



UOHSX003R1DK

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S251/2011/VZ-13668/2011/510/KČe

V Brně dne 17. října 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 dne 12.7.2011 z moci úřední, jehož účastníky jsou

- zadavatel Správa a údržba silnic Ústeckého kraje, příspěvková organizace, IČ 00080837, se sídlem Ruská 260/260, 417 03 Dubí, zastoupená Ing. Vladimírem Macholdou, ředitelem,
- vybraný uchazeč SILNICE GROUP a.s., IČ 62242105, se sídlem Václavské náměstí 802/56, 110 00 Praha, za niž jedná Ing. Karel Ryppl, předseda představenstva,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) téhož zákona zadavatelem ve veřejné zakázce „REKO silnice III/2545 Český Jiřetín“ zadávané v užším řízení, jehož oznámení bylo v ISVZ-US uveřejněno dne 6.11.2009 pod ev.č. VZ 60038214, **rozhodl takto:**

I.

Zadavatel Správa a údržba silnic Ústeckého kraje, příspěvková organizace, IČ 00080837, se sídlem Ruská 260/260, 417 03 Dubí, se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že

- 1. nedodržel postup stanovený v § 39 odst. 2 písm. b) bod 1. zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, neboť lhůtu pro doručení žádostí o účast v užším řízení a dokladů prokazujících splnění kvalifikace u podlimitních veřejných zakázek stanovil kratší než 15 dnů,

- 2. nedodržel zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace stanovené v § 6 citovaného zákona o veřejných zakázkách při posuzování prokázání splnění kvalifikace zájemců o veřejnou zakázku tím, že neumožnil zájemcům BALTOM, s.r.o., Liberec, a účastníkům „Sdružení EDS – AZS“ předložit ve smyslu ustanovení § 59 odst. 4 téhož zákona další dodatečné informace či doklady prokazující splnění kvalifikace tak, jak to učinil v případě zájemců Stavební firma NAO s.r.o., Teplice, a EUROVIA CS, a.s., Praha,

přičemž postupy zadavatele, uvedené pod body I.1. a I.2. výroku tohoto rozhodnutí, mohly podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky a zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného v bodě I. výroku se zadavateli Správě a údržbě silnic Ústeckého kraje, příspěvkové organizaci, IČ 00080837, se sídlem Ruská 260/260, 417 03 Dubí, **ukládá** podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **pokuta ve výši 100 000 Kč** (sto tisíc korun českých), která je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „Úřad“ a „zákon“), obdržel podnět Ministerstva pro místní rozvoj ČR (dále jen „stěžovatel“) k prošetření postupu Správy a údržby silnic Ústeckého kraje, příspěvkové organizace, IČ 00080837, se sídlem Ruská 260/260, 417 03 Dubí, zastoupené Ing. Vladimírem Macholdou, ředitelem (dále jen „zadavatel“), v podlimitní veřejné zakázce „REKO silnice III/2545 Český Jiřetín“ zadávané v užším řízení, jehož oznámení bylo v ISVZ-US uveřejněno dne 6.11.2009 pod ev.č. VZ 60038214. Pozn.: pokud je v textu uveden odkaz na zákon o veřejných zakázkách, jedná se vždy o znění účinné v době zahájení zadávacího řízení.
2. Úřad s obsahem podnětu, vedeným pod sp.zn. ÚOHS-P377/2011, seznámil zadavatele a současně si od něj vyžádal dokumentaci o veřejné zakázce. Z dokumentace vyplývá, že zadavatel oznámení o zakázce uveřejnil v ISVZ-US pod ev.č. VZ 60038214 dne 6.11.2009. Zadavatel v oznámení o zakázce omezil počet zájemců, kteří budou vyzváni k podání nabídky, na pět a jako kritérium pro omezení počtu zájemců stanovil los. Jako základní hodnotící kritérium pro zadání veřejné zakázky zadavatel stanovil ekonomickou výhodnost nabídky s tím, že jako dílčí hodnotící kritéria uvedl: nabídkovou cenu bez DPH (s váhou 60 %), smluvní pokuty (s váhou 25 %, přičemž toto kritérium mělo dalších 6 podkritérií hodnocení) a záruční doba (s váhou 15 %, přičemž toto kritérium mělo další 2 podkritérií hodnocení). Zadavatel ve lhůtě pro podání žádostí o účast obdržel celkem 26 žádostí zájemců. Pro nesplnění kvalifikace zadavatel dva zájemce z účasti v zadávacím řízení vyloučil. Zadavatel za účasti zástupců zájemců a notáře dne 9.12.2009 protokolárně vylosoval pět zájemců, které vyzval k podání nabídek. Jak vyplývá ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 4.3.2010, zadavatel ve stanovené lhůtě obdržel celkem 5 nabídek. Po jejich posouzení hodnotící komise jednu

nabídku pro neúplnost vyřadila. Na základě hodnocení zbývajících nabídek komise jako nejhodnější vyhodnotila nabídku společnosti SILNICE GROUP a.s., IČ 62242105, se sídlem Václavské náměstí 802/56, 110 00 Praha, za niž jedná Ing. Karel Rypl, předseda představenstva (dále jen „vybraný uchazeč“). Zadavatel rozhodl dne 5.3.2010 v tomto smyslu o výběru nejhodnější nabídky a dne 26.3.2010 uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu o dílo.

3. Po posouzení obsahu obdržené dokumentace Úřad zahájil správní řízení z moci úřední. Důvodem byly následující pochybnosti o tom, zda:
 - zadavatel nestanovil lhůtu pro doručení žádostí o účast v užším řízení kratší, než stanovuje zákon,
 - zadavatel postupoval při posuzování kvalifikace stejně u všech zájemců,
 - vybraný uchazeč dodržel požadavek zadavatele uvedený v zadávacích podmínkách v souvislosti s výší smluvních pokut,
 - společnost STRABAG a.s., Praha, nepodala v zadávacím řízení nabídku a současně byla subdodavatelem jiného uchazeče,
 - hodnotící komisí nebyly hodnoceny jiné údaje, než jaké uchazeči uvedli v nabídkách.
4. Úřad zahájení správního řízení oznámil jeho účastníkům dopisem ze dne 11.7.2011. Dnem 12.7.2011, kdy bylo oznámení doručeno prvnímu účastníkovi řízení, bylo podle § 113 odst. 1 zákona správní řízení zahájeno.
5. Účastníky řízení jsou podle § 116 zákona
 - zadavatel,
 - SILNICE GROUP a.s., IČ 62242105, se sídlem Václavské náměstí 802/56, 110 00 Praha, za niž jedná Ing. Karel Rypl, předseda představenstva (dále jen „vybraný uchazeč“).

Vyjádření účastníků řízení

6. Zadavatel se ke skutečnostem uvedeným v oznámení o zahájení řízení vyjádřil dopisem ze dne 18.7.2011, ve kterém uvedl následující argumenty.
 - Lhůta pro doručení žádostí o účast byla z důvodu administrativního pochybení stanovena pouze 13 dnů. Kvalifikační dokumentaci si vyžádalo celkem 30 subjektů. Z nich žádost o účast podalo 26 subjektů. Z uvedeného podle názoru zadavatele vyplývá, že ačkoliv došlo ke zkrácení lhůty, nemělo to faktický dopad na výběr nejhodnější nabídky, neboť po omezení počtu zájemců bylo k podání nabídky vyzváno pouze 5 zájemců.
 - Zadavateli byli hodnotící komisí, která posuzovala kvalifikaci, doporučení k vyloučení dva zájemci, u třech dalších bylo komisí zadavateli doporučeno zájemce vyzvat k objasnění informací o kvalifikaci podle § 59 odst. 4 zákona. Vyzvat zájemce k upřesnění kvalifikace či doložení dodatečných informací není povinností zadavatele a je vždy na jeho uvážení, jak závažnost nedostatků posoudí. V šetřeném případě se jednalo o dodatečné doložení dokladů v případě, kdy alespoň nějaké dokumenty k prokazované kvalifikaci byly v žádosti doloženy.
 - Zadavatel dne 30.3.2010 provedl „Zápis o administrativní chybě“. Jeho obsahem je informace o chybě při přepisu jednotlivých údajů z nabídek uchazečů do zprávy o posouzení a hodnocení nabídek, v jejímž důsledku došlo ke změně na druhém a třetím místě pořadí nabídek, nikoliv ke změně vybraného uchazeče, se kterým byla již dne 26.3.2010 uzavřena smlouva. Proto se

zadavatel rozhodl všechny uchazeče o této změně pouze informovat, a to dopisem dne 1.4.2010.

- Hodnotící komise při posuzování nabídek provedla kontrolu v předloženém návrhu smlouvy u vybraného uchazeče a nepovažovala text uvedený v čl. X. smlouvy Sankce a pokuty, že „od smluvní pokuty lze na základě vzájemné písemné dohody odstoupit“, za rozpor s podmínkami, stanovenými v zadávací dokumentaci. Vybraný uchazeč tím pouze uvádí možnost, že by v průběhu plnění předmětu veřejné zakázky mohly nastat okolnosti, při kterých by smluvní strany mohly vstoupit do vzájemného jednání a na základě písemné dohody od smluvní pokuty odstoupit.

- Jelikož se v rámci užšího řízení předkládají v prvním kole zadávacího řízení pouze žádosti o účast a v této fázi nebyla v žádosti zájemce Stavební firma NAO s.r.o. kvalifikace prostřednictvím společnosti STRABAG a.s. prokazována, potom ve druhém kole zadávacího řízení, kdy se předkládají pouze nabídky, mohl být podle názoru zadavatele uchazeč STRABAG a.s. již faktickým subdodavatelem uchazeče Stavební firma NAO s.r.o.

7. Druhý účastník řízení se ve stanovené lhůtě ani později ve správním řízení nevyjádřil.

Závěry Úřadu k jednotlivým úkonům zadavatele

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

Ad I.1. Lhůta pro doručení žádostí o účast v užším řízení

9. Podle § 39 odst. 2 písm. b) zákona nesmí být lhůta pro doručení žádostí o účast v užším řízení a požadovaných dokladů prokazujících splnění kvalifikace u podlimitních veřejných zakázek podle bodu 1. citovaného ustanovení zákona kratší než 15 dnů nebo podle bodu 2. téhož ustanovení zákona kratší než 10 dnů, pokud z naléhavých objektivních důvodů nelze stanovit lhůtu podle bodu 1. Podle odst. 5 téhož ustanovení zákona začínají lhůty běžet dnem následujícím po dni odeslání oznámení o zahájení zadávacího řízení.

10. Jak vyplývá z dokumentace, zadavatel oznámení o zakázce odeslal dne 3.11.2009. Lhůtu pro doručení žádostí o účast v užším řízení zadavatel v oznámení stanovil do 16.11.2009. Celková lhůta pro doručení žádostí o účast v užším řízení tak v šetřeném případě činila pouze 13 dnů. Z dokumentace o veřejné zakázce ani z vyjádření zadavatele v zadávacím řízení nevyplývají žádné objektivní důvody, pro které by bylo možné připustit lhůtu pro doručení žádostí o účast v užším řízení ve smyslu ustanovení § 39 odst. 2 písm. b) bod 2. zákona (minimálně 10 dnů). Jak vyplývá dále z obsahu oznámení o zakázce, zadavatel neumožnil neomezený a přímý dálkový přístup k zadávací dokumentaci a neuveřejnil předběžné oznámení veřejného zadavatele podle § 86 zákona. Zadavatel v takovém případě tedy nemohl využít zkrácení lhůty pro doručení žádostí o účast v užším řízení ve smyslu ustanovení § 40 odst. 1 až 3 zákona.

11. Úřad uvádí, že stanovení délky lhůty pro doručení žádostí o účast v užším řízení významně ovlivňuje celý další průběh zadávacího řízení, neboť od její dostatečné délky se odvíjí jak počet podaných žádostí zájemců o účast tak do jisté míry i kvalita zpracování těchto žádostí v závislosti na požadavcích zadavatele na prokázání kvalifikace. Z uvedeného důvodu je její délka (a to jako délka minimální) stanovena kogentním ustanovením § 39 odst. 2 písm. b) bod 1. zákona. Zadavatel proto při stanovení lhůty pro doručení žádostí o účast v užším řízení musí dodržet alespoň její zákonem stanovenou minimální délku 15 dnů, od níž se lze odchýlit pouze v zákonem daných případech, tj. jejím zkrácením za podmínek uvedených § 40 odst. 1 až 3 zákona, resp. u podlimitních veřejných zakázek na minimálně 10 dnů v případě naléhavých objektivních důvodů (jedná se o události výjimečné povahy, které ve svém důsledku vyvolají mimořádné řešení vzniklé situace, odchylující se od obecných či standardních postupů souvisejících se zadáváním veřejných zakázek). V šetřeném případě je předmětem veřejné zakázky stavebně jednoduchá rekonstrukce silnice III. třídy, s předpokládaným termínem realizace cca 18 měsíců, přičemž doba plnění nebyla zadavatelem stanovena ani jako kritérium hodnocení. Plnění veřejné zakázky tedy nevykazuje znaky naléhavosti v uvedeném smyslu.
12. Na základě uvedených zjištění Úřad konstatuje, že tím, že zadavatel lhůtu pro doručení žádostí o účast v užším řízení stanovil pouze v délce 13 dnů, nedodržel postup stanovený v § 39 odst. 2 písm. b) bod 1. zákona, přičemž postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit i výběr nejvhodnější nabídky, neboť kratší lhůta pro zpracování žádostí o účast v užším řízení mohla podstatně ovlivnit okruh a počet potencialních zájemců a tím následně i okruh uchazečů podávajících nabídku, resp. současně i kvalitu zpracování žádostí o účast, v závislosti na požadavcích zadavatele na prokázání kvalifikace.

Ad I.2. Posuzování kvalifikace zájemců

13. Podle § 6 zákona je zadavatel při postupu podle zákona povinen dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Podle § 59 odst. 4 zákona může veřejný zadavatel požadovat po dodavateli, aby písemně objasnil předložené informace či doklady nebo předložil další dodatečné informace či doklady prokazující splnění kvalifikace, s výjimkou případů, kdy splnění příslušné části kvalifikace nebylo dodavatelem prokázáno vůbec.
14. Jak vyplývá z dokumentace, zadavatel pro účely posouzení prokázání splnění kvalifikace ustanovil rozhodnutím ze dne 11.11.2009 zvláštní komisi. Komise v protokolu ze dne 18.11.2009 o posouzení kvalifikace v souvislosti s žádostí zájemce BAL TOM, s.r.o., Liberec, konstatovala, že „zájemce v žádosti o účast doložil potvrzení finančního úřadu ze dne 14.8.2009, že nemá nedoplatky. Podle § 57 odst. 2 zákona doklady prokazující splnění základních kvalifikačních předpokladů nesmějí být ke dni, ke kterému má být splnění kvalifikace prokázáno, starší 90 kalendářních dní, přičemž podle § 65 odst. 2 zákona je zájemce povinen prokázat splnění kvalifikace ve lhůtě pro podání žádosti. Ta skončila dne 16.11.2009. Z uvedeného vyplývá, že zájemce nesplnil požadavek zákona“. Komise do téhož protokolu v souvislosti s žádostí zájemce – účastníků „Sdružení EDS – AZS“, zastoupeného EDS HOLDING, a.s., Ústí nad Labem, konstatovala, že „zadavatel požadoval prokázání splnění kvalifikačních předpokladů dle § 53 odst. 2 zákona. Zájemce doložil pouze čestná prohlášení místo

požadovaných dokumentů“. Komise proto zadavateli doporučila vyloučení obou zájemců z účasti v zadávacím řízení. Zadavatel rozhodnutími ze dne 13.1.2010 oba zájemce ze zadávacího řízení vyloučil.

15. Komise do protokolu o posouzení kvalifikace ze dne 18.11.2009 však konstatovala nedostatky i v žádostech o účast zájemců Stavební firma NAO s.r.o., Teplice, a EUROVIA CS, a.s., Praha, kteří v žádostech nedoložili čestná prohlášení podle § 53 odst. 1 písm. i) zákona. U těchto zájemců si však komise ve smyslu ustanovení § 59 odst. 4 zákona doplnění chybějících dokladů, prokazujících splnění kvalifikace vyžádala a po jejich obdržení do protokolu ze dne 2.12.2009 o dokončení posouzení kvalifikace uvedla, že „obdržené doklady posoudila jako zcela dostačující“. Jmenovaní zájemci se pak zúčastnili výběru ze zájemců v užším řízení, kteří řádně prokázali splnění kvalifikace, přičemž zájemce Stavební firma NAO s.r.o., Teplice, byl mezi vylosovanými subjekty, které zadavatel následně vyzval k podání nabídky (viz protokol o omezení počtu zájemců losováním ze dne 9.12.2009).
16. Úřad uvádí, že zásada rovného a nediskriminačního zacházení se všemi uchazeči nebo zájemci o veřejnou zakázku je jedním ze základních principů, které musí zadavatel v zadávacím řízení dodržovat. Zásada rovného zacházení znamená takový postup zadavatele, kdy je zajištěn stejný, nezvýhodňující přístup zadavatele ke všem uchazečům nebo zájemcům o veřejnou zakázku, kdy žádný z dodavatelů nesmí být oproti ostatním jakkoliv zvýhodněn či preferován, přičemž tento princip je nutno aplikovat ve všech fázích zadávacího řízení.
17. Jak vyplývá z uvedených zjištění, komise ustanovená zadavatelem pro posouzení kvalifikace zjistila u všech výše jmenovaných zájemců nedostatky týkající se úplnosti podkladů, na základě kterých komise posuzovala prokázání splnění kvalifikace. Jak vyplývá z citovaného ustanovení § 59 odst. 4 zákona, má zadavatel – s výjimkou případů, kdy splnění příslušné části kvalifikace nebylo dodavatelem prokázáno vůbec – možnost, nikoliv však povinnost, požadovat po dodavateli, aby písemně objasnil předložené informace či doklady nebo předložil další dodatečné informace či doklady prokazující splnění kvalifikace. V šetřeném případě vyloučení zájemci nepochybně splnění příslušné části kvalifikace částečně doložili, byť zájemcem BAL TOM, s.r.o., Liberec, doložené potvrzení finančního úřadu bylo o 2 dny „starší“ než požaduje zákon, resp. doklady prokazující splnění základních kvalifikačních předpokladů zájemce – účastníků „Sdružení EDS – AZS“ byly doloženy formou čestných prohlášení (k tomu také viz ustanovení § 62 odst. 2 zákona).
18. Zadavatel v takovém případě tedy měl možnost volby: buď po zájemcích požadovat, aby předložili další dodatečné informace či doklady prokazující splnění kvalifikace a nebo zájemce pro nesplnění kvalifikace v požadovaném rozsahu z účasti v zadávacím řízení vyloučit. Ať se však zadavatel rozhodl pro kteroukoliv z těchto alternativ měl ve smyslu zásad rovného zacházení a zákazu diskriminace postupovat v takovém případě ke všem zájemcům stejně. Tedy buď všechny výše jmenované zájemce ze zadávacího řízení pro nesplnění kvalifikace vyloučit anebo všem jmenovaným zájemcům umožnit předložit další dodatečné informace či doklady, prokazující splnění kvalifikace. Tím, že zadavatel nejednal vůči uvedeným subjektům stejně, porušil zásadu rovného zacházení a nediskriminace v zadávacím řízení. V souvislosti s úkony a doporučeními hodnotící komise, kterých se dovolává zadavatel, Úřad upozorňuje

na odpovědnost zadavatele za průběh zadávacího řízení, vyplývající z ustanovení § 74 odst. 1 zákona.

19. Na základě těchto skutečností Úřad konstatuje, že zadavatel svým postupem nedodržel základní zásady stanovené v § 6 zákona, a to zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace tím, že neumožnil zájemcům BAL TOM, s.r.o., Liberec, a účastníkům „Sdružení EDS – AZS“ předložit ve smyslu ustanovení § 59 odst. 4 zákona další dodatečné informace či doklady prokazující splnění kvalifikace tak, jak to učinil v případě zájemců Stavební firma NAO s.r.o., Teplice, a EUROVIA CS, a.s., Praha. Tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit i výběr nejvhodnější nabídky, neboť v takovém případě nelze vyloučit možnost vylosování některého z vyloučených zájemců při omezování počtu zájemců v užším řízení a následné podání nabídky, vhodnější než byla nabídka vybraného uchazeče.
20. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu s uchazečem podle § 82 zákona. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že nedodržením postupů stanovených zákonem uvedených výše pod body I.1. a I.2. výroku tohoto rozhodnutí, se zadavatel dopustil správního deliktu podle citovaného ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

K aspektům podnětu stěžovatele (ke kterým se nevyjádřil výše v odůvodnění) Úřad pro úplnost uvádí následující skutečnosti

Společnost STRABAG a.s., Praha, podala v zadávacím řízení nabídku a současně byla subdodavatelem jiného uchazeče

21. Podle § 69 odst. 1 a 2 zákona může dodavatel podat pouze jednu nabídku. Dodavatel, který podal nabídku v zadávacím řízení, nesmí být současně subdodavatelem jiného dodavatele v tomtéž zadávacím řízení. Podle odst. 3 téhož ustanovení zákona pokud dodavatel podá více nabídek samostatně nebo společně s dalšími dodavateli, nebo podá nabídku a současně je subdodavatelem jiného dodavatele v tomtéž zadávacím řízení, zadavatel všechny nabídky podané takovým dodavatelem samostatně či společně s jinými dodavateli vyřadí.
22. Jak vyplývá z dokumentace, na základě výzvy ze dne 1.2.2010 podalo nabídky 5 uchazečů, mezi nimi rovněž společnosti NAO s.r.o., Teplice, a STRABAG a.s., Praha. Zadavatel v zadávací dokumentaci stanovil mj. požadavek, aby uchazeč v nabídce formou vyplnění přílohy č. 3 Seznam subdodavatelů uvedl případné subdodavatele, se kterými bude na předmětné akci spolupracovat s tím, že uchazeči měli kromě identifikačních údajů subdodavatele uvést rovněž jakou činnost se bude subdodavatel na díle podílet a jeho % podíl na díle. Jak vyplývá z nabídky uchazeče NAO s.r.o., Teplice, ten v nabídce jako svého subdodavatele uvedl společnost STRABAG a.s., s tím, že uvedený subjekt pro něj bude provádět komunikace a jeho podíl na díle bude činit 40 %. Uvedená skutečnost je v nabídce uchazeče ve smyslu zadávacích podmínek uchazečem doložena formou čestného uchazeče.

23. Úřad uvádí, že ustanovení § 69 odst. 3 zákona se snaží postihnout situaci možného zneužití zadávacího řízení ve prospěch osob, které by se na základě vzájemné dohody účastnily zadávacího řízení vícekrát (jako dodavatelé, jako dodavatelé podávající společnou nabídku nebo subdodavatelé v jiné nabídce). Vzhledem k tomu je v citovaném ustanovení zákona zadavateli výslovně stanovena povinnost – pokud dodavatel podá více nabídek samostatně nebo společně s dalšími dodavateli, nebo podá nabídku a současně je subdodavatelem jiného dodavatele – všechny nabídky podané takovým dodavatelem, ať už samostatně či společně s jinými dodavateli vyřadit.
24. Na základě těchto zjištění Úřad uvádí, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 69 odst. 3 zákona, tím, že nevyřadil nabídku STRABAG a.s., Praha, přestože jmenovaná společnost podala samostatně nabídku a současně byla subdodavatelem uchazeče NAO s.r.o., Teplice, v témže zadávacím řízení. Vzhledem ke skutečnosti, že nabídka uchazeče STRABAG a.s., Praha, byla zadavatelem vyhodnocena až jako druhá nejhodnější v pořadí nabídek, postup zadavatele neovlivnil a ani nemohl v tomto konkrétním případě podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a tím uvedený úkon zadavatele nenaplnuje znak správního deliktu ve smyslu ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

Dodržení požadavku zadavatele uvedeného v zadávacích podmínkách v souvislosti s výší smluvních pokut vybraným uchazečem

25. Jak vyplývá ze zadávací dokumentace, zadavatel jako jedno z dílčích kritérií hodnocení stanovil „smluvní pokuty“ s váhou 25 % (pozn. v rámci tohoto subkritéria zadavatel podle zadávacích podmínek hodnotil celkem 6 dílčích smluvních pokut, vztažených k jednotlivým činnostem dodavatele při realizaci předmětu plnění veřejné zakázky). V souvislosti s tímto subkritériem zadavatel v zadávací dokumentaci stanovil, že „uchazeč není oprávněn podmínit výši smluvní pokuty další podmínkou. Podmínění nebo uvedení několika rozdílných výší smluvních pokut nebo variant těchto smluvních pokut je důvodem vyřazení nabídky a vyloučení uchazeče“. Vybraný uchazeč v nabídce v návrhu smlouvy v čl. X. Sankce a pokuty sice stanovil jednotlivé výše smluvních pokut, pod bodem 8. uvedeného článku návrhu smlouvy však uvedl, že „od smluvních pokut lze na základě vzájemné písemné dohody odstoupit“. Uvedené ustanovení návrhu smlouvy je ve stejném znění rovněž součástí uzavřené smlouvy o dílo. Jak vyplývá z dokumentace, vybraný uchazeč navrhl výše jednotlivých smluvních pokut ve všech případech vždy jako nejvyšší ze všech podaných nabídek.
26. Úřad při posouzení těchto skutečností přihlédl k závěrům učiněným v rozsudku Evropského soudního dvora (ESD) ze dne 19.6.2008 ve věci C-454/06 presstetext Nachrichtenagentur GmbH v. Republik Österreich (Bund), ve kterém jmenovaný soud vyslovuje závěr, že „změnu veřejné zakázky během doby trvání lze považovat za podstatnou, pokud by zavedla podmínky, které by umožnily, pokud by se vyskytovaly v původním postupu při zadávání veřejné zakázky, připuštění jiných uchazečů než těch, kteří byli původně připuštěni, nebo pokud by umožnily přijmout jinou nabídku než tu, která byla původně přijata, nebo pokud značnou měrou zakázku rozšiřuje plnění, které původně nebylo předpokládáno nebo jestliže mění způsobem, který nebyl v podmínkách původní zakázky předpokládán, hospodářskou rovnováhu smlouvy ve prospěch poskytovatele, jemuž byla zakázka zadána“. Z tohoto pohledu by tedy musela být

případná aplikace ustanovení smlouvy, že „od smluvních pokut lze na základě vzájemné písemné dohody odstoupit“, jednoznačně považována za podstatnou změnu po uzavření smlouvy, neboť by znamenala změnu podmínek, které musel jak vybraný uchazeč tak i ostatní uchazeči o veřejnou zakázku splnit. Tato změna by mohla podstatným způsobem ovlivnit postavení dodavatelů, kteří podali nabídky, a tudíž by byla s ohledem na zásady stanovené v § 6 zákona nepřijatelná.

Hodnotící komisí byly hodnoceny jiné údaje, než jaké uchazeči uvedli v nabídkách

27. Jak vyplývá z dokumentace, zadavatel ve lhůtě pro podání nabídek obdržel celkem 5 nabídek, z nichž jedna nabídka byla při otevírání obálek s nabídkami pro její neúplnost ve smyslu ustanovení § 71 odst. 8 zákona vyřazena a zadavatel uchazeče, který nabídku podal, vyloučil z účasti v zadávacím řízení. Posouzení a hodnocení zbývajících čtyř nabídek je zaprotokolováno ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 4.3.2010. Jak vyplývá ze zprávy, hodnotící komise po provedeném hodnocení nabídek stanovila ve zprávě jejich pořadí následovně:

1. SILNICE GROUP a.s., Praha, celkem 100 bodů
2. Pražské silniční a vodohospodářské stavby, a.s., Praha, celkem 80,85 bodů
3. STRABAG a.s., Praha, celkem 74,21 bodů
4. Stavební firma NAO s.r.o., Teplice,, celkem 61,83 bodů.

Zadavatel dne 5.3.2010 rozhodl v uvedeném smyslu o výběru nejvhodnější nabídky a uvedené pořadí nabídek uchazečům oznámil dopisem ze dne 8.3.2010. Zadavatel následně dne 26.3.2010 uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu.

28. V dokumentaci je dále doložen dokument, označený jako „Zápis o administrativní chybě“ ze dne 30.3.2010, ve kterém je uvedeno, že „následnou kontrolou zadavatele byla ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek zjištěna administrativní chyba v přepisu jednotlivých údajů z nabídek uchazečů do zprávy. V důsledku této chyby došlo po novém vyhodnocení nabídek ke změně pořadí nabídek na druhém a třetím pořadí s tím, že jako v pořadí druhá byla nově vyhodnocena nabídka uchazeče STRABAG a.s., Praha, a jako v pořadí třetí byla nově vyhodnocena nabídka uchazeče Pražské silniční a vodohospodářské stavby, a.s., Praha. Jako nejvhodnější byla i po novém hodnocení vyhodnocena opět nabídka vybraného uchazeče.“ Zápis je doplněn hodnotícími tabulkami, které obsahují kriteriální hodnoty, dosažené v souladu s údaji uvedenými v nabídkách uchazečů, a jejich nové vyhodnocení podle způsobu hodnocení stanoveného v zadávací dokumentaci. Zápis je signován zadavatelem a opravené pořadí nabídek bylo dopisem ze dne 1.4.2010 sděleno všem uchazečům, jejichž nabídky byly hodnoceny.

29. Úřad, vycházející z obsahu nabídek a zadávací dokumentace, nejprve v rámci provedeného šetření ověřil správnost dosažených kriteriálních hodnot, ze kterých zadavatel při novém hodnocení nabídek vycházel, i soulad způsobu nově provedeného hodnocení se způsobem stanoveným zadavatelem pro hodnocení nabídek v zadávacích podmínkách. Následně, vycházející z toho, že:

- nově hodnocené kriteriální hodnoty odpovídají údajům uvedeným uchazeči v nabídkách,
- postup zadavatele při novém hodnocení nabídek odpovídá způsobu hodnocení stanovenému v zadávacích podmínkách,

- zákon v § 79 odst. 5 zadavateli umožňuje provést nové hodnocení nabídek v případě, pokud zjistí, že hodnotící komise porušila postup stanovený zákonem,
 - po novém hodnocení nabídek nedošlo ke změně ve výběru nejvhodnější nabídky a tím ani k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky,
 - zápis o „administrativní chybě“ ze dne 30.3.2010 má náležitosti ve smyslu ustanovení § 79 odst. 5 zákona (pozn. vzhledem k tomu, že byly zčásti hodnoceny jiné kritériální hodnoty a došlo i částečné změně pořadí nabídek, nejedná se pouze o „administrativní chybu“, tak jak tuto skutečnost prezentuje zadavatel),
- postup zadavatele v uvedené souvislosti neposoudil jako nedodržení postupu stanoveného zákonem.

Ad II. Uložení pokuty

30. Podle § 120 odst. 1. písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu s uchazečem podle § 82 zákona.
31. Úřad, v podrobnostech s odkazem na výše uvedené, konstatuje, že zadavatel v šetřeném případě
- Ad I.1. nedodržel postup stanovený v § 39 odst. 2 písm. b) bod 1. zákona, neboť nestanovil lhůtu pro doručení žádostí o účast v užším řízení v souladu se zákonem,
 - Ad I.2. nedodržel zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace stanovené v § 6 zákona při posuzování prokázání splnění kvalifikace zájemců,
- přičemž uvedené postupy zadavatele mohly podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Úřad připomíná, že zákon označuje za správní delikt nejen jednání, které prokazatelně ovlivnilo zadávací řízení, ale i takové jednání, které mělo pouze potenciál takového ovlivnění. Úvaha Úřadu nad případnými následky úkonů zadavatele je proto součástí správního uvážení Úřadu a je pojmovou součástí skutkové podstaty spáchání správního deliktu.
32. Tím, že zadavatel uzavřel dne 26.3.2010 s vybraným uchazečem smlouvu o dílo č. 102003, v celkové hodnotě 25 915 848,61 Kč bez DPH a 31 099 018,34 Kč vč. DPH, zadavatel výše uvedenými úkony naplnil skutkovou podstatu správního deliktu ve smyslu ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
33. Podle § 120 odst. 2 zákona se zadavateli za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky nebo do 10 mil. Kč, pokud cena zakázky nebyla nabídnuta, jde-li o správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu, činí v šetřeném případě podle smlouvy 31 099 018,34 Kč vč. DPH. Horní hranice možné pokuty tak ve smyslu § 120 odst. 2 písm. a) zákona činí 1 554 950,90 Kč. Podle §121 odst. 2 zákona, se při určení výše pokuty přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
34. Úřad při posuzování stupně závažnosti správního deliktu vzal v úvahu, že postupy zadavatele uvedené pod body I.1. a I.2. výroku měly za výše uvedených okolností potenciál celé zadávací

řízení ovlivnit, neboť stanovením lhůty pro doručení žádostí o účast v užším řízení, kratší než stanovuje zákon mohlo v daném případě dojít k zúžení okruhu potenciálních dodavatelů, kteří se mohli ucházet o veřejnou zakázku a případně nabídnout výhodnější plnění pro zadavatele. Dalším následkem spáchání výše uvedeného správního deliktu zadavatelem pak byla diskriminace konkrétních zájemců, kteří podali žádost o účast v užším řízení tím, že neměli stejnou možnost k prokázání kvalifikace při posuzování jejího splnění jako další zájemci (porušení zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace), přičemž opět nelze vyloučit, že tito zájemci mohli nabídnout výhodnější plnění pro zadavatele, než vybraný uchazeč.

35. Při určení výše pokuty Úřad neopominul zohlednit ani ekonomickou situaci zadavatele, kdy v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“ (viz nálezný Ústavního soudu č. 405 uveřejněný ve Sbírce zákonů, částka 142/2002 Sb., podle kterého jsou nepřijatelné takové pokuty, jež mají pro daný subjekt likvidační charakter). Úřad k tomu uvádí, že ze schváleného rozpočtu Ústeckého kraje, zveřejněného na jeho webových stránkách kraje, vyplývá, že zadavatel jako finanční objem běžných výdajů pro rok 2011 plánoval částku 511 029 tisíc Kč.
36. Úřad při rozhodování o výši uložené sankce obecně vychází z premisy, že pokuta uložená zadavateli za spáchání správního deliktu má plnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní, tj. postih za porušení povinností stanovených zákonem, a funkci preventivní, která směřuje k předcházení jeho porušování, resp. k jednání, které je s ním v souladu.
37. Po zvážení všech okolností šetřeného případu se Úřad rozhodl zdůraznit preventivní účinek uložení sankce. S přihlédnutím k následkům spáchání správního deliktu a k nutnosti naplnění sankčních účinků, však Úřad současně nemohl zcela upustit od sankčního postihu. V tomto smyslu proto Úřad stanovil pokutu ve výši 100 000 Kč jako dostatečnou a přiměřenou.
38. Před uložením pokuty Úřad rovněž ověřil, zda je naplněna i podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona, tj. že odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezačal řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl na základě podnětu stěžovatele obdržení dne 11.5.2010. Ke spáchání správního deliktu pak došlo dnem uzavření smlouvy, tj. dne 26.3.2010. Z uvedeného vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt podle zákona v předmětném zadávacím řízení nezanikla.
39. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť veřejná zakázka je již realizována a nápravy tedy nelze dosáhnout jinak. Uložená pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu Brno zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710. Jako variabilní symbol zadavatel uvede své identifikační číslo.

POUČENÍ

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

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

otisk úředního razítka

Obdrží:

Správa a údržba silnic Ústeckého kraje, příspěvková organizace, Ruská 260/260, 417 03 Dubí

SILNICE GROUP a.s., Václavské náměstí 802/56, 110 00 Praha

Vypraveno dne:

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