



UOHSX004FVU8

PŘESEDÁ ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R78/2012/VZ-20342/2012/310/MMI

V Brně dne: 29. října 2012

Ve správním řízení o rozkladu doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 23. 3. 2012 podaném zadavatelem -

- obcí **Horka**, IČ 00640344, se sídlem Horka I 48, 286 01 Čáslav,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S77/2011/VZ-12108/2011/530/RKr/RNi ze dne 5. 3. 2012, ve věci přezkoumání úkonů výše specifikovaného zadavatele,

učiněných ve veřejné zakázce „**Splašková kanalizace a ČOV v obci Horka I**“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách zveřejněno dne 7. 1. 2011, s opravou uveřejněnou tamtéž dne 21. 1. 2011 a dne 1. 2. 2011 pod ev. č. 60054674, kde dalším účastníkem je vybraný uchazeč –

- společnost **LANGERONE, SE**, IČ 28931521, se sídlem Devotyho 1729, 530 02 Pardubice,

a dále navrhovatel –

- společnost **Skanska a. s.**, divize Pozemní stavitelství závod 02, IČ 26271303, se sídlem Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4,

a ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jelikož zadavatel – obec Horka, IČ 00640344, se sídlem Horka I č. p. 48, 286 01 Čáslav – nedodržel postup stanovený v ustanovení § 6 zákona v návaznosti na § 55 odst. 3 písm. c) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, když úroveň ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů nestanovil odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a jmenovaný zadavatel uzavřel dne 15. 7. 2011 smlouvu o dílo s vybraným uchazečem LANGERONE, SE, IČ 28931521, se sídlem Devotyho 1729, 530 02 Pardubice,

jsem na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, rozhodl takto:

I.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S77/2011/VZ-12108/2011/530/RKr/RNi ze dne 5. 3. 2012 podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, v části výroku I. a II.

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

II.

Výrok III. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S77/2011/VZ-12108/2011/530/RKr/RNi ze dne 5. 3. 2012 podle § 152 odst. 5 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů,

m ě n í m

takto:

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku II. tohoto rozhodnutí se zadavateli – obci Horka, IČ 00640344, se sídlem Horka I 48, 286 01 Čáslav, ukládá podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **pokuta ve výši 400 000 Kč (čtyřista tisíc korun českých)**. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel dne 2. 3. 2011 návrh navrhovatele – společnosti Skanska a. s., divize Pozemní stavitelství závod 02, IČ 26271303, se sídlem Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4 (dále jen „**navrhovatel**“), na přezkoumání úkonů zadavatele - obce Horka, IČ 00640344, se sídlem Horka I 48, 286 01 Čáslav (dále jen „**zadavatel**“), učiněných při zadávání veřejné zakázky „Spašková kanalizace a ČOV v obci Horka I“ (dále jen „**veřejná zakázka**“), zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách zveřejněno dne 7. 1. 2011, s opravou uveřejněnou tamtéž dne 21. 1. 2011 a dne 1. 2. 2011 pod ev. č. 60054674. Dnem 2. 3. 2011 bylo správní řízení zahájeno na návrh a za účastníky řízení Úřad označil navrhovatele, zadavatele a vybraného uchazeče – společnost LANGERONE, SE, IČ 28931521, se sídlem Devotyho 1729, 530 02 Pardubice (dále jen „**vybraný uchazeč**“).
2. V oznámení o zakázce v oddílu III.2.2) „Ekonomická a finanční způsobilost“ je uvedeno, že pro splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů zadavatel požaduje doložit čestné prohlášení podepsané osobou oprávněnou jednat za uchazeče a osobou odpovědnou za vedení účetnictví uchazeče, ze kterého bude vyplývat okamžitá, běžná a celková likvidita společnosti, a to za poslední uzavřené účetní období, přičemž okamžitá likvidita se musí pohybovat v rozmezí 1,0 – 1,1, běžná likvidita v rozmezí 1,1 – 1,2 a likvidita celková v rozmezí 2,0 – 2,2. Zadavatel požadoval rovněž doložení výkazu zisku a ztrát. Nabídku podalo 7 uchazečů z 29 zájemců, kteří si vyžádali zadávací dokumentaci.
3. Zadavatel se vyjádřil dopisem ze dne 14. 3. 2011, ve kterém Úřadu sdělil, že trvá na tom, že dodržel při stanovení ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu specifikovaného v bodě 4.4.2 zadávací dokumentace ustanovení zákona. Zadavatel dále uvedl, že dodavatel v případě, že není schopen prokázat splnění určité části kvalifikace požadované veřejným zadavatelem v plném rozsahu, je oprávněn splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prokázat prostřednictvím subdodavatele podle § 51 odst. 4 zákona. Další možností dodavatele je podle § 51 odst. 5 zákona podat společnou nabídku několika dodavatelů, kdy splnění ekonomických a finančních i technických kvalifikačních předpokladů musí prokázat všichni dodavatelé společně. Účelem splnění kvalifikačních předpokladů podle zadavatele je, aby byly posuzovány a hodnoceny pouze nabídky těch dodavatelů, kteří jsou ekonomicky a finančně silní a mají dostatečnou kvalifikaci a zkušenosti s realizací služeb, které odpovídají druhu a složitosti předmětu dané veřejné zakázky.
4. Dne 15. 7. 2011 zadavatel uzavřel smlouvu o dílo s vybraným uchazečem, o čemž Úřad informoval dne 22. 7. 2011. Na základě této informace Úřad seznámil účastníky s novými skutečnostmi, které budou podkladem rozhodnutí, a zejména o tom, že správní řízení bude vedeno rovněž ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, a to při vymezení minimální úrovně odpovídající druhu, rozsahu a složitosti

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ust. § 26 zákona v návaznosti na ust. § 158 odst. 1 a 2 zákona.

předmětu veřejné zakázky u ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu specifikovaného v oznámení o veřejné zakázce v oddíle III.2.2) „Ekonomická a finanční způsobilost“.

5. Dne 1. 11. 2011 obdržel Úřad vyjádření zadavatele, v němž uvedl, že při stanovení rozmezí jednotlivých likvidit vycházel z odborné literatury, a to konkrétně autorů VÚZE Praha Ing. Jaroslav Novák, CSc., Ing. Jaroslav Dvořáček a další. Zadavatel dále ve vyjádření uvedl k celkové likviditě, okamžité likviditě a běžné likviditě krátké úryvky názorů výše uvedených autorů, z nichž při stanovení předmětného ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu čerpal.

II. Napadené rozhodnutí

6. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 5. 3. 2012 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S77/2011/VZ-12108/2011/530/RKr/RNi (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým ve výroku I. konstatoval, že se správní řízení podle § 66 odst. 1 písm. g) zákona č. 500/2004 Sb., správní řádu, ve znění pozdějších předpisů, zastavuje, neboť žádost navrhovatele – Skanska a.s., divize Pozemní stavitelství závod 02, IČ 26271303, se sídlem Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4 – se stala zjevně bezpředmětnou. Ve výroku II. konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 6 zákona v návaznosti na § 55 odst. 3 písm. c) zákona, když úroveň ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů nestanovil odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky a uzavřel dne 15. 7. 2011 smlouvu o dílo s vybraným uchazečem. Ve výroku III. uložil Úřad zadavateli pokutu ve výši 500 000 Kč.
7. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že s ohledem na skutečnost, že zadavatel dne 15. 7. 2011 uzavřel smlouvu o dílo s vybraným uchazečem, rozhodl Úřad o zastavení správního řízení tak, jak je uvedeno ve výroku I. napadeného rozhodnutí, neboť žádost navrhovatele, aby Úřad zrušil zadávací řízení, se tak stala zjevně bezpředmětnou.
8. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad dále uvedl, že zákon umožňuje zadavateli vymezit minimální úroveň ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů pouze takovým způsobem, aby byla přiměřená a odpovídala druhu, rozsahu a složitosti konkrétního předmětu veřejné zakázky. Zadavatel v šetřeném případě požadoval doložení čestného prohlášení podepsaného osobou oprávněnou jednat za uchazeče a osobou odpovědnou za vedení účetnictví uchazeče, ze kterého bude vyplývat okamžitá, běžná a celková likvidita společnosti, přičemž uchazeč splňuje tento ekonomický a finanční kvalifikační předpoklad, pokud jeho okamžitá likvidita je v rozmezí 1,0 – 1,1, běžná likvidita je v rozmezí 1,1 – 1,2, a celková likvidita je v rozmezí 2,0 – 2,2. Neúměrnost zadavatelem stanovených intervalů předmětných likvidit je patrná rovněž z nabídek uchazečů, neboť průměrná hodnota běžné likvidity uchazečů, kteří podali nabídku, činí 4,35, průměrná hodnota okamžité likvidity činí 3,29 a průměrná hodnota celkové likvidity pak 4,53. Smyslem ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů je zjištění, zda uchazeč bude schopen předmětnou veřejnou zakázku realizovat, nikoli posuzování správnosti nakládání s finančními zdroji daného uchazeče. Volba strategie společnosti (uchazeče) spadá výhradně do jejích interních

záležitostí a zadavateli nepřísluší ji prostřednictvím ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů hodnotit, neboť nijak nesouvisí s předmětem veřejné zakázky.

9. Zadavatel nejen že stanovil rozmezí požadovaných hodnot likvidit příliš úzce, což vedlo k neúměrnému zúžení soutěžního prostředí, ale i bez jakékoliv vazby na odvětví, k němuž se váže předmět této veřejné zakázky. Úřad konstatoval, že zadavatel svým postupem vytvořil neodůvodněné překážky pro účast uchazečů v zadávacím řízení a jeho jednání tak nelze než klasifikovat jako skrytě diskriminační, tedy v rozporu s ustanovením § 6 zákona. O neúměrnosti zadavatelem stanovených intervalů předmětných likvidit svědčí rovněž fakt, že z 29 zájemců, jež si vyžádali zadávací dokumentaci, podalo nabídku pouze 7 uchazečů, přičemž 6 z těchto uchazečů bylo z další účasti v zadávacím řízení zadavatelem vyloučeno právě z důvodu nesplnění předmětného ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu.
10. Stanovení nepřiměřených požadavků zadavatelem na způsobilost uchazečů nepřipustně omezuje okruh potenciálních dodavatelů a znemožňuje jim zúčastnit se zadávacího řízení. Zadavatel může vymezit minimální úroveň ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů pouze takovým způsobem, aby byla přiměřená a odpovídala druhu, rozsahu a složitosti konkrétního předmětu veřejné zakázky. Zadavatel má s její pomocí ověřit způsobilost dodavatele provést veřejnou zakázku, nikoliv vytvářet neodůvodněné překážky pro účast dodavatele v zadávacím řízení.
11. Z hlediska přiměřenosti sankce vzal Úřad v úvahu zejména tu skutečnost, že zadavatel při stanovení ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu nedodržel jednu ze základních zásad zadávacího řízení, a to zásadu nediskriminace, jelikož svým požadavkem na prokázání uvedeného kvalifikačního předpokladu podstatně omezil okruh dodavatelů, kteří mohli podat nabídku, přičemž je zřejmé, že pokud by stanovil požadavky na prokázání kvalifikačních předpokladů v souladu se zákonem, mohl jinak obdržet nabídky od širšího okruhu dodavatelů, které mohly být výhodnější než nabídka vybraného uchazeče, se kterým uzavřel smlouvu o dílo a současně by hodnotil i nabídky uchazečů, které ze zadávacího řízení vyloučil právě z důvodu neprokázání splnění této části kvalifikace.

III. Námitky rozkladu

12. Zadavatel v převážné části rozkladu opakuje argumentaci uvedenou v jeho vyjádřeních v průběhu správního řízení. Zadavatel trvá na tom, že dodržel při stanovení ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu ustanovení zákona, přičemž má za to, že uchazeči mohli prokázat splnění chybějícího rozsahu kvalifikace prostřednictvím subdodavatele nebo učinit společnou nabídku. Zadavatel dále v rozkladu namítá, proč Úřad v průběhu správního řízení nezakročil a nezabránil zadavateli v dalším postupu v zadávacím řízení, čím by se dalo předejít výběru nevhodnější nabídky či uzavření smlouvy o dílo s vybraným uchazečem, což je nyní shledáno jako naplnění skutkové podstaty správního deliktu. Důvodem stanovení uvedených intervalů celkové, běžné a okamžité likvidity byla eliminace finančních komplikací, které by mohly vzniknout v důsledku špatného finančního zdraví vybraného uchazeče.
13. Co se týče uložené pokuty, zadavatel namítá její nepřiměřenou výši a nedostatečné zohlednění všech okolností případu. V tomto bodě zadavatel opět zmiňuje výše uvedenou

námítku, že Úřad mohl v průběhu správního řízení zakročit a zabránit zadavateli v dalším postupu, k čemuž měl procesní prostředky, a mohl tak včas zabránit uzavření smlouvy na realizaci veřejné zakázky a umožnit zjednání nápravy. Zadavatel doplňuje, že smlouva nebyla a není naplňována, neboť zadavatel neobdržel dotační titul na financování a žádá, aby k tomuto bylo přihlédnuto při stanovení spravedlivé pokuty. Zadavatel dále namítá, že Úřad nedostatečně přihlédl k ekonomické situaci zadavatele, neboť pokuta, byť uložená v minimální výši podle § 120 odst. 2 zákona, je takovým zásahem do majetku zadavatele, v důsledku kterého by byla zničena majetková základna pro jeho další fungování a má z hlediska financování zadavatele zásadně likvidační charakter. Zadavatel závěrem konstatuje, že uložená pokuta neplní funkci preventivní, když Úřad mohl zadavateli zabránit ve výběru nejhodnější nabídky a v uzavření smlouvy o dílo s vybraným uchazečem a rovněž mírou vrchovatou přesahuje limity funkce represivní, neboť zničí majetkovou základnu zadavatele. Zadavatel je toho názoru, že spravedlivá pokuta by neměla převyšovat částku 20 000 Kč.

Závěr rozkladu

14. Zadavatel navrhuje, aby napadené rozhodnutí bylo buďto zrušeno nebo změněno tak, že předseda Úřadu uloženou pokutu sníží na přijatelnou výši, popřípadě s ohledem na veškeré okolnosti případu pokutu neuloží.

IV. Řízení o rozkladu

15. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí v rámci autoremedury a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.

Stanovisko předsedy Úřadu

16. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí ustavenou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
17. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S77/2011/VZ-12108/2011/530/RKr/RNi ze dne 5. 3. 2012, rozhodl tak, jak je shora uvedeno, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se ztotožnil. Pokud však jde o výši pokuty, která byla napadeným rozhodnutím za uvedený správní delikt uložena, dospěl jsem k pochybnostem, zda lze její výši považovat za přiměřenou závažnosti správního deliktu, zejména způsobu jeho spáchání a jeho následkům a okolnostem, za nichž byl spáchán. Z uvedeného důvodu jsem v souladu s alternativním petitem rozkladu zadavatele přistoupil ke změně výroku III. napadeného rozhodnutí, neboť současná právní úprava obsažená ve správním řádu dovoluje napadené rozhodnutí změnit, pokud se tím plně vyhoví rozkladu a jestliže tím nemůže být způsobena újma žádnému z účastníků řízení, ledaže s tím všichni, jichž se to týká, vyslovili souhlas. Obě tyto podmínky považuji za splněné.

V. K námítkám rozkladu

18. Z rozkladu zřetelně nevyplývá, zda směřuje také proti výroku I. napadeného rozhodnutí. Zadavatel co do výroku I. napadeného rozhodnutí nepředkládá žádné námítky, přesto jsem

výrok I. napadeného rozhodnutí a odůvodnění napadeného rozhodnutí ve vztahu k tomuto výroku přezkoumal a dospěl jsem k závěru, že je v souladu s právními předpisy. Dále se v odůvodnění rozhodnutí budu zabírat výrokem II. a III. napadeného rozhodnutí.

19. Nejprve je nutno uvést, že námitky obsažené v rozkladu jsou obdobné, jako ve vyjádřeních zadavatele během řízení před prvním stupněm, doplněné pouze o námitky vztahující se k uložené pokutě. Hlavní námitkou zadavatele proti napadanému rozhodnutí je rozdílný pohled Úřadu a zadavatele na posouzení, zda v šetřené veřejné zakázce byl nastaven ekonomický a finanční kvalifikační předpoklad podle § 55 odst. 3 písm. c) zákona tak, aby odpovídal druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky. Jde o argumenty, které byly vzneseny již v prvním stupni správního řízení a se kterými se také již Úřad dostatečným způsobem vypořádal v napadeném rozhodnutí.
20. Požadavek na prokázání splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů má zajistit s určitou pravděpodobností to, že zadavatelův potenciální obchodní partner či partneři mají dostatečné finanční zdroje a zázemí pro realizaci veřejné zakázky. Zadavatel tak vyžaduje, aby dodavatel disponoval takovou finanční silou, aby dokončil veřejnou zakázku řádně a včas. Nastavení takovýchto kritérií je z pohledu zákona v pořádku. Výše uvedené požadavky zadavatele však nesmějí být prostředkem diskriminace dodavatelů. Proto je třeba rozsah ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů stanovovat v souladu se zásadami uvedenými v § 6 zákona.
21. Není možné stanovit obecný rámec, kterým by bylo řečeno, jaké rozmezí jednotlivých likvidit je z tohoto pohledu ještě přípustný a jaké již nikoliv. Je třeba přistupovat ke stanovení tohoto kritéria individuálně. Hlavním měřítkem pak musí být druh, složitost a rozsah předmětu veřejné zakázky a dále to, aby zadavatelův požadavek nevedl pouze k tomu, aby znemožnil účast dodavatelů, jejichž běžná, okamžitá nebo celková likvidita se nachází mimo zadavatelem stanovené rozmezí, kteří jsou jinak schopni veřejnou zakázku splnit, protože by takový postup bylo třeba považovat za skrytou formu nepřipustné diskriminace. Tím se znemožňuje dosažení cíle zákona, tedy zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli.
22. V obecné rovině ve věci skryté diskriminace odkazují na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 20/2008-152 ze dne 5. 6. 2008, podle něhož je za formu nepřipustné diskriminace v zadávacích řízeních třeba považovat i takový postup, kterým zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových kvalifikačních předpokladů, kdy požadovaná úroveň technické způsobilosti je zjevně nepřiměřená ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, přičemž je zřejmé, že ji mohou splnit pouze někteří z dodavatelů (potenciálních uchazečů), jež by jinak byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými (tzv. diskriminace skrytá). Za kumulativního splnění právě uvedených dvou podmínek lze kvalifikovat zadavatelův postup jako diskriminační, odporující zásadám podávaným v § 6 zákona, neboť někteří z dodavatelů mají v takovém případě a priori znemožněnu účast v zadávacím řízení, byť by předmět veřejné zakázky mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní. Nejvyšší správní soud však v tomtéž rozsudku připustil limity konceptu skryté diskriminace, a vyjádřil se v tom smyslu, že samotná podstata zákazu skryté diskriminace znemožňuje jakoukoliv mechanickou aplikaci. Není totiž dost dobře možné požadovat po zadavatelích, aby jimi vyžadované kvalifikační předpoklady měly na všechny

potencionální uchazeče stejné dopady. Takový požadavek by ostatně nebyl ani reálně možný a byl by v rozporu se smyslem kvalifikačních předpokladů, kterým je zajistit právě to, aby nabídku podali pouze uchazeči způsobilí ke splnění veřejné zakázky. Odvrácenou stranou stanovení kvalifikačních předpokladů je tedy selekce těch uchazečů, kteří ke splnění veřejné zakázky způsobilí nejsou, přičemž o takové (legitimními ekonomickými zájmy podložené) selekci nelze v žádném případě hovořit jako o skryté diskriminaci; v absolutním měřítku i samotný požadavek na kvalifikaci je v rozporu se zásadou rovnosti. Klíčovým problémem takto pojaté skryté diskriminace je tedy „zjevná nepřiměřenost“ kvalifikačních předpokladů ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce. Tato zjevná nepřiměřenost není vymezitelná žádnou obecnou floskulí, nýbrž je nutno ji vykládat vždy se zřetelem na individuální kauzu. Nejvyšší správní soud tudíž připustil, že nelze předem a obecně stanovit s matematickou přesností, kdy je naplněna podmínka „zjevné nepřiměřenosti“ kvalifikačních předpokladů ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce. Samotný pojem „zjevné nepřiměřenosti“ se vyznačuje jistou obsahovou pružností, aby mohl reagovat na nekonečné množství životních situací, na něž nemůže ve své obecnosti konkrétněji formulovaná právní norma pamatovat. V každém případě musí být při rozhodování ponechán prostor pro legitimní ekonomickou úvahu zadavatele, a tedy shledání skryté diskriminace je přípustné tam, kde kvalifikační předpoklady jsou vskutku excesivní a jasně vybočují z oprávněných potřeb dané veřejné zakázky.

23. Ve světle výše citovaného rozsudku, který vyzdvihuje obsahovou pružnost pojmu „zjevná nepřiměřenost“, je tedy patrné, že i přes existenci univerzálně aplikovatelné teorie o skryté diskriminaci je přiměřenost požadavků zadavatele nutně vždy posuzovat ad hoc a rozhodně nelze striktně matematicky stanovit přesné rozmezí jednotlivých likvidit, které je zadavatel oprávněn k prokázání ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů požadovat.
24. K obdobným závěrům dospěl rovněž Krajský soud v Brně v rozsudku sp. zn. 62 Af 16/2010, kde se ztotožňuje s úvahami Nejvyššího správního soudu obsaženými ve výše uvedeném rozsudku, ohledně otázky možné skryté diskriminace, coby jednání zadavatele v rozporu s ustanovením § 6 zákona a doplňuje, že zákon zakazuje jak zjevnou, tak skrytou diskriminaci, a podle ust. § 6 zákona je zadavatel povinen dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Zásada zákazu diskriminace a její cíl spočívající v umožnění hospodářské soutěže se použije také v oblasti posuzování kvalifikace uchazečů. Tato zásada zahrnuje jak zákaz diskriminace zjevné, tedy odlišného zacházení s jednotlivcem ve srovnání s celkem, tak diskriminace skryté, pokud tato vede v podstatě k obdobným právem zakázaným důsledkům, tedy k poškozování hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli.
25. V šetřeném případě v rámci ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů zadavatel v zadávacích podmínkách požadoval v nabídkách předložit čestné prohlášení podepsané osobou oprávněnou jednat za uchazeče a osobou odpovědnou za vedení účetnictví uchazeče, ze kterého bude vyplývat okamžitá, běžná a celková likvidita společnosti a výkaz zisku a ztrát, přičemž uchazeč splňuje tento ekonomický a finanční kvalifikační předpoklad, pokud jeho běžná likvidita je v rozmezí 1,0 – 1,1, okamžitá likvidita je v rozmezí 1,1 – 1,2 a celková likvidita je v rozmezí 2,0 - 2,2. Požadavek zadavatele, aby uchazeči splňovali takto velmi úzce vymezené rozmezí jednotlivých likvidit, nelze v tomto případě označit za přiměřený. Toto dokládá i fakt, že si zadávací dokumentaci vyžádalo 29 zájemců, nabídku

podalo pouze 7 uchazečů, přičemž 6 z těchto uchazečů bylo z další účasti v zadávacím řízení vyloučeno, a to právě z důvodu nesplnění takto velmi úzce vymezeného ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu.

26. Zadavatel v rozkladu uvádí, že uchazeči mohli splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prokázat prostřednictvím subdodavatele nebo mohlo několik uchazečů podat společnou nabídku a tak splnění ekonomických a finančních předpokladů prokázat všichni společně, což však nijak nedokazuje, že by požadované rozpětí jednotlivých likvidit bylo přiměřené vzhledem ke druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky.
27. O tom, že zadavatelem stanovené intervaly jednotlivých likvidit jsou nepřiměřené, svědčí rovněž skutečnost, že průměrná hodnota běžné likvidity uchazečů byla ve výši 4,35, průměrná hodnota okamžité likvidity byla ve výši 3,29 a průměrná hodnota celkové likvidity 4,53. Zadavatel tak nejenže stanovil rozmezí likvidit velmi úzce, ale také ve zcela odlišné výši než bylo reálně dosažitelné a navíc bez jakékoli vazby na odvětví, k němuž se váže předmět veřejné zakázky.
28. Zadavatel stanovil intervaly jednotlivých likvidit, aniž se předem seznámil se skutečnou a aktuální situací v odvětví stavebnictví, do kterého předmětná veřejná zakázka spadá. Zadavatelem stanovené požadavky nelze považovat za objektivně zdůvodnitelné. Smyslem ekonomických a finančních předpokladů je zjistit, zda vybraný uchazeč bude schopen veřejnou zakázku realizovat a nikoli posouzení, zda hospodárně nakládá se svými finančními prostředky. Strategie podniků uchazečů je jejich volbou a nesouvisí s předmětem veřejné zakázky.
29. Úřad v napadeném rozhodnutí zcela správně dospěl k závěru, že zadavatelem stanovené ekonomické a finanční předpoklady jsou nepřiměřené a neodpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky a jsou stanoveny v rozporu se zásadou zákazu diskriminace, neboť takto úzce vymezené intervaly jednotlivých likvidit prakticky vylučují jakoukoli hospodářskou soutěž.
30. V průběhu správního řízení Úřad vzhledem k předmětu řízení nabytí pochybnosti, zda zadavatel není sektorovým zadavatelem. K ověření skutečnosti, zda zadavatel nesplňuje podmínky dané zákonem pro naplnění definice sektorového zadavatele, tedy nevykonává relevantní činnost ve smyslu § 4 odst. 1 písm. d) bod 1. zákona a současně nevykonává i relevantní činnost ve smyslu § 4 odst. 1 písm. e) bodu 2. zákona, byl zadavatel Úřadem vyzván, aby se vyjádřil, zda provozuje vodovod. Zadavatel v této věci podal vyjádření dne 2. 8. 2011, tedy až po uzavření smlouvy o dílo s vybraným uchazečem. S ohledem na specifické postavení sektorového zadavatele z pohledu zákona byl Úřad nucen vyčkat požadovaného vyjádření. Úřad nemá možnost zajistit si potřebné informace jiným způsobem. Zadavatel sdělil, že není sektorovým zadavatelem, a jelikož již uzavřel smlouvu, byl Úřad nucen pouze konstatovat naplnění skutkové podstaty správního deliktu a zároveň nemohl rozhodnout dříve.
31. Zadavatel dále v rozkladu namítá, proč Úřad v průběhu správního řízení nezakročil a nezabránil zadavateli v dalším postupu v zadávacím řízení, čímž by se dalo předejít výběru nejvhodnější nabídky či uzavření smlouvy o dílo s vybraným uchazečem, což je nyní shledáno jako naplnění skutkové podstaty správního deliktu. Z předchozího bodu odůvodnění vyplývá, že tato námitka je zcela bezpředmětná, neboť Úřad nemohl postupovat dále v řízení bez

toho, aby zadavatel poskytl Úřadu požadovanou informaci, a Úřad tak mohl postavit najisto, zda je zadavatel sektorovým zadavatelem či nikoli. Poněvadž zadavatel otálel s poskytnutím této informace, sám tak Úřadu zabraňoval v dalším postupu v řízení. Pokud by se ukázalo, že zadavatel je zadavatelem sektorovým, s ohledem na skutečnost, že se jedná o podlimitní veřejnou zakázku, nebyl by zadavatel povinen postupovat v souladu se zákonem a návrh by tak nesměřoval vůči postupu, který je zadavatel povinen v zadávacím řízení dodržovat. K této námitce dále konstatuji, že Úřad může před vydáním rozhodnutí ve správním řízení zahájeném podle § 113 zákona v rozsahu nezbytně nutném na návrh účastníka řízení nebo z moci úřední k zajištění účelu řízení nařídit zadavateli předběžné opatření, a to zakázat uzavřít smlouvu v zadávacím řízení nebo pozastavit zadávací řízení nebo soutěž o návrh. Předběžné opatření je institutem, který má zajistit efektivnost a ochranu účelu správního řízení, tedy vydání rozhodnutí ve věci. Úřad toto předběžné opatření vydat může, jinými slovy má k jeho vydání oprávnění, není to však jeho povinností. Zadavatel byl seznámen se skutečností, že je proti němu vedeno správní řízení před Úřadem, mohl tak pozastavit své kroky vedoucí k výběru nejvhodnější nabídky a uzavření smlouvy o dílo s vybraným uchazečem či zadávací řízení sám zrušit. Ve světle probíhajícího řízení a vzhledem k faktu, že nabídku podalo z 29 zájemců pouze 7 uchazečů a vyloučeno bylo 6 z nich, mohl zadavatel svůj další postup v zadávacím řízení přehodnotit, neboť bylo možné očekávat, že zadávací řízení nebylo zcela v souladu se zákonem a Úřadem tak může být shledáno pochybení. Pokud by zadavatel ustal v postupu v zadávacím řízení a neuzavřel tak smlouvu o dílo s vybraným uchazečem, mohl by Úřad postupovat podle ustanovení § 118 zákona. Zadavatel přes probíhající řízení před Úřadem postupoval dále v zadávacím řízení, vybral nejvhodnější nabídku a uzavřel smlouvu o dílo a dopustil se tak správního deliktu, za který mu byla uložena výše specifikovaná pokuta.

32. Co se týče uložené pokuty, zadavatel namítá její nepřiměřenou výši a nedostatečné zohlednění všech okolností případu. Jakkoli není pochyb o odpovědnosti zadavatele za spáchání výše uvedeného správního deliktu, přistoupil jsem ke změně výroku III. napadeného rozhodnutí a uloženou pokutu jsem přiměřeně snížil. V porovnání s napadeným rozhodnutím jsem jinak posoudil závažnost následku spáchaného správního deliktu (§ 121 odst. 2 zákona). Je možné konstatovat, že zadavatel při stanovení intervalů jednotlivých likvidit byl veden snahou zajistit si tímto ekonomicky stabilního dodavatele, který bude schopen dostát svým závazkům a předmětnou veřejnou zakázku realizovat. Zadavatel se tak snažil vyhnout možným finančním komplikacím, které by mohly nastat z důvodu špatného finančního zdraví vybraného uchazeče. Na druhou stranu nebylo možné od uložené pokuty zcela upustit, neboť jednání, kterého se zadavatel dopustil, bylo mnohokrát předmětem přezkumu v jiných správních řízeních, navíc se podstatně dotýká základních principů, na nichž je zadávací řízení vystavěno, zejména zákazu diskriminace jednotlivých (i jen potenciálních) dodavatelů. Kromě toho negativní důsledky porušení zákona (tedy omezení soutěže o veřejnou zakázku) již v tuto chvíli není možné účinně zhojit způsobem, který by potenciálním dodavatelům umožnil se o veřejnou zakázku nebo její část ucházet, protože smlouva o dílo již byla uzavřena.
33. Na rozdíl od Úřadu jsem však vzal v úvahu, že smlouva o dílo nebyla a není naplňována, neboť zadavatel neobdržel dotační titul na financování a tím byla zmírněna škodlivost následku správního deliktu, neboť nedošlo k nezákonnému výdaji veřejných finančních prostředků. Veden touto stěžejní myšlenkou jsem přesvědčen, že preventivní funkci může

v tomto případě plnit i pokuta nižší. V rámci volné úvahy a s přihlédnutím k námitkám zadavatele vzneseným v rozkladu jsem proto výši uložené pokuty snížil na 400 000 Kč.

34. Úřad v napadeném rozhodnutí správně přihlédl ke ekonomické situaci zadavatele, když zadavatel předpokládal v rámci schváleného rozpočtu příjmy na rok 2012 ve výši 4 141 820 Kč, tudíž uloženou pokutu nelze považovat za likvidační. Vzhledem k tomu, že celková cena veřejné zakázky podle smlouvy o dílo činí 62 534 970 Kč, horní hranice možné pokuty tak činí částku 3 126 749 Kč, tudíž uložená pokuta je na samé dolní hranici možné výše a dosahuje necelých 13% maximální možné výše.
35. Sankce za spáchání správního deliktu lze chápat jako právní následek spáchaného přestupku, který pro pachatele znamená určitou morální či majetkovou újmu nebo omezení jeho práva. Účelem ukládání sankce je působit na pachatele správního deliktu takovým způsobem, aby se již v budoucnosti nedopouštěl protiprávního jednání. Sankce má tak působit výchovně a preventivně. Sankce má však i reparační charakter, neboť do určité míry napravuje následek porušení právní povinnosti. I při nižší výši pokuty bude v daném případě dosaženo účelu sankce, neboť tato bude stále pro zadavatele natolik citelná, aby nadále plnila represivní, preventivní i reparační funkci. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem jsem proto přistoupil ke snížení uložené pokuty tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

VI. Závěr

36. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že odpovědnost zadavatele za spáchání správního deliktu je dána, avšak pokuta uložená výrokem III. napadeného rozhodnutí byla v daném případě nepřiměřeně vysoká, jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro změnu napadeného rozhodnutí v části výroku III., tedy pro snížení pokuty, přičemž výrok I. a II. napadeného rozhodnutí jsem potvrdil.
37. Vzhledem k výše uvedenému jsem rozhodl tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. obec Horka, Horka I 48, 286 01 Čáslav,
2. LANGERONE, SE, Devotyho 1729, 530 02 Pardubice,
3. Skanska a. s., divize Pozemní stavitelství závod 02, Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy