



UOHSX004MAE0

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.:ÚOHS-S490/2012/VZ-4157/2013/514/MDI

Brno 6. března 2013

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení, zahájeném z moci úřední dne 27. 8. 2012, jehož účastníkem je

- zadavatel – Statutární město Opava, IČ 00300535, se sídlem Horní náměstí 69, 746 26 Opava, ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavatelem při zadávání podlimitní veřejné zakázky „Tyršův stadion – tělocvična“, zadávané formou otevřeného řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 1. 6. 2010 pod evidenčním číslem 6004571702001, ve znění oprav provedených dne 4. 6. 2010 pod evidenčním číslem 6004571702002, na kterou byla dne 14. 9. 2010 uzavřena smlouva o dílo,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Statutární město Opava, IČ 00300535, se sídlem Horní náměstí 69, 746 26 Opava – se dopustil spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že podle § 60 odst. 1 citovaného zákona, nevyločil z další účasti v zadávacím řízení vybraného uchazeče SLEZSKÉ STAVBY OPAVA s. r. o., IČ 48391212, se sídlem Partyzánská 18, 747 05 Opava, který neprokázal splnění technického kvalifikačního předpokladu podle čl. 9. 6. 1. zadávací dokumentace v požadovaném rozsahu, přičemž tento postup zadavatele podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem dne 14. 9. 2012 smlouvu na plnění předmětné veřejné zakázky.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se zadavateli – Statutární město Opava, IČ 00300535, se sídlem Horní náměstí 69, 746 26 Opava – ukládá podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

pokuta ve výši **30 000,- Kč** (třicet tisíc korun českých).

Pokuta je splatná do **dvou měsíců** od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

I. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), který je podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), příslušný k výkonu dohledu nad dodržováním tohoto zákona, obdržel podání, jehož obsahem byl podnět týkající se postupu zadavatele – Statutární město Opava, IČ 00300535, se sídlem Horní náměstí 69, 746 26 Opava (dále jen „zadavatel“) – při zadávání podlimitní veřejné zakázky „Tyršův stadion – tělocvična“, zadávané formou otevřeného řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 1. 6. 2010 pod evidenčním číslem 6004571702001, ve znění oprav provedených dne 4. 6. 2010 pod evidenčním číslem 6004571702002 (dále jen „veřejná zakázka“), na kterou byla dne 14. 9. 2010 uzavřena smlouva o dílo s uchazečem SLEZSKÉ STAVBY OPAVA s. r. o., IČ 48391212, se sídlem Partyzánská 18, 747 05 Opava (dále jen „SLEZSKÉ STAVBY OPAVA s. r. o.“ nebo „vybraný uchazeč“).
2. Na základě obdrženého podnětu si Úřad od zadavatele vyžádal písemné vyjádření k podanému podnětu a veškerou dokumentaci pořízenou v souvislosti s předmětnou veřejnou zakázkou podle § 155 zákona. Vzhledem k tomu, že z předložených materiálů získal Úřad pochybnosti, zda zadavatel dodržel postup stanovený v ustanovení § 51 odst. 4 zákona v návaznosti na § 60 zákona, když ze smlouvy o poskytnutí subdodávky uzavřené mezi vybraným uchazečem a subdodavatelem dne 2. 7. 2010, která byla součástí nabídky vybraného uchazeče, nevyplývá závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či k poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace a současně tímto subdodavatelem prokazoval splnění technického kvalifikačního předpokladu, přičemž tento postup zadavatele mohl ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, zahájil správní řízení z moci úřední.
3. Účastníkem správního řízení je podle § 116 zákona
 - o zadavatel.
4. Zahájení správního řízení oznámil Úřad zadavateli přípisem č.j. ÚOHS-S490/2/12-15761/2012/514/MDI ze dne 24. 8. 2012. Současně Úřad usnesením č. j. ÚOHS- S490/2/12-15767/2012/514/MDI ze dne 24. 8. 2012 určil zadavateli lhůty, ve kterých byl oprávněn

navrhovat důkazy a činit jiné návrhy a oprávněně vyjádřit v řízení své stanovisko, a lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům pro rozhodnutí.

5. Dne 27. 8. 2012, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno zadavateli, bylo podle § 113 zákona správní řízení zahájeno.

II. VYJÁDŘENÍ ZADAVATELE ZE DNE 4. 9. 2012

6. Zadavatel uvádí, že v rámci zadávacích podmínek byl v bodě 9. 6. 1. „Technické kvalifikační předpoklady a způsob jejich prokazování“ uveden požadavek na prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů předložením seznamu minimálně 3 stavebních prací obdobného charakteru, kdy pro každou stavbu byl stanoven minimální finanční objem ve výši 40 mil. Kč bez DPH
7. Vybraný uchazeč podle zadavatele prokázal splnění tohoto technického kvalifikačního předpokladu prostřednictvím jiného subjektu – STRABAG a. s., IČ 60838744, se sídlem Na Bělidle 198/21, 150 00 Praha 5 (dále jen „STRABAG a. s.“ a „subdodavatel“). Vybraný uchazeč v rámci své nabídky předložil smlouvu o poskytnutí subdodávky, kterou dne 2. 7. 2010 uzavřel se STRABAG a. s., ze které vyplývá pro subdodavatele závazek podílet se na realizaci předmětu veřejné zakázky v termínu od 9. 7. 2010 po celou dobu trvání realizace předmětné veřejné zakázky. V rámci této smlouvy se strany dohodly, že dodavatel (vybraný uchazeč) má právo změnit termíny realizace podle termínů, které dodavatel (vybraný uchazeč) sjedná ve smlouvě o dílo se zadavatelem předmětné veřejné zakázky.
8. Zadavatel ve svém vyjádření dále uvádí, že po uzavření smlouvy o dílo s uchazečem SLEZSKÉ STAVBY OPAVA s. r. o. byla dne 16. 9. 2010 (tedy dva dny po uzavření smlouvy o dílo s vybraným uchazečem) uzavřena mezi vybraným uchazečem a jeho subdodavatelem, STRABAG a. s. dohoda o přistoupení ke smlouvě o dílo č. 23438. Z obsahu této dohody vyplývá, že se subdodavatel bude podílet na plnění dané veřejné zakázky.
9. Vybraný uchazeč v rámci své nabídky využil práva, které je stanoveno v § 51 odst. 4 zákona a prokázal splnění určité části kvalifikace prostřednictvím subdodavatele. Uchazeč je v takovém případě povinen zadavateli předložit smlouvu uzavřenou se subdodavatelem, z níž vyplývá závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či k poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněně disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace, což vybraný uchazeč podle názoru zadavatele učinil.
10. Vybraný uchazeč naplnil požadavek uvedený v § 51 odst. 4 písm. b) zákona, neboť v nabídce předložil smlouvu uzavřenou se subdodavatelem, z níž vyplývá závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace, neboť ve smlouvě mezi vybraným uchazečem a STRABAG a. s. je výslovně uvedeno, „....., že se subdodavatel zavazuje poskytnout plnění dodavateli při realizaci výše uvedené veřejné zakázky v rozsahu, kterým subdodavatel prokazuje splnění kvalifikace.“ Zadavatel připouští, že předmětná smlouva je strohá a v rámci právní jistoty by bylo vhodnější precizněji upravit jednotlivá práva a povinnosti stran, avšak ačkoliv závazek není konkretizován na konkrétní plnění, které bude subdodavatel vybranému uchazeči poskytovat, zadavatel se domnívá,

že smysl zákona výše uvedená smlouva naplňuje, neboť z ní jednoznačně vyplývá závazek STRABAG a. s., poskytnout vybranému uchazeči po celou dobu realizace veřejné zakázky plnění směřující k dokončení stavby s názvem „Tyršův stadion – tělocvična“, přičemž rozsah této stavby bylo možné zjistit z nezaměnitelné a veřejně dostupné zadávací dokumentace dotčené veřejné zakázky.

11. Zadavatel dále upozorňuje na ustálenou soudní judikaturu, z níž plyne nutnost vykládat obsah právních úkonů vždy s ohledem na všechny okolnosti, které mohly ovlivnit vůli smluvních stran k uzavření právního úkonu, přičemž při výkladu této vůle nesmí dojít k rozporu s písemným vyjádřením posuzovaného právního úkonu.
12. S ohledem na všechny výše uvedené okolnosti při uzavírání předmětné smlouvy, zejména pak ze samotného textu je zřejmé, že smlouva slouží k prokázání splnění technického kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 3 zákona, které SLEZSKÉ STAVBY OPAVA s. r. o. prokazuje prostřednictvím subdodavatele, STRABAG a. s., a že subdodávky budou STRABAG a. s. poskytovány po celou dobu trvání veřejné zakázky. Podle názoru zadavatele lze tedy dovodit, že se STRABAG a. s. zavázala poskytovat vybranému uchazeči konkrétní plnění (specifikované zadávací dokumentací) v maximálně možném rozsahu dle požadavků vybraného uchazeče a po celou dobu plnění veřejné zakázky.
13. Zadavatel ve svém vyjádření konstatuje, že účelem stanovení požadavků na splnění kvalifikačních předpokladů ze strany zadavatelů je zajistit, aby vlastní plnění proběhlo (uskutečnilo se, bylo realizováno) vždy řádně a včas, tzn., aby uchazeči prokázali, že jejich stabilita, možnosti a zkušenosti jsou pro realizaci veřejné zakázky dostatečné, tzn., že je dostatečně zajištěna buď samotným uchazečem, nebo třetí osobou (subdodavatelem) a že možnost využití potenciálu jiných osob reálně existuje, což vybraný uchazeč splnil právě předložením smlouvy. Předložením uvedené smlouvy tak zadavatel získal záruku, že je způsobilost vybraného uchazeče zajištěna dostatečně.
14. K tvrzením obsažených ve vyjádření zadavatel odkázal v souvislosti s prokazováním kvalifikace třetí osobou na judikaturu Soudního dvora Evropského unie (dále jen „SDEU“), ze které mimo jiné vyplývá, že ve vztahu k subdodavatelům považuje SDEU za dostatečný důkaz o způsobilosti uchazeče, pokud dodavatel reálně disponuje zázemím subdodavatele, které mu umožňuje reálně splnit předmět veřejné zakázky, a to bez ohledu na právní povahu vazeb mezi dodavatelem a subdodavatelem. Zadavatel dále odkazuje na čl. 47 odst. 2 a čl. 48 odst. 3 směrnice 2004/18/ES, kde je uvedeno, že uchazeči mohou ve vhodných případech a pro konkrétní veřejnou zakázku spoléhat na schopnosti jiných osob, a to bez ohledu právě na povahu právních vazeb, které s nimi má, v takovém případě však musí prokázat, že bude mít požadované zdroje skutečně k dispozici, například předložením závazku, což vybraný uchazeč v předmětné veřejné zakázce prokázal.
15. Zadavatel se dále vyjádřil k vytýkané skutečnosti, kdy vybraný uchazeč v čestném prohlášení, které v souladu se zadávacími podmínkami mělo obsahovat seznam všech subdodavatelů, neuvedl STRABAG a. s., prostřednictvím které prokazoval splnění technického kvalifikačního předpokladu podle bodu 9. 6. 1. zadávací dokumentace. Podle zadavatele neměla tato skutečnost na posouzení nabídky vliv, neboť vybraný uchazeč dostatečně deklaroval, že je jeho subdodavatelem STRABAG a. s. Požadovat po vybraném uchazeči, aby opakovaně

vedl STRABAG a. s. v subdodavatelském schématu by byl podle zadavatele extrémní formalismus, který by neměl vliv na plnění předmětu veřejné zakázky a skutečnost, že STRABAG a. s. má být subdodavatelem uchazeče SLEZSKÉ STAVBY OPAVA s. r. o., byla z obsahu nabídky jednoznačná. Specifikace vzájemného plnění mezi vybraným uchazečem a jeho subdodavatelem je upravena v uzavřené dohodě o přistoupení ke smlouvě o dílo 23438 ze dne 16. 9. 2010.

16. V závěru svého vyjádření zadavatel uvedl, že předmětná stavba byla již realizována, řádně a včas, a to za podmínek sjednaných ve smlouvě o dílo. S ohledem na výše uvedené zadavatel navrhuje, aby Úřad zahájené správní řízení zastavil.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

17. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o šetřené veřejné zakázce, vyjádření účastníka řízení a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání šetřené veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v ustanovení § 60 odst. 1 zákona, když nevyloučil vybraného uchazeče SLEZSKÉ STAVBY OPAVA s. r. o. z další účasti v zadávacím řízení, který neprokázal splnění technického kvalifikačního předpokladu podle čl. 9. 6. 1. zadávací dokumentace v požadovaném rozsahu, přičemž tento postup zadavatele podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, a s vybraným uchazečem uzavřel dne 14. 9. 2010 smlouvu na plnění předmětné veřejné zakázky. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení zákona

18. Podle § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
19. Jak je uvedeno v § 51 odst. 4 zákona, pokud není dodavatel schopen prokázat splnění určité části kvalifikace požadované zadavatelem podle § 50 odst. 1 písm. b) až d) zákona v plném rozsahu, je oprávněn splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prokázat prostřednictvím subdodavatele. Dodavatel je v takovém případě povinen veřejnému zadavateli předložit smlouvu uzavřenou se subdodavatelem, z níž vyplývá závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či k poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace. Dodavatel není oprávněn prostřednictvím subdodavatele prokázat splnění kvalifikace podle § 54 písm. a) zákona.
20. Podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona může zadavatel k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů požadovat předložit seznam stavebních prací provedených dodavatelem za posledních 5 let s uvedením jejich ceny, doby a místa provádění stavebních prací včetně osvědčení objednatelů o řádném a odborném plnění.
21. Podle § 60 odst. 1 zákona dodavatel, který nesplní kvalifikaci v požadovaném rozsahu nebo nesplní povinnost stanovenou v § 58 zákona, musí být veřejným zadavatelem vyloučen z účasti v zadávacím řízení.
22. Podle § 76 odst. 1 zákona hodnotící komise posoudí nabídky uchazečů z hlediska splnění zákonných požadavků a požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách

a z hlediska toho, zda uchazeč nepodal nepřijatelnou nabídku podle § 22 odst. 1 písm. d) zákona. Nabídky, které tyto požadavky nesplňují, musí být vyřazeny. Jestliže nedošlo k vyřazení všech variant nabídky, nepovažuje se nabídka za vyřazenou. Ke zjevným početním chybám v nabídce, zjištěným při posouzení nabídek, které nemají vliv na nabídkovou cenu, hodnotící komise nepřihlíží.

23. Z ustanovení § 76 odst. 3 zákona vyplývá, že hodnotící komise může v případě nejasností požádat uchazeče o písemné vysvětlení nabídky. V žádosti hodnotící komise uvede, v čem spatřuje nejasnosti nabídky, které má uchazeč vysvětlit. Hodnotící komise nabídku vyřadí, pokud uchazeč nedoručí vysvětlení ve lhůtě 3 pracovních dnů ode dne doručení žádosti o vysvětlení nabídky, nestanoví-li hodnotící komise lhůtu delší.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o veřejné zakázce

24. Základním hodnotícím kritériem zvolil zadavatel, jak je uvedeno v bodu 10. 3. „Základní hodnotící kritérium a dílčí hodnotící kritéria pro zadání veřejné zakázky“ zadávací dokumentace ekonomickou výhodnost nabídek podle následujících kritérií:
- a. výše nabídkové ceny s váhou 80 %,
 - b. doba realizace s váhou 20 %.
25. V bodu 9. 2. 2. „Prokazování splnění kvalifikace“ zadávací dokumentace zadavatel uvedl, že pokud není dodavatel schopen prokázat splnění určité části kvalifikace podle § 50 odst. 1 písm. b) až d) zákona v plném rozsahu, je oprávněn splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prokázat prostřednictvím subdodavatele za předpokladu, že v nabídce bude doložena smlouva uzavřená se subdodavatelem, z níž vyplývá závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace.
26. Dále v bodu 9. 6. 1. „Technické kvalifikační předpoklady a způsob jejich prokázání“ zadávací dokumentace stanovil zadavatel požadavek podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona k prokázání technických kvalifikačních předpokladů a požadoval předložit seznam alespoň 3 realizovaných stavebních prací obdobného charakteru provedených dodavatelem za posledních 5 let s uvedením jejich ceny, doby a místa provádění stavebních prací, včetně údaje o tom, zda tyto stavební práce byly provedeny řádně a odborně. Přílohou tohoto seznamu musí být osvědčení objednatelů podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona. Zadavatel vymezil tento kvalifikační předpoklad tak, že obdobným charakterem stavebních prací se rozumí stavební práce, které se blíží této veřejné zakázce svým charakterem, rozsahem a předmětem o objemu minimálně 40 mil. Kč bez DPH za každou jednotlivou provedenou stavební práci.
27. Současně zadavatel v bodu 18. 3. „Jiné požadavky zadavatele pro plnění veřejné zakázky“ zadávací dokumentace uvedl požadavek, ze kterého vyplývá povinnost uchazeče v nabídce uvést, které části veřejné zakázky má v úmyslu realizovat prostřednictvím subdodavatelů, s uvedením identifikačních údajů subdodavatelů. Pro splnění tohoto požadavku požaduje zadavatel doložení této skutečnosti formou čestného prohlášení, které bude podepsáno oprávněnou osobou.

28. Zadavatel rozhodl dne 27. 7. 2010 na zasedání Rady statutárního města Opavy o výběru nejvhodnější nabídky, kterou se stala nabídka SLEZSKÉ STAVBY OPAVA s. r. o. a dne 14. 9. 2010 byla s tímto vybraným uchazečem uzavřena smlouva o dílo.
29. Z nabídky vybraného uchazeče vyplývá, že prokazuje splnění technického kvalifikačního předpokladu podle bodu 9. 6. 1. zadávací dokumentace v plném rozsahu prostřednictvím třetí osoby, a to prostřednictvím STRABAG a. s.
30. Nedílnou součástí obsahu nabídky vybraného uchazeče je i smlouva o poskytnutí subdodávky uzavřená mezi SLEZSKÉ STAVBY OPAVA s. r. o. a STRABAG a. s. dne 2. 7. 2010, tedy mezi vybraným uchazečem a subdodavatelem.
31. Z výše uvedené smlouvy vyplývá, že se subdodavatel zavazuje poskytnout plnění vybranému uchazeči při realizaci šetřené veřejné zakázky v rozsahu, kterým subdodavatel prokazuje splnění kvalifikace. Předmětem smlouvy je prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona v rozsahu, v jakém subdodavatel prokazuje kvalifikaci vybraného uchazeče pro předmětnou veřejnou zakázku. Doba plnění byla smlouvou stanovena tak, že se subdodavatel zavazuje vybranému uchazeči v termínu od 9. 7. 2010 po celou dobu trvání realizace předmětné veřejné zakázky poskytovat subdodávky, přičemž vybraný uchazeč má právo změnit termíny realizace podle termínů, které vybraný uchazeč sjedná ve smlouvě o dílo se zadavatelem předmětné veřejné zakázky.
32. V souladu s bodem 18. 3. „Jiné požadavky zadavatele pro plnění veřejné zakázky“ zadávací dokumentace obsahuje nabídka vybraného uchazeče seznam subdodavatelů, kteří se budou podílet na předmětné veřejné zakázce. Výše uvedený seznam je v souladu se zadávacími podmínkami zpracován formou čestného prohlášení a obsahuje údaje o 9 subdodavatelích, spolu s uvedením informace, které části plnění veřejné zakázky budou realizovat. STRABAG a. s., prostřednictvím které vybraný uchazeč prokazuje splnění kvalifikace podle bodu 9. 6. 1. zadávací dokumentace, není v tomto seznamu subdodavatelů uvedena.

Ke splnění kvalifikace vybraným uchazečem

33. Smyslem prokazování kvalifikace dodavateli, popř. za splnění zákonných podmínek společně se subdodavatelem, je výběr takového dodavatele, který prokáže, že má zkušenosti s obdobným druhem plnění, že je po technické a profesní stránce schopen zajistit kvalitní provedení předmětu veřejné zakázky a že se jedná o dodavatele, který je zkušený, stabilní a spolehlivý z hlediska plnění svých závazků. Zadavatel pomocí kvalifikačních předpokladů selektuje dodavatele s cílem vybrat nejvhodnějšího právě s ohledem na specifika daného předmětu plnění.
34. Dodavatel může část kvalifikace, kterou není schopen prokázat sám, prokázat prostřednictvím subdodavatele. V takovém případě musí být z jeho strany doložena smlouva, z níž vyplývá závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či k poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky. Tato podmínka je dále doplněna požadavkem, aby výše uvedený závazek subdodavatele byl v takovém rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace.
35. K možnosti prokázání kvalifikace prostřednictvím subdodavatele Úřad konstatuje, že se jedná o právo uchazeče (dodavatele), které je mu dáno ustanovením § 51 odst. 4 zákona.

V daném případě zadavatel v rámci zadávacích podmínek tuto možnost výslovně uvedl, a to v bodu 9. 2. 2. zadávací dokumentace.

36. V rámci šetřené veřejné zakázky vybraný uchazeč prokazoval splnění technického kvalifikačního předpokladu podle bodu 9. 6. 1. zadávací dokumentace v plném rozsahu prostřednictvím subdodavatele. Nabídka vybraného uchazeče obsahovala smlouvu uzavřenou se subdodavatelem (viz bod 31 odůvodnění tohoto rozhodnutí), která však podle Úřadu neobsahuje podstatné, zákonem vyžadované náležitosti.
37. Úřad má za to, že nabídka vybraného uchazeče měla být hodnotící komisí vyřazena z dalšího posuzování a následně zadavatelem vyloučena podle § 60 odst. 1 zákona ze zadávacího řízení, a to z důvodu, že vybraný uchazeč nesplnil kvalifikaci v požadovaném rozsahu. Ze strany vybraného uchazeče nebylo prokázáno splnění kvalifikačního předpokladu podle bodu 9. 6. 1. zadávací dokumentace.
38. V daném případě zadavatel požadoval k prokázání splnění kvalifikace doložení seznamu významných realizovaných staveb (v rámci předmětné veřejné zakázky zadavatel požadoval předložit 3 referenční stavby v posledních 5 letech, kdy každá byla v minimální hodnotě 40 mil Kč bez DPH) dodavatelem s doloženými osvědčeními veřejných zadavatelů, popř. jiných osob. Tento požadavek zadavatele podle Úřadu představuje záruku, že zadavatel uzavře smlouvu s dodavatelem, který již obdobný předmět veřejné zakázky plnil a to řádně a včas. Dodavatel je tím, s kým zadavatel uzavírá smlouvu o dílo, je za jeho realizaci odpovědný a požadavek zadavatele na dodavatele disponujícího potřebnými zkušenostmi je tedy zcela pochopitelný a oprávněný.
39. Jak vyplývá z výše uvedeného i tento kvalifikační předpoklad lze prokázat prostřednictvím subdodavatele. Tuto možnost ovšem nelze brát (s ohledem na zásadní povahu požadované charakteristiky dodavatele) automaticky, bez přihlédnutí ke konkrétním okolnostem plnění a míry plnění subdodavatelem. Pokud je požadavek zadavatele na zkušenost dodavatele (což je vlastnost vztahující se fakticky k plnění celého předmětu veřejné zakázky) prokázána zcela a výlučně subdodavatelem, nelze tento postup akceptovat v případě, kdy by podíl subdodavatele na plnění předmětu veřejné zakázky byl marginální. S ohledem na způsob prokázání splnění kvalifikace vybraného uchazeče lze vyvodit, že obdobnou veřejnou zakázku sám dosud nikdy ani nerealizoval. Tím, jak vybraný uchazeč prokazoval splnění tohoto kvalifikačního předpokladu, by měl být stanoven poměr rozsahu plnění subdodavatele a dodavatele v daném případě tak, že předmět plnění dané veřejné zakázky v této části bude de facto plněn subdodavatelem a plnění dodavatele (vybraného uchazeče) by mělo spíše okrajový charakter. Z požadavku zadavatele je zřejmé, že má zájem na tom, aby byl předmět veřejné zakázky plněn zkušeným subjektem v dané oblasti, způsob jakým byla prokazována technická část kvalifikace, resp. doložení referenčních staveb, je patrné, že zkušenějším realizátorem staveb, který disponuje i patřičnými zkušenostmi a referencemi je v daném případě subdodavatel, nikoliv vybraný uchazeč.
40. Z formulace ustanovení § 51 odst. 4 písm. b) zákona vyplývá, že subdodavatelská smlouva (pakliže je subdodavatelem prokazována část kvalifikace) musí jednoznačně stanovit závazek subdodavatele v určitém rozsahu, resp. musí stanovit minimální úroveň závazku, kterou je poté možno porovnat s rozsahem subdodavatelem prokázané části kvalifikace.

41. V subdodavatelské smlouvě, kterou předložil vybraný uchazeč, je v článku II. uvedeno, že „Touto smlouvou se subdodavatel zavazuje poskytnout plnění dodavateli při realizaci výše uvedené veřejné zakázky v rozsahu, kterým subdodavatel prokazuje splnění kvalifikace“. V článku III. předmětné subdodavatelské smlouvy je dále uvedeno, že „Předmětem této smlouvy je prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů podle ust. § 56 odst. 3 písm. a) zákona, v rozsahu v jakém subdodavatel prokazuje kvalifikaci dodavatele pro zakázku „Tyršův stadion – tělocvična.“
42. Ze smlouvy o poskytnutí subdodávek uzavřené mezi vybraným uchazečem a STRABAG a. s. tedy není vůbec patrné, v jakém rozsahu a jakými pracemi se bude subdodavatel na předmětu plnění předmětné veřejné zakázky podílet.
43. Z ustanovení § 51 odst. 4 písm. b) zákona přitom vyplývá, že subdodavatelská smlouva musí obsahovat jednoznačně, určitě a srozumitelně vyjádřený závazek subdodavatele ke stanovenému rozsahu plnění. Takto formulovaný text závazku je předpokladem pro to, aby mohl zadavatel (a následně rovněž Úřad v případě správního řízení) přistoupit k posouzení vzájemného vztahu míry takového závazku s mírou prokázání splnění kvalifikace subdodavatelem, resp. přistoupit k samotnému posouzení naplnění podmínky § 51 odst. 4 písm. b) zákona. Vymezení rozsahu závazku subdodavatele souslovím „v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace“, je neurčité, nesrozumitelné, nejednoznačné a z hlediska aplikace § 51 odst. 4 písm. b) zákona naprosto neuchopitelné, neboť je to právě „rozsah prokázání splnění kvalifikace subdodavatelem“, s čím má být „rozsah závazku subdodavatele“ porovnáván. Předpoklad, že citovaným opisem formulace textu ustanovení zákona do textu smlouvy bude požadavek zákona na subdodavatelskou smlouvu naplněn, je mylný, neboť kromě jiného taková smlouva, jakožto součást nabídky, musí rovněž naplňovat obecné požadavky právních předpisů na obsah právních úkonů.
44. Obecně lze tedy konstatovat, že dodavatel je vždy povinen veřejnému zadavateli předložit smlouvu se subdodavatelem, ze které je zřejmé k jakému plnění a v jakém rozsahu se subdodavatel zavazuje a současně taková smlouva bude splňovat i veškeré náležitosti stanovené občanským zákoníkem.
45. I v případě, že je smlouva koncipována obecněji, musí být vždy z takové smlouvy patrný závazek subdodavatele k poskytnutí plnění veřejné zakázky nebo k poskytnutí určitých věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokazuje splnění části kvalifikace místo dodavatele. Obecnější formulace těchto smluv lze připustit spíše v případech, kdy se jedná o užší řízení, jednací řízení s uveřejněním nebo soutěžní dialog, neboť v době prokazování kvalifikace nemá dodavatel k dispozici zadávací dokumentaci a jeho povědomí o předmětu plnění veřejné zakázky může být spíše rámcové. V šetřeném případě však byla veřejná zakázka zadávána formou otevřeného řízení, z čehož je zřejmé, že dodavatel byl seznámen se zněním zadávací dokumentace.
46. Úřad při plném respektování rozhodovací praxe SDEU, na kterou odkazuje zadavatel, se neztotožňuje s argumentací zadavatele, že vybraný uchazeč řádně prokázal splnění kvalifikace prostřednictvím subdodavatele.
47. Úřadu nepřísluší v rámci správního řízení posuzovat otázky, které nespadají do jeho působnosti. Přesto však, v souladu s ustanovením § 57 odst. 1 písm. c) zákona č. 500/2004

Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), jestliže vydání rozhodnutí závisí na řešení otázky, již nepřísluší správnímu orgánu rozhodnout a o které nebylo dosud pravomocně rozhodnuto, správní orgán si o ní může učinit úsudek.

48. Jak už bylo uvedeno výše, formulace rozsahu závazku subdodavatele v článku II. a III. subdodavatelské smlouvy je neurčitá a nesrozumitelná. Nelze z ní žádným způsobem dovodit objem prací, ani jejich obsahovou náplň. Tyto charakteristiky závazku subdodavatele není možné zjistit ani z ostatních článků subdodavatelské smlouvy. Z uvedeného důvodu je tedy nutné učinit závěr, že subdodavatelská smlouva předložená navrhovatelem v nabídce nesplňuje požadavky ustanovení § 51 odst. 4 písm. b) zákona, neboť z ní nevyplývá závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či k poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky.
49. Zadavatelem byla současně v zadávacích podmínkách stanovena povinnost (bod 18. 3. zadávací dokumentace), aby uchazeč v rámci své nabídky uvedl ve formě čestného prohlášení, které části předmětu plnění dané veřejné zakázky má v úmyslu realizovat prostřednictvím subdodavatelů, s uvedením identifikačních údajů těchto subdodavatelů. Vybraný uchazeč v tomto čestném prohlášení uvedl seznam subdodavatelů, kteří se budou na předmětné veřejné zakázce podílet, spolu s údajem, které práce budou realizovat. STRABAG a. s. však na tomto seznamu uveden nebyl.
50. V případě, že hodnotící komise shledá v nabídce některého z uchazečů nejasnost, např. ve formě rozporných údajů, je oprávněna požádat příslušného uchazeče o písemné vysvětlení jeho nabídky. Lhůtu pro písemné vysvětlení nabídky je hodnotící komise povinna stanovit v délce minimálně tří pracovních dnů. V případě, že uchazeč vysvětlení nabídky komisi neposkytne (resp. vysvětlení neposkytne ve stanovené lhůtě), je komise povinna nabídku tohoto uchazeče vyloučit z dalšího posuzování a hodnocení nabídek. STRABAG a. s. nebyl uveden v seznamu subdodavatelů, ačkoliv vybraný uchazeč předložil smlouvu o subdodávkách, uzavřenou se STRABAG a. s. a současně prokazoval splnění technického kvalifikačního předpokladu prostřednictvím tohoto subjektu. Z nabídky vybraného uchazeče nebylo tedy zřejmé, zda se STRABAG a. s. bude skutečně na realizaci předmětu dané veřejné zakázky podílet. V daném případě se tak nabízela možnost zadavatele požádat uchazeče o písemné vysvětlení nabídky podle § 76 odst. 3 zákona.
51. Tvzení zadavatele o skutečnosti, že dne 16. 9. 2010 došlo k uzavření dohody o přistoupení ke smlouvě o dílo č. 23438, z jejíhož obsahu vyplývá, že se STRABAG a. s. bude podílet na plnění předmětné veřejné zakázky, a to za podmínek, které byly sjednány s vybraným uchazečem, nemá podle Úřadu vliv na průběh zadávacího řízení, v rámci kterého došlo k pochybení zadavatele, které nelze tímto tvrzením zhojit.
52. Jak vyplývá ze shora uvedeného, zadavatel nedodržel postup stanovený v ustanovení § 60 odst. 1 zákona, když nevyločil vybraného uchazeče SLEZSKÉ STAVBY OPAVA s. r. o., z další účasti v zadávacím řízení, ačkoliv z předložené smlouvy o poskytnutí subdodávky uzavřené mezi vybraným uchazečem a subdodavatelem dne 2. 7. 2010, která byla nedílnou součástí nabídky vybraného uchazeče, nevyplývá závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či k poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu,

v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace a současně tímto subdodavatelem prokazoval splnění technického kvalifikačního předpokladu, přičemž tento postup podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, a s vybraným uchazečem uzavřel dne 14. 9. 2012 smlouvu na plnění předmětné veřejné zakázky.

IV. ULOŽENÍ SANKCE

53. Z obsahu tohoto rozhodnutí vyplývá, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, tím, že podle § 60 odst. 1 zákona nevyločil z další účasti v zadávacím řízení vybraného uchazeče SLEZSKÉ STAVBY OPAVA, který neprokázal splnění technického kvalifikačního předpokladu podle čl. 9. 6. 1. zadávací dokumentace v požadovaném rozsahu, přičemž tento postup zadavatele podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem dne 14. 9. 2012 smlouvu na plnění předmětné veřejné zakázky.
54. Jelikož zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu a nedodržel postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, naplnil tak skutkovou podstatu správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
55. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.
56. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl z podnětu, který Úřad obdržel dne 14. 4. 2011. Ke spáchání správního deliktu došlo dne 14. 9. 2010, kdy byla s vybraným uchazečem uzavřena smlouva. Správní řízení bylo zahájeno dne 27. 8. 2012. Z uvedených údajů vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.
57. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky nebo do 10 000 000 Kč, pokud cena zakázky nebyla nabídnuta, jde-li o správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
58. Úřad konstatuje, že ze smlouvy o dílo, kterou zadavatel uzavřel dne 14. 9. 2010 s vybraným uchazečem, vyplývá, že souhrnná hodnota peněžitého závazku veřejné zakázky činí 32 039 420 Kč bez DPH (38 447 304 Kč vč. DPH).
59. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) činí částku 1 922 366 Kč.
60. Podle § 121 odst. 2 zákona Úřad při určení výměry pokuty zadavateli přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
61. Ve vztahu k posouzení závažnosti správního deliktu, přihlédl Úřad ke skutečnosti, že v předmětné věci se zadavatel dopustil závažného porušení, neboť na základě postupu zadavatele došlo k uzavření smlouvy s uchazečem, který řádně neprokázal splnění technického kvalifikačního předpokladu a z jehož obsahu nabídky nemohl mít zadavatel jistotu, že vybral uchazeče, který má potřebné zkušenosti s obdobným druhem plnění,

a tedy že je schopen po technické a profesní stránce zajistit kvalitní provedení předmětu plnění v rámci předmětné veřejné zakázky.

62. Co se týče způsobu spáchání správního deliktu, Úřad konstatuje, že jednáním zadavatele, byla naplněna skutková podstata správního deliktu, kdy zadavatel při posuzování a hodnocení nabídek nepostupoval v souladu se zákonem, v tom smyslu, že akceptoval v nabídce vybraného uchazeče smlouvu o poskytnutí subdodávek uzavřenou mezi vybraným uchazečem a subdodavatelem dne 2. 7. 2010, ze které nevyplývá konkrétní závazek subdodavatele, tedy ani způsob či rozsah plnění subdodavatele v rámci dané veřejné zakázky, ačkoliv vybraný uchazeč tímto subdodavatelem prokazoval splnění technického kvalifikačního předpokladu podle bodu 9. 6. 1. zadávací dokumentace v plném rozsahu. Dále se zadavatel nezabýval rozporem v nabídce vybraného uchazeče, která se opětovně vztahovala k tomuto subdodavateli, a který mohl vnést pochybnosti o skutečné participaci subdodavatele, STRABAG a. s., v rámci dané veřejné zakázky. Zadavatel, podle bodu 18. 3. zadávací dokumentace, požadoval předložit seznam všech subdodavatelů, spolu s jejich identifikací a uvedením informace, na které části předmětu plnění se v rámci dané veřejné zakázky budou podílet, a to ve formě čestného prohlášení.
63. Následkem jednání zadavatele je stav, kdy došlo k narušení soutěže nesprávným postupem zadavatele a následně tímto vadným postupem zadavatele, kdy řádně neposoudil a nehodnotil předložené nabídky, došlo k uzavření smlouvy s vybraným uchazečem. Základním účelem zadávání veřejných zakázek je uzavření smlouvy s uchazečem, který nejlépe splňuje požadavky zadavatele. Cílem zadávání veřejných zakázek je efektivní vynakládání veřejných prostředků. V rámci předmětné veřejné zakázky byla jako nejvhodnější vybrána nabídka, která nespĺňovala zadávací podmínky a v případě, že by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, měla být nabídka vybraného uchazeče z důvodu neprokázání kvalifikace vyloučena z účasti v zadávacím řízení podle § 60 odst. 1 zákona.
64. Vzhledem k okolnostem případu a způsobu spáchání správního deliktu, Úřad uvádí, že zadavatel při posuzování a hodnocení nabídek ani v době, kdy uzavíral smlouvu s vybraným uchazečem, nemohl mít jistotu, že předmět plnění dané veřejné zakázky bude plnit uchazeč, který má dostatečné zkušenosti s obdobným předmětem plnění, tedy že bude schopen po technické a profesní stránce zajistit kvalitní provedení předmětu plnění v rámci předmětné veřejné zakázky, neboť z nabídky vybraného uchazeče tato skutečnost nevyplývá.
65. Zadavatel ve svém vyjádření konstatuje, že předmět plnění předmětné veřejné zakázky již byl řádně a včas realizován a STRABAG a. s., subdodavatel, prostřednictvím kterého vybraný uchazeč prokazoval splnění technické kvalifikace a který nebyl uveden na seznamu subdodavatelů, se podílel na předmětu plnění předmětné veřejné zakázky. Skutečnost, že předmět veřejné zakázky byl již řádně realizován lze v kontextu šetřeného případu považovat za polehčující.
66. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci odpovědného subjektu, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. V této souvislosti Úřad odkazuje na nález Ústavního soudu č. Pl. ÚS 3/02. Podle uvedeného nálezu je v případě ukládání pokut vyloučen takový zásah do majetku, v důsledku kterého by byla „zničena“ majetková základna pro další podnikatelskou činnost.

Nepřípustné jsou takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Zadavatel má na svých internetových stránkách uveřejněny informace vztahující se k hospodaření města za jednotlivá předešlá období, zároveň i rozpočtové výhledy do dalších navazujících období. Z těchto veřejně přístupných zdrojů vyplývá, resp. z výkazu zisku a ztrát za rok 2010, ve kterém došlo ke spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, že zadavatelův výsledek hospodaření v tomto roce činil více než 137 mil Kč. Obdobného hospodářského výsledku zadavatel dosáhl i v následujícím roce 2011. Ze schváleného rozpočtu na rok 2012, tedy období, ve kterém Úřad ukládá pokutu, vyplývá, že zadavatel bude disponovat s vyššími celkovými finančními zdroji, než v předcházejících obdobích.

67. Pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů Úřad při určení výměry uložené pokuty preferoval preventivní charakter uložení sankce a stanovenou výši pokuty vzhledem k souvislostem případu posoudil jako dostačující. Proto Úřad zadavateli uložil pokutu ve výši 30 000 Kč. Uložená pokuta se pohybuje při spodní úrovni zákonné sazby a plní tak výrazně preventivní funkci. Je však současně třeba mít na paměti, že uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocítována jako újma, neboť uložení velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu. Peněžité sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do sféry porušitele, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinak.
68. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť smlouva na realizaci veřejné zakázky byla uzavřena a nápravy již nelze dosáhnout. Z uvedeného důvodu uložil Úřad pokutu ve výši uvedené ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
69. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu v Brně zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČ zadavatele.

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.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží

Statutární město Opava, Horní náměstí 69, 746 26 Opava

Vypraveno dne

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