínkami vyjádřenými formou požadavků na výkon nebo funkci.
18. S ohledem na způsob vymezení předmětného kvalifikačního předpokladu zadavatelem, který takto nastavenými požadavky podmínil prokázání splnění technické kvalifikace zkušeností dodavatelů s realizací předmětu veřejné zakázky u nadlimitních veřejných zakázek týkajících se stavebních prací, zabýval se Úřad především otázkou, zda byl daný kvalifikační předpoklad v souhrnu uvedených požadavků oprávněný ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, resp.

zda, jak ve svém vyjádření uvedl i zadavatel, mohly být dostatečným průkazem kvalifikace dodavatele pro plnění veřejné zakázky i doklady o provedení požadovaných služeb na stavbách, které nebyly veřejnými zakázkami, či na stavbách, které byly veřejnými zakázkami podlimitními či veřejnými zakázkami malého rozsahu.

19. Úřad v obecné rovině konstatuje, že v zákonem vymezených případech je předpokladem účasti dodavatele v zadávacím řízení prokázání splnění kvalifikace, kterou se rozumí jeho způsobilost realizovat veřejnou zakázku. Požadavky na prokázání splnění kvalifikace je veřejný zadavatel povinen stanovit v oznámení o zahájení zadávacího řízení nebo ve výzvě o zahájení zadávacího řízení, přičemž je povinen omezit rozsah požadované kvalifikace pouze na informace a doklady bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky. V souvislosti s ekonomickými a finančními kvalifikačními předpoklady a s technickými kvalifikačními předpoklady zadavatel současně musí stanovit rozsah požadovaných informací a dokladů, uvést způsob prokázání splnění těchto kvalifikačních předpokladů a vymezit jejich minimální úroveň tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky (§ 55 odst. 3, resp. § 56 odst. 7 zákona). Úřad v této souvislosti poukazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 9 Afs 87/2008 ze dne 9.7.2009, podle kterého musí zadavatel vždy pečlivě zvážit, jaké minimální kvalifikační požadavky jsou pro provedení veřejné zakázky nezbytné, přičemž se musí vyvarovat těch požadavků, které s předmětem veřejné zakázky nesouvisí věcně či bezprostředně. Stanovením kvalifikačních kritérií zadavatel může omezit výběr potenciálních dodavatelů, to je však možné pouze tehdy, je-li to odůvodněno objektivními okolnostmi, navíc tyto požadavky musí být vždy přiměřené ve vztahu k druhu, rozsahu a složitosti veřejné zakázky. Stanovení kvalifikačních kritérií, včetně jejich minimální úrovně, však nemůže vést k bezdůvodnému omezení možnosti dodavatelů účastnit se zadávacího řízení, či k jakémukoliv zvýhodnění některého z potenciálních dodavatelů. Naopak, jejich účelem je zabezpečit účast všech možných dodavatelů, kteří jsou zakázku způsobilí splnit. Nastavení kvalifikačních předpokladů, které nemají vazbu na předmět nebo rozsah zadávané veřejné zakázky, ale pouze znemožní některým dodavatelům se o veřejnou zakázku ucházet, lze považovat za skrytou formu nepřípustné diskriminace v zadávacím řízení.
20. Zákon v § 56 odst. 2 písm. a) v souvislosti s prokazováním splnění technických kvalifikačních předpokladů zadavateli umožňuje požadovat doložení seznamu významných služeb poskytnutých dodavatelem v posledních 3 letech. V šetřeném případě zadavatel tento požadavek k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů použil. Jak je ze zadávacích podmínek zřejmé, zadavatel ve smyslu § 56 odst. 7 písm. a) a b) zákona stanovil v této souvislosti rozsah požadovaných informací a dokladů i způsob prokázání splnění tohoto kvalifikačního předpokladu. Zadavatel podle § 56 odst. 7 písm. c) zákona vymezil i minimální úroveň tohoto kvalifikačního předpokladu, a to tak, jak je uvedeno v bodu 4.5 a) zadávací dokumentace, resp. bodu 13. odůvodnění rozhodnutí.
21. Jak již Úřad uvedl, zabýval se především otázkami, zda zadavatel omezil rozsah požadované kvalifikace pouze na informace a doklady bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky, a pokud ano, zda vymezil minimální úroveň kvalifikačního předpokladu způsobem, který by odpovídal druhu, rozsahu a složitosti předmětu zadávané veřejné zakázky a zda nastavením kvalifikačních předpokladů nevytvářel neopodstatněnou překážku pro podání nabídky uchazečem, který by byl jinak schopen svoji způsobilost pro plnění předmětu

veřejné zakázky prokázat. Úřad při posouzení věci vycházel z následujících skutečností, vyplývajících z dokumentace o veřejné zakázce.

22. V rámci bodu V. návrhu smlouvy byly v zadávací dokumentaci následujícím způsobem nadepsány jednotlivé výkonové fáze plnění v rámci předmětné veřejné zakázky:

Výkonová fáze první – příprava plnění zakázky podle smlouvy a provedení nezbytných doplňkových průzkumů, studií a zaměření...,

Výkonová fáze druhá – zhotovení Územně plánovacích podkladů.

Výkonová fáze třetí – zhotovení plánu organizace výstavby Dostavby Kampusu, Dokumentace pro územní řízení a obstarání územního rozhodnutí.

Výkonová fáze čtvrtá – zhotovení dokumentace pro stavební řízení a obstarání stavebního povolení.

Výkonová fáze pátá – zhotovení Dokumentace pro výběr dodavatele stavby.

Výkonová fáze šestá – zhotovení Dokumentace interiérového vybavení stavby.

Výkonová fáze sedmá – zhotovení Dokumentace orientačního systému stavby.

Výkonová fáze osmá – výkon trvalého Autorského dozoru.

Výkonová fáze devátá – spolupráce při uvádění do provozu.

23. Ač je zřejmé, že stavby, kterých se měla činnost vybraného uchazeče týkat, měly být z pohledu zákona veřejnými zakázkami, na základě popisu činností zařazených do jednotlivých výše uvedených výkonových fází, tak jak jsou uvedeny v bodu V. návrhu smlouvy, lze konstatovat, že případná specifika pramenící z aplikace zákona o veřejných zakázkách se mohla v daném případě promítnout pouze do činností spadajících pod výkonové fáze pět, šest, sedm a osm, jelikož v rámci těchto činností mohl dodavatel nějakým způsobem využít zkušenosti s realizací stavebních veřejných zakázek, resp. znalosti dotčených ustanovení zákona o veřejných zakázkách, avšak nikoliv u fází ostatních, které byly v bodu 5. návrhu smlouvy vymezeny následujícím způsobem:

Výkonová fáze první

- provedení analýzy zakázky (zhodnocení současného stavu, návrh věcného postupu plnění, určení rizikových faktorů, analýza rizik, návrh opatření k jejich minimalizaci, zpracování organizačního manuálu projektových prací)
- vypracování detailního časového plánu plnění zakázky podle této Smlouvy formou dalšího rozpracování Časového harmonogramu (v členění po jednotlivých investičních akcích),
- určení osob, které budou za podmínek stanovených v Článku X. této Smlouvy spolupracovat se Zhotovitelem na plnění zakázky
- identifikaci a provedení veškerých doplňujících průzkumů, studií, analýz a měření nutných pro vypracování Projektové dokumentace
- shrnutí a vyhodnocení výsledků již provedených a dodatečných průzkumů, studií a měření

Výkonová fáze druhá

- ověření, zda daná akce Dostavby UKB vyžaduje úpravu územně plánovacích podkladů podle předpisů pro územní plánování
- v případě, že daná akce Dostavby UKB úpravu územně plánovacích podkladů vyžaduje, úprava územně plánovacích podkladů a jejich projednání s orgány územního plánování

Výkonová fáze třetí

- vypracování plánu organizace výstavby Dostavby Kampusu, sestávajícího zejména z: návrhu na členění dané akce Dostavby Kampusu na etapy, návrhu věcného a časového plánu dané akce Dostavby Kampusu, vymezení stavenišť dané akce, zásad řešení zařízení stavenišť pro danou akci, příjezdů na jednotlivá stavenišť, připojovacích míst na rozvody vody a energií pro jednotlivá stavenišť
- posouzení, zda splnění závazků Zhotovitele u dané akce Dostavby Kampusu vyžaduje změnu územního rozhodnutí UKB, projednání závěrů tohoto posouzení se stavebním úřadem
- posouzení, zda splnění závazků Zhotovitele u dané akce Dostavby Kampusu vyžaduje nové posouzení vlivu Dostavby Kampusu na životní prostředí (EIA), projednání závěrů tohoto posouzení s kompetentními orgány ochrany životního prostředí a stavebním úřadem
- vypracování Dokumentace pro územní řízení v rozsahu nutném pro změnu územního rozhodnutí UKB (bude-li to nezbytné) a její projednání s Objednatelem
- vypracování dokumentace o vlivu Dostavby Kampusu na životní prostředí v rozsahu nutném pro posouzení navržených změn v technicko-územním řešení UKB (bude-li to nezbytné) a její projednání s Objednatelem a orgány ochrany životního prostředí
- vypracování Souhrnného propočtu dané akce Dostavby Kampusu v členění po případných etapách/fázích
- projednání Dokumentace pro územní řízení s účastníky územního řízení, se správními orgány a dotčenými subjekty a zpracování závěrů tohoto projednání do Dokumentace pro územní řízení
- podání žádosti o vydání územního rozhodnutí umožňujícího další přípravu a realizaci dané akce Dostavby Kampusu, popřípadě jiného rozhodnutí nutného k realizaci dané akce Dostavby Kampusu
- účast na územním řízení o vydání územního rozhodnutí umožňujícího další přípravu a realizaci dané akce Dostavby Kampusu, popřípadě jiného rozhodnutí nutného k realizaci dané akce Dostavby Kampusu; včetně jednání s příslušnými správními orgány, dotčenými subjekty a jinými účastníky územního řízení
- doplnění podkladů pro vydání územního rozhodnutí dle požadavků stavebního úřadu
- obstarání pravomocného územního rozhodnutí umožňujícího další přípravu a realizaci dané akce Dostavby Kampusu, popřípadě jiného rozhodnutí nutného k realizaci jednotlivých akcí Dostavby Kampusu; včetně jednání s příslušnými správními orgány, dotčenými subjekty a jinými účastníky územního řízení

Výkonová fáze čtvrtá

- posouzení, zda splnění závazků Zhotovitele u dané akce Dostavby Kampusu vyžaduje změnu dosud vydaných stavebních povolení UKB, projednání závěrů tohoto posouzení se stavebním úřadem
- v nutných případech vypracování Dokumentace pro stavební řízení
- projednání Dokumentace pro stavební povolení s Objednatelem a zapracování jeho připomínek do dokumentace
- vypracování Souhrnného rozpočtu dané investiční akce/etapy/fáze
- projednání Dokumentace pro stavební řízení se všemi správními orgány, dotčenými subjekty a ostatními účastníky stavebního řízení a zapracování připomínek těchto subjektů do Dokumentace pro stavební řízení; a
- obstarání souhlasů, stanovisek a dalších podkladů od správních orgánů, dotčených subjektů a ostatních účastníků stavebního řízení potřebných pro vydání Stavebního povolení (doklady o projednání Dokumentace pro stavební řízení včetně závazných stanovisek připojí Zhotovitel k Dokumentaci pro stavební řízení
- podání žádosti o vydání Stavebního povolení pro danou akci Dostavby Kampusu, popřípadě jiného rozhodnutí, nutného pro zahájení stavby;
- účast ve stavebním řízení o udělení Stavebního povolení pro danou akci Dostavby Kampusu, popřípadě jiného rozhodnutí, nutného pro zahájení Dostavby Kampusu včetně jednání s příslušnými státními orgány, jinými institucemi a ostatními právními a fyzickými osobami
- doplnění podkladů pro vydání stavebního povolení dle požadavků stavebního úřadu
- obstarání pravomocného Stavebního povolení pro danou akci Dostavby Kampusu, popřípadě jiného rozhodnutí, nutného pro danou akci Dostavby Kampusu

Výkonová fáze devátá

- zpracování energetického průkazu všech budov dané akce Dostavby Kampusu
- součinnost při přípravě kolaudačního řízení a při kolaudačním řízení dané akce Dostavby Kampusu
- odborné poradenství Zhotovitele při uvádění dané akce Dostavby Kampusu do provozu (pomoc Objednateli při odstraňování případných vad, které se vyskytnou při uvádění Dostavby Kampusu do provozu a při provozu dané akce Dostavby Kampusu, účast při doregulování měření a regulace ústředního topení, vzduchotechniky, klimatizace, EPS, EZS, vstupních systémů atd.) - po dobu jednoho roku po právní moci kolaudačního rozhodnutí dané akce Dostavby Kampusu (za rozhodné kolaudační rozhodnutí se přitom považuje kladné kolaudační rozhodnutí o užívání dané akce Dostavby Kampusu nebo její části).

24. V případě činností uvedených v první, druhé, třetí, čtvrté a deváté výkonové fázi Úřad neshledal žádný specifický dopad na jejich výkon vyplývající z existence zákona o veřejných zakázkách. Jejich zdárné zajištění není podmíněno znalostí zákona o veřejných zakázkách

a z tohoto pohledu se proto jeví nadbytečné, aby dodavatelé měli pro výkon těchto činností zkušenosti s jejich realizací u nadlimitních stavebních veřejných zakázek. Tento závěr Úřadu lze vysledovat i ve vyjádření zadavatele, který oprávněnost tohoto požadavku odůvodňuje tím, že u staveb, které jsou veřejnými zakázkami, je nezbytné komplexní projektové řešení stavby již ve fázi zadávací dokumentace a dále pak uvádí, že v řadě případů je k zadání staveb (které nejsou veřejnými zakázkami) využito jen dokumentace pro stavební řízení doplněné specifickými požadavky investora. Z této argumentace lze jasně dovodit, že i zadavatel rozlišuje mezi úkony, které musí být učiněny před zpracováním samotné zadávací dokumentace, u nichž se neprojevuje vliv charakteru stavební zakázky (tj. veřejné či jiné), a úkonů, které souvisí s přípravou zadávacího řízení na výběr vykonavatele stavebních prací a jejichž provedení může být ovlivňováno s ohledem na míru znalosti zákona o veřejných zakázkách.

25. Úřad proto v návaznosti na výše uvedené dospěl k závěru, že k prokázání schopnosti splnit předmět činností uvedených v první, druhé, třetí, čtvrté a deváté výkonové fázi bylo dostačující předložení referencí i u staveb, které nebyly nadlimitní veřejnou zakázkou. Vzhledem k tomu, že zadavatel v rámci bodu 4.5 a) zadávací dokumentace požadoval, aby dodavatelé mimo jiné prokázali, že v posledních třech letech dokončili poskytování významných služeb zahrnujících zpracování projektové dokumentace o rozsahu nejméně dokumentace pro územní řízení, dokumentace pro stavební řízení, obstarání rozhodnutí o umístění stavby, obstarání stavebních povolení (tedy činností spadajících do výkonové fáze 1 – 4 veřejné zakázky), na nejméně třech stavbách, z nichž alespoň dvě byly nadlimitními veřejnými zakázkami, a jak výše dovodil Úřad k prokázání schopnosti řádně zajistit tyto činnosti plně postačovala reference u staveb, které nebyly veřejnými zakázkami, nedodržel zadavatel postup stanovený v ust. § 50 odst. 3 cit. zákona, jelikož neomezil rozsah požadované kvalifikace pouze na informace a doklady bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky.
26. Tímto požadavkem zadavatele na doložení výše specifikovaných referenčních služeb získaných pouze na nadlimitních veřejných zakázkách byli nedůvodně diskriminováni dodavatelé, kteří by byli jinak schopni splnit veškeré zadávací podmínky a dodržet i veškeré požadavky na daný předmět plnění. Tento požadavek mohl v konečném důsledku vést k tomu, že dodavatelům, mezi jejichž „zákazníky“ patří jiné subjekty, než ty které připustil zadavatel, mohla být omezena či dokonce znemožněna účast v předmětném zadávacím řízení tím, že by zadavatel jejich referenční služby neuznal. Současně nelze konstatovat, že by výkon jednotlivých etap musel u stavby vždy vykonávat pouze jediný subjekt a tudíž je velmi pravděpodobné, že potenciální dodavatelé disponují různými referencemi ve vztahu k jednotlivým etapám vztahujícím se k realizaci staveb a proto zadavatel měl zvážit, které z jednotlivých požadovaných činností bude v rámci prokazování splnění kvalifikace svazovat právě se stavbami, které byly veřejnými zakázkami, jelikož jako celek toto možné s ohledem na charakter těchto činností nebylo.
27. K uvedenému Úřad podotýká, že porušení zásady zákazu diskriminace nelze vztahovat jen na diskriminaci zjevnou, tedy případ, kdy zadavatel otevřeně postupuje jinak vůči jednotlivému dodavateli a jinak vůči dalším možným dodavatelům, nýbrž také na diskriminaci skrytou, kdy zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových kvalifikačních předpokladů, kdy požadovaná úroveň technické způsobilosti

je zjevně nepřiměřená ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, přitom je zřejmé, že ji mohou splnit jen někteří z dodavatelů, jež by jinak byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými. Na základě těchto zjištění lze posuzovaný požadavek zadavatele na doložení předmětných referenčních zakázek kvalifikovat jako diskriminační, odporující zásadám podávaným v § 6 zákona, a to z toho důvodu, že někteří z potenciálních dodavatelů mohli mít v tomto případě a priori znemožněnu účast v zadávacím řízení, byť by předmět veřejné zakázky mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní. V souvislosti se skrytou diskriminací Úřad poukazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 1 Afs 20/2008 – 166 ze dne 5. 6. 2008.

28. Výše uvedený postup zadavatele tak mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť jeho důsledkem mohlo být omezení okruhu potenciálních dodavatelů a tím i soutěžního prostředí. Pokud by toto omezení zadavatel nestanovil ve vztahu k činnostem spadajícím pod výkonovou fázi 1 – 4 veřejné zakázky, mohl obdržet více nabídek, jelikož, jak již Úřad konstatoval, dodavatelé mohou disponovat různou strukturou referencí ve vztahu k jednotlivým výše uvedeným etapám, přičemž nelze vyloučit, že by některá z těchto případných nabídek mohla být pro zadavatele výhodnější. V daném případě tak nelze ani připustit argumentaci zadavatele, že umožnil v rámci předmětné veřejné zakázky subdodavatelské plnění, jelikož splnění jím stanoveného předmětného technického kvalifikačního předpokladu bylo požadováno v rozporu se zákonem, resp. jeho uvedení v zadávacích podmínkách bylo nepřipustné, a tudíž diskriminační důsledky tohoto neoprávněného postupu zadavatele nemohly být zhojeny případnou akceptací subdodavatelů při prokazování splnění kvalifikačních předpokladů. V opačném případě by totiž připuštění takového postupu znamenalo absolutní volnost zadavatele při stanovení kvalifikačních předpokladů, což však nemůže být považováno za souladné s účelem zákona.
29. Úřad proto konstatuje, že zadavatel nebyl oprávněn požadovat prokázání splnění kvalifikačního předpokladu v případě významných služeb zahrnujících zpracování projektové dokumentace o rozsahu nejméně dokumentace pro územní řízení, dokumentace pro stavební řízení, obstarání rozhodnutí o umístění stavby a obstarání stavebních povolení, u staveb, které byly veřejnými zakázkami, jelikož tento požadavek jde nad rámec procesu ověření si kvalit dodavatelů ve vztahu k těmto konkrétním činnostem a mohl se tak pouze projevit v nepřipustném omezení soutěže. Skutečnost, že konkurenční prostředí mohlo být v daném případě narušeno, je možné navíc usuzovat z účasti pouze jediného uchazeče v zadávacím řízení, který přitom dvě ze tří referenčních zakázek realizoval právě u zadavatele v rámci dřívějších etap výstavby Univerzitního kampusu Bohunice Masarykovy univerzity.
30. Úřad proto s ohledem na výše uvedené konstatuje, že zadavatel při vymezení technických kvalifikačních předpokladů porušil zákaz diskriminace uvedený v ust. § 6 cit. zákona v návaznosti na nedodržení postupu stanoveného v ust. § 50 odst. 3 cit. zákona, když neomezil rozsah požadované kvalifikace pouze na informace a doklady bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky. Tento diskriminační postup zadavatele mohl výrazně omezit možnost některých dodavatelů, kteří by byli schopni realizovat předmět plnění, avšak nedisponovali požadovanými referencemi, zúčastnit se předmětné veřejné zakázky a tudíž tak mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, jelikož není vyloučeno, že pokud by zadavatel provedl vymezení technických kvalifikačních předpokladů

v souladu s ust. 50 odst. 3 a § 6 cit. zákona, mohl od těchto dodavatelů obdržet i jiné vhodnější nabídky, a proto Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. rozhodnutí.

Uložení sankce

31. Podle ust. § 120 odst. 1 zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že
 - a) nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu s uchazečem podle § 82,
 - b) zruší zadávací řízení, aniž byly splněny podmínky podle § 84,
 - c) nepořídí nebo neuchová dokumentaci o veřejné zakázce podle § 109 a 155, nebo
 - d) nesplní povinnost stanovenou v § 146 a 147 pro uveřejňování.
32. Zadavatel se dopustil správního deliktu tím, že porušil ust. § 6 a § 50 odst. 3 cit. zákona, když neomezil rozsah požadované kvalifikace pouze na informace a doklady bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky, čímž se dopustil skryté diskriminace v zadávacím řízení. Porušení zákona mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky, jelikož není vyloučeno, že nezákonným vymezením technických kvalifikačních předpokladů mohlo dojít k omezení účasti dodavatelů v zadávacím řízení, přičemž v případě účasti dalších dodavatelů mohl zadavatel obdržet jiné vhodnější nabídky.
33. Jelikož zadavatel uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem na základě postupu, při němž nedodržel postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, naplnil tak skutkovou podstatu správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
34. Podle ust. § 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 odstavce 1 písm. a) zákona.
35. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí celkem 87 822 000,- Kč vč DPH. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí částku ve výši 4 391 100,- Kč.
36. Podle ust. § 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.
37. Před uložením pokuty Úřad tedy ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v ust. § 121 odst. 3 zákona k uložení pokuty. V daném případě došlo ke spáchání správního deliktu uzavřením smlouvy dne 29.7.2009, z čehož je zřejmé, že odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.
38. Podle ust. § 121 odst. 2 zákona Úřad při určení výměry pokuty zadavateli přihlédl k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
39. Z hlediska přiměřenosti sankce vzal Úřad v úvahu následující skutečnosti.
40. Z hlediska stupně závažnosti správního deliktu vzal Úřad v úvahu celkový kontext šetřeného případu. V šetřeném případě zadavatel transparentně vyhlásil zadávací řízení, přičemž

se v rámci svého postupu v průběhu zadávacího řízení dopustil výše definovaného správního deliktu. Nelze tedy konstatovat, že by zadavatel postupoval při zadání předmětné veřejné zakázky zcela mimo režim zákona, resp., že by její zadání neproběhlo v zadávacím řízení.

41. Přesto však mohlo dojít tím, že svým jednáním zadavatel porušil zákaz diskriminace uvedený v ust. § 6 cit. zákona v návaznosti na nedodržení postupu stanoveného v ust. § 50 odst. 3 cit. zákona, když neomezil rozsah požadované kvalifikace pouze na informace a doklady bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky, k významnému omezení konkurenčního prostředí v daném zadávacím řízení a tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, v čehož důsledku mohlo dojít k ne hospodárnému využití veřejných prostředků. Z hlediska přiměřenosti sankce Úřad uvádí, že omezení soutěžního prostředí je právě z těchto důvodů považováno za jedno z nejzávažnějších pochybení v procesu zadávání veřejných zakázek. Vzhledem k tomu, že v daném případě byla podána pouze jediná nabídka, nelze konstatovat ani zachování určité míry soutěže, která by byla v daném případě zajištěna a mohla by tak být pojímána jako polehčující okolnost. Úřad při stanovení výše pokuty dále zohlednil skutečnost, že uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocítována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání.
42. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci odpovědného subjektu, 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 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.
43. Pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce, a to funkci represivní a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k chování, které je se zákonem v souladu. Po zvážení všech okolností šetřeného případu a uvážení všech argumentů, Úřad při určení výměry uložené pokuty posoudil její výši stanovenou v hodnotě 300 000,- Kč vzhledem k souvislostem případu a ve vztahu k výše uvedenému, a to zejména s ohledem na okolnosti, za nichž byl správní delikt spáchán, jako dostačující, přičemž z tohoto důvodu akcentoval ve vztahu k zadavateli právě preventivní účinek uložené sankce.
44. Pro úplnost Úřad uvádí, že pokuta, jakkoliv se může jevit jako relativně nízká (ve výši cca 7 % z maximální možné pokuty, která mohla být zadavateli za spáchaný správní delikt uložena), je schopna podle Úřadu naplnit preventivní funkci spočívající v předcházení porušování zákona.
45. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť smlouva na realizaci předmětné veřejné zakázky již byla uzavřena a nápravy tedy nelze dosáhnout.
46. Pokuta uložená ve výroku II. tohoto rozhodnutí bude uhrazena 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, třída Kpt. Jaroše 7, 604 55 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.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

1. Masarykova univerzita, Žerotínovo náměstí 9, 601 77 Brno
2. A PLUS a.s., Česká 12, 602 00 Brno

Vypraveno dne:

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