



UOHSX003VCR1

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S417/2011/VZ-17649/2011/510/KČe

V Brně dne 2. 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 15.9.2011 z moci úřední, jehož účastníky jsou

- zadavatel město Podbořany, IČ 00265365, se sídlem Mírová 615, 441 17 Podbořany, zastoupené Mgr. Radkem Reindlem, starostou,
- Josef Brabec, podnikatel, podnikající pod obchodní firmou Josef Brabec - AMIGO, IČ 49906887, místo podnikání Dvořákova 1343, 440 01 Louny, jako vybraný uchazeč ve veřejné zakázce „Kasárna Podbořany – demolice objektů (III. etapa)“,
- SWIETELSKY stavební s.r.o., IČ 48035599, se sídlem Pražská tř. 495/58, 370 04 České Budějovice, za niž jedná Ing. Walter Spitaler a Ing. Jiří Kozel, jednatelé, jako vybraný uchazeč ve veřejné zakázce „Vybudování odpočinkové zóny v Schillerově parku v Podbořanech“,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) téhož zákona o veřejných zakázkách zadavatelem ve veřejných zakázkách

- „Kasárna Podbořany – demolice objektů (III. etapa)“, zadané ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě písemné výzvy ze dne 10.3.2011 k podání nabídky a prokázání splnění kvalifikace,

- „Vybudování odpočinkové zóny v Schillerově parku v Podbořanech“ zadané ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě písemné výzvy ze dne 14.4.2011 k podání nabídky a prokázání splnění kvalifikace,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel město Podbořany, IČ 00265365, se sídlem Mírová 615, 441 17 Podbořany, se při zadání veřejné zakázky „Kasárna Podbořany – demolice objektů (III. etapa)“ dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že

1. nedodržel zásadu zákazu diskriminace stanovenou v § 6 citovaného zákona o veřejných zakázkách tím, že v zadávacích podmínkách stanovil požadavky, že „uchazeči o veřejnou zakázku nesmí mít v den podání nabídky nesplněny žádné závazky vůči zadavateli po splatnosti“, resp. že „uchazeči o veřejnou zakázku nesmí být v den podání nabídky v prodlení větším jak 6 měsíců ve věci odstranění závad stavebních děl dodaných v minulosti zadavateli, uplatněných zadavatelem písemnou reklamací“, které jdou nad rámec zákonem vymezených kvalifikačních předpokladů, resp. požadavků a podmínek vymezujících předmět veřejné zakázky, čímž znemožnil v zadávacím řízení účast dodavatelům, kteří mají v jiné věci, která se zadávacím řízením nesouvisí, se zadavatelem spor,

2. nedodržel postup stanovený v § 48 odst. 1 citovaného zákona o veřejných zakázkách tím, že neodeslal zadávací dokumentaci v elektronické podobě nejpozději do 2 pracovních dnů ode dne doručení písemné žádosti dodavatele,

přičemž oba uvedené postupy zadavatele mohly podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku.

II.

Zadavatel město Podbořany, IČ 00265365, se sídlem Mírová 615, 441 17 Podbořany, se při zadání veřejné zakázky „Vybudování odpočinkové zóny v Schillerově parku v Podbořanech“ dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že

1. nedodržel zásadu zákazu diskriminace stanovenou v § 6 citovaného zákona o veřejných zakázkách tím, že v zadávacích podmínkách stanovil požadavky, že „uchazeči o veřejnou zakázku nesmí mít v den podání nabídky nesplněny žádné závazky vůči zadavateli po splatnosti“, resp. že „uchazeči o veřejnou zakázku nesmí být v den podání nabídky v prodlení větším jak 6 měsíců ve věci odstranění závad stavebních děl dodaných v minulosti zadavateli, uplatněných zadavatelem písemnou reklamací“, které jdou nad rámec zákonem vymezených kvalifikačních předpokladů, resp. požadavků a podmínek vymezujících předmět veřejné zakázky, čímž znemožnil v zadávacím řízení účast dodavatelům, kteří mají v jiné věci, která se zadávacím řízením nesouvisí, se zadavatelem spor,

2. nedodržel postup stanovený v § 48 odst. 1 citovaného zákona o veřejných zakázkách tím, že neodeslal zadávací dokumentaci v elektronické podobě nejpozději do 2 pracovních dnů ode dne doručení písemné žádosti dodavatele,

příčemž postup zadavatele uvedený pod bodem 1. podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky a postup zadavatele uvedený pod bodem 2. mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku.

III.

Za spáchání správních deliktů uvedených v bodech I. a II. výroku tohoto rozhodnutí se zadavateli městu Podbořany, IČ 00265365, se sídlem Mírová 615, 441 17 Podbořany, podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **ukládá pokuta ve výši 40 000 Kč** (čtyřicet tisíc korun českých), která je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „Úřad“ a „zákon“), obdržel dne 22.6.2011 podnět k prošetření postupu města Podbořany, IČ 00265365, se sídlem Mírová 615, 441 17 Podbořany, zastoupeného Mgr. Radkem Reindlem, starostou (dále jen „zadavatel“), ve veřejných zakázkách „Kasárna Podbořany – demolice objektů (III. etapa)“ a „Vybudování odpočinkové zóny v Schillerově parku v Podbořanech“. Úřad s obsahem podnětu, vedeným pod sp.zn. ÚOHS-P578/2011, seznámil zadavatele a současně si od něj vyžádal dokumentace o veřejných zakázkách, ze kterých vyplývají následující skutečnosti. Pozn.: Pokud je v textu rozhodnutí uveden odkaz na zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jedná se vždy o znění účinné v době zahájení zadávacího řízení.

Průběh zadávacích řízení

2. Zadavatel veřejnou zakázku „**Kasárna Podbořany – demolice objektů (III. etapa)**“, zadal ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě písemné výzvy ze dne 10.3.2011 k podání nabídky a prokázání splnění kvalifikace, učiněné podle § 38 zákona pěti zájemcům a souběžně ve lhůtě pro podání nabídek uveřejněné na profilu zadavatele. Základním hodnotícím kritériem stanovil nejnižší nabídkovou cenu. Zadavatel ve lhůtě pro podání nabídek obdržel 16 nabídek. Jak vyplývá ze zprávy o jednání hodnotící komise ze dne 11.5.2011, komise u tří z podaných nabídek konstatovala neprokázání splnění kvalifikace a nesplnění zadávacích podmínek v požadovaném rozsahu a tyto nabídky vyřadila. Komise dále sestavila pořadí zbývajících nabídek podle výše nabídkové ceny s tím, že nabídku s nejnižší nabídkovou cenou podal uchazeč Josef Brabec, podnikatel, podnikající pod obchodní firmou Josef Brabec - AMIGO, IČ 49906887, místo podnikání Dvořákova 1343, 440 01 Louny (dále jen „vybraný uchazeč Josef Brabec“). Zadavatel posouzení a hodnocení nabídek provedené komisí akceptoval a dne 11.5.2011 rozhodl o vyloučení uchazečů, jejichž nabídky byly vyřazeny, z účasti v zadávacím

řízení. Zadavatel téhož dne rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky a dne 23.6.2011 uzavřel s vybraným uchazečem Josefem Brabcem smlouvu o dílo, podle které činí cena díla 4 330 760,55 Kč bez DPH a 5 196 912,66 Kč vč. DPH.

3. Zadavatel veřejnou zakázku „**Vybudování odpočinkové zóny v Schillerově parku v Podbořanech**“, zadal ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě písemné výzvy ze dne 14.4.2011 k podání nabídky a prokázání splnění kvalifikace, učiněné podle § 38 zákona pěti zájemcům a souběžně ve lhůtě pro podání nabídek uveřejněné na profilu zadavatele. Základním hodnotícím kritériem stanovil nejnižší nabídkovou cenu. Zadavatel ve lhůtě pro podání nabídek obdržel celkem 9 nabídek. Jak vyplývá ze zprávy o jednání hodnotící komise ze dne 11.5.2011, komise u dvou z podaných nabídek konstatovala nesplnění zadávacích podmínek v požadovaném rozsahu a tyto nabídky vyřadila. Komise dále sestavila pořadí zbývajících nabídek podle výše nabídkové ceny s tím, že nabídku s nejnižší nabídkovou cenou podal uchazeč SWIETELSKY stavební s.r.o., IČ 48035599, se sídlem Pražská tř. 495/58, 370 04 České Budějovice, za niž jednají Ing. Walter Spitaler a Ing. Jiří Kozel, jednatelé (dále jen „vybraný uchazeč SWIETELSKY“). Zadavatel posouzení a hodnocení nabídek provedené komisí akceptoval a dne 8.6.2011 rozhodl o vyloučení uchazečů, jejichž nabídky byly vyřazeny, z účasti v zadávacím řízení. Zadavatel téhož dne rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky a dne 11.7.2011 uzavřel s vybraným uchazečem SWIETELSKY smlouvu o dílo, podle které činí cena díla 4 237 694,12 Kč bez DPH a 5 085 233,12 Kč vč. DPH.

Řízení před správním orgánem

4. Úřad po posouzení obsahu obdržené dokumentace zahájil správní řízení z moci úřední. Důvodem, a to u obou veřejných zakázek, byly následující pochybnosti o tom, zda zadavatel při poskytování zadávací dokumentace postupoval v souladu s ustanovením § 48 odst. 1 zákona, resp. zda omezil obsah zadávacích podmínek pouze na informace a doklady bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky. Úřad zahájení správního řízení oznámil jeho účastníkům dopisem ze dne 14.9.2011. Dnem 15.9.2011, kdy bylo oznámení doručeno prvnímu účastníkovi řízení, bylo podle § 113 zákona správní řízení zahájeno.
5. Účastníky řízení jsou podle § 116 zákona
- zadavatel,
 - vybraný uchazeč Josef Brabec,
 - vybraný uchazeč SWIETELSKY.
6. Účastníci řízení se ve stanovené lhůtě ani později ve správním řízení nevyjádřili.

Závěry Úřadu k jednotlivým úkonům zadavatele

7. Úřad přezkoumal na základě § 112 zákona postup zadavatele v zadávacích řízeních a po zhodnocení všech podkladů konstatuje, že zadavatel v obou případech nedodržel postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky. K tomu uvádí následující rozhodné skutečnosti.

Ad I. Veřejná zakázka „Kasárna Podbořany – demolice objektů (III. etapa)“

Ad I.1. Požadavky zadavatele uplatněné v zadávacích podmínkách

8. Podle § 6 zákona je zadavatel při postupu podle zákona povinen dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
9. Zadavatel v zadávacích podmínkách, které byly součástí výzvy ze dne 10.3.2011 k podání nabídek, požadavky na prokázání splnění kvalifikace stanovil pod bodem 8. Kvalifikace a kvalifikační předpoklady. Pod bodem 15. Ostatní podmínky zadavatel ve výzvě stanovil, že „uchazeči o veřejnou zakázku nesmí mít v den podání nabídky nesplněny žádné závazky vůči zadavateli po splatnosti“ a dále, že „uchazeči o veřejnou zakázku nesmí být v den podání nabídky v prodlení větším jak 6 měsíců ve věci odstranění závad stavebních děl dodaných v minulosti zadavateli, uplatněných zadavatelem písemnou reklamací“. V šetřeném zadávacím řízení bylo nesplnění podmínky, týkající se prodlení s odstraněním závad stavebních děl dodaných v minulosti zadavateli, jediným důvodem pro vyloučení uchazeče EKOSTAVBY Louny s.r.o., Louny (dále jen „uchazeč EKOSTAVBY“), z účasti v zadávacím řízení. Zadavatel vyloučení uchazeče EKOSTAVBY v písemném oznámení ze dne 12.5.2011 odůvodnil tím, že „uchazeč odmítá návrh zadavatele na kompletní výměnu povrchů tenisových kurtů v rámci stavby „Sportovní areál TJ Tatran“..., zadavatel tím nepovažuje reklamaci za vyřízenou“.
10. Úřad uvádí, že účelem stanovení požadavků na prokázání splnění kvalifikace a následně posouzení kvalifikace je zajistit, aby v zadávacím řízení byly hodnoceny pouze nabídky uchazečů, kteří jsou schopni kvalifikovaně splnit předmět veřejné zakázky. Požadavky na prokázání splnění kvalifikace stanoví zadavatel v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení, a to v souladu s ustanoveními § 50 až § 57 zákona. „Kvalifikace“ tedy dokládá schopnost uchazeče splnit veřejnou zakázku, není však měřítkem výhodnosti jeho nabídky podané v zadávacím řízení. Požadavky zadavatele, že „uchazeči nesmí mít v den podání nabídky žádné závazky vůči zadavateli po splatnosti“, resp. že „nesmí být v den podání nabídky v prodlení s odstraněním závad stavebních děl dodaných v minulosti zadavateli“, uplatněné v šetřeném případě v zadávací dokumentaci, nemají, co se týče schopnosti uchazeče splnit předmět veřejné zakázky, žádnou vypovídací hodnotu a nelze je proto podřadit pod žádný z druhů kvalifikačních předpokladů, vymezených v § 50 odst. 1 zákona. Předmětné požadavky pak nelze zařadit ani mezi požadavky a podmínky vymezující předmět veřejné zakázky ve smyslu ustanovení § 44 odst. 1 zákona, neboť nemají k předmětu zadávané veřejné zakázky žádný vztah. Zadavatel proto nepostupoval v souladu se zákonem, pokud těmito požadavky podmínil účast dodavatelů v zadávacím řízení.
11. Na základě uvedených skutečností Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel zásadu zákazu diskriminace stanovenou v § 6 zákona, neboť stanovením požadavků, že „uchazeči nesmí mít v den podání nabídky nesplněny žádné závazky vůči zadavateli po splatnosti“, resp. že „uchazeči nesmí být v den podání nabídky v prodlení větším jak 6 měsíců ve věci odstranění závad stavebních děl dodaných v minulosti zadavateli, uplatněných reklamací“ (jdoucími nad rámec zákonem vymezených kvalifikačních předpokladů, resp. požadavků a podmínek vymezujících předmět veřejné zakázky) znemožnil účast dodavatelům, kteří mají – ve věci jiné, skutkově ani právně se zadávacím řízením nesusouvisející – se zadavatelem spor (viz důvod

vyločení uchazeče EKOSTAVBY, citovaný pod bodem 9. odůvodnění). Postup zadavatele tak mohl podstatně ovlivnit i výběr nejvhodnější nabídky, neboť stanovení předmětných požadavků jako podmínky pro účast v zadávacím řízení mohlo některé potenciální dodavatele vést k tomu, že mohli – a to právě z důvodů „sporů“ se zadavatelem v jiné věci – rezignovat na podání nabídky, přičemž nelze v této souvislosti vyloučit podání výhodnější nabídky těmito dodavateli než byla nabídka vybraného uchazeče.

Ad I.2. Poskytování zadávací dokumentace

12. Podle § 48 odst. 1 zákona neposkytl-li zadavatel ve zjednodušeném podlimitním řízení přístup k zadávací dokumentaci způsobem, který umožňuje dálkový přístup, předá zadávací dokumentaci v listinné podobě dodavateli na jeho žádost bezodkladně. Na žádost dodavatele odešle zadavatel dodavateli zadávací dokumentaci v elektronické podobě ve zjednodušeném podlimitním řízení nejpozději do 2 pracovních dnů ode dne doručení písemné žádosti dodavatele.
13. V šetřeném případě zadavatel přístup k zadávací dokumentaci způsobem, který umožňuje dálkový přístup, neposkytl. Zadavatel v zadávacích podmínkách, které byly součástí výzvy ze dne 10.3.2011 k podání nabídek pod bodem 12. stanovil, že „zadávací dokumentace v elektronické podobě bude uchazečům poskytnuta na základě přihlášky do soutěže, která bude zaslána na adresu zadavatele, přičemž lhůta pro podání přihlášek je nejpozději do 1.4.2011. Zadávací dokumentace v elektronické podobě bude poskytnuta dne 11.4.2011 od 9,00 hod. do 16,00 hod. v sídle zadavatele. Uchazečům, kteří si zadávací dokumentaci vyžádají po uplynutí stanovené lhůty nebude zadávací dokumentace vydána. Zadávací dokumentace nebude zasílána poštou.“ Lhůta pro podání nabídek byla v šetřeném případě stanovena do 11.5.2011. Ve stanovené lhůtě se o zadávací dokumentaci přihlásilo („přihlášky“ jednotlivých dodavatelů byly zadavateli doručeny v rozpětí od 14.3.2011 do 1.4.2011) a zadávací dokumentaci si dne 11.4.2011 vyzvedlo celkem 26 subjektů. Jak vyplývá z dokumentace, zadavatel po uplynutí lhůty pro podání „přihlášek do soutěže“ vydal na základě dodatečných žádostí zadávací dokumentaci dalším 4 subjektům. Pozn. Úřad k této skutečnosti přihlédl při rozhodování o výši uložené sankce, viz bod 40. odůvodnění rozhodnutí.
14. Úřad uvádí, že zadávací dokumentace je základním dokumentem, na jehož základě dodavatelé zpracovávají své nabídky. Zadavatel proto musí přístup k zadávací dokumentaci dodavatelům zajistit tak, aby nebyl ve vztahu k některým dodavatelům selektivní. Pokud zadavatel neposkytne přístup k zadávací dokumentaci způsobem, který umožňuje dálkový přístup, je – v případě zjednodušeného podlimitního řízení a pokud zadávací dokumentaci poskytuje v elektronické podobě – povinen zadávací dokumentaci odeslat dodavateli nejpozději do 2 pracovních dnů ode dne doručení písemné žádosti dodavatele. V šetřeném případě zadavatel tedy nepostupoval v souladu se zákonem, neboť na jednotlivé žádosti nereagoval odesláním zadávací dokumentace do 2 pracovních dnů, jak mu to ukládá zákon, ale žádosti dodavatelů kumuloval a dokumentace pak vydal v jeden den. Zadavatel současně vydávání zadávací dokumentace v rozporu se zákonem, který v tomto smyslu nestanovuje žádný časový limit, omezil podáním žádosti o zadávací dokumentaci do 1.4.2011, ačkoliv lhůta pro podání nabídek byla stanovena do 11.5.2011.

15. Na základě uvedených zjištění Úřad konstatuje, že zadavatel způsobem, kterým v zadávacím řízení poskytoval zadávací dokumentaci, nedodržel postup stanovený v § 48 odst. 1 zákona, přičemž postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit i výběr nejvhodnější nabídky, neboť omezení poskytování zadávací dokumentace mohlo vést některé potenciální dodavatele k tomu, že po uplynutí lhůty pro podání „příhlášek do soutěže“ mohli rezignovat na podání žádosti o zadávací dokumentaci a následné podání nabídky. Tímto způsobem mohl být omezen okruh uchazečů podávajících nabídku, přičemž nelze v této souvislosti vyloučit podání výhodnější nabídky některým z potenciálních dodavatelů než byla nabídka vybraného uchazeče.
16. 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. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že nedodržení postupů stanovených zákonem uvedených výše pod body I.1. a I.2. výroku tohoto rozhodnutí, se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

Ad II. Veřejná zakázka „Vybudování odpočinkové zóny v Schillerově parku v Podbořanech“

Ad II.1. Požadavky zadavatele uplatněné v zadávacích podmínkách

17. Podle § 6 zákona je zadavatel při postupu podle zákona povinen dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
18. Zadavatel v zadávacích podmínkách, které byly součástí výzvy ze dne 14.4.2011 k podání nabídek, požadavky na prokázání splnění kvalifikace stanovil pod bodem 8. Kvalifikace a kvalifikační předpoklady. Pod bodem 15. Ostatní podmínky zadavatel ve výzvě stanovil, že „uchazeči o veřejnou zakázku nesmí mít v den podání nabídky nesplněny žádné závazky vůči zadavateli po splatnosti“ a dále, že „uchazeči o veřejnou zakázku nesmí být v den podání nabídky v prodlení větším jak 6 měsíců ve věci odstranění závad stavebních děl dodaných v minulosti zadavateli, uplatněných zadavatelem písemnou reklamací“. V šetřeném zadávacím řízení bylo nesplnění podmínky, týkající se prodlení s odstraněním závad stavebních děl dodaných v minulosti zadavateli, jediným důvodem pro vyloučení uchazeče EKOSTAVBY z účasti v zadávacím řízení. Zadavatel vyloučení uchazeče EKOSTAVBY v písemném oznámení ze dne 12.5.2011 odůvodnil tím, že „uchazeč odmítá návrh zadavatele na kompletní výměnu povrchů tenisových kurtů v rámci stavby „Sportovní areál TJ Tatran“..., zadavatel tím nepovažuje reklamaci za vyřízenou“. Nabídková cena uchazeče EKOSTAVBY byla přitom v zadávacím řízení nejnížší a zadavatel jako základní hodnotící kritérium pro zadání veřejné zakázky stanovil nejnížší nabídkovou cenu.
19. Úřad uvádí, že účelem stanovení požadavků na prokázání splnění kvalifikace a následně posouzení kvalifikace je zajistit, aby v zadávacím řízení byly hodnoceny pouze nabídky uchazečů, kteří jsou schopni kvalifikovaně splnit předmět veřejné zakázky. Požadavky na prokázání splnění kvalifikace stanoví zadavatel v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení, a to v souladu s ustanoveními § 50 až § 57 zákona. „Kvalifikace“ tedy dokládá schopnost uchazeče splnit veřejnou zakázku, není však měřítkem výhodnosti jeho nabídky podané v zadávacím řízení. Požadavky zadavatele, že „uchazeči nesmí mít v den podání nabídky žádné

závazky vůči zadavateli po splatnosti“, resp. že „nesmí být v den podání nabídky v prodlení s odstraněním závad stavebních děl dodaných v minulosti zadavateli“, uplatněné v šetřeném případě v zadávací dokumentaci, nemají, co se týče schopnosti uchazeče splnit předmět veřejné zakázky, žádnou vypovídací hodnotu a nelze je proto podřadit pod žádný z druhů kvalifikačních předpokladů, vymezených v § 50 odst. 1 zákona. Předmětné požadavky pak nelze zařadit ani mezi požadavky a podmínky vymezující předmět veřejné zakázky ve smyslu ustanovení § 44 odst. 1 zákona, neboť nemají k předmětu zadávané veřejné zakázky žádný vztah. Zadavatel proto nepostupoval v souladu se zákonem, pokud těmito požadavky podmínil účast dodavatelů v zadávacím řízení.

20. Na základě uvedených skutečností Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel zásadu zákazu diskriminace stanovenou v § 6 zákona, neboť stanovením požadavků, že „uchazeči nesmí mít v den podání nabídky nesplněny žádné závazky vůči zadavateli po splatnosti“, resp. že „uchazeči nesmí být v den podání nabídky v prodlení větším jak 6 měsíců ve věci odstranění závad stavebních děl dodaných v minulosti zadavateli, uplatněných reklamací“ (jdoucími nad rámec zákonem vymezených kvalifikačních předpokladů, resp. požadavků a podmínek vymezujících předmět veřejné zakázky) znemožnil účast dodavatelům, kteří mají – ve věci jiné, skutkově ani právně s šetřeným zadávacím řízením nesouvisející – se zadavatelem spor (viz důvod vyloučení uchazeče EKOSTAVBY citovaný pod bodem 18. odůvodnění). Postup zadavatele tak mohl podstatně ovlivnit a také podstatně ovlivnil i výběr nejvhodnější nabídky, neboť stanovení předmětných požadavků jako podmínky pro účast v zadávacím řízení jednak mohlo některé potenciální dodavatele vést k tomu, že mohli – a to právě z důvodů „sporů“ se zadavatelem v jiné věci – rezignovat na podání nabídky, čímž mohl být ovlivněn okruh uchazečů podávajících nabídku a v této souvislosti nelze vyloučit ani podání výhodnější nabídky těmito dodavateli než byla nabídka vybraného uchazeče, a jednak vedlo i k vyloučení uchazeče EKOSTAVBY z účasti v zadávacím řízení, přičemž jeho nabídková cena byla v zadávacím řízení nejnižší a zadavatel jako základní hodnotící kritérium stanovil nejnižší nabídkovou cenu.

Ad II.2. Poskytování zadávací dokumentace

21. Podle § 48 odst. 1 zákona neposkytne-li zadavatel ve zjednodušeném podlimitním řízení přístup k zadávací dokumentaci způsobem, který umožňuje dálkový přístup, předá zadávací dokumentaci v listinné podobě dodavateli na jeho žádost bezodkladně. Na žádost dodavatele odešle zadavatel dodavateli zadávací dokumentaci v elektronické podobě ve zjednodušeném podlimitním řízení nejpozději do 2 pracovních dnů ode dne doručení písemné žádosti dodavatele.
22. V šetřeném případě zadavatel přístup k zadávací dokumentaci způsobem, který umožňuje dálkový přístup, neposkytl. Zadavatel v zadávacích podmínkách, které byly součástí výzvy ze dne 14.4.2011 k podání nabídek pod bodem 12. stanovil, že „zadávací dokumentace v elektronické podobě bude uchazečům poskytnuta na základě přihlášky do soutěže, která bude zaslána na adresu zadavatele, přičemž lhůta pro podání přihlášek je nejpozději do 29.4.2011. Zadávací dokumentace v elektronické podobě bude poskytnuta dne 9.5.2011 od 9,00 hod. do 16,00 hod. v sídle zadavatele. Uchazečům, kteří si zadávací dokumentaci vyžádají po uplynutí stanovené lhůty nebude zadávací dokumentace vydána. Zadávací dokumentace nebude zasílána poštou.“ Lhůta pro podání nabídek byla v šetřeném případě zadavatelem stanovena do 8.6.2011. Ve stanovené lhůtě se o zadávací dokumentaci přihlásilo

(příhlášky jednotlivých dodavatelů byly zadavateli doručeny v rozpětí od 18.4.2011 do 29.4.2011) a zadávací dokumentaci si dne 9.5.2011 vyzvedlo celkem 17 subjektů.

23. Úřad uvádí, že zadávací dokumentace je základním dokumentem, na jehož základě dodavatelé zpracovávají své nabídky. Zadavatel proto musí přístup k zadávací dokumentaci dodavatelům zajistit tak, aby nebyl ve vztahu k některým dodavatelům selektivní. Pokud zadavatel neposkytne přístup k zadávací dokumentaci způsobem, který umožňuje dálkový přístup, je – v případě zjednodušeného podlimitního řízení a pokud zadávací dokumentaci poskytuje v elektronické podobě – povinen zadávací dokumentaci odeslat dodavateli nejpozději do 2 pracovních dnů ode dne doručení písemné žádosti dodavatele. V šetřeném případě zadavatel tedy nepostupoval v souladu se zákonem, neboť na jednotlivé žádosti nereagoval odesláním zadávací dokumentace do 2 pracovních dnů tak, jak mu to ukládá zákon, ale žádosti dodavatelů kumuloval a dokumentace pak vydal v jeden den. Zadavatel současně vydávání zadávací dokumentace v rozporu se zákonem, který v tomto smyslu nestanovuje žádný časový limit, omezil podáním žádosti o zadávací dokumentaci do 29.4.2011, ačkoliv lhůta pro podání nabídek byla stanovena do 8.6.2011.
24. Na základě uvedených zjištění Úřad konstatuje, že zadavatel způsobem, kterým v zadávacím řízení poskytoval zadávací dokumentaci, nedodržel postup stanovený v § 48 odst. 1 zákona, přičemž postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit i výběr nejvhodnější nabídky, neboť omezení poskytování zadávací dokumentace mohlo vést některé potenciální dodavatele k tomu, že po uplynutí lhůty pro podání „příhlášek do soutěže“ mohli rezignovat na podání žádosti o zadávací dokumentaci a tak i na následné podání nabídky. Tímto způsobem mohl být omezen okruh uchazečů podávajících nabídku, přičemž nelze v této souvislosti vyloučit ani podání výhodnější nabídky některým z potenciálních dodavatelů než byla nabídka vybraného uchazeče.
25. 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. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že nedodržením postupů stanovených zákonem uvedených výše pod body II.1. a II.2. výroku tohoto rozhodnutí, se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

Ad III. Uložení pokuty

26. 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.
27. Jak vyplývá z výroku I. tohoto rozhodnutí, který se týká veřejné zakázky „**Kasárna Podbořany – demolice objektů (III. etapa)**“, zadavatel se v šetřeném případě dopustil správního deliktu tím, že
- nedodržel zásadu zákazu diskriminace stanovenou v § 6 zákona, neboť v zadávacích podmínkách stanovil požadavky jdoucí nad rámec zákonem vymezených kvalifikačních předpokladů, resp. požadavků a podmínek vymezujících předmět veřejné zakázky, čímž

v zadávacím znemožnil účast dodavatelům, kteří mají ve věci jiné, se zadávacím řízením nesouvisející, se zadavatelem spor,

- neposkytoval zadávací dokumentaci v souladu § 48 odst. 1 zákona, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a tím, že uzavřel dne 23.6.2011 s uchazečem Josefem Brabcem smlouvu, podle které činí cena díla 4 330 760,55 Kč bez DPH a 5 196 912,66 Kč vč. DPH, zadavatel naplnil skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

28. Úřad připomíná, že zákon označuje za správní delikt nejen jednání, které prokazatelně ovlivnilo zadávací řízení, ale i takové jednání, které pouze mělo potenciál takového ovlivnění, aniž nutně k tomuto ovlivnění prokazatelně došlo. Úvaha Úřadu nad případnými následky úkonů zadavatele je v této souvislosti součástí správního uvážení Úřadu a je pojmovou součástí skutkové podstaty spáchání správního deliktu.

29. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezhájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl z podnětu, který obdržel dne 22.6.2011. Ke spáchání správního deliktu pak došlo dne 23.6.2011, kdy zadavatel uzavřel smlouvu. Z uvedených údajů vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.

30. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky, jde-li o správní delikt podle odst. 1 písm. a) téhož ustanovení zákona. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu, činí podle uzavřené smlouvy 5 196 912,66 Kč vč. DPH. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy v šetřeném případě je 259 845,60 Kč.

31. Jak vyplývá z části II. tohoto rozhodnutí, která se týká veřejné zakázky „**Vybudování odpočinkové zóny v Schillerově parku v Podbořanech**“, zadavatel se v šetřeném případě dopustil správního deliktu tím, že

- nedodržel zásadu zákazu diskriminace stanovenou v § 6 zákona, neboť v zadávacích podmínkách stanovil požadavky jdoucí nad rámec zákonem vymezených kvalifikačních předpokladů, resp. požadavků a podmínek vymezujících předmět veřejné zakázky, čímž v zadávacím znemožnil účast dodavatelům, kteří mají ve věci jiné, se zadávacím řízením nesouvisející, se zadavatelem spor,

- neposkytoval zadávací dokumentaci v souladu § 48 odst. 1 zákona, přičemž tento postup zadavatele podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky a tím, že uzavřel dne 11.7.2011 s uchazečem SWIETELSKY smlouvu, podle které činí cena díla 4 237 694,12 Kč bez DPH a 5 085 233,12 Kč vč. DPH, zadavatel naplnil skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

32. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezhájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl z podnětu, který obdržel dne 22.6.2011. Ke spáchání správního deliktu pak došlo dne 11.7.2011, kdy zadavatel uzavřel smlouvu. Z uvedených údajů vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.

33. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a) téhož ustanovení zákona. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu, činí podle uzavřené smlouvy 5 085 233,12 Kč vč. DPH. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy v šetřeném případě je 254 261,65 Kč.
34. V souladu se zásadou absorpce v rámci správně-právního trestání (za více přestupků téhož pachatele projednaných ve společném řízení se uloží sankce podle ustanovení vztahujícího se na přestupek nejprůšněji postižitelný) Úřad ve správním řízení uloží pokutu podle průšněji trestného správního deliktu. V daném případě tedy principu absorpce podléhají nejprůšněji postižitelné skutkové podstaty správních deliktů spáchaných při zadávání obou veřejných zakázek. Vzhledem k tomu, že sankce mají být v obou případech uloženy podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona, tedy má být uložena pokuta do 5 % ceny zakázky, zakázkou s nejvyšším možným postihem je zakázka nejvyšší hodnoty, tedy veřejná zakázka „Kasárna Podbořany – demolice objektů (III. etapa)“, jejíž hodnota je 5 196 912,66 Kč vč. DPH. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy je 259 845,60 Kč.
35. Podle § 121 odst. 2 zákona, se při určení výše pokuty přihledne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchaní a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchan.
36. Co se týče způsobu, resp. okolností za kterých byl správní delikt spáchan, Úřad v tomto rozhodnutí konstatoval, že v obou šetřených případech
- zadavatel stanovením požadavků, jdoucích nad rámec zákonem vymezených kvalifikačních předpokladů, resp. požadavků a podmínek vymezuujících předmět veřejné zakázky, znemožnil účast dodavatelům, kteří mají ve věci jiné, s šetřeným zadávacím řízením nesouvisející, se zadavatelem spor, zadavatel tímto postupem nedodržel zásadu zákazu diskriminace stanovenou v § 6 zákona, neboť za formu nepřipustné diskriminace v zadávacím řízení je třeba považovat i takový postup zadavatele, kterým zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku, ačkoliv by tito dodavatelé byli jinak k plnění veřejné zakázky objektivně způsobilí a mohli ho realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní,
 - zadavatel neposkytoval zadávací dokumentaci v souladu s ustanovením § 48 odst. 1 zákona.
37. Následkem uvedených úkonů zadavatele byla v obou šetřených případech skutečnost, že
- stanovením předmětných požadavků jako podmínky pro účast v zadávacím řízení mohlo některé potencionální dodavatele vést k tomu, že mohli z důvodů „sporů“ se zadavatelem v jiné věci, rezignovat na podání nabídky, vyloučení uchazeče EKOSTAVBY z účasti v zadávacích řízeních je pro to relevantním argumentem,
 - obdobně omezení poskytování zadávací dokumentace mohlo vést některé potencionální dodavatele k tomu, že po uplynutí lhůty pro podání „přihlášek do soutěže“ mohli rezignovat na podání žádosti o zadávací dokumentaci a tak i na následné podání nabídky.
- Postupem zadavatele tak mohl být ovlivněn okruh dodavatelů podávajících nabídku, přičemž nelze vyloučit, že tito mohli nabídnout výhodnější plnění pro zadavatele, než vybraný uchazeč. V případě vyloučení uchazeče EKOSTAVBY z účasti v zadávacím řízení „Vybudování odpočinkové zóny v Schillerově parku v Podbořanech“, kdy byla nabídka tohoto uchazeče v rámci základního hodnotícího kritéria nejnižší nabídková cena nejvhodnější, pak je podstatné ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky přímo prokazatelné.

38. Co se týče stupně závažnosti správního deliktu Úřad konstatuje, že postupy zadavatele uvedené pod body I. a II. výroku měly za výše uvedených okolností potenciál celé zadávací řízení ovlivnit. V případě zadávacího řízení „Vybudování odpočinkové zóny v Schillerově parku v Podbořanech“ pak v této souvislosti k ovlivnění zadávacího řízení prokazatelně došlo. Úřad proto okolnosti a následky spáchání správního deliktu zadavatelem posoudil jako závažné.
39. Úřad při rozhodování o výši uložené sankce obecně vychází z premisy, že pokuta uložená zadavateli za spáchání správního deliktu má plnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní, tj. postih za porušení povinností stanovených zákonem, a funkci preventivní, která směřuje k předcházení jeho porušování, resp. k jednání, které je s ním v souladu.
40. Po zvážení okolností šetřeného případu se Úřad v šetřeném případě rozhodl zdůraznit preventivní účinek uložení sankce. Úřad v této souvislosti zohlednil zejména fakt, že v případě veřejné zakázky „Kasárna Podbořany – demolice objektů (III. etapa)“ mělo jednání zadavatele pouze potenciál ovlivnění zadávacího řízení, neboť zadavatel poskytoval zadávací dokumentaci na základě žádostí dodavatelů podaných i po lhůtě pro podání „příhlášky do soutěže“ a nabídky vyřazené v tomto zadávacím řízení pak nebyly, co se týče nabídkové ceny, nižší než nabídková cena vybraného uchazeče Josefa Brabce.
41. S přihlédnutím k okolnostem spáchání správního deliktu a k nutnosti naplnění sankčních účinků však Úřad nemohl zcela upustit od sankčního postihu. V tomto smyslu proto Úřad uložil pokutu ve výši 40 000 Kč, tedy při dolní hranici zákonné sazby s tím, že ji z uvedených důvodů považuje za dostatečnou a přiměřenou.
42. Při určení výše pokuty Úřad neopominul zohlednit ani ekonomickou situaci zadavatele, kdy v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“ (viz nálezn Ústavního soudu č. 405 uveřejněný ve Sbírce zákonů, částka 142/2002 Sb., podle kterého jsou nepřipustné takové pokuty, jež mají pro daný subjekt likvidační charakter). Úřad k tomu uvádí, že ze schváleného rozpočtu města Podbořany, zveřejněného na jeho webových stránkách, vyplývá, že zadavatel jako finanční objem příjmů i výdajů v roce 2011 plánoval částku 156 420 tisíc 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.
43. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť obě veřejné zakázky jsou již realizovány a nápravy tedy nelze dosáhnout jinak. Uložená pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu Brno zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710. Jako variabilní symbol zadavatel uvede své identifikační číslo.

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.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

Město Podbořany, Mírová 615, 441 17 Podbořany

Josef Brabec, podnikatel, podnikající pod obchodní firmou Josef Brabec - AMIGO, Dvořákova 1343, 440 01 Louny

SWIETELSKY stavební s.r.o., Pražská tř. 495/58, 370 04 České Budějovice

Vypraveno dne:

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