



UOHSX004CSQG

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R88/2012/VZ-13449/2012/310/PMo

V Brně dne: 19. července 2012

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 5. 4. 2012 podaném zadavatelem –

- **Vysokou školou ekonomickou v Praze**, IČ 61384399, se sídlem nám. Winstona Churchilla 4/1938, 130 67 Praha,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 21. 3. 2012, č. j. ÚOHS-S619/2011/VZ-1889/2012/510/OKo, ve věci přezkoumání úkonů jmenovaného zadavatele učiněných v rámci veřejné zakázky „**Revitalizace, stavební úpravy a zateplení FM VŠE**“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému veřejných zakázek uveřejněno dne 29. 7. 2011 pod evidenčním číslem VZ 60063241, jehož dalším účastníkem je navrhovatel –

- společnost **CGM Czech a.s.**, se sídlem Táborská 1148, 251 01 Říčany, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 12. 1. 2012 Mgr. Viktorem Klímou, advokátem se sídlem Melantrichova 20/476, 110 00 Praha 1, IČ 49973215, a vybraný uchazeč –
- společnost **STAVCENT, a. s.**, se sídlem Jarošovská 753/II, 377 01 Jindřichův Hradec, IČ 46678298,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 21. 3. 2012, č. j. ÚOHS-S619/2011/VZ-1889/2012/510/OKo,

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – Vysoká škola ekonomická v Praze, se sídlem nám. Winstona Churchilla 4/1938, 130 67 Praha, IČ 61384399 (dále jen „**zadavatel**“), uveřejnil v informačním systému o veřejných zakázkách dne 29. 7. 2011 pod evidenčním číslem VZ 60063241 oznámení otevřeného řízení o veřejné zakázce „Revitalizace, stavební úpravy a zateplení FM VŠE“ (dále jen "**veřejná zakázka**").
2. V oznámení o zakázce a v zadávací dokumentaci byl předmět veřejné zakázky vymezen jako revitalizace, rekonstrukce a zateplení části obvodového pláště stávajících pavilonů areálu Fakulty managementu VŠE v Jindřichově Hradci. V oznámení o zakázce v bodě III.2.3) technická způsobilost zadavatel stanovil požadavek na předložení „*seznamu 3 nejvýznamnějších provedených staveb za poslední 3 roky – 3 stavby v oboru pozemního stavitelství, každá v objemu nad 50 mil. Kč bez DPH*“. Dále požadoval v „*listině upřesňujících zadávacích podmínek*“ v bodě 6 (*technické kvalifikační předpoklady*) k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů „*seznam 3 nejvýznamnějších provedených staveb v oboru pozemního stavitelství za poslední 3 roky, každá v objemu nad 50 mil. Kč bez DPH*“.
3. Zadavatel obdržel ve lhůtě pro podání nabídek nabídky 10 uchazečů, přičemž všechny nabídky vyhověly kontrole úplnosti¹. Hodnotící komise vyzvala dopisem ze dne 31. 10. 2011 všechny uchazeče k písemnému zdůvodnění těch částí nabídky, které jsou pro výši nabídkové ceny podstatné s tím, že dva uchazeči neprokázali splnění kvalifikace, mezi nimi i společnost CGM Czech a.s., se sídlem Tábořská 1148, 251 01 Říčany, IČ 49973215 (dále jen „**navrhovatel**“)². Rozhodnutím ze dne 9. 11. 2011 zadavatel rozhodl o vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení (navrhovatel jej obdržel dne 14. 11. 2011). Dne 9. 11. 2011 zadavatel rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky, a sice nabídky společnosti STAVCENT, a.s., se sídlem Jarošovská 753/II, 377 01 Jindřichův Hradec, IČ 46678298 (dále jen „**vybraný uchazeč**“). Navrhovatel obdržel předmětné rozhodnutí dne 18. 11. 2011.
4. Dne 28. 11. 2011 podal navrhovatel námitky proti rozhodnutí o vyřazení jeho nabídky ze zadávacího řízení a proti výběru nejvhodnější nabídky (zadavatel námitky obdržel dne

¹ Tato skutečnost vyplývá z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 22. 9. 2011.

² Tato skutečnost vyplývá z protokolu o posouzení kvalifikace ze dne 7. 11. 2011.

30. 11. 2011). Zadavatel námitkám navrhovatele rozhodnutím ze dne 9. 12. 2011 nevyhověl (toto rozhodnutí obdržel navrhovatel téhož dne). Jelikož navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 19. 12. 2011 k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen "Úřad") návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen "návrh"). Úřad obdržel návrh dne 18. 12. 2011 a tímto dnem bylo podle § 113 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“)³, zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Zadavateli byl stejnopis návrhu doručen téhož dne.

5. Úřad získal pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem při stanovení kritérií pro splnění technického kvalifikačního předpokladu dle § 56 odst. 3 písm. a) zákona v souvislosti s § 6 zákona, a proto z moci úřední rozhodnutím č. j. ÚOHS-S619/2011/VZ-241/2012/510/OKo ze dne 10. 1. 2012 nařídil předběžné opatření, kterým zadavateli uložil zákaz uzavřít smlouvu v předmětném zadávacím řízení, a to do doby nabytí právní moci rozhodnutí, kterým bude správní řízení ukončeno. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-S619/2011/VZ-127/2012/510/OKo ze dne 16. 1. 2012. Úřad v oznámení účastníkům sdělil, že zjistil (z moci úřední a nad rámec návrhu z předložené dokumentace o veřejné zakázce) pochybnosti o zákonnosti postupu zadavatele, a to zda zadavatel dodržel postup dle § 56 odst. 3 písm. a) zákona v návaznosti na ustanovení § 6 zákona.
6. Dále Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S619/2011/VZ-129/2012/510/OKo ze dne 16. 1. 2012 stanovil účastníkům lhůtu, v níž mohli navrhopvat důkazy či činit jiné návrhy, v níž se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí, a navrhovateli stanovil lhůtu k doplnění návrhu o doklad o složení kauce dle § 115 odst. 1 zákona.
7. Následně Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí poukázal na vyjádření zadavatele ze dne 23. 1. 2012, v němž odkazuje na své předchozí vyjádření ze dne 22. 12. 2011. Ve vyjádření uvedl tyto skutečnosti: *„zadavatel se při přípravě zadávací dokumentace, jejíž součástí jsou požadavky na kvalifikaci, řídil zásadami transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Tato dokumentace byla před vyhlášením veřejné zakázky předložena ke schválení Ministerstvu školství, mládeže a tělovýchovy a státnímu fondu životního prostředí a oba tyto úřady dokumentaci v podobě, která byla vyhlášena, schválily. Zadávací dokumentaci si vyzvedlo 31 dodavatelů a ani jeden z nich nerozporoval tuto zásadu z pohledu § 6 zákona o veřejných zakázkách. V průběhu vlastního zadávacího řízení poskytl zadavatel v rámci poskytnutí dodatečných informací k zadávacím podmínkám odpovědi na celkem 19 dotazů dodavatelů a žádný z nich neuplatnil námitku proti zásadám v § 6 zákona. Společnost CGM Czech a.s. tuto námitku uplatnila až v případě, kdy byla vyloučena, svou námitku vztahující se k § 6 zákona však směřovala proti situaci, kdy jí nebyly požadované listiny předloženy okamžitě na její vyžádání.“*

3 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.

8. Dne 23. 1. 2012 požádal navrhovatel o prodloužení lhůty, ve které je oprávněn navrhopat důkazy a činit jiné návrhy, lhůty pro podání vyjádření k podkladům rozhodnutí a lhůty k doplnění návrhu o doklad o složení kauce dle § 115 odst. 1 zákona. Jako důvod pro prodloužení lhůty uvedl nutnost porady s právním zástupcem. Úřad žádosti vyhověl a usnesením č. j. ÚOHS-S619/2011/VZ-1672/2012/510/OKo ze dne 24. 1. 2012 prodloužil shora uvedené lhůty⁴.

II. Napadené rozhodnutí

9. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 21. března 2012 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S619/2011/VZ-1889/2012/510/OKo (dále jen "**napadené rozhodnutí**"), v jehož výrokové části I. dle § 117a písm. b) zákona zastavil správní řízení ve věci návrhu navrhovatele, neboť nebyla s podáním návrhu složena kauce ve výši podle § 115 odst. 1 zákona a navrhovatel kauci nesložil ani v dodatečné lhůtě stanovené Úřadem. Ve výrokové části II. Úřad konstatoval, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 56 odst. 3 písm. a) zákona v návaznosti na § 56 odst. 7 zákona a § 6 zákona, když v oznámení o zakázce v bodě III.2.3) a v „*listině upřesňujících zadávacích podmínek*“ v bodě 6 stanovil, že technický kvalifikační předpoklad dle § 56 odst. 3 písm. a) zákona splňuje ten dodavatel, který provedl za poslední 3 roky v oboru pozemního stavitelství 3 stavby, každá v objemu nad 50 mil. Kč bez DPH, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Ve výrokové části III. Úřad v rámci opatření k nápravě dle § 118 odst. 1 zákona zrušil předmětné zadávací řízení. Ve výrokové části IV. Úřad zadavateli uložil uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč, a to dle § 119 odst. 2 zákona v návaznosti na § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách (dále jen „**vyhláška**“).
10. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí poznamenal k otázce náležitostí návrhu (resp. nesložení kauce) následující skutečnosti. Jelikož v daném případě nebyl součástí návrhu navrhovatele doklad o složení příslušné kauce na účet Úřadu a ani z bankovních výpisů Úřadu nevyplývalo, že kauce byla na jeho účet složena, stanovil Úřad navrhovateli usnesením č. j. ÚOHS-S619/2011/VZ-129/2012/510/OKo ze dne 16. 1. 2012 lhůtu ke složení kauce a k doložení dokladu o jejím složení⁵ (navrhovatel toto usnesení obdržel dne 18. 1. 2012). Vzhledem k tomu, že navrhovatel požádal z důvodu nutnosti porady s právním zástupcem o prodloužení lhůty k doplnění návrhu o doklad o složení kauce dle § 115 odst. 1 zákona, Úřad žádosti vyhověl a lhůtu ke složení kauce a doložení dokladu prokazující její složení usnesením č. j. ÚOHS-S619/2011/VZ-1672/2012/510/OKo ze dne 24. 1. 2012 prodloužil do 1. 2. 2012.
11. Úřad v této souvislosti uzavřel, že navrhovatel nedoložil doklad o složení kauce na účet Úřadu spolu s podáním návrhu, ani v dodatečné lhůtě stanovené Úřadem (ani později),

⁴ Vybraný uchazeč se ve lhůtách, ve kterých byl oprávněn navrhopat důkazy a činit jiné návrhy, oprávněn vyjádřit v řízení své stanovisko a vyjádřit se k podkladům rozhodnutí, nevyjádřil.

⁵ Úřad dále navrhovatele upozornil na to, že jestliže ve stanovené lhůtě kauci na účet Úřadu nesloží a nedoloží doklad prokazující její složení, Úřad podle § 117a písm. b) zákona zahájené řízení zastaví.

a tudíž nedodržel zákonem stanovenou náležitost pro podání návrhu, kterou je podle § 114 odst. 3 zákona mimo jiné i doklad o složení kauce podle § 115 zákona. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nedoložil doklad prokazující složení kauce dle § 115 odst. 1 zákona ve stanovené lhůtě, Úřad rozhodl o zastavení řízení.

12. K problematice vymezení technických kvalifikačních předpokladů Úřad uvedl v odůvodnění napadeného rozhodnutí následující. Zadavatel v oznámení o zakázce v bodě III.2.3) technická způsobilost požadoval předložit „seznam 3 nejvýznamnějších provedených staveb za poslední 3 roky – 3 stavby v oboru pozemního stavitelství, každá v objemu nad 50 mil. Kč bez DPH“. V „listině upřesňujících zadávacích podmínek“ v bodě 6 – technické kvalifikační předpoklady požadoval k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů „seznam 3 nejvýznamnějších provedených staveb v oboru pozemního stavitelství za poslední 3 roky každá v objemu nad 50 mil. Kč bez DPH“.
13. Za účelem porovnání Úřad poznamenal, že k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na dodávky může veřejný zadavatel dle § 56 odst. 1 písm. a) zákona požadovat seznam významných dodávek realizovaných dodavatelem v posledních 3 letech s uvedením jejich rozsahu a doby plnění (přičemž zákon uvádí, co musí být přílohou tohoto seznamu) – obdobně v případě veřejných zakázek na služby může veřejný zadavatel požadovat k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dle § 56 odst. 2 písm. a) zákona seznam významných služeb poskytnutých dodavatelem v posledních 3 letech s uvedením jejich rozsahu a doby plnění; přičemž zákon rovněž uvádí, co musí být přílohou tohoto seznamu.
14. Ze srovnání těchto zákonných úprav dle Úřadu vyplývá, že zákon při stanovení časového období, za které dodavatel prokazuje splnění technických kvalifikačních předpokladů, vycházel z charakteru jednotlivých druhů veřejných zakázek. „Výrobní proces“ stavebních prací je zpravidla delší než je v případě dodávek a služeb, a proto je u stavebních zakázek delší i časové období, za které je dodavatel splnění technických kvalifikačních předpokladů oprávněn prokazovat – viz § 56 odst. 3 písm. a) zákona. Na základě těchto skutečností Úřad dovodil závěr, že při posuzování technických kvalifikačních předpokladů je nutné zvažovat nejen jejich „nastavení“ z pohledu požadavků stanovených v § 57 odst. 7 zákona, ale v případě, kdy zákon stanoví i určité časové parametry, je nutné, aby rozhodující subjekt zvažoval i přípustnost změny těchto zákonem stanovených lhůt.
15. Následně Úřad poukázal na ustanovení § 56 odst. 3 zákona stanovující, že k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na stavební práce může veřejný zadavatel požadovat seznam stavebních prací realizovaných dodavatelem v posledních 5 letech. Z dikce zákona vyplývá, že zadavatel může zvolit určitý způsob prokázání technických kvalifikačních předpokladů – nesmí tak však učinit přísněji než zákon. Dle Úřadu by změnu uvedené lhůty bylo možné připustit pouze tehdy, jestliže by to bylo výhodnější pro uchazeče, což však není uvedený případ, neboť zadavatel svým postupem omezil počet potenciálně kvalifikovaných dodavatelů. Tato interpretace je rovněž v souladu se zásadou zákazu diskriminace zakotvenou v ustanovení § 6 zákona.

16. K tomu Úřad uzavřel, že zadavatel nedodržel § 56 odst. 3 písm. a) zákona. V důsledku svého postupu, kdy (v oznámení o zakázce a v zadávací dokumentaci) stanovil, že technický kvalifikační předpoklad dle § 56 odst. 3 písm. a) splňuje ten dodavatel, který za poslední 3 roky v oboru pozemního stavitelství provedl 3 stavby, každá v objemu nad 50 mil. Kč bez DPH, zkrátil období, za které mohou dodavatelé prokázat technické kvalifikační předpoklady z 5 let na 3 roky. Vzhledem k tomu, že zadavatel tímto omezil počet v úvahu přicházejících uchazečů, kteří mohli splnit podmínku zadavatele za období 5 let, mohlo toto porušení zákona podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

III. Námitky rozkladu

17. Dne 5. 4. 2012 podal zadavatel proti výše uvedenému rozhodnutí rozklad, který byl Úřadu doručen dne 5. 4. 2012, tedy v zákonem stanovené lhůtě. Předmětný rozklad zadavatel doplnil podáním ze dne 12. 4. 2012, které bylo Úřadu doručeno téhož dne.

Zmatečnost rozhodnutí – jedním rozhodnutím nemůže být současně zastaveno řízení i shledáno pochybení a uloženo nápravné opatření zadavateli

18. Zadavatel v první řadě vyjadřuje nesouhlas s procesním postupem Úřadu, kdy jedním rozhodnutím došlo současně k zastavení řízení i ke shledání pochybení na straně zadavatele a k uložení nápravného opatření. V této souvislosti podotýká, že povinnost složit kauci je absolutní povinností, což znamená, že neexistují žádné důvody pro její prominutí. Návrh, spolu s nímž nebyla složena kauce, musí být Úřadem zamítnut s tím, že následně může být zahájeno řízení z moci úřední. V takovém případě by měla být vedena dvě správní řízení – první na návrh (které musí být zastaveno z důvodu nesložení kauce) a druhé zahájené z moci úřední, o němž Úřad rozhodne samostatně. Z výše uvedených důvodů zadavatel považuje napadené rozhodnutí za zmatečné a odporující principům správního řízení.

Požadavek na kvalifikaci v délce 3 let místo 5 let nemohl ovlivnit zadávací řízení – svým postupem neporušil zásady dle § 6 zákona; nejde o porušení vedoucí ke zrušení zadávacího řízení (uložené nápravné opatření je neadekvátní), Úřad porušil zásadu dle § 2 odst. 4 správního řádu

19. Následně zadavatel zpochybňuje uložení nápravného opatření spočívajícího ve zrušení zadávacího řízení, neboť dle něj požadavek na kvalifikaci v délce 3 let místo 5 let nemohl nijak ovlivnit průběh zadávacího řízení. Má za to, že tuto jeho domněnku potvrzuje skutečnost, že se žádný z účastníků řízení proti zmíněné podmínce neodvolal a nezmínil ji ani navrhovatel. Zadavatel poukazuje na dikci ustanovení § 56 odst. 3 písm. a) zákona, kde je uvedeno, že zadavatel může k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky požadovat mimo jiné seznam prací provedených dodavatelem za posledních 5 let. Dle názoru zadavatele je zcela na jeho uvážení, zda bude seznam stavebních prací k prokázání technických kvalifikačních předpokladů v takovém rozsahu požadovat, či nikoliv. Z tohoto důvodu trvá zadavatel na tom, že zásady zakotvené v ustanovení § 6 zákona svým postupem neporušil.

20. V této souvislosti podotýká, že zadávací dokumentace byla schválena Ministerstvem školství, mládeže a tělovýchovy (dále jen "**MŠ**") a dále rovněž Státním fondem životního prostředí (dále jen "**SFŽP**"), a deklaruje, že zadávací dokumentaci si vyzvedlo 31 dodavatelů a ani jeden z nich ji nerozporoval. Zadavatel považuje uložení nápravného opatření spočívajícího ve zrušení zadávacího řízení za nejzazší formu "sankce", která přichází v úvahu teprve v případě porušení takové intenzity, že by byl podstatným způsobem ovlivněn výběr nejvhodnější nabídky. Zadavatel s odkazem na výše uvedené deklaruje, že v jeho případě nedošlo k tak závažnému porušení zákona, aby bylo na místě uplatnit "sankci" v podobě zrušení zadávacího řízení. Vzhledem k počtu uchazečů, kteří se účastnili zadávacího řízení, lze dle něj usuzovat, že zadavatel dodržel všechny zásady zakotvené v ustanovení § 6 zákona.
21. Úřad v důsledku uložení nápravného opatření (zrušení předmětného zadávacího řízení) nejednal v souladu se základními zásadami a principy činnosti správních orgánů, konkrétně se zásadou uvedenou v ustanovení § 2 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen "**správní řád**"), tj. „*Správní orgán dbá, aby přijaté řešení bylo v souladu s veřejným zájmem a aby odpovídalo okolnostem daného případu, jakož i na to, aby při rozhodování skutkově shodných nebo podobných případů nevznikaly nedůvodné rozdíly.*“ Na podporu svého tvrzení zadavatel poukazuje na správní řízení vedené Úřadem pod sp. zn. S506/2010, ve kterém zůstal stejný požadavek na prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů v rozhodnutí bez povšimnutí. Dále odkazuje na správní řízení vedené pod sp. zn. R95/2011, kde sice byly v rozhodnutí vysloveny pochybnosti, zda zadavatel při stanovení technického kvalifikačního předpokladu dle ustanovení § 56 odst 3 písm. a) zákona postupoval v souladu se zákonem, avšak zadavateli byla uložena pouze pokuta ve výši 20 000,- Kč. Zadavatel v závěru rozkladu (resp. jeho doplnění) uvádí výčet oznámení uveřejněných v informačním systému o veřejných zakázkách, která dle něj trpí stejnou vadou.

Závěr rozkladu

22. Na základě shora uvedených skutečností zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

IV. Řízení o rozkladu

23. 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.
24. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou 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 a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy. Správnost napadeného rozhodnutí jsem přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu (resp. v doplnění rozkladu) a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.

25. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S619/2011/VZ-1889/2012/510/OKo ze dne 21. 3. 2012 podle § 117a písm. b) zákona zastavil správní řízení ve věci návrhu navrhovatele (neboť nebyla s podáním návrhu složena kauce ve výši dle § 115 odst. 1 zákona a navrhovatel kauci nesložil ani v dodatečně lhůtě stanovené Úřadem), tím, že konstatoval, že zadavatel nedodržel postup dle § 56 odst. 3 písm. a) zákona v návaznosti na § 56 odst. 7 zákona a § 6 zákona, když v oznámení o zakázce v bodu III.2.3) a v „*listině upřesňujících zadávacích podmínek*“ v bodě 6 stanovil, že technický kvalifikační předpoklad dle § 56 odst. 3 písm. a) zákona splňuje ten dodavatel, který provedl za poslední 3 roky v oboru pozemního stavitelství 3 stavby (každá v objemu nad 50 mil. Kč bez DPH), přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a smlouva dosud nebyla uzavřena, dále tím, že v rámci opatření k nápravě dle § 118 odst. 1 zákona zrušil předmětné zadávací řízení, a tím, že zadavateli uložil dle § 119 odst. 2 zákona v návaznosti na § 1 odst. 1 vyhlášky uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

Zmatečnost rozhodnutí – jedním rozhodnutím nemůže být současně zastaveno řízení i shledáno pochybení a uloženo nápravné opatření zadavateli

26. V souvislosti s námitkou zadavatele, v jejímž rámci vyjadřuje nesouhlas s procesním postupem Úřadu, kdy jedním rozhodnutím došlo současně k zastavení řízení i ke shledání pochybení na straně zadavatele a k uložení předmětného nápravného opatření, uvádím následující. Již v oznámení o zahájení správního řízení č. j. ÚOHS-S619/2011/VZ-127/2012/510/OKo ze dne 16. 1. 2012 (dále jen "**oznámení o zahájení řízení**") Úřad sdělil zadavateli, že "*z moci úřední a nad rámec návrhu z předložené dokumentace o veřejné zakázce zjistil následující pochybnosti o zákonnosti postupu zadavatele, a to zda zadavatel dodržel postup stanovený v § 56 odst. 3 písm. a) cit. zákona v návaznosti na ustanovení § 6 cit. zákona, když v oznámení o zakázce a v zadávací dokumentaci stanovil, že technický kvalifikační předpoklad podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona splňuje ten dodavatel, který v posledních 3 letech provedl v oboru pozemního stavitelství 3 stavby, každá v objemu nad 50 mil. Kč bez DPH*".
27. S ohledem na tyto skutečnosti je tedy zřejmé, že uvedený procesní postup Úřadu je zcela správným a zákonným postupem správního orgánu, který má oporu i v ustálené judikatuře. V obecné rovině lze konstatovat, že rozšíření předmětu správního řízení nad rámec návrhu je z moci úřední přípustné, pokud správní orgán dodrží procesní pravidla správního řízení, zejména veškerá procesní práva účastníků řízení. Podotýkám, že důvodem rozšíření předmětu správního řízení *ex offo* může být opodstatněná snaha správního orgánu o lepší procesní ekonomii řízení. Procesní práva účastníků rozšiřovaného správního řízení musí mimo jiné spočívat v seznámení se skutečností, že správní orgán rozšiřuje předmět řízení, což se v daném případě stalo právě na základě oznámení o zahájení řízení.

28. Rozšíření předmětu správního řízení pak koresponduje s rozsahem práv a povinností, o nichž správní orgán rozhodl jednotlivými výrokovými částmi napadeného rozhodnutí. Předmětná námitka zadavatele proto s ohledem na výše uvedené nemůže obstát. Ze stejných důvodů je třeba označit za neopodstatněné rovněž související tvrzení zadavatele, v jehož rámci podotýká, že návrh, u kterého nebyla složena kauce, musí být Úřadem zamítnut a následně může být zahájeno řízení z moci úřední s tím, že je třeba vést dvě samostatná správní řízení. Se zřetelem na výše uvedené tak nelze napadené rozhodnutí označit za zmatečné, resp. odporující principům správního řízení, jak uvádí zadavatel v rozkladu.

Požadavek na kvalifikaci v délce 3 let místo 5 let nemohl ovlivnit zadávací řízení – svým postupem neporušil zásady dle § 6 zákona; nejde o porušení vedoucí ke zrušení zadávacího řízení (uložené nápravné opatření je neadekvátní), Úřad porušil zásadu dle § 2 odst. 4 správního řádu

29. Ve vztahu k námitce zadavatele, dle níž zpochybňuje uložení nápravného opatření spočívajícího ve zrušení zadávacího řízení, neboť dle něj požadavek na kvalifikaci v délce 3 let místo 5 let nemohl nijak ovlivnit průběh zadávacího řízení s tím, že se žádný účastník řízení proti této podmínce neodvolal, přičemž dle § 56 odst. 3 písm. a) zákona zadavatel může k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky požadovat mimo jiné seznam prací provedených dodavatelem za posledních 5 let, uvádím následující skutečnosti. Jak již bylo deklarováno v bodě 42. odůvodnění napadeného rozhodnutí, „z dikce zákona vyplývá, že zadavatel může zvolit určitý způsob prokázání technických kvalifikačních předpokladů, nesmí tak však učinit přísněji než zákon. Změnu uvedené lhůty by bylo možné připustit pouze tehdy, jestliže by to bylo výhodnější pro uchazeče, což však není uvedený případ, neboť zadavatel svým postupem omezil počet potenciálně kvalifikovaných dodavatelů“. V této souvislosti zdůrazňuji, že z příslušných ustanovení zákona jednoznačně vyplývá, že zadavatel je dle druhu, rozsahu a složitosti veřejné zakázky povinen odpovídajícím způsobem vymezit technické kvalifikační předpoklady, které musí vyjadřovat objektivně odůvodnitelné požadavky zadavatele a současně zajistit způsobilost uchazečů k plnění veřejné zakázky. Stanovení nepřiměřených požadavků na způsobilost uchazečů nepřipustně omezuje okruh potenciálních dodavatelů a vede k jejich diskriminaci tím, že jim znemožňuje zúčastnit se příslušného zadávacího řízení.
30. Je zřejmé, že k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na dodávky může veřejný zadavatel dle § 56 odst. 1 písm. a) zákona požadovat seznam významných dodávek realizovaných dodavatelem v posledních 3 letech s uvedením jejich rozsahu a doby plnění. Doplnuji, že zákon při stanovení časového období, za které dodavatel prokazuje splnění technických kvalifikačních předpokladů, vycházel z charakteru jednotlivých druhů veřejných zakázek. V tomto kontextu se tedy zcela ztotožňuji s konstatováním obsaženým v bodě 41. odůvodnění napadeného rozhodnutí, dle něhož "výrobní proces" stavebních prací je zpravidla delší než v případě dodávek a služeb, a proto je u stavebních zakázek delší i časové období, za které je dodavatel splnění technických kvalifikačních předpokladů oprávněn prokazovat, jak vyplývá i z ustanovení § 56 odst. 3 písm. a) zákona.

31. Se zřetelem na výše uvedené je třeba konstatovat, že Úřad dospěl v napadeném rozhodnutí ke zcela správnému závěru, že zadavatel nedodržel postup uvedený v ustanovení § 56 odst. 3 písm. a) zákona. Pokud zadavatel v oznámení o zakázce a v zadávací dokumentaci stanovil, že technický kvalifikační předpoklad podle § 56 odst. 3 písm. a) splňuje ten dodavatel, který za poslední 3 roky v oboru pozemního stavitelství provedl 3 stavby, každá v objemu nad 50 mil. Kč bez DPH, zkrátil tak období, za které mohou dodavatelé prokázat technické kvalifikační předpoklady z 5 let na 3 roky. Vzhledem k tomu, že zadavatel tímto omezil počet v úvahu přicházejících uchazečů, kteří mohli splnit podmínku zadavatele za období 5 let, mohlo toto porušení zákona podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
32. Je tedy evidentní, že v této souvislosti neobstojí zadavatelovo tvrzení, dle něhož je zcela na jeho uvážení, zda bude seznam stavebních prací k prokázání technických kvalifikačních předpokladů ve výše uvedeném rozsahu požadovat s tím, že tak nemohlo dojít k porušení zásad zakotvených v ustanovení § 6 odst. 1 zákona. Jak již bylo výše konstatováno, v daném případě došlo mimo jiné k porušení ustanovení § 6 odst. 1 zákona, neboť zadavatel svým postupem – kdy změnou výše uvedené zákonné lhůty omezil počet potenciálně kvalifikovaných dodavatelů – nedodržel zásadu zákazu diskriminace, která musí být nadevší pochybnost aplikována při interpretaci všech ustanovení zákona.
33. Ve vztahu k tvrzení zadavatele, že zadávací dokumentace byla schválena MŠ a také SFŽP s tím, že si ji vyzvedlo 31 dodavatelů a ani jeden z nich ji nerozporoval, uvádím následující. Skutečnost, že zadávací dokumentace byla schválena výše uvedenými subjekty, nemůže nic změnit na tom, že se zadavatel dopustil porušení zákona, když v zadávací dokumentaci (jakožto i v oznámení o zakázce) stanovil, že technický kvalifikační předpoklad dle § 56 odst. 3 písm. a) zákona splňuje ten dodavatel, který za poslední 3 roky v oboru pozemního stavitelství provedl 3 stavby, každá v objemu nad 50 mil. Kč bez DPH, čímž nepřipustným způsobem zkrátil období, za které mohou dodavatelé prokázat technické kvalifikační předpoklady, z 5 let na 3 roky.
34. Neobstojí ani tvrzení, v rámci něhož zadavatel poukazuje na to, že si zadávací dokumentaci vyzvedlo 31 dodavatelů a ani jeden z nich ji nerozporoval (resp. nepodal námitky proti zadávacím podmínkám). Skutečnost, že žádný z potenciálních dodavatelů, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci, zadávací podmínky nerozporoval (nepodal námitky proti zadávacím podmínkám zadavateli ve smyslu ustanovení § 110 odst. 3 zákona), nemá a nemůže mít vliv na výše deklarované porušení zákona ze strany zadavatele. Nadto pouhá skutečnost, že potenciální dodavatelé nepodali příslušné námitky, neznamená, že se jim předmětná veřejná zakázka (resp. stanovení příslušných zadávacích podmínek) nemohla jevit jako netransparentní, proč se zadávacího řízení nezúčastnili, aniž by tyto námitky (proti zadávacím podmínkám) podali. S ohledem na výše deklarované závěry je nutné i tuto námitku vznesenou zadavatelem označit za nedůvodnou.

35. Ve vztahu k tvrzení zadavatele, že Úřad nejednal v souladu se základními zásadami a principy činnosti správních orgánů (konkrétně se zásadou zakotvenou v § 2 odst. 4 správního řádu)⁶, přičemž na podporu svého tvrzení poukázal na správní řízení vedené Úřadem pod sp. zn. S506/2010, ve kterém zůstal stejný požadavek na prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů v rozhodnutí bez povšimnutí (a dále zmínil správní řízení vedené pod sp. zn. R95/2011, kde byly v rozhodnutí vysloveny pochybnosti, ale zadavateli byla uložena pouze pokuta ve výši 20 000 Kč), je nezbytné uvést následující. Zdůrazňuji, že z rozsudku Vrchního soudu v Olomouci č. j. 2 A 7/2000 ze dne 7. září 2000 vyplývá, že *„nelze porovnávat předchozí či jiná zadání veřejných zakázek, neboť orgánu dohledu přísluší dohlížet nad konkrétním případem“*.
36. Posouzení postupu zadavatele je tedy nutno vždy provádět s přihlédnutím k okolnostem každého konkrétního případu. V případě správního řízení vedeného pod sp. zn. R95/2011 je zřejmé, že zadavatel uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, aniž by dodržel postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky, čímž naplnil skutkovou podstatu správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, a proto Úřad uložil zadavateli pokutu (předmětné zadávací řízení poté již z podstaty věci nemohlo být zrušeno – Úřad tudíž nemohl přistoupit k uložení příslušného nápravného opatření). Pokud se jedná o oznámení uveřejněná v informačním systému o veřejných zakázkách, podotýkám, že ve věci předmětných veřejných zakázek nebyla ze strany Úřadu vedena příslušná správní řízení.
37. V této souvislosti je proto nutné učinit relevantní závěr spočívající v konstatování, že Úřad jednal plně v souladu s výše zmíněnou základní zásadou činnosti správních orgánů zakotvenou v ustanovení § 2 odst. 4 správního řádu. Je totiž evidentní, že s ohledem na výše uvedené bylo zcela jistě učiněno za dost zásadám nestrannosti, materiální ekvity a legitimního očekávání (předvídatelnosti napadeného rozhodnutí) vyplývajícím z předmětného ustanovení správního řádu. Úřad v jednotlivých případech dostatečným způsobem dbá na to, aby při rozhodování skutkově shodných nebo podobných případů nevznikaly nedůvodné rozdíly. Ani tato námitka zadavatele proto není opodstatněná a jako takovou je třeba ji zamítnout.
38. Pokud se jedná o námitku zadavatele poukazující na to, že zrušení zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 118 odst. 1 zákona je nejzazší formou "sankce", která přichází v úvahu teprve v případě porušení takové intenzity, že by byl podstatným způsobem ovlivněn výběr nejvhodnější nabídky, přičemž v jeho případě nedošlo k tak závažnému porušení, aby bylo na místě uložit nápravné opatření v podobě zrušení zadávacího řízení s tím, že s ohledem na počet uchazečů, kteří se účastnili zadávacího řízení, lze usuzovat, že zadavatel dodržel všechny zásady dle § 6 zákona, uvádím následující. Pokud se jedná o uložené nápravné opatření, Úřad v bodě 45. odůvodnění napadeného rozhodnutí zcela správně konstatoval, že *"postupoval zadavatel v zadávacím řízení v rozporu se zákonem již při stanovení zadávacích podmínek uvedených v oznámení o zakázce, a proto nelze nápravu zjednat např.*

⁶ *„Správní orgán dbá, aby přijaté řešení bylo v souladu s veřejným zájmem a aby odpovídalo okolnostem daného případu, jakož i na to, aby při rozhodování skutkově shodných nebo podobných případů nevznikaly nedůvodné rozdíly.“*

zrušením rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Jelikož vadou trpí již samotné oznámení o zakázce, lze nápravu v daném případě dosáhnout pouze zrušením zadávacího řízení".

39. Mám rovněž za to, že Úřad postupoval správně, když v části odůvodnění napadeného rozhodnutí vztahující se k uložení předmětného nápravného opatření poukázal na to, že rozhodl o zrušení daného zadávacího řízení, jelikož v daném případě zadavatel nedodržel postup stanovený zákonem a tento nezákonný postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Na základě výše uvedeného je zřejmé, že neobstojí námitka zadavatele poukazující na to, že uložené nápravné opatření je zcela neadekvátní. Jak vyplývá z odůvodnění napadeného rozhodnutí a rovněž z výše uvedených skutečností, uložení nápravného opatření spočívajícího ve zrušení celého zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 118 odst. 1 zákona bylo zcela adekvátním opatřením. V daném případě totiž byly splněny všechny podmínky předvídané zákonem k jeho uložení. Nedodržení postupu stanoveného pro zadání veřejné zakázky mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zároveň zadavatel v době uložení nápravného opatření neukončil zadávací řízení uzavřením smlouvy. Ani tato námitka zadavatele proto nemůže obstát.
40. K tomu doplňuji, že v dané souvislosti počet uchazečů, kteří se účastnili zadávacího řízení, nemá a nemůže mít na posouzení otázky přiměřenosti uloženého nápravného opatření sebemenší vliv. I tuto námitku vznesenou zadavatelem v rozkladu je proto třeba označit za nedůvodnou.
41. Nadto je třeba deklarovat, že Úřad v bodě 47. odůvodnění napadeného rozhodnutí pro úplnost uvedl, že ustanovení § 84 odst. 7 zákona stanoví, že zadavatel odešle oznámení o zrušení zadávacího řízení k uveřejnění v informačním systému o veřejných zakázkách podle § 157 zákona do 3 dnů ode dne přijetí rozhodnutí (s tím, že tato povinnost neplatí pro jednací řízení bez uveřejnění a řízení na základě rámcové smlouvy). Úřad následně poukázal na skutečnost, že zadavatel je na základě § 84 odst. 8 zákona povinen odeslat písemné oznámení o zrušení zadávacího řízení do 2 pracovních dnů ode dne přijetí rozhodnutí všem známým zájemcům či uchazečům s uvedením důvodu, s tím, že dle § 84 odst. 9 zákona pokud zruší zadávací řízení Úřad, užití se § 84 odst. 7 a 8 zákona obdobně, přičemž lhůty počínají běžet ode dne nabytí právní moci rozhodnutí Úřadu.

VI. Závěr

42. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
43. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem 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. Vysoká škola ekonomická v Praze, nám. Winstona Churchilla 4/1938, 130 67 Praha
2. Mgr. Viktor Klíma, advokát, Melantrichova 20/476, 110 00 Praha
3. STAVCENT, a. s., Jarošovská 753/II, 377 01 Jindřichův Hradec

Vypraveno dne:

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