



UOHSX003JLDK

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S65/2011/VZ-6432/2011/510/MGr

V Brně dne: 18. července 2011

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení, zahájeném z moci úřední dne 23. 2. 2011, jehož účastníky jsou

- zadavatel – město Spálené Poříčí, IČ 00257249, se sídlem Náměstí Svobody 132, 335 61 Spálené Poříčí, zastoupené Ing. Pavlem Čížkem, starostou, ve správním řízení zastoupené na základě plné moci ze dne 19. 5. 2011 JUDr. Martinem Nedelkou, Ph.D., advokátem advokátní kanceláře Schönherr s. r. o., IČ 26500981, se sídlem nám. Republiky 1079/1a, 110 00 Praha 1,
- vybraný uchazeč – DŘEVOPROGRES, s. r. o., IČ 27744108, se sídlem Nad Kostelem 390, 687 62 Dolní Němčí, za niž jedná Ladislav Ďurana, jednatel,
- vybraný uchazeč – SILBA – Elstav, s. r. o., IČ 64358844, se sídlem Letkov 155, 315 00 Plzeň, za niž jedná Václav Kuneš, 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, zadavatelem tím, že nevyzval k podání nabídky na veřejnou zakázku "Základní škola Spálené Poříčí – udržitelné využívání zdrojů energie" rozdělenou na dvě části, zadávanou ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy ze dne 6. 8. 2008 nejméně 5 zájemců, přicházejících v úvahu k plnění veřejné zakázky, že nevyloučil ze zadávacího řízení uchazeče nespĺňující kvalifikaci a rovněž že nezveřejnil výzvu k podání nabídek na úřední desce,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – město Spálené Poříčí, IČ 00257249, se sídlem Náměstí Svobody 132, 335 61 Spálené Poříčí – **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 ust. § 60 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, když nevyločil ze zadávacího řízení uchazeče společnost DŘEVOPROGRES, s. r. o. a společnost SILBA – Elstav, s. r. o. nespĺňující kvalifikaci v požadovaném rozsahu, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel – město Spálené Poříčí, IČ 00257249, se sídlem Náměstí Svobody 132, 335 61 Spálené Poříčí – uzavřel dne 30. 9. 2008 smlouvu o dílo na plnění první části a dne 26. 9. 2008 na plnění druhé části veřejné zakázky „Základní škola Spálené Poříčí – udržitelné využívání zdrojů energie“.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. se podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavateli – městu Spálené Poříčí, IČ 00257249, se sídlem Náměstí Svobody 132, 335 61 Spálené Poříčí – ukládá

pokuta ve výši 150 000 Kč (sto padesát tisíc korun českých).

Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí 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 20. 10. 2010 podnět, týkající se postupu zadavatele města Spálené Poříčí, IČ 00257249, se sídlem Náměstí Svobody 132, 335 61 Spálené Poříčí, zastoupeného Ing. Pavlem Čížkem, starostou, ve správním řízení zastoupeného na základě plné moci ze dne 19. 5. 2011 JUDr. Martinem Nedelkou, Ph.D., advokátem advokátní kanceláře Schönherr s. r. o., IČ 26500981 se sídlem nám. Republiky 1079/1a, 110 00 Praha 1 (dále jen „zadavatel“), ve veřejné zakázce „Základní škola Spálené Poříčí – udržitelné využívání zdrojů energie“ rozdělené na dvě části, zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy ze dne 6. 8. 2008. Předmětem první části této veřejné zakázky je „výměna oken včetně úpravy parapetů“ (podle výkazu výměr „součástí dodávky a montáže oken bude rovněž demontáž stávajících oken, včetně jejich likvidace a součástí oken bude i osazení venkovních a vnitřních parapetů, které budou korespondovat se stávající tloušťkou zdi, včetně uvažovaného zateplení dle stavebních výkresů“). Předmětem druhé části veřejné zakázky je „provedení nového vytápění, vzduchotechniky, zateplení stěn a stropů“.
2. Na základě obdrženého podnětu si Úřad vyžádal příslušnou dokumentaci o veřejné zakázce. Po přezkoumání předložené dokumentace získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem při vyzývání zájemců k plnění veřejné zakázky, respektive že zadavatel nevyzval k podání nabídky na veřejnou zakázku "Základní škola Spálené Poříčí – udržitelné využívání zdrojů energie" nejméně 5 zájemců, přicházejících v úvahu k plnění veřejné zakázky.

Účastníky správního řízení jsou:

- zadavatel – město Spálené Poříčí,

- vybraný uchazeč – DŘEVOPROGRES, s. r. o., IČ 27744108, se sídlem Nad Kostelem 390, 687 62 Dolní Němčí, za niž jedná Ladislav Ďurana, jednatel (dále jen „DŘEVOPROGRES, s. r. o.“),
 - vybraný uchazeč – SILBA – Elstav s. r. o., IČ 64358844, se sídlem Letkov 155, 315 00 Plzeň, za niž jedná Václav Kuneš, jednatel (dále jen „SILBA – Elstav s. r. o.“).
3. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům správního řízení dopisem č. j. ÚOHS-S65/2011/VZ-2611/2011/510/MGr ze dne 23. 2. 2011. Současně Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S65/2011/VZ-2612/2011/510/MGr ze dne 23. 2. 2011 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.
4. Úřad dne 4. 3. 2011 obdržel stanovisko zadavatele, ve kterém uvádí, že ustanovení § 98 odst. 4 zákona hovoří o tom, že je-li veřejná zakázka zadávaná na části, vztahují se ustanovení zákona týkající se postupů zadavatele v zadávacím řízení či práv a povinností dodavatele na každou jednotlivou část, není-li uvedeno jinak, přičemž z citovaného ustanovení dovozuje, že se na jednotlivé části nahlíží, jako by šlo o samostatně zadávané veřejné zakázky. Zadavatel dále cituje ustanovení § 38 odst. 1 a § 17 písm. a) a n) zákona, týkající se zájemců o veřejnou zakázku a jejich vyzývání, k čemuž dále uvádí, že jakkoli nezpochybňuje, že se musí jednat o zájemce působícího na relevantním trhu, nelze dle přesvědčení zadavatele pojem „zájemce“ ve zmíněném kontextu vykládat tak, že se musí jednat o zájemce v plném rozsahu „kvalifikované“. Dále podotýká, že například u ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů a technických kvalifikačních předpokladů, které je zadavatel oprávněn vyžadovat, stěží předem ověří, zda jsou dodavatelé kvalifikovaní pro plnění veřejné zakázky či nikoliv. Proces ověřování splnění kvalifikace zákon včleňuje do fáze posuzování nabídek a vztahuje jej ke konkrétním dokladům a informacím k prokázání splnění kvalifikace, které byly jednotlivými dodavateli v rámci nabídky předloženy. Podle zadavatele tudíž nelze paušálně tvrdit, že by bylo jeho povinností předem zjišťovat, zda jím vyzvaní dodavatelé budou v zadávacím řízení schopni kvalifikaci splnit, resp. prokázat její splnění. Zadavatel rovněž odkazuje na rozhodnutí Úřadu ÚOHS-S319/2007, kde je konstatováno, že za dodavatele je třeba považovat ty osoby, které dodávají sortiment odpovídající předmětu veřejné zakázky. V předmětné veřejné zakázce zadavatel oslovil subjekty, u nichž měl spolehlivě zjištěno, že jsou schopny předmět veřejné zakázky splnit (průzkumem trhu, zjišťováním u ostatních zadavatelů) a vedle toho se rozhodl oslovit rovněž subjekt, který dne 30. 6. 2008 (tj. několik týdnů před odesláním výzvy) sám požádal o to, aby byl zařazován do okruhu subjektů vyzývaných k plnění veřejných zakázek, a to včetně takových, jejichž předmětem je realizace stavebních a zateplovacích prací (kopie dopisu společnosti DŘEVOPROGRES, s. r. o. ze dne 30. 6. 2008, kterou zaslal zadavatel jako přílohu ke svému vyjádření, je založena ve spisu). Zadavatel tedy, s úmyslem rozšířit okruh potenciálních dodavatelů, požádal o nabídku rovněž tento subjekt (společnost DŘEVOPROGRES, s. r. o. – pozn. Úřadu), který se dosud prací přímo pro zadavatele či okolní zadavatele neprofiloval, čímž chtěl zvýšit konkurenci a dosáhnout příznivější ceny za poptávané plnění. Zadavatel tedy usoudil, že pokud sám zájemce DŘEVOPROGRES, s. r. o. cca 3 týdny před zahájením zadávacího řízení zadavateli deklaroval, že je schopen splnit předmět zakázek, které spočívají v uskutečnění zateplovacích prací, nelze přičítat k tíži zadavatele, že v dobré víře v pravdivost tohoto prohlášení dodavatele k podání nabídky na realizaci těchto prací vyzval. Zadavatel se dále s ohledem na výše citované rozhodnutí Úřadu domnívá, že za

porušení zákona spočívající v nedodržení povinnosti oslovit dostatečný počet zájemců je nutno považovat jedině takový případ, kdy je prokázáno, že některý z vyzvaných zájemců nebude v době oznámení veřejné zakázky schopen veřejnou zakázku objektivně splnit, k čemuž v daném případě dle zadavatele nedošlo. Zadavatel rovněž podotýká, že pokud by dodavatel nebyl schopen pokrýt sám celé požadované plnění či prokázat kvalifikaci v plném rozsahu, mohl spojit své síly s jiným dodavatelem a prokázat kvalifikaci v rámci společné nabídky více dodavatelů (viz § 51 odst. 5 a 6 zákona) či prostřednictvím subdodavatele (viz § 51 odst. 4 zákona). Zadavatel dále zastává názor, že si DŘEVOPROGRES, s. r. o. mohl rovněž potřebné oprávnění k podnikání ve lhůtě pro podání nabídky zajistit, neboť k plnění předmětu veřejné zakázky postačovalo živnostenské oprávnění ohlašovací, u něž vzniká oprávnění provozovat živnost dnem ohlášení. Závěrem zadavatel dodává, že nad rámec své zákonné povinnosti uveřejnil výzvu k podání nabídek po celou dobu trvání lhůty pro podání nabídek rovněž na internetových stránkách (vedle vyvěšení výzvy na své úřední desce), čímž rozšířil jmenovitý seznam zájemců na neomezený okruh dodavatelů, kteří měli možnost se zadávacího řízení zúčastnit. Vzhledem k výše uvedeným argumentům navrhuje zadavatel zastavení správního řízení podle § 117a písm. d) zákona.

5. Dne 7. 3. 2011 obdržel Úřad vyjádření vybraného uchazeče SILBA – Elstav s. r. o., ve kterém píše, že splnil stanovené požadavky na prokázání všech profesních a kvalifikačních předpokladů a jako vybraný uchazeč se stal, na základě řádně uzavřené smlouvy o dílo se zadavatelem, zhotovitelem druhé části zakázky spočívající v provedení nového vytápění, vzduchotechniky a zateplení stěn a stropů budovy základní školy ve Spáleném poříčí, přičemž všechny závazky plynoucí z předmětné smlouvy naplnil a zakázku v dobré kvalitě ke spokojenosti zadavatele řádně dokončil. Dále podotýká, že žádné skutečnosti, které by se týkaly pochybností, že některý z ostatních zájemců o získání veřejné zakázky nebo vybraný uchazeč nesplňoval kvalifikační požadavky, mu nejsou známy.
6. Vybraný uchazeč DŘEVOPROGRES, s. r. o. se ve lhůtách, ve kterých byl oprávněn navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy a oprávněn vyjádřit v řízení své stanovisko, nevyjádřil.
7. Z nabídky uchazeče DŘEVOPROGRES, s. r. o. vyplývá, že má v obchodním rejstříku jako předmět podnikání zapsané „truhlářství“, „velkoobchod“, „zprostředkování obchodu a služeb“ a v živnostenském rejstříku ohlašovací řemeslnou živnost „Truhlářství, podlahářství“ a ohlašovací volnou živnost „Výroba, obchod a služby neuvedené v přílohách 1 až 3 živnostenského zákona“ s obory činnosti „Zprostředkování obchodu a služeb“ a „Velkoobchod“. Součástí nabídky společnosti DŘEVOPROGRES, s. r. o. je rovněž výpis z obchodního registra společnosti DŘEVOPROGRES, s. r. o. – subdodavatele – ve kterém má jako předmět podnikání zapsáno „1. stolárstvo“, „2. výroba nábytku“, „3. veľkoobchod s drevom“, „4. sprostredkovanie obchodu“, „5. maloobchod mimo riadnej predajne“.

Stanovisko Ministerstva průmyslu a obchodu

8. Za účelem zjištění skutkového stavu věci požádal Úřad dopisem ze dne 25. 2. 2011 Ministerstvo průmyslu a obchodu o stanovisko k problematice živností. Konkrétně se Úřad dotázal, zde může podnikatelský subjekt vlastníci oprávnění jako společnost DŘEVOPROGRES, s. r. o. provádět „výměnu oken včetně úpravy parapetů“, přičemž podle výkazu výměr „součástí dodávky a montáže oken bude rovněž demontáž stávajících oken, včetně jejich likvidace a součástí oken bude i osazení venkovních a vnitřních parapetů, které budou korespondovat se stávající tloušťkou zdi, včetně uvažovaného zateplení dle

stavebních výkresů“, případně zda by mohl provést také nové vytápění, vzduchotechniku, zateplení stěn a stropů.

9. Stanovisko k dané problematice zaslalo Ministerstvo průmyslu a obchodu Úřadu dopisem ze dne 9. 3. 2011, ve kterém uvádí:

„Podle nařízení vlády č. 469/2000 Sb., kterým se stanoví obsahové náplně jednotlivých živností, ve znění pozdějších předpisů, zrušeného ke dni 14. 8. 2008, a v souladu s nařízením vlády č. 278/2008 Sb., o obsahových náplních jednotlivých živností, účinným ode dne 14. 8. 2008, jednou z mnoha činností řemeslné živnosti „Zednictví“ bylo, podle předchozí právní úpravy, a je, podle nové právní úpravy, rovněž „osazování prefabrikovaných překladů, schodů, zárubní, oken, zábradlí, římsových desek,.....“. Vzhledem k tomu, že součástí technologického postupu osazení oken jsou nezbytné zednické práce, domníváme se, že činnost spočívající ve výměně oken, včetně montáže vnějších a vnitřních parapetů, spadá, a spadala i podle předchozí právní úpravy, do řemeslné živnosti „Zednictví“. Jednalo-li by se o osazování stavebně truhlářských výrobků, jako jsou okna, dveře a podobně, lze takovou činnost vykonávat, dle našeho názoru, i v rámci řemeslné živnosti „Truhlářství“.

Dále uvádíme, že topenářské práce, včetně zapojení vzduchotechniky, spadají do řemeslné živnosti „Vodoinstalatérství-topenářství“, zateplení stěn a stropů do živnosti „Zednictví“, v rámci které lze provádět zateplování obvodových plášťů budov kontaktními i nekontaktními zateplovacími systémy, případně lze uvedenou činnost vykonávat v rámci živnosti „Izolaterství“, kam spadají činnosti spočívající v izolaci staveb proti nepříznivým účinkům tepla, chladu, hluku nebo chvění, proti zemní a atmosférické vlhkosti, tlakové a agresivní vodě,....., za použití různých druhů izolačních materiálů.

Závěrem uvádíme, že všechny výše diskutované činnosti lze vykonávat v rámci multiprofesní živnosti „Provádění staveb, jejich změn a odstraňování“.

Ze stanoviska Ministerstva průmyslu a obchodu rovněž vyplývá, že má-li podnikatelský subjekt v živnostenském rejstříku zapsán jakýkoli obor, případně obory, činnosti živnosti volně uvedené v příloze č. 4 k živnostenskému zákonu, je oprávněn v rámci předmětu podnikání živnosti volně vykonávat všech 80 oborů činnosti podle přílohy č. 4 živnostenského zákona.

10. Na základě nově získaných podkladů prodloužil Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S65/2011/VZ-5615/2011/510/MGr ze dne 8. 4. 2011 účastníkům řízení lhůtu, ve které byli oprávněni vyjádřit se k podkladům rozhodnutí a v příloze k tomuto usnesení jim rovněž zaslal stanovisko Ministerstva průmyslu a obchodu.
11. Úřad dne 15. 4. 2011 obdržel stanovisko a vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutí, ve kterém uvádí, že uchazeč DŘEVOPROGRES, s. r. o. měl ke dni podání nabídky, tj. ke dni 18. 8. 2008 v obchodním rejstříku jako předmět podnikání zapsánu ohlašovací řemeslnou živnost „Truhlářství, podlahářství“ a dále živnost „Výroba, obchod a služby neuvedené v přílohách č. 1 až 3 živnostenského zákona“ s obory činnosti „Zprostředkování obchodu a služeb“ a „Velkoobchod“, přičemž se jedná o tzv. živnosti volné ve smyslu zákona č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání (živnostenský zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „živnostenský zákon“), spadající v současné době pod předmět podnikání s označením „Výroba, obchod a služby neuvedené v přílohách č. 1 až 3 k zákonu“. Dále ze znění živnostenského zákona a stanoviska Ministerstva průmyslu a obchodu zadavatel vyvozuje, že má-li podnikatelský subjekt v živnostenském rejstříku zapsán jakýkoliv obor či

obory činnosti živnosti volné ve smyslu přílohy č. 4 k živnostenskému zákonu, je oprávněn v rámci předmětu podnikání vykonávat všech 80 oborů činností podle přílohy č. 4 k živnostenskému zákonu. Z toho vyplývá, že je uchazeč DŘEVOPROGRES, s. r. o. oprávněn v rámci svého předmětu podnikání vykonávat i činnosti spadající pod obor činnosti 45 „Přípravné a dokončovací stavební práce, specializované stavební činnosti“, přičemž z náplně těchto živností volných (články „67. Přípravné práce pro stavby“, „68. Specializované stavební činnosti“ a „69. Dokončovací stavební práce“ přílohy č. 4 nařízení vlády č. 469/2000 Sb.), vyplývá široká škála činností, z nichž by bylo možné převážnou většinu podřadit pod jednotlivé položky uvedené ve výkazu výměr, a to pro obě části veřejné zakázky.

12. Zadavatel ve vztahu k první části veřejné zakázky (část „okna“) zastává jednoznačně názor, že uchazeč DŘEVOPROGRES, s. r. o. byl oprávněn v rámci svého řemeslného živnostenského oprávnění „Truhlářství“ k osazování oken, které byly předmětem první části veřejné zakázky. Případné dokončovací práce byl oprávněn vykonávat v rámci své živnosti volné 4 „Výroba, obchod a služby neuvedené v přílohách č. 1 až 3 živnostenského zákona“, a to v rámci oboru činnosti 45 „Přípravné a dokončovací stavební práce, specializované stavební činnosti“. Podle zadavatele byl uchazeč DŘEVOPROGRES, s. r. o. kompetentní rovněž k provádění činností odpovídajícím „Přípravným a dokončovacím stavebním pracím, specializovaným stavebním činnostem“ – obor činnosti 45 podle přílohy č. 4 k živnostenskému zákonu, které společně s legitimní možností veškeré nezbytné dodávky pořídit díky oprávnění k podnikání v rámci živnosti „Zprostředkování obchodu a služeb“ a „Velkoobchod“ pokrývají více než 70 % položek požadovaných zadavatelem v rámci předmětu druhé části veřejné zakázky. Zadavatel dospěl k závěru, že v rámci sledované živnosti volné, oboru činnosti „Zprostředkování obchodu a služeb“ byl uchazeč DŘEVOPROGRES, s. r. o. oprávněn většinu dodávek, které tvořily předmět plnění části druhé veřejné zakázky, nakoupit a poté většinu výrobků pořídit a poté zprostředkovat odbornou řemeslnou montáž. Zadavatel rovněž podotýká, že v bodě 15 výzvy připustil subdodavatelské plnění ve výši 30 % z objemu plnění. Na základě svého živnostenského oprávnění (opravňujícího uchazeče mimo jiné právě i k provádění činností odpovídajících „Přípravným a dokončovacím stavebním pracím, specializovaným stavebním činnostem“) mohl uchazeč DŘEVOPROGRES s.r.o. v případě zájmu o tuto část zakázky společně s dodávkou a montáží 214 oken a špalet (zabírajících velkou plochu obvodového pláště budovy základní školy) provést nutné související činnosti spojené s úpravami montážních otvorů pro okenní a dveřní výplně s dalšími úpravami (v rozsahu odpovídajícím příslušnému živnostenskému oprávnění) na základě volné živnosti, obor činnosti 45. V rámci svého oprávnění pro obor činnosti „zprostředkování obchodu a služeb, včetně zprostředkování řemeslných služeb mohl legitimně zajistit dokončení zateplení fasád. (Postačovalo by zprostředkování řemeslné služby osoby s řemeslnou živností zednictví.) Tyto činnosti společně s „nestavebními“ plněními (doprava materiálu, lešení, čištění fasád, zemní práce, dodávek topných těles, zdroje tepla a vzduchotechniky) odpovídaly (či spíše ještě přesáhly) 70 % objemu plnění, přičemž zbývajících 30 % objemu plnění veřejné zakázky (vnitřní stavební práce, složitější montážní práce, odborné činnosti spojené s těmito zařízeními) by tento subjekt mohl splnit prostřednictvím subdodavatelů. Podmínka zadavatele vycházející z ustanovení § 44 odst. 6 ZVZ by tak byla splněna. Nic nebránilo společnosti DŘEVOPROGRES, s. r. o. případně prokázat splnění kvalifikace a následně realizovat 30 % zakázky prostřednictvím subdodavatele.

13. Závěrem zadavatel ještě zopakoval argumentaci z předchozího stanoviska a dodal, že ověřování splnění kvalifikace ZVZ probíhá až ve fázi posuzování nabídek, kdy jsou posuzovány konkrétní doklady a informace předložené příslušnými dodavateli v rámci jejich nabídek. Nelze tudíž povinnost zjišťovat či ověřovat prokázání splnění kvalifikace uložit zadavateli již v rámci přípravy zadávacího řízení, a to zvláště v případech, kdy je rozsah samotného živnostenského oprávnění nutno i orgánem dohledu ověřovat na kompetentním ústředním orgánu státní správy. Takovýto výklad by byl dle názoru zadavatele v rozporu s cílem a funkcí institutu posuzování nabídek, resp. posouzení kvalifikace. Rovněž dodal, že nelze vyloučit ani situaci, kdy by si konkrétní dodavatel vzhledem k zájmu získat příslušnou veřejnou zakázku mohl potřebnou kvalifikaci (v konkrétním případě oprávnění k podnikání) ve lhůtě pro podání nabídky zajistit – ohledem na to, že pro předmět veřejné zakázky postačovalo živnostenské oprávnění ohlašovací (nikoli koncesované), u nějž vzniká oprávnění provozovat živnost dnem ohlášení (viz ustanovení § 10 odst. 1 živnostenského zákona, v tehdy platném znění) a lhůta pro podání nabídek přezkoumávané veřejné zakázky činila více než minimálních zákonem povolených 15 dnů.

K dalším skutečnostem

14. Úřad během zkoumání dokumentace o veřejné zakázce zjistil rovněž nejasnosti ohledně zveřejnění výzvy k podání nabídek na Úřední desce zadavatele, a to jak na klasické, tak elektronické, a rovněž v prokázání ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů – konkrétně pojistné smlouvy – oběma vybranými uchazeči. Účastníky řízení s těmito novými skutečnostmi seznámil dopisem č. j. ÚOHS-S65/2011/VZ-7698/2011/510/MGr ze dne 13. 5. 2011 a zároveň jim usnesením č. j. ÚOHS-S65/2011/VZ-7699/2011/510/MGr ze stejného dne prodloužil lhůtu, ve které mohou navrhovat důkazy, vyjádřit své stanovisko a vyjádřit se k podkladům rozhodnutí.
15. Dne 23. 5. 2011 byla Úřadu doručena žádost zadavatele o prodloužení lhůty pro vyjádření k podkladům rozhodnutí spolu s opisem plné moci k zastupování ve správním řízení vedeným před Úřadem udělené zadavatelem JUDr. Martinu Nedelkovi, Ph.D., advokátovi advokátní kanceláře Schönherr s. r. o., IČ 26500981 se sídlem nám. Republiky 1079/1a, 110 00 Praha 1. Úřad vyhověl žádosti zadavatele a usnesením č. j. ÚOHS-S65/2011/VZ-8220/2011/510/MGr ze dne 23. 5. 2011 lhůty účastníkům řízení prodloužil.
16. Dne 30. 5. 2011 obdržel Úřad jako přílohu k mailu Stanovisko zadavatele k dalším skutečnostem ve správním řízení a dne 1. 6. 2011 obdržel originál stanoviska spolu s důkazy. Zadavatel v něm k pochybnosti Úřadu o prokázání profesního kvalifikačního předpokladu podle § 54 písm. a) zákona vybraným uchazečem DŘEVOPROGRES, s. r. o. uvádí, že dle jeho názoru uchazeč DŘEVOPROGRES, s. r. o. tento předpoklad splnil, neboť předložil v rámci své nabídky úředně ověřený výpis z obchodního rejstříku ze dne 1. 8. 2008, když lhůta pro podání nabídek končila 18. 8. 2008, předložil tedy zadavateli doklady, které v souladu s § 54 písm. a) a § 57 odst. 2 zákona splňují požadavky na prokázání profesního kvalifikačního předpokladu podle § 54 písm. a) zákona.
17. K pochybnostem Úřadu o prokázání ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu podle § 55 odst. 1 písm. a) zákona, tedy předložení pojistné smlouvy, zadavatel uvádí, že ve výzvě k podání nabídky připustil v souladu s § 51 odst. 4 zákona možnost prokázání kvalifikace pomocí subdodavatele (s výjimkou kvalifikace podle § 54 písm. a) zákona), přičemž v nabídce společnost DŘEVOPROGRES, s. r. o. předložila pojistnou smlouvu, kterou

uzavřela společnost DREVOPROGRES, s. r. o. a zároveň subdodavatelskou smlouvu vybraného uchazeče s touto společností, ze které jasně vyplývá závazek subdodavatele – společnosti DREVOPROGRES, s. r. o. – k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem – společností DŘEVOPROGRES, s. r. o. – a to faktické provedení díla. Ze smlouvy tedy vyplývá závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem, a to faktické provedení díla. Zadavatel v tomto ohledu rovněž upozorňuje, že i kdyby se hypoteticky v nabídce uchazeče DŘEVOPROGRES, s. r. o. nacházely formální nedostatky, nemohly mít jakýkoliv vliv na výběr nejvhodnější nabídky, neboť v této části veřejné zakázky podal nabídku pouze uchazeč DŘEVOPROGRES, s. r. o., ačkoliv výzva byla prokazatelně zaslána čtyřem dalším zájemcům a publikována stanoveným způsobem, tudíž by zadavatel mohl případné nedostatky nabídky řešit tak, že by uchazeče vyzval k objasnění či doplnění dokladů ve smyslu § 59 odst. 4 zákona, případně postupoval podle § 22 odst. 1 písm. c) zákona, tudíž nemůže být naplněn materiální znak správního deliktu, neboť zadavatel podstatně neovlivnil a ani nemohl ovlivnit hodnocení nabídek a stanovení pořadí jejich úspěšnosti.

18. Ohledně prokázání ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu podle § 55 odst. 1 písm. a) zákona vybraným uchazečem SILBA – Elstav, s. r. o. zadavatel ve svém stanovisku uvádí, že uchazeč ve své nabídce předložil čestné prohlášení o pojištění, ve kterém prohlašuje, že v případě získání předmětné veřejné zakázky uzavře pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou dodavatelem třetí osobě ve výši 25 mil. Kč, a rovněž příslib pojišťovny, že v případě vítězství tohoto uchazeče ve veřejné zakázce je pojišťovna připravena s ním uzavřít pojištění odpovědnosti za škodu s limitem plnění ve výši 25 mil. Kč., přičemž zadavatel považoval tyto předložené dokumenty za doklady rovnocenné pojistné smlouvě, a to v souladu s § 55 odst. 4 zákona. Dále zadavatel uvádí, že v době podávání nabídky byl uchazeč SILBA – Elstav, s. r. o. pojištěn v rozsahu 15 mil. Kč, proto zadavatel chápal příslib zvýšení pojistné částky jako bezpodmínečné splnění zadávacích podmínek veřejné zakázky a rovnocenný doklad ve smyslu § 55 odst. 4 zákona.
19. K nejasnostem ohledně uveřejnění výzvy k podání nabídek po celou dobu lhůty pro podání nabídek zadavatel uvádí, že výzvu k podání nabídek odeslal vybraným uchazečům dne 24. 7. 2008 a dále ji k tomuto datu uveřejnil na své úřední desce (v papírové i elektronické podobě) a na svých internetových stránkách. Původní konec lhůty pro podání nabídek byl stanoven na 11. 8. 2008 do 10:00 hodin, ale s ohledem na upřesnění textu výzvy, o kterém zadavatel informoval všech pět oslovených uchazečů a rovněž jej uveřejnil na svých internetových stránkách, byl konec lhůty pro podání nabídek posunut na 18. 8. 2008 do 14:00 hodin. Dále předkládá zadavatel Úřadu vysvětlení administrativní chyby, ke které došlo při kompletaci podkladů pro Úřad k předmětné veřejné zakázce, konkrétně chyby týkající se vyvěšené výzvy k podání nabídek na úřední desce zadavatele, kdy součástí dokumentace o veřejné zakázce byla výzva k podání nabídek s razítkem „vyvěšeno 24. 7. 2010“ a „sejmuto 19. 8. 2010“ a s nečitelným podpisem. Zadavatel toto vysvětluje tak, že jelikož bylo původní razítko ušpiněno, udělala úřednice městského úřadu z vyvěšených kopií – orazítkovaných a podepsaných – originály tím, že na ně opsala do razítek „vyvěšeno a sejmuto“ data z vývěsky, přičemž omylem napsala roky 2010 místo původních 2008. Podle zadavatele se tedy jednalo o administrativní chybu při kompletaci podkladů pro Úřad, přičemž Úřadu zaslal v příloze vyjádření „ušpiněný originál“ vyvěšené výzvy. Zadavatel dále uvádí, že výzva i její upřesnění byly rovněž řádně vyvěšeny na internetové úřední desce po celou dobu lhůty pro

podání nabídek, přičemž na jeho webových stránkách jsou předmětné dokumenty ve složce „archiv zpráv“ stále k dispozici. Jako důkaz zaslal zadavatel Úřadu prohlášení správce webových stránek zadavatele spolu s printscreenem. Zadavatel rovněž podotýká, že správnost výše uvedeného postupu lze dovodit i z kontroly učiněné Finančním ředitelstvím v Plzni, které v Protokole o finanční kontrole konstatovalo, že veřejná zakázka byla zveřejněna 24. 7 2008 a upřesněna dne 6. 8. 2008.

20. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce včetně smluv o dílo a jejich dodatků uzavřených mezi zadavatelem a vybranými uchazeči, vyjádření předložených zadavatelem, stanoviska Ministerstva průmyslu a obchodu 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.

K oslovení nejméně pěti zájemců, přicházejících v úvahu k plnění veřejné zakázky a k posouzení splnění profesionálních kvalifikačních předpokladů

21. Podle § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
22. Podle § 17 odst. 1 písm. a) zákona je dodavatelem fyzická nebo právnická osoba, která dodává zboží, poskytuje služby nebo provádí stavební práce, pokud má sídlo, místo podnikání či místo trvalého pobytu na území České republiky, nebo zahraniční dodavatel.
23. Zájemcem je podle § 17 odst. 1 písm. n) zákona dodavatel, který podal ve stanovené době žádost o účast v užším řízení, v jednacím řízení s uveřejněním nebo v soutěžním dialogu, nebo dodavatel, který byl zadavatelem vyzván k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění, k podání předběžné nabídky v dynamickém nákupním systému, k podání nabídky ve zjednodušeném podlimitním řízení, k podání nabídky v řízení na základě rámcové smlouvy, nebo k potvrzení zájmu o účast v případě zadávacího řízení zahájeného uveřejněním pravidelného předběžného oznámení.
24. 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.
25. Podle § 54 písm. a) a b) zákona splnění profesních kvalifikačních předpokladů prokáže dodavatel, který předloží výpis z obchodního rejstříku, pokud je v něm zapsán, či výpis z jiné obdobné evidence, pokud je v ní zapsán, a doklad o oprávnění k podnikání podle zvláštních právních předpisů v rozsahu odpovídajícím předmětu veřejné zakázky, zejména doklad prokazující příslušné živnostenské oprávnění či licenci.
26. Podle § 60 odst. 1 zákona dodavatel, který nesplní kvalifikaci v požadovaném rozsahu nebo nesplní povinnost stanovenou v § 58, musí být veřejným zadavatelem vyloučen z účasti v zadávacím řízení.
27. Zadavatel ve výzvě k podání nabídek vymezil předmět plnění veřejné zakázky podle CPV kódu následovně: CPV: 45214200-2 Stavební úpravy školních budov. Část č. 1 veřejné zakázky řeší výměnu oken včetně úpravy parapetů a část č. 2 provedení nového vytápění, vzduchotechniky, zateplení stěn a stropů. Dále v čl. 5.2 výzvy k podání nabídek zadavatel stanovil požadavky na prokázání splnění profesních kvalifikačních předpokladů v obou částech veřejné zakázky tak, že kvalifikaci splňuje uchazeč, který předloží ověřenou kopii

výpisu z obchodního rejstříku, pokud je v něm zapsán, a prostou kopií dokladu o oprávnění k podnikání podle zvláštních právních předpisů v rozsahu odpovídajícím předmětu veřejné zakázky, zejména doklad prokazující příslušné živnostenské oprávnění či licenci.

28. Jak již bylo výše zmíněno společnost DŘEVOPROGRES, s. r. o. měla ke dni podání nabídek v obchodním rejstříku jako předmět podnikání zapsané „truhlářství“, „velkoobchod“, „zprostředkování obchodu a služeb“ a v živnostenském rejstříku ohlašovací řemeslnou živnost „Truhlářství, podlahářství“ a ohlašovací volnou živnost „Výroba, obchod a služby neuvedené v přílohách 1 až 3 živnostenského zákona“ s obory činnosti „Zprostředkování obchodu a služeb“ a „Velkoobchod“.
29. Zadavatel ve svém vyjádření ke stanovisku Ministerstva průmyslu a obchodu užívá k definici jednotlivých živností přílohu č. 4 k nařízení č. 469/2000 Sb. Vlády České republiky, kterým se stanoví obsahové náplně jednotlivých živností, jež bylo zrušeno dne 14. 8. 2008, kdy vstoupilo v platnost a účinnost nařízení č. 278/2008 Sb. Vlády České republiky, o obsahových náplních jednotlivých živností (dále jen „nařízení č. 278/2008 Sb. Vlády ČR“). Ke dni podání nabídky společnosti DŘEVOPROGRES, s. r. o. (k 18. 8. 2008), již tedy bylo účinné nařízení č. 278/2008 Sb. Vlády ČR, které v relevantních ustanoveních novelizovalo předchozí nařízení s drobnými nuancemi.
30. V nařízení č. 278/2008 Sb. Vlády ČR je řemeslná živnost „Truhlářství, podlahářství“ definována jako *„rukodělné odborné práce a práce na dřevoobráběcích strojích při výrobě nábytku, stavebně truhlářských výrobků (oken, dveří, stěn a podobně), dřevěných konstrukcí a rozmanitých průmyslových i užitkových výrobků ze dřeva. Provádění oprav a rekonstrukcí všech druhů výrobků v celém rozsahu truhlářské technologie. Výběr, rozměrování, dělení i opracování řeziva a sestavování dílců nebo součástí do finálních produktů, včetně povrchové úpravy. Stavebně truhlářské práce (osazování stavebních truhlářských výrobků, vestavěného nábytku, provedení palubového, deskového, kazetového obložení stěn a stropů, montáž a úpravy příček, dřevěných schodů, dřevěných akustických zástěn, kabin a obložení). Kladení a opravy podlah různého druhu, například vlysových, parketových, palubkových, korkových, mozaikových, stěrkových a litých na dřevěném, betonovém, škvárobetonovém nebo izolačním podkladu. Kladení, lepení a svařování podlahových povlaků, provádění izolačních a vyrovnávacích vrstev, provádění potěru, broušení, leštění a napouštění povrchu, upevňování krycích lišt a podobně. Lepení podlahových povlaků na schodištích, obkládání soklíky. Zhotovování podlah z dýhovaných desek, provádění stěrkových, litých nebo stříkaných podlahovin. Pokládání plovoucích podlah z různých druhů materiálů (laminátových, dřevěných a podobně). V rámci živnosti lze dále provádět zhotovování dřevěných nástaveb dopravních prostředků. Jednoduché bednářské a modelářské činnosti. Montáž sériově vyráběného nábytku. Kladení koberců a dalších podlahových krytin. Příprava podkladů pro kladení podlah, provádění jejich izolací a vyrovnávání.“*
31. S ohledem na stanovisko Ministerstva průmyslu a obchodu a vzhledem k ustanovení § 28 odst. 1 živnostenského zákona, kde je mimo jiné k rozsahu živnostenského oprávnění stanoveno, že živnostenské oprávnění k výkonu živnosti volné opravňuje k výkonu činností uvedených v příloze č. 4 k tomuto zákonu, Úřad přihlédl k tomu, že v rámci volné živnosti „Výroba, obchod a služby neuvedené v přílohách 1 až 3 živnostenského zákona“ mohl uchazeč DŘEVOPROGRES, s. r. o. vykonávat rovněž obory činnosti „Přípravné a dokončovací stavební práce, specializované stavební činnosti“. Tyto obory jsou v nařízení č. 278/2008 Sb. Vlády ČR definovány jako *„úprava terénu pro stavby a v okolí staveb a přípravné práce pro*

stavby, zejména zemní práce, terénní úpravy prováděné v souvislosti se stavební činností, výkopové práce, průzkumné vrtné práce sloužící k získání doplňujících údajů pro dokumentaci staveb, odvodňování stavenišť, provádění technické rekultivace (využití skrývaných zemin, terénní úpravy pozemků, výsypek, odvalů včetně přípravy pozemků pro biologickou rekultivaci, úprava vodního režimu, meliorační opatření, vybudování pozemních, příjezdových a provozních komunikací) a podobně. Činnosti spojené zejména s dokončováním, úpravou a obnovou staveb prováděné bez přímé vazby na vlastní stavební činnost, zejména tapetování, pokládání textilních podlahových krytin, montáž okenního a dveřního těsnění, markýz, rolet, žaluzií, protislunečních fólií, čištění fasád domů horkou párou, pískem, spárování panelů a další obdobné práce. Specializované stavební činnosti, zejména studnařské práce (čištění a dezinfekce studní, zřizování trubních, to je vrtaných studní v délce do 30 m, pokud nejde o hydrogeologický průzkum, vystrojování trubních studní, rekonstrukce povrchových studní, pramenních jímek z prefa výpustí, podchycování a odvádění pramenů trubkami, zachycování plošných průsaků vybetonováním a podobně), dlaždičské práce (zhotovování dlažeb pozemních komunikací a podobně), potrubářské práce, šamotářské práce, včetně provádění vyzdívek průmyslových pecí, vložkování komínů a jiná obdobná činnost. Provádění lešenářských prací (montáže a demontáže lešení a pracovních plošin). Činnosti spojené s prováděním drobných bouracích prací a úklidových prací na stavbách. Obsahem činnosti nejsou zemní práce, které jsou hornickou činností nebo činností prováděnou hornickým způsobem, ani odstraňování staveb podle stavebního zákona. Obsahem činnosti dále nejsou zednické, stavebně-tesařské, pokrývačské, kamnářské, obkladačské, štukatéřské, malířské, lakýrnické a natěračské práce, obkládání sádrokartonem a další práce, jež jsou předmětem řemeslných živností, ani kladení podlah vlysových, parketových, palubových, korkových, mozaikových, stěrkových a litých.“

32. Úřad k věci konstatuje, že zadavatel musí písemnou výzvou oslovit minimálně pět zájemců, přičemž tito zájemci musí být schopni splnit předmět veřejné zakázky, což znamená, že minimálně musí disponovat oprávněním k podnikání vztahujícím se k předmětu veřejné zakázky. Informace o těchto oprávněních jsou volně přístupné z obchodního či živnostenského rejstříku, takže jejich zjištění nepředstavuje pro zadavatele žádnou finanční či větší časovou ztrátu.
33. Úřad vždy zohledňuje konkrétní okolnosti případu ve všech vzájemných souvislostech. V daném případě společnost DŘEVOPROGRES, s. r. o. dopisem ze dne 30. 6. 2008 sama oslovila zadavatele, že má zájem účastnit se zadávacích řízení v oblastech, na které se předmět obou částí veřejné zakázky vztahoval. Úřad akceptoval tvrzení zadavatele, že jednal v dobré víře, když uvěřil pravdivosti tohoto prohlášení (viz bod 4. tohoto rozhodnutí) a společnost DŘEVOPROGRES, s. r. o. k podání nabídky na realizaci obou částí veřejné zakázky vyzval.
34. Lze souhlasit s argumentem zadavatele, že společnost DŘEVOPROGRES, s. r. o., je subjektem, který předmět obou částí veřejné zakázky částečně plnit mohl, přičemž celé plnění mohl zajistit např. za pomoci subdodavatele (viz § 51 odst. 4 zákona). Zadavatel tedy vyzval subjekt, který předmět veřejné zakázky částečně plnit mohl, ovšem při posouzení nabídek, měla být nabídka společnosti DŘEVOPROGRES, s. r. o. vyřazena a uchazeč DŘEVOPROGRES, s. r. o. následně vyloučen podle § 60 odst. 1 zákona vyloučen ze zadávacího řízení, neboť nepředložil v nabídce příslušná oprávnění k podnikání opravňující jej ke kompletnímu provedení předmětu obou částí veřejné zakázky.

35. Z výše uvedeného vyplývá, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ust. § 60 odst. 1 zákona, neboť nevyločil ze zadávacího řízení vybraného uchazeče DŘEVOPROGRES, s. r. o. nesplňujícího kvalifikaci v požadovaném rozsahu.

K pojistné smlouvě

36. Podle § 50 odst. 2 zákona požadavky na prokázání splnění kvalifikace stanoví veřejný zadavatel v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení. Podrobná specifikace těchto požadavků může být uvedena v kvalifikační či zadávací dokumentaci. Kvalifikační dokumentaci je veřejný zadavatel povinen zpřístupnit na své internetové adrese nebo jiným vhodným způsobem; ustanovení § 48 se použije přiměřeně.
37. Podle § 51 odst. 4 zákona pokud není dodavatel schopen prokázat splnění určité části kvalifikace požadované veřejným zadavatelem podle § 50 odst. 1 písm. b) až d) v plném rozsahu, je oprávněn splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prokázat prostřednictvím subdodavatele. Dodavatel je v takovém případě povinen veřejnému zadavateli předložit smlouvu uzavřenou se subdodavatelem, z níž vyplývá závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či k poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace. Dodavatel není oprávněn prostřednictvím subdodavatele prokázat splnění kvalifikace podle § 54 písm. a) zákona.
38. Podle § 51 odst. 2 zákona je prokázání splnění kvalifikace podle požadavků veřejného zadavatele stanovených v souladu s tímto zákonem předpokladem posouzení a hodnocení nabídky uchazeče v otevřeném řízení, hodnocení předběžné nabídky zájemce v dynamickém nákupním systému, vyzvání zájemce k podání nabídky v užším řízení či v jednacím řízení s uveřejněním, účasti zájemce v soutěžním dialogu a předpokladem uzavření smlouvy ve zjednodušeném podlimitním řízení.
39. Podle § 55 odst. 1 písm. a) zákona může zadavatel k prokázání splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů dodavatele požadovat předložení pojistné smlouvy, jejímž předmětem je pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou dodavatelem třetí osobě.
40. Podle § 55 odst. 4 zákona pokud není dodavatel z objektivních důvodů schopen prokázat splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů způsobem stanoveným podle odstavce 3, je oprávněn je prokázat i jinými rovnocennými doklady, pokud je veřejný zadavatel z objektivních důvodů neodmítne.
41. Podle § 60 odst. 1 zákona dodavatel, který nesplní kvalifikaci v požadovaném rozsahu nebo nesplní povinnost stanovenou v § 58, musí být veřejným zadavatelem vyloučen z účasti v zadávacím řízení.
42. Zadavatel ve výzvě k podání nabídek v čl. „5.3. Ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady dle § 55 zákona“ stanovil, že „ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady dle § 55 zákona splňuje uchazeč, který předloží dle odst. 1 písm. a) pojistnou smlouvu, jejímž předmětem je pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou dodavatelem třetí osobě ve výši 25, 0 mil. Kč v případě, že uchazeč podává nabídku na obě části veřejné zakázky, ve výši 5,0 mil. Kč v případě, že uchazeč podává nabídku na část 1 a ve výši 20,0 mil. Kč v případě, že uchazeč podává nabídku na část 2; pojistnou smlouvu doloží uchazeč v prosté kopii.“
43. Co se týče pojistné smlouvy předložené vybraným uchazečem DŘEVOPROGRES, s. r. o., který tento finanční a kvalifikační předpoklad v nabídce prokazoval pojistnou smlouvou subdodavatele – společnosti DREVOPROGRES, s. r. o., nelze toto akceptovat jako splnění

finančního a kvalifikačního předpokladu podle § 55 odst. 1 písm. a) zákona. Pojistná smlouva se v tomto případě vztahovala pouze na plnění provedené subdodavatelem a nikoliv na část plnění, které by měl poskytnout dodavatel (společnost DŘEVOPROGRES, s. r. o.). Z předchozího tedy vyplývá, že akceptací této nabídky neměl zadavatel část plnění veřejné zakázky zajištěnu pojistnou smlouvou a v případě škody by se nemohl domáhat odškodnění na pojišťovně. Ze znění ustanovení § 51 odst. 4 zákona vyplývá, že pokud není dodavatel schopen prokázat splnění určité části kvalifikace v plném rozsahu, je oprávněn splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prokázat prostřednictvím subdodavatele. Součástí nabídky uchazeče DŘEVOPROGRES, s. r. o. je ovšem pouze pojistná smlouva subdodavatele a nikoliv vybraného uchazeče. Pomine-li Úřad, že vybraný uchazeč nedoložil v nabídce příslušná oprávnění k podnikání, pročez měl být podle § 60 odst. 1 zákona vyloučen z účasti v zadávacím řízení i pro nesplnění profesních kvalifikačních předpokladů (viz výše), měl být nadto tento uchazeč vyloučen z účasti v zadávacím řízení pro nesplnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů.

44. Námitku zadavatele, že vzhledem k tomu, že na první část veřejné zakázky dostal pouze jednu nabídku, zde neexistuje žádný vliv na výběr nejhodnější nabídky, a tedy nebyl naplněn materiální znak správního deliktu, Úřad shledává jako irelevantní s ohledem na fakt, že vybraný uchazeč DŘEVOPROGRES, s. r. o. neměl potřebná oprávnění k provádění předmětu první části veřejné zakázky a jako takový jej vůbec neměl provádět.
45. Vybraný uchazeč v druhé části veřejné zakázky – společnost SILBA – Elstav, s. r. o. prokazoval ve své nabídce ekonomický a finanční kvalifikační předpoklad čestným prohlášením o pojištění, ve kterém prohlašuje, že v případě získání předmětné veřejné zakázky uzavře pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou dodavatelem třetí osobě ve výši 25 mil. Kč, spolu s příslibem pojišťovny, že v případě vítězství tohoto uchazeče je s ním připravena uzavřít pojištění odpovědnosti s limitem plnění ve výši 25 mil. Kč. Zadavatel čestné prohlášení spolu s příslibem pojišťovny vyhodnotil jako „jiné rovnocenné doklady“ podle § 55 odst. 4 zákona a nabídku uchazeče SILBA – Elstav, s. r. o. nevyločil ze zadávacího řízení.
46. Úřad k tomuto konstatuje, že čestné prohlášení spolu s příslibem pojišťovny nelze v souladu s § 55 odst. 4 zákona akceptovat jako „jiné rovnocenné doklady“, neboť v předmětném ustanovení je podmínka „objektivních důvodů, pro které nebyl dodavatel schopen prokázat splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů způsobem stanoveným podle odstavce 3“, tedy způsobem, jakým stanovil ve výzvě zadavatel. Vzhledem k tomu, že jak čestné prohlášení vybraného uchazeče SILBA – Elstav, s. r. o., tak příslib pojišťovny jsou datovány před koncem lhůty pro podání nabídek (15. 8. 2008, resp. 1. 8. 2008), nebránil žádný objektivní důvod uzavřít vybranému uchazeči přímo pojistnou smlouvu a nepožadovat pouze příslib pojišťovny, přičemž případnou nepotřebnost pojištění v případě nezískání předmětné veřejné zakázky nelze akceptovat jako „objektivní důvod“. K obdobným závěrům dospěl také Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku č. j. 8 Afs 21/2009 ze dne 26. 2. 2010, kde konstatoval, že „*ustanovení § 55 odst. 4 ZVZ je třeba vykládat se zřetelem k ustanovení § 52 odst. 1 ZVZ, podle kterého v otevřeném řízení a ve zjednodušeném podlimitním řízení je dodavatel povinen prokázat splnění kvalifikace ve lhůtě pro podání nabídek. Ustanovení § 55 odst. 4 ZVZ je třeba vyložit tak, že byť toto ustanovení umožňuje náhradní způsob splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů, vždy jde o prokazování splnění podmínek v době, kdy tyto podle ustanovení § 52 odst. ZVZ splněny být musely tzn. ve lhůtě pro podání nabídek. Nelze s odkazem na toto ustanovení případně následně dohánět*

nesplnění toho, co nebylo splněno v závazné lhůtě pro podání nabídek.“ Rovněž konstatuje, že „ustanovení § 55 odst. 4 ZVZ míří na případy, kdy uchazeč ze skutečně objektivních důvodů, na jeho vůli nezávislých, nemohl kvalifikační předpoklad splnit zadavatelem vyžadovaným způsobem. Pak je na místě jej prokazovat rovnocennými doklady. To, zda se uchazeč rozhodne kvalifikační předpoklad splnit či nikoli (a je lhostejno, zda z důvodu, že takovou pojistnou smlouvu kromě předmětné zakázky potřebuje či nikoli) je však okolností ryze subjektivní a nelze ji považovat za objektivní důvody dle ustanovení § 55 odst. 4 ZVZ. (...) Neobstojí rovněž argument, že zadavatel je povinen přijmout coby alternativu dokladů požadovaných podle § 55 odst. 3 ZVZ jiné doklady, které objektivně nahrazují původně požadované doklady (...), neboť zákon nehovoří o objektivním nahrazení požadovaných dokladů, ale o jiných rovnocenných dokladech, jimiž rovněž lze rozhodné skutečnosti prokázat.“ Nejvyšší správní soud ve zmíněném rozsudku rovněž zastává názor, že „podstatné je, že v případě příslibu zvýšení pojistné částky na straně jedné a čestného prohlášení o zajištění zvýšení pojistné částky dosud nevznikl žádný dvoustranný právní vztah, ze kterého by vyplývala vzájemná práva a povinnosti mezi účastníky. Obě potenciální smluvní strany sice deklarují vůli a připravenost v budoucnu dvoustranný právní vztah uzavřít, objektivně se tak však dosud nestalo. Byť by patrně bylo lze se domáhat uzavření smlouvy na zvýšení pojistného plnění ze strany žalobce vůči pojišťovně z titulu poskytnutého příslibu, nelze v čestném prohlášení spatřovat obdobný závazek žalobce směrem k pojišťovně smlouvu uzavřít, na jehož základě by se uzavření smlouvy mohla případně domáhat za splnění podmínek pojišťovna. Čestné prohlášení je koncipováno tak, že se žalobce zavazuje (aktivně) zajistit uzavření smlouvy, nic však nevypovídá o následcích, pokud tak žalobce postupovat nebude a uzavření smlouvy nezajistí. Tyto úvahy však ničeho nemění na základním východisku a sice, že právní vztah dosud nevznikl. Zatímco případná smlouva o smlouvě budoucí či smlouva s odkládací podmínkou již stanoví vzájemná práva a povinnosti a každá ze smluvních stran se může domáhat příslušného plnění z uzavřené smlouvy, pokud nastanou ve smlouvě uvedené předpoklady, v situaci, která nastala v souzené věci, tomu tak není. Pro splnění kvalifikačního předpokladu zákon výslovně v ustanovení § 55 odst. 1 písm. a) předpokládá předložení pojistné smlouvy, jejímž předmětem je pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou dodavatelem třetí osobě.“

47. Argument zadavatele, že společnost SILBA – Elstav, s. r. o. byla v době podávání nabídky pojištěna v rozsahu 15 mil. Kč a následně po vítězství v druhé části veřejné zakázky uzavřela s pojišťovnou dodatek, kterým navýšila pojistnou částku na 20 mil. Kč, nepovažuje Úřad za relevantní. Jednak měl být podle požadavků zadavatele uchazeč pojištěn již při podávání nabídky na částku 20 mil. Kč (v případě, že podal nabídku pouze na druhou část veřejné zakázky) a jednak existence pojištění na nižší částku z nabídky vybraného uchazeče SILBA – Elstav, s. r. o. nevyplývá a ani z čestného prohlášení uchazeče ani z příslibu pojišťovny nelze dovodit, že by se jednalo pouze o zvýšení částky plnění a nikoliv o uzavření nové smlouvy.
48. V daném případě, kdy zadavatel požadoval ve výzvě k prokázání ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu podle § 55 odst. 1 písm. a) zákona předložení pojistné smlouvy, „jejímž předmětem je pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou dodavatelem třetí osobě ve výši 25, 0 mil. Kč v případě, že uchazeč podává nabídku na obě části veřejné zakázky, ve výši 5,0 mil. Kč v případě, že uchazeč podává nabídku na část 1 a ve výši 20,0 mil. Kč v případě, že uchazeč podává nabídku na část 2“, se akceptací nabídky vybraného uchazeče SILBA – Elstav, s. r. o. dopustil diskriminace ostatních dodavatelů, neboť nelze vyloučit, že

některý dodavatel nepodal v dané veřejné zakázce nabídku právě z důvodu, že by musel uzavírat pojistnou smlouvu, kterou v případě nezískání veřejné zakázky nepotřebuje a je to pro něj například zbytečná investice.

49. Z výše uvedeného vyplývá, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ust. § 60 odst. 1 zákona, neboť nevyločil ze zadávacího řízení vybrané uchazeče nesplňující kvalifikaci v požadovaném rozsahu.

Ke zveřejnění výzvy k podání nabídek

50. Ke zveřejnění výzvy k podání nabídek Úřad podotýká, že byt' se vysvětlení zadavatele jeví jako nepřilíš reálné, neboť není běžné vyvěšovat na úřední desce listiny v originále a kopii, vysvětlení zadavatele nezpochybňuje (rovněž i s ohledem na čestné prohlášení správce webových stránek zadavatele), a proto Úřad nekonstatoval delikt zadavatele spočívající v nezveřejnění výzvy k podání nabídek na úřední desce (klasické i elektronické).

Ke stanovení pokuty

51. Podle § 120 odst. 1 zákona platného v době zadávání veřejné zakázky 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.
52. V případě šetřené veřejné zakázky se zadavatel dopustil správního deliktu tím, že
- o nedodržel postup stanovený v ust. § 38 odst. 1 zákona, neboť nevyzval k podání nabídky na obě části veřejné zakázky zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení nejméně 5 zájemců, přicházejících v úvahu k plnění veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky,
 - o nedodržel postup stanovený v ust. § 60 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, když nevyločil ze zadávacího řízení uchazeče nesplňující kvalifikaci v požadovaném rozsahu.
53. Jelikož zadavatel uzavřel dne 30. 9. 2008 smlouvu o dílo na plnění první části veřejné zakázky s vybraným uchazečem DŘEVOPROGRES, s. r. o. a dne 26. 9. 2008 smlouvu o dílo na plnění druhé části veřejné zakázky s vybraným uchazečem SILBA – Elstav s. r. o., aniž by dodržel postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky, naplnil tak skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
54. 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.
55. 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 na základě přezkoumání dokumentace vyžádané

v rámci šetření podnětu doručeného Úřadu dne 20. 10. 2010. K uzavření smlouvy s vybraným uchazečem došlo dne 26. 9. 2008, respektive 30. 9. 2008. Z uvedených údajů vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.

56. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky nebo do 10 000 000,- Kč, nelze-li celkovou cenu zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a), c) nebo d) tohoto zákona.
57. Vzhledem k tomu, že celková cena za obě části veřejné zakázky dle smluv o dílo a jejich dodatků je celkem 24 320 849,84 Kč včetně DPH, činí horní hranice možné pokuty po zaokrouhlení částku 1 216 042,49 Kč.
58. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, přihlídně k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
59. Z hlediska přiměřenosti sankce vzal Úřad v úvahu zejména tu skutečnost, že vybraní uchazeči neprokázali splnění kvalifikace, a proto měli být ze zadávacího řízení vyloučeni, a to v obou částech veřejné zakázky. Jako přitěžující Úřad rovněž shledal fakt, že zadavatel měl v první části veřejné zakázky vybraného uchazeče DŘEVOPROGRES, s. r. o. vyloučit jak pro nesplnění profesních kvalifikačních předpokladů podle § 54 písm. b) zákona, tak pro nesplnění ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu podle § 55 odst. 1 písm. a) zákona.
60. 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 nález 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. Ze schválených rozpočtů na rok 2010 a na rok 2011 uvedených na internetových stránkách zadavatele (www.spaleneporici.cz) vyplývá, že jeho schválené příjmy v roce 2010 byly 39 845 750,-- Kč a předpokládané příjmy v roce 2011 jsou 35 424 210,-- 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.
61. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť smlouvy o dílo v obou částech veřejné zakázky byly uzavřeny a nápravy již nelze dosáhnout.
62. 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 v dolní polovině její maximální možné výše, vzhledem k okolnostem případu, posoudil jako dostačující.
63. 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.
64. Pro úplnost Úřad uvádí, že podle čl. II odst. 1 zákona č. 179/2010 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony,

se zadávání veřejných zakázek nebo soutěže o návrh a řízení o přezkoumání úkonů zadavatele Úřadem zahájené přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona dokončí podle dosavadních právních předpisů.

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 správním orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

Mgr. Kamil Rudolecký
místopředseda

Obdrží:

1. JUDr. Martin Nedelka, Ph.D., advokát advokátní kanceláře Schönherr s. r. o., nám. Republiky 1079/1a, 110 00 Praha 1
2. Dřevoprogres, s. r. o., Nad Kostelem 390, 687 62 Dolní Němčí
3. SILBA – Elstav, s. r. o., Letkov 155, 315 00 Plzeň

Vypraveno dne:

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