

Č. j.: S244/2008/VZ-23388/2008/530/Kr

V Brně dne 9. ledna 2008

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 94 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů., ve správním řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, zahájeném dne 4.9.2008 z vlastního podnětu podle § 96 a § 105 odst. 3 téhož zákona o veřejných zakázkách, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Správa železniční dopravní cesty, státní organizace, IČ 70994234, se sídlem Dlážďená 1003/7, 110 00 Praha 1, za niž jedná Ing. Jan Komárek, generální ředitel,

uchazeč – společnosti

- Skanska DS a. s., IČ 26271303, se sídlem Bohunická 133/50, 619 00 Brno, za niž jedná Ing. Josef Hájek, předseda představenstva, a Ing. Milan Matzenauer, místopředseda představenstva (Skanska DS a. s. převzala v důsledku sloučení jmění společnosti Skanska ŽS, a.s.),
 - Chládek a Tintěra, a. s., IČ 62743881, se sídlem Nerudova 16, 412 01 Litoměřice, za niž jedná Jaroslav Tintěra, předseda představenstva,
 - GJW Praha spol. s r. o., IČ 41192869, se sídlem Mezitraťová 137, 198 21 Praha 9, Hloubětín, za niž jedná Ing. Milan Koudelka a Ing. Zdeňek Synáček,
 - STRABAG a. s., IČ 608 38 744, se sídlem Na Bělidle 198/21, 150 00 Praha 5, za niž jednají Ing. Vladimír Boršek a Ing. Jiří Pechtál, prokuristé,
- účastníci sdružení založeného na základě smlouvy o sdružení ze dne 21.7.2005, jehož nabídka byla vybrána jako nejvhodnější,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Správa železniční dopravní cesty, státní organizace, IČ 70994234, se sídlem Dlážďená 1003/7, 110 00 Praha 1, za niž jedná Ing. Jan Komárek, generální ředitel, učiněných ve veřejné zakázce „Zvýšení rychlosti Plzeň - Česká Kubice“, zadané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 17.6.2005 pod evidenčním číslem 50003868 a v Úředním věstníku dne 17.6.2005 pod evidenčním číslem 2005/S 116-114584, rozhodl podle § 101 citovaného zákona o veřejných zakázkách
takto:

I.

Zadavatel – Správa železniční dopravní cesty, státní organizace, IČ 70994234 – se dopustil správního deliktu ve smyslu § 102 odst. 1 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že dne 9.9.2005 uzavřel s uchazečem – společnostmi

- Skanska DS a. s., IČ 26271303, se sídlem Bohunická 133/50, 619 00 Brno, za niž jedná Ing. Josef Hájek, předseda představenstva, a Ing. Milan Matzenauer, místopředseda představenstva (Skanska DS a. s. převzala v důsledku sloučení jmění společnosti Skanska ŽS, a.s.),
- Chládek a Tintěra, a. s., IČ 62743881, se sídlem Nerudova 16, 412 01 Litoměřice, za niž jedná Jaroslav Tintěra, předseda představenstva,
- GJW Praha spol. s r. o., IČ 41192869, se sídlem Mezitraťová 137, 198 21 Praha 9, Hloubětín, za niž jedná Ing. Milan Koudelka a Ing. Zdeňek Synáček,
- STRABAG a. s., IČ 60838744, se sídlem Na Bělidle 198/21, 150 00 Praha 5, za niž jednají Ing. Vladimír Boršek a Ing. Jiří Pechtál, prokuristé,

smlouvu o dílo a před jejím uzavřením nedodržel postup stanovený v § 55 odst. 3 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že jako dílčí kritéria pro zadání výše specifikované veřejné zakázky podle ekonomické výhodnosti zvolil v zadávací dokumentaci v bodu 31.2 kritéria „Doložení výše technické způsobilosti“ a „Doložení výše finanční a technické způsobilosti“, která nevyjadřují ekonomickou výhodnost nabídky, ale kvalifikaci uchazeče ve smyslu cit. zákona, a tento postup mohl podstatně ovlivnit hodnocení nabídek.

II.

Za spáchání výše uvedeného správního deliktu se zadavateli - Správa železniční dopravní cesty, státní organizace, IČ 70994234, **ukládá** podle § 102 odst. 2 písm. a) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

pokuta ve výši 20 000,- Kč (dvacet tisíc korun českých).

Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-24825621/0710, konstantní symbol 1148, variabilní symbol 2440850001.

III.

Podle § 79 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, a podle § 6 odst. 1 vyhlášky č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení, se zadavateli - Správa železniční dopravní cesty, státní organizace, IČ 70994234, **ukládá**

uhradit náklady řízení ve výši 1 000,- Kč (jeden tisíc korun českých).

Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2440850002.

Odůvodnění

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“), který je podle § 94 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, příslušný k dohledu nad dodržováním tohoto zákona, obdržel podnět Ministerstva dopravy, který se týkal postupu zadavatele - Správa železniční dopravní cesty, státní organizace, IČ 70994234, se sídlem Dlážděná 1003/7, 110 00 Praha 1, za niž jedná Ing. Jan Komárek, generální ředitel (dále jen „zadavatel“), učiněných ve veřejné zakázce „Zvýšení rychlosti Plzeň - Česká Kubice“, zadané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 17.6.2005 pod evidenčním číslem 50003868 a v Úředním věstníku dne 17.6.2005 pod evidenčním číslem 2005/S 116-114584

Vzhledem k tomu, že při posuzování předložené dokumentace získal orgán dohledu pochybnosti o zákonnosti rozhodnutí a dalších úkonů zadavatele učiněných v průběhu zadávacího řízení, zahájil ve věci přezkoumání úkonů zadavatele správní řízení z vlastního podnětu.

Podle § 99 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“) účastníky správního řízení jsou:

- zadavatel,
- vybraný uchazeč – společnosti
 - Skanska DS a. s., IČ 26271303, se sídlem Bohunická 133/50, 619 00 Brno, za niž jedná Ing. Josef Hájek, předseda představenstva, a Ing. Milan Matzenauer, místopředseda představenstva (Skanska DS a. s. převzala v důsledku sloučení jmění společnosti Skanska ŽS, a.s.),
 - Chládek a Tintěra, a. s., IČ 62743881, se sídlem Nerudova 16, 412 01 Litoměřice, za niž jedná Jaroslav Tintěra, předseda představenstva,
 - GJW Praha spol. s r. o., IČ 41192869, se sídlem Mezitrat'ová 137, 198 21 Praha 9, Hloubětín, za niž jedná Ing. Milan Koudelka a Ing. Zdeňek Synáček,
 - STRABAG a. s., IČ 60838744, se sídlem Na Bělidle 198/21, 150 00 Praha 5, za niž jednají Ing. Vladimír Boršek a Ing. Jiří Pechtál, prokuristé,účastníci sdružení založeného na základě smlouvy o sdružení ze dne 21.7.2005.

Zahájení správního řízení orgán dohledu oznámil účastníkům řízení dopisem č. j. S244/2008/VZ-17717/2008/530/Kr ze dne 1.9.2008, ve kterém je seznámil s pochybnostmi o správnosti postupu zadavatele, tj. zejména s tím, že zadavatel v šetřeném případě zařadil mezi dílčí kritéria hodnocení nabídek podle ekonomické výhodnosti i kritérium hodnocení „Splnění dalších kvalifikačních kritérií (v souladu s ustanovením § 30 odst. 2 písm) b) zákona)“. Zadavatel tak svým postupem mohl zaměnit kvalifikační kritérium, s dílčím kritériem pro zadání veřejné zakázky, podle kterého má být hodnocena ekonomická výhodnost nabídky, zadavatel přitom na plnění výše uvedené veřejné zakázky uzavřel dne 9.9.2005 smlouvu. Přílohou oznámení bylo usnesení, kterým orgán dohledu stanovil účastníkům řízení lhůtu, v níž mohli navrhopvat důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

Dnem 4.9.2008, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno prvnímú z účastníků řízení (zadavateli), bylo podle § 96 odst. 2 zákona správní řízení zahájeno.

Účastník správního řízení – společnost GJW Praha spol. s r. o., se ke správnímu řízení vyjádřila dopisem ze dne 10.9.2008 v němž uvedla, že vedoucím členem sdružení byla společnost Skanska, a proto se blíže nezabývala podrobnostmi týkajícími se přidělení veřejné

zakázky. Dílčí kritéria hodnocení uvedená v oznámení zadávacího řízení účastník řízení chápal v intencích jakých byla později použita při posouzení a hodnocení nabídky.

Zadavatel se ke správnému řízení vyjádřil podáním ze dne 12.9.2008, ve kterém uvedl, že v zákoně jsou příkladmo zmíněna některá dílčí kritéria hodnocení, přičemž uvedený výčet je uvozen slovem „zejména“. Zákon na rozdíl od pozdějšího zákona č. 137/2006 Sb., nezakazuje použití skutečností, jež zároveň představují požadavky na splnění kvalifikace, jako dílčího hodnotícího kritéria.

Orgán dohledu přezkoumal na základě § 96 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech. a po zhodnocení všech podkladů, a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání předmětné veřejné zakázky nepostupoval v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí uvádí orgán dohledu následující rozhodné skutečnosti.

Dílčí kritéria pro zadání veřejné zakázky

Podle § 55 odst. 1 zákona je základním kritériem pro zadání veřejné zakázky

- a) ekonomická výhodnost nabídky, nebo
- b) nejnižší nabídková cena.

Rozhodne-li se zadavatel pro zadání veřejné zakázky podle ekonomické výhodnosti nabídky, posuzuje podle § 55 odst. 3 zákona nabídku podle dílčích kritérií. Jednotlivým dílčím kritériím musí zadavatel stanovit váhu, kterou vyjádří v procentech. Jedním z dílčích kritérií je vždy nabídková cena a dále zejména provozní náklady, požadavky na údržbu, technické, jakostní, ekologické nebo funkční vlastnosti předmětu veřejné zakázky.

Pokud se zadavatel rozhodne, že bude nabídky hodnotit podle kritéria ekonomické výhodnosti nabídky, je povinen stanovit taková dílčí kritéria, která se výhradně týkají nabídky a její ekonomické výhodnosti, tzn. její kvality. Zadavatel tak hodnotí vlastní ekonomickou výhodnost nabídky uchazeče, tj. zabývá se hodnocením konkrétních podmínek obsažených v nabídce, za nichž uchazeč zadavateli nabízí splnění dané veřejné zakázky. Výsledkem tohoto procesu je tedy hodnocení konkrétního obsahu dané nabídky ve vztahu k její ekonomické výhodnosti a zjištění míry této ekonomické výhodnosti pro zadavatele.

V bodě 31.2 zadávací dokumentace byla dílčí kritéria hodnocení stanovena následovně:

„V souladu s § 55 odst. 3 zákona stanoví zadavatel níže uvedená dílčí kritéria a stanovuje jim tuto váhu.

Nabídková cena **50 %**

Doložená výše technické způsobilosti **20 %**

podkritéria

- a) objem nejvýznamnějších srovnatelných prací za posledních 5 let s referencemi objednatelů 50%
- b) seznam vlastních výrobních zařízení použitelných pro kvalitní provedení nabízených prací

- c) průměrný roční počet zaměstnanců a průměrný roční počet řídicích pracovníků za 3 roky 20 %

Doložená výše finanční a ekonomické způsobilosti 15%

podkritéria

- a) stupeň schopnosti uchazeče plnit své finanční závazky podle vyjádření banky 30%
b) zhodnocení účetní uzávěrky auditorem 20%
c) výše celkového obrátu uchazeče za stavební a montážní práce dosaženého za předcházející 3 účetní období

Návrhy na vyšší kvalitu a efektivnost díla 10%

Nabídnutá zvýhodnění a poskytnutí vyšších záruk na části díla 5%

podkritéria

- a) nabídnutá zvýhodnění 50%
b) poskytnutí vyšších záruk za části díla 50%“

Ze skutečností uvedených výše je zřejmé, že zadavatel v šetřeném případě zařadil mezi dílčí kritéria hodnocení nabídek podle ekonomické výhodnosti kritéria „Doložení výše technické způsobilosti“ a „Doložení výše finanční a technické způsobilosti“. Zadavatel tedy svým postupem zaměnil další kvalifikační kritéria, jejichž splnění je předpokladem hodnocení nabídek (§ 30 odst. 1 zákona) v otevřeném řízení, s dílčími kritérii pro zadání veřejné zakázky, podle kterých má být hodnocena ekonomická výhodnost nabídky. Ze znění citovaných ustanovení zákona vyplývá, že zadavatel musí vymezit v oznámení zadávacího řízení jak požadavky na kvalifikaci uchazečů, tak uvést i základní kritéria pro zadání veřejné zakázky včetně vah u dílčích kritérií. Požadavky na kvalifikaci uchazečů však nesmí být zaměňovány s dílčími kritérii pro zadání veřejné zakázky.

Zadavatel tedy musí nejprve zhodnotit kvalifikaci uchazečů či zájemců, tj. ověřit jejich schopnost poskytnout plnění veřejné zakázky podle kritérií stanovených dle § 30 zákona. Ze znění zákona je tedy zřejmé, že se hodnocení kvalifikace uchazečů či zájemců vždy vztahuje k „osobě“ uchazeče či zájemce, tedy že jde o vyhodnocení jejich obecné způsobilosti k plnění veřejné zakázky, přičemž výsledkem tohoto vyhodnocení je buď závěr, že je uchazeč či zájemce schopen splnit danou veřejnou zakázku a jeho nabídka může být dále posuzována a hodnocena, nebo není schopen ji splnit, a pak musí být takový zájemce ze zadávacího řízení odmítnut. Kritéria kvalifikace tak vyjadřují schopnost zájemce splnit veřejnou zakázku, ale již nevyjadřují ekonomickou výhodnost jeho konkrétní nabídky podané v konkrétním zadávacím řízení.

Naproti tomu v rámci hodnocení nabídek podle kritérií stanovených v oznámení zadávacího řízení v souladu s § 62 a následujících zákona se zadavatel již nezabývá „osobou“ uchazeče, ale hodnotí vlastní ekonomickou výhodnost jeho nabídky, tj. zabývá se hodnocením konkrétních podmínek obsažených v nabídce, za nichž uchazeč zadavateli nabízí splnění dané veřejné zakázky. Výsledkem tohoto procesu je tedy hodnocení konkrétního obsahu dané nabídky ve vztahu k její ekonomické výhodnosti a zjištění míry této ekonomické výhodnosti pro zadavatele.

V šetřeném případě zadavatel stanovil jako dílčí kritérium ekonomické výhodnosti nabídky kritéria „Doložení výše technické způsobilosti“ a „Doložení výše finanční a technické způsobilosti“, přičemž uvedená ustanovení se týkají zejména finanční, ekonomické a technické způsobilosti dodavatele. Takto stanovená kritéria jsou pro hodnocení nabídek nepřijatelná, neboť nevyjadřují ekonomickou výhodnost nabídky. Tím, že v obou případech pro dílčí kritéria pro zadání veřejné zakázky podle ekonomické výhodnosti nabídky zvolil aspekty, který nevyjadřují ekonomickou výhodnost nabídky, ale kvalifikaci uchazeče, zadavatel porušil § 55 odst. 3 zákona. Použití těchto dílčích kritérií přitom mohlo podstatně ovlivnit hodnocení nabídek, neboť jejich hodnocení podstatnou měrou spolurozhodovalo o výběru nejvhodnější nabídky.

Pro doplnění orgán dohledu uvádí, že uvedený závěr ohledně neoprávněné záměny hodnotících kritérií a kvalifikace vychází z dlouhodobé rozhodovací praxe viz např. rozhodnutí ÚOHS č. j. VZ/S238/04-151/424/05-MO ze dne 28.1.2005.

K uložení pokuty

Podle § 102 odst. 1 zákona se právnická osoba nebo fyzická osoba, která je zadavatelem, dopustí správního deliktu mj. tím, že

- a) nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro přidělení veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit hodnocení nabídek,
- b) uzavře smlouvu (§§ 65 a 66) s uchazečem vybraným postupem podle písmene a).

V případě předmětné veřejné zakázky se zadavatel správního deliktu dopustil tím, že jako dílčí kritéria pro zadání předmětné veřejné zakázky dle jejich ekonomické výhodnosti zvolil kritérium, které nevyjadřuje ekonomickou výhodnost nabídky, ale kvalifikaci uchazeče, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit hodnocení nabídek.

Jelikož zadavatel uzavřel smlouvu s uchazečem vybraným na základě postupu, při němž porušil výše uvedené povinnosti zákona, naplnil tak skutkovou podstatu správního deliktu podle § 102 písm. b) zákona.

Vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele orgán dohledu uložil zadavateli pokutu, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

Před uložení pokuty orgán dohledu rovněž ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 105 odst. 3 zákona a to, že řízení o uložení pokuty za protiprávní jednání lze zahájit do 5 let ode dne, kdy bylo spácháno. V daném případě došlo k protiprávnímu jednání zadavatele v okamžiku uveřejnění oznámení veřejné zakázky, tj. dne 17.6.2005.

Podle § 102 odst. 2 zákona v úplném znění se uloží pokuta za správní delikty právnické osobě, která je zadavatelem, do výše 5 % ceny zakázky, jde-li o správní delikt podle písmene a), b) a d) cit. ustanovení zákona. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu, za které může být zadavateli uložena pokuta, činí 299 640 779,88 Kč včetně DPH. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny zakázky) tedy činí 14 982 039 Kč.

Podle § 105 odst. 1 zákona v úplném znění orgán dohledu v rámci správního uvážení ohledně výše pokuty přihlédne ke stupni závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.

Z hlediska přiměřenosti a výše sankce vzal orgán dohledu v úvahu zejména tu skutečnost, že se zadavatel dopustil správního deliktu při aplikaci nové právní úpravy veřejných zakázek, se kterou doposud neměl zkušenosti – tedy zákona č. 40/2004, o veřejných zakázkách. Orgán dohledu byl současně veden úvahou, že i uložení pokuty v minimální výši bude plnit funkci preventivní, tj. předcházení nesplnění povinností stanovených zákonem v dalších případech zadávání veřejných zakázek.

K uložení úhrady nákladů řízení

Podle § 79 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., správní orgán uloží účastníkovi, který řízení vyvolal porušením své právní povinnosti, nahradit náklady řízení paušální částkou. Prováděcí právní předpis vyhláška č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení (dále jen „vyhláška“), stanoví paušální částku nákladů řízení podle § 6 odst. 1 vyhlášky ve výši 1000,- Kč. V ustanovení § 6 odst. 2 vyhlášky dále upravuje možnost zvýšení paušální částky nákladů řízení ve zvláště složitých případech a případech přibrání znalce.

Vzhledem k tomu, že zadavatel vyvolal správní řízení porušením svých právních povinností, rozhodl orgán dohledu o uložení povinnosti uhradit náklady řízení ve výši podle § 6 odst. 1 vyhlášky, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

Pro úplnost orgán dohledu uvádí, že podle § 158 odst. 1 a 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 110/2007 Sb., se zadávání veřejných zakázek, veřejné soutěže o návrh, řízení o přezkoumání úkonů zadavatele Úřadem a řízení o uložení sankce zahájené přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona dokončí podle dosavadních právních předpisů. Obdobně se postupuje i v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele a v řízení o uložení sankce, která byla zahájena po nabytí účinnosti tohoto zákona a která na zadávání veřejných zakázek nebo veřejnou soutěž o návrh podle odstavce 1 navazují.

Orgán dohledu na základě všech zjištěných skutečností, hodnocení důkazů jak jednotlivě, tak ve vzájemné souvislosti posoudil celý případ a rozhodl, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 7, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníkovi řízení mohl úřad zaslat jeden stejnopis.

Mgr. Pavel Herman
ředitel sekce veřejných zakázek

Obdrží:

Správa železniční dopravní cesty, státní organizace, Dlážděná 1003/7, 110 00 Praha 1

Skanska DS a. s., Bohunická 133/50, 619 00 Brno

Chládek a Tintěra, a. s., Nerudova 16, 412 01 Litoměřice

GJW Praha spol. s r. o., Mezitraťová 137, 198 21 Praha 9, Hloubětín

STRABAG a. s., Na Bělidle 198/21, 150 00 Praha 5

Vypraveno: viz otisk razítka na poštovní obálce