



UOHSX006MP1Y

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R196/2014/VZ-14127/2015/322/IJu

Brno 12. června 2015

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 10. 6. 2014 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 11. 6. 2014 zadavatelem –

- obcí **Butoves**, IČO 00578282, se sídlem Butoves 47, 506 01 Butoves

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S170/2014/VZ-11146/2014/524/MKd ze dne 26. 5. 2014 vydanému ve správním řízení ve věci možného spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů zadavatelem při zadávání podlimitní veřejné zakázky s názvem „**Kanalizace a ČOV – Butoves**“ zadávané v užším řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 5. 4. 2013 a uveřejněno dne 8. 4. 2013 pod ev. č. 346212, ve znění opravy uveřejněné dne 18. 4. 2013,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S170/2014/VZ-11146/2014/524/MKd ze dne 26. 5. 2014

potvrzuji

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení veřejné zakázky

1. Zadavatel – obec Butoves, IČO 00578282, se sídlem Butoves 47, 506 01 Butoves (dále jen „**zadavatel**“), uveřejnil ve Věstníku veřejných zakázek dne 8. 4. 2013, pod ev. č. 346212, ve znění opravy uveřejněné dne 18. 4. 2013 oznámení podlimitní veřejné zakázky s názvem „Kanalizace a ČOV – Butoves“ zadávané v užším řízení (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. V bodě II.1.5) oznámení o zakázce zadavatel vymezil předmět plnění jako výstavbu oddílné gravitační splaškové kanalizace a výstavbu mechanicko-biologické čistírny odpadních vod pro 300 E.O., přičemž předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla zadavatelem stanovena na 32 mil. Kč bez DPH.
3. V bodě IV.2) oznámení o zakázce zadavatel stanovil kritéria pro zadání zakázky, jímž je hospodářsky nejvýhodnější nabídka z hlediska celkové nabídkové ceny v Kč bez DPH s váhou 80 % a doby plnění (v týdnech) s váhou 20 .
4. Podle § 151 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ se zadavatel nechal v zadávacím řízení při výkonu svých práv a povinností zastoupit společností Profesionálové, a.s, IČO 28806123, se sídlem Masarykovo náměstí 391/13, 500 02 Hradec Králové.
5. Z čl. 5.7 a) kvalifikační dokumentace vyplývá, že zadavatel požadoval k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů předložením min. 10 referencí o realizaci stavebních prací spočívajících ve výstavbě ČOV a kanalizace, a to z pozice generálního dodavatele realizovaných dodavatelem v posledních 5 letech v celkové hodnotě rozpočtových stavebních nákladů, jichž se realizace referenční zakázky týká, min. ve výši 16 mil. Kč bez DPH za každou referenční zakázku.
6. V příloze č. 8 kvalifikační dokumentace s názvem „Závazné body PPV“ (dále jen „**Plán postupu výstavby**“) zadavatel přesně stanovil závazné body Plánu postupu výstavby a uvedl, že je pro něj důležitou a podstatnou součástí budoucí výstavby.

II. Správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

7. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), který je podle § 112 zákona příslušný k dohledu nad dodržováním tohoto zákona, obdržel podnět k přezkoumání úkonů zadavatele. Po prošetření obsahu dokumentace o veřejné zakázce Úřad získal pochybnosti, zda zadavatel postupoval při zadávání veřejné zakázky v souladu s § 56 odst. 5 písm. c) zákona, když stanovil požadovaný minimální rozsah stavebních prací ve výši dosahující

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

minimálně 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Dále Úřad konstatoval, že získal pochybnost, zda zadavatel postupoval při posuzování technických kvalifikačních předpokladů v souladu se zásadou zákazu diskriminace zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona, když po dvou zájemcích požadoval písemné objasnění podle § 59 odst. 4 zákona a ostatní zájemce v obdobné situaci vyloučil.

8. Dne 26. 3. 2014 Úřad zadavateli oznámením č. j. ÚOHS-S170/2014/VZ-6340/2014/524/MKd oznámil zahájení správního řízení vedeného pod sp. zn. ÚOHS-S170/2014/VZ. Dále Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S170/2014/VZ-6345/2014/524/MKd z téhož dne určil zadavateli lhůtu, ve které byl oprávněn navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit své stanovisko.
9. Dne 10. 4. 2014 Úřad obdržel podání zadavatele, jímž v řízení vyjádřil své stanovisko. K vymezení minimální úrovně technických kvalifikačních předpokladů zadavatel odkázal na relevantní právní úpravu, zejména na § 56 odst. 3 písm. a) zákona a dodal, že předložení seznamu stavebních prací dodavatelů slouží k prověření jejich zkušeností a odbornosti, prostřednictvím doložení jejich předešlých zkušeností s realizací obdobných zakázek v období posledních 5 let. K tomu zadavatel konstatoval, že jím požadovaný seznam stavebních prací byl zcela v souladu s druhem, složitostí a charakteristikou veřejné zakázky.
10. Zadavatel vyjádřil své přesvědčení, že jím stanovený požadavek na finanční výši referenční zakázky min. 16 mil. Kč bez DPH je v souladu se zákonem, resp. s požadavkem, že nesmí překračovat 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky u každé jednotlivé reference. K tomu zadavatel dodal, že nepožadoval více než 50 % hodnoty veřejné zakázky u každé jednotlivé požadované referenční zakázky, čímž tedy dostal zákonné dikci ve smyslu § 56 odst. 5 písm. c) zákona.
11. Zadavatel upozornil na to, že stanovení počtu referenčních zakázek je na uvážení zadavatele, neboť zákon neurčuje počet možných požadovaných referenčních zakázek, jako je tomu u požadavku na jejich hodnotu. Zadavatel uvedl, že počet požadovaných referenčních zakázek se stanovuje zejména s ohledem na rozsah, složitost a druh veřejné zakázky, ale také s ohledem na hospodárnost a efektivní vynakládání veřejných prostředků. K tomu zadavatel uvedl, že zhodnotil náročnost a složitost předmětu veřejné zakázky z pohledu technologických, ekonomických i časových požadavků.
12. Nadto zadavatel uvedl, že vzhledem k tomu, že předpokládaná lhůta pro zhotovení veřejné zakázky byla cca 5 – 6 měsíců a lhůta, za kterou lze požadovat doložení seznamu významných stavebních prací, tj. referenčních zakázek podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona, činí 5 let, je zcela a nepochybně logické, že obdobných či stejných zakázek mohl potenciální uchazeč v posledních 5 letech zhotovit minimálně 10. Z tohoto důvodu je zadavatel přesvědčen, že počet požadovaných referenčních zakázek, tj. právě 10 referenčních zakázek, za dobu posledních 5 let dle ustanovení § 56 odst. 3 písm. a) zákona zcela odpovídá reálným a objektivním stavebním, technologickým a ekonomickým faktorům zadávané veřejné zakázky, přičemž toto svoje tvrzení opřel o rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-R61/2011/VZ-11559/2011/310/JSI ze dne 27. 7. 2011. K tomu zadavatel doplnil, že stanovení požadavků na technické a kvalifikační předpoklady řádně odůvodnil, vysvětlil a rozvedl již v Odůvodnění veřejné zakázky ze dne 4. 4. 2013 v souladu s ustanovením § 156 odst. 2 zákona a v souladu s vyhláškou č. 232/2012 Sb., o podrobnostech rozsahu odůvodnění účelnosti veřejné zakázky a odůvodnění veřejné zakázky a tyto informace zároveň řádně uveřejnil i na svém profilu.

13. K postupu při posuzování technických kvalifikačních předpokladů zadavatel uvedl, že posoudil splnění kvalifikačních předpokladů ve smyslu § 59 zákona, včetně posouzení splnění technického kvalifikačního předpokladu uvedeného v čl. 5.7 d) kvalifikační dokumentace u všech 8 doručených žádostí o účast a došel k následujícím závěrům.
14. Zadavatel posoudil žádosti o účast zájemců EUROVIA CS, a.s., „Sdružení Butoves“ (účastníci sdružení: STAVITELSTVÍ ŘEHOŘ, s.r.o. a POHL cz, a.s.) a VHS Brno, a.s. jako zcela řádné a úplné. K tomu zadavatel doplnil, že má za to, že tyto tři řádné žádosti o účast prokazují, že požadované technické kvalifikační předpoklady byly legitimní, obsahově adekvátní a srozumitelné.
15. Žádosti o účast zájemců VHS plus, Vodohospodářské stavby, s.r.o. a Stavoka Kosice, a.s. zadavatel posoudil jako ne zcela úplné a dodavatelé byli vyzváni k doplnění a vysvětlení žádostí ve smyslu § 59 odst. 4 zákona, přičemž svoji žádost doplnil pouze dodavatel Stavoka Kosice, a.s.
16. Jako zcela neúplné či chybějící posoudil zadavatel žádosti o účast zájemců Skanska a.s., „Sdružení Butoves“ (účastníci sdružení VCES a.s. a GEOSAN GROUP a.s.) (dále jen „**Sdružení Butoves**“) a „Sdružení pro Butoves“ (účastníci sdružení KVIS Pardubice a.s. a SYNER VHS Vysočina, a.s.) (dále jen „**Sdružení pro Butoves**“), jelikož podle zadavatele nebylo možné tyto zájemce vyzvat k doplnění či vysvětlení žádosti o účast, a proto rozhodl o jejich vyloučení z účasti v zadávacím řízení.
17. Zadavatel blíže uvedl, že zájemce Skanska a.s. v žádosti vůbec nedoložil Plán postupu výstavby dle požadavku zadavatele, a proto jej zadavatel nemohl vyzvat k objasnění předložené informace či dokladu. Dále zadavatel sdělil, že zájemci Sdružení Butoves a Sdružení pro Butoves předložili pouze prostý přehled konkrétních provozních a technických zařízení, který nespĺňoval zadavatelem požadované body. K tomu zadavatel vyjádřil svoji domněnku, že není jeho zákonnou povinností suplovat neschopnost a nezodpovědnost zájemců vypracovat žádosti podle požadovaných technických kvalifikačních předpokladů. Na závěr zadavatel sdělil, že postupoval v souladu se zákonem, tedy transparentně, nediskriminačně a rovně vůči všem zájemcům.
18. Dne 14. 4. 2014 Úřad vydal usnesení č. j. ÚOHS-S170/2014/VZ-7979/2014/524/MKd, kterým stanovil zadavateli lhůtu k vyjádření k podkladům rozhodnutí. Zadavatel se ve stanovené lhůtě nevyjádřil.

III. Napadené rozhodnutí

19. Dne 26. 5. 2014 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S170/2014/VZ-11146/2014/524/MKd (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), ve kterém výrokem I. rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že v rozporu s ustanovením § 56 odst. 5 písm. c) zákona stanovil v rámci kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona minimální rozsah stavebních prací u jednotlivých položek seznamu stavebních prací provedených dodavatelem tak, že požadoval každou referenční zakázku (v počtu celkem 10) v hodnotě minimálně 16 mil. Kč, což je přesně 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky, čímž fakticky zákonem přípustný rozsah stavebních prací u jednotlivé položky překročil, a zadavatel dne 25. 10. 2013 uzavřel s vybraným zájemcem –

Stavoka Kosice, a.s., IČO 25275119, se sídlem Kosice 116, 503 51 Chlumec nad Cidlinou smlouvu na veřejnou zakázku.

20. V odůvodnění výroku I. napadeného rozhodnutí se Úřad zabýval tím, zda zadavatel stanovil v rámci technických kvalifikačních předpokladů požadovaný minimální rozsah stavebních prací v souladu s § 56 odst. 5 písm. c) zákona, tedy zda požadavek na každou referenční zakázku v hodnotě minimálně 16 mil. Kč bez DPH je v souladu se zákonem. Po posouzení Úřad dospěl k závěru, že finanční hodnota požadovaných jednotlivých významných stavebních prací ve výši 16 mil. Kč bez DPH představuje přesně 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky, avšak fakticky tato hranice omezuje účast dodavatelů pouze na dodavatele se zkušenostmi vyššími než je polovina předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Úřad zjistil, že zadavatel dle čl. 5.7 a) kvalifikační dokumentace stanovil hodnotu jednotlivých referenčních zakázek min. 16 mil. Kč bez DPH, čím fakticky překročil přípustný rozsah vyplývající z § 56 odst. 5 písm. c) zákona. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí připustil možnost, že potenciální uchazeči mohli doložit 10 odpovídajících referenčních zakázek právě v hodnotě 16 mil. Kč bez DPH, čím by jediné splnily požadavek stanovený v § 56 odst. 5 písm. c) zákona, nicméně z faktického hlediska se to jeví jako velmi nepravděpodobně, či téměř nemožné.
21. Dále výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při posuzování technických kvalifikačních předpokladů v rozporu se zásadou rovného zacházení zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona po dvou zájemcích požadoval písemné objasnění předložených informací či dokladů podle § 59 odst. 4 zákona a ostatní zájemce, kteří nesplnili kvalifikaci v obdobném rozsahu, bez možnosti písemného objasnění vyloučil z další účasti v zadávacím řízení, a dne 25. 10. 2013 zadavatel uzavřel s vybraným zájemcem – Stavoka Kosice, a.s., IČO 25275119, se sídlem Kosice 116, 503 51 Chlumec nad Cidlinou smlouvu na veřejnou zakázku.
22. Výrok II. napadeného rozhodnutí Úřad odůvodnil tím, že z dokumentace o veřejné zakázce Úřad zjistil, že zadavatel žádostmi ze dne 24. 4. 2013 požádal zájemce VHS plus, Vodohospodářské stavby, s.r.o. a Stavoka Kosice, a.s. o vysvětlení a doplnění předloženého Plánu postupu výstavby a že dne 22. 5. 2013 zadavatel rozhodl o vyloučení zájemců Skanska a.s., Sdružení pro Butoves a Sdružení Butoves.
23. V odůvodnění výroku II. napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že v souladu s § 59 odst. 4 zákona je zadavatel povinen zachovat stejný přístup ke všem dodavatelům (resp. zájemcům), a proto Úřad konstatoval, že nelze považovat postup zadavatele za přípustný, neboť některé zájemce vyzval k vysvětlení a doplnění a jiné zájemce vyloučil z další účasti v zadávacím řízení. Dále Úřad uvedl, že není možné vyzvat k doplnění zájemce, jejichž žádost o účast vykazovala vady, a zároveň rozhodnout, že další vadné žádosti budou bez vyzvání vyloučeny. K tomu Úřad zdůraznil, že zadavatel není oprávněn vzájemně porovnávat a posuzovat míru neprokázání splnění kvalifikace v žádostech zájemců a na základě takového porovnávání činit u jednotlivých zájemců závěry o možnosti či nemožnosti požadovat objasnění či doplnění kvalifikace.
24. Výrokem III. napadeného rozhodnutí Úřad zadavateli za spáchané správní delikty uložil pokutu ve výši 50 000 Kč.

IV. Námitky rozkladu

25. Dne 11. 6. 2014 obdržel Úřad rozklad zadavatele směřující proti všem výrokům napadeného rozhodnutí. Napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 27. 5. 2014, z čeho vyplývá, že rozklad byl podán v zákonné lhůtě.
26. Zadavatel v rozkladu předně rekapituluje průběh zadávacího řízení veřejné zakázky a odkazuje na relevantní právní úpravu. Dále zadavatel namítá, že rozsah technického kvalifikačního předpokladu požadovaného zadavatelem je v souladu s druhem, složitostí a charakteristikou veřejné zakázky, a zároveň zadavatel namítá, že se jedná o naprostou shodu předmětu požadovaných referenčních zakázek s předmětem veřejné zakázky.
27. Zadavatel v rozkladu vyjádřil své přesvědčení, že vzhledem k tomu, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky činí 32 mil. Kč bez DPH, tak požadovaná hodnota referenční zakázky 16 mil. Kč bez DPH představuje přesně 50 % předpokládané hodnoty ve smyslu § 56 odst. 5 písm. c) zákona, a proto namítá, že tedy nepožadoval více než 50 % hodnoty veřejné zakázky, a proto dostal zákonné dikci.
28. Zadavatel namítá, že Úřad v bodě 38, 39 a 40 uvedl, že zadavatel formálně dostal zákonné dikci ustanovení § 56 odst. 5 písm. c) zákona, ovšem následně konstatoval, že jednání zadavatele bylo diskriminační a odporující zákonu. K tomu zadavatel položil otázku, zda v případě že by stanovení technického kvalifikačního předpokladu ve výši 15 mil. Kč bez DPH příp. i méně (tj. méně než 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky) odpovídalo zákonu ve smyslu § 56 odst. 5 písm. c) zákona. Dále k tomu uvedl, že počet účastníků zadávacího řízení dokazuje, že čl. 5.7 a) kvalifikační dokumentace nebyl diskriminující či omezující, neboť tento předpoklad splnili všichni dodavatelé.
29. Zadavatel se v rozkladu rovněž zabýval stanovením počtu referenčních zakázek. K tomu zadavatel upozornil, že zákon neurčuje počet referenčních zakázek, a proto stanovení počtu závisí zcela na jeho uvážení.
30. Dle zadavatele většina doložených referenčních zakázek výrazně převyšovala požadovanou minimální hodnotu a zdůraznil, že obdobné zakázky na zhotovení kanalizací a ČOV se na relevantním trhu pohybují v desítkách až stovkách miliónů korun. Dále zadavatel namítá, že nikdo z potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku předpoklad zadavatele uvedený v čl. 5.7 a) kvalifikační dokumentace nerozporoval, nepodal námitky, ani jej jinak nenapadal.
31. Zadavatel v rozkladu dále namítá, že nesouhlasí s odůvodněním Úřadu, pokud jde o použití slova „minimálně“ před požadavkem na jednotlivé referenční zakázky. Zadavatel zastává názor, že v § 56 odst. 5 písm. c) zákona je výslovně stanovena povinnost stanovit minimální úroveň kvalifikačních předpokladů, a tedy že jeho požadavek je v souladu se zákonem.
32. Zadavatel v rozkladu uvedl, že žádosti zájemců VHS plus, Vodohospodářské stavby, s.r.o. a Stavoka Kosice, a.s. obsahovaly požadované body stanovené v Plánu postupu výstavby a zároveň naplňovaly textový rozsah min. 30 000 a max. 60 000 znaků, avšak bylo nezbytné některé z bodů vysvětlit a rozvést. Dle názoru zadavatele došlo k aplikaci § 59 odst. 4 zákona adekvátně, neboť k dalšímu vysvětlení podané žádosti byli vyzváni pouze zájemci, kteří požadovaný kvalifikační předpoklad splnili z větší části, a pouze bylo nezbytné vysvětlit některé z informací. Naopak k vyzvání objasnění či doplnění dokladů nedošlo u zájemců,

kteří prokazatelně nedoložili požadovaný kvalifikační předpoklad vůbec. Nadto zadavatel doplnil, že ve smyslu § 59 odst. 4 zákona zadavatel může požadovat objasnění či doplnění dokladů prokazující splnění kvalifikace, tudíž se jedná o možnost, nikoli o povinnost zadavatele a je plně v jeho kompetenci rozhodnout, zda dodavatele požádá o objasnění a doplnění kvalifikace či zda dodavatele vyloučí.

33. Dále zadavatel namítá, že nejednal v rozporu se zásadou rovného zacházení, neboť v čl. 5.7 d) kvalifikační dokumentace stanovil přesné požadavky, které musí zájemce splnit a předložit, aby jeho žádost byla posouzena jako řádná a úplná, a zároveň v Plánu postupu výstavby stanovil přesně vymezených 40 bodů, které má žádost obsahovat, včetně minimálního rozsahu znaků. K tomu zadavatel v rozkladu uvádí totožné shrnutí posouzení a zhodnocení žádostí zájemců, jako vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 10. 4. 2014. Nadto zadavatel doplnil, že v žádostech zájemců Skanska a.s., Sdružení Butoves a Sdružení pro Butoves absentuje doložení požadovaného kvalifikačního předpokladu dle čl. 5.7 kvalifikační dokumentace v plném rozsahu, a tudíž měl zadavatel prostřednictvím hodnotící komise právo takové žádosti o účast posoudit jako neúplné a nenaplnující požadavky zadávacích kvalifikačních podmínek. Zadavatel k tomu namítá, že ani nikdo z vyloučených zájemců nevyužil právo na podání námitek ve smyslu § 110 zákona.
34. Zadavatel v rozkladu namítá, že svým jednáním nenaplnil skutkovou podstatu žádného správního deliktu, protože nedošlo k natolik společensky škodlivému jednání, proto nemohl podstatným způsobem ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
35. Zadavatel dále upozornil, že Úřad má zvážit, že obec Butoves je malou obcí s nízkým rozpočtem a udělení pokuty může mít až likvidační následky, resp. může zapříčinit předlužení obce do budoucna.
36. Zadavatel v rozkladu rovněž namítá, že správní řízení je stíženo vadami, které mají za následek nepřezkoumatelnost úkonů a rozhodnutí Úřadu. Zadavatel vyjádřil námitku, že oznámení o zahájení správního řízení neobsahovalo náležitosti podle § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“). Dle názoru zadavatele, z oznámení o zahájení správního řízení není patrné, který konkrétní postup či úkon zadavatele vzbuzuje pochybnosti Úřadu o jeho souladu se zákonem.

Závěr rozkladu

37. Zadavatel z výše uvedených důvodů v rozkladu navrhuje, aby předseda napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání a rozhodnutí.

V. Řízení o rozkladu

38. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

39. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného

rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.

40. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl, že se zadavatel dopustil správních deliktů, za které mu Úřad uložil pokutu ve výši 50 000 Kč, rozhodl správně a v souladu se zákonem.
41. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k zamítnutí rozkladu a potvrzení napadeného rozhodnutí.

VI. K námitkám rozkladu

K výroku I. napadeného rozhodnutí

42. Ve vztahu k tvrzení zadavatele, že rozsah technického kvalifikačního předpokladu jím požadovaného je v souladu s druhem, složitostí a charakteristikou veřejné zakázky, považuji za důležité uvést, že Úřad se v napadeném rozhodnutí nezabýval posouzením vymezení požadavků na předmět dokládáných významných stavebních prací ani na celkové množství požadovaných referenčních zakázek. Tvrzení zadavatele týkající se rozsahu technického kvalifikačního předpokladu, proto považuji za neodůvodněné, neboť předmětem správního řízení vedeného pod sp. zn. ÚOHS-S170/2014/VZ bylo posouzení, zda zadavatel stanovil hodnotu požadovaných referenčních zakázek v souladu s § 56 odst. 5 písm. c) zákona.
43. K tomu doplňuji, že námitku zadavatele týkající se počtu referenčních zakázek, považuji rovněž za neodůvodněnou, neboť Úřad v bodě 36 napadeného rozhodnutí konstatoval, že se nezabýval posouzením zadavatelových požadavků a množstvím požadovaných referenčních zakázek z hlediska zákonnosti, neboť to nebylo předmětem správního řízení vedeného pod sp. zn. ÚOHS-S170/2014/VZ.
44. Podle § 56 odst. 5 písm. c) zákona je zadavatel povinen v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení vymezit minimální úroveň kvalifikačních předpokladů odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky. U kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 3 písm. a) nesmí požadovaný rozsah stavebních prací u jednotlivé položky v seznamu stavebních prací provedených dodavatelem překračovat 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky.
45. Podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na stavební práce může veřejný zadavatel požadovat seznam stavebních prací provedených dodavatelem za posledních 5 let a osvědčení objednatelů o řádném plnění nejvýznamnějších z těchto stavebních prací.
46. K námitce zadavatele, že nepožadoval více než 50 % hodnoty veřejné zakázky, a tedy dostál zákonné dikci, uvádím, že se s touto námitkou Úřad vypořádal již v bodě 39 napadeného rozhodnutí, když uvedl, že hodnota referenční zakázky ve výši 16 mil. Kč je přesně 50 % hodnoty veřejné zakázky, tudíž takto stanovený požadavek je formálně vyhovující znění zákona, avšak rozporný s účelem ustanovení § 56 odst. 5 písm. c) zákona. Dále Úřad správně uvedl, že je nutné vycházet z účelu a smyslu zákona, tedy že kvalifikovaným je takový dodavatel, který má zkušenosti s realizací zakázek finančně polovičního rozsahu ve vztahu k předmětu zadávané veřejné zakázky na stavební práce. K tomu ještě doplňuji, že Úřad správně uvedl, že přidáním slova „minimálně“ zadavatel umožnil účast pouze

těm dodavatelům, jejichž zkušenosti jsou reálně větší než je polovina předpokládané hodnoty veřejné zakázky.

47. K námitce týkající se pojmu „minimální“ v čl. 5.7 kvalifikační dokumentace, uvádím následující. Přidáním příslovce „minimální“ zadavatel stanovil takový technický kvalifikační předpoklad, kterému je schopen vyhovět pouze omezený počet dodavatelů. Tímto jednáním zadavatel nezákonně omezil účast dodavatelů, čímž skutečně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejhodnější nabídky. Přičemž postačuje potenciální možnost, že k ovlivnění výběru nejhodnější nabídky mohlo dojít. Není tedy rozhodující, zda k ovlivnění výběru nejhodnější nabídky skutečně došlo, ale postačí eventuální možnost ovlivnění.
48. Nicméně nad rámec uvedeného, a zároveň k dílčí námitce, že v případě, že by zadavatel stanovil technický kvalifikační předpoklad ve výši 15 mil. Kč bez DPH příp. i méně, dostal zákonné dikci ve smyslu § 56 odst. 5 písm. c) zákona, uvádím následující. Tím, že zadavatel stanovil v čl. 5.7 kvalifikační dokumentace požadavek znějící *„min. ve výši 16 mil. Kč bez DPH za každou referenční zakázku“* omezil množinu dodavatelů, kteří mohli podat žádosti o účast, pouze na ty, jejichž referenční zakázky budou mít hodnotu právě 16 mil. Kč bez DPH nebo vyšší.
49. Z toho tedy vyplývá, že zadavatel omezil účast těm dodavatelům, jejichž hodnoty referenčních zakázek (tj. hodnoty stavebních prací provedených dodavatelem za posledních 5 let) činily částku menší než 16 mil. Kč, avšak současně tito dodavatelé měli zkušenosti adekvátní druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky. Ve smyslu § 56 odst. 5 písm. c) zákona by i takové žádosti o účast, které by se pohybovaly v rozmezí adekvátním druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejných zakázek a současně by nebyly zadavatelem podmíněny dodržením jedné jediné číselné hodnoty referenčních zakázek, odpovídaly zákonnému vymezení, avšak do zadávacího řízení veřejné zakázky tyto žádosti být podány nemohly. Jak vyplývá i z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 29 Af 80/2012-37 ze dne 26. 6. 2014 tak *„zadavatel může např. v technických podmínkách nebo v kvalifikačních požadavcích stanovit konkrétní požadavky, bez jejichž splnění se dodavatel nemůže o veřejnou zakázku úspěšně ucházet. Jejich stanovením tak přímo ovlivňuje okruh možných dodavatelů. Z tohoto důvodu je zapotřebí k počtu a míře takových požadavků přistupovat striktně v duchu zásad podle § 6 zákona“*. Zároveň nelze vyloučit možnost, že takoví dodavatelé by podali vhodnější žádosti o účast, které by lépe splňovaly hodnotící kritéria, byly by i ekonomicky výhodnější, tudíž by mohly být vybrány jako nejhodnější. Proto závěr Úřadu, že požadavek na hodnotu předkládané reference ve výši více než 16 mil. Kč bez DPH překračuje hranici 50 % stanovenou v § 56 odst. 5 písm. c) zákona, považuji za správný a učiněný v souladu se zákonem.
50. Vzhledem k výše uvedenému považuji námitku zadavatele týkající se nedostatečnosti odůvodnění ohledně použití slova „minimálně“ před požadavkem na jednotlivé referenční zakázky, za nedůvodnou. Úřad v bodě 37 odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že i z matematického hlediska požadavek na hodnotu „minimálně“ 16 mil. Kč znamená, že dodavatel, který chtěl obstát ve splnění kvalifikace, musel předložit seznam významných služeb, jejichž hodnota bude vyšší než 16 mil. Kč. Nadto podotýkám, že zadavatelovo jednání, resp. stanovení kvalifikačního předpokladu na předložení min. 10 referencí o realizaci stavebních prací spočívajících ve výstavbě ČOV a kanalizace ve výši min. 16 mil. Kč bez DPH za každou referenční zakázku mohlo mít odrazující charakter pro potenciální

uchazeče, přinejmenším pro ty, které mohl tento požadavek odradit od podání žádosti o účast, i když měli zkušenosti odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky. Zadavatel tím, že stanovil požadavek na předložení minimálně 10 referencí prokazujících realizaci stavebních prací ve výši min. 16 mil. Kč, nedodržel postup stanovený zákonem v § 56 odst. 5 písm. c) zákona a tím se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

51. Z rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 8 As 17/2007-135 ze dne 31. 5. 2007, týkajícího se posuzování správních deliktů, vyplývá, že *„správní delikty představují ve srovnání s trestnými činy jinou formu protiprávního společensky nebezpečného jednání a pro jejich trestnost mají platit podobné principy a pravidla jako v případě trestných činů. Upravují-li zásady soudního trestání situaci, v níž formálně trestný skutek nelze považovat za trestný čin, je-li jeho společenská nebezpečnost nižší než nepatrná, musí obdobná pravidla platit i pro správní delikty. Podstatou správních deliktů je postih za jednání v rozporu se zákonem“*.
52. Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 5 As 104/2008-48 ze dne 14. 12. 2009 odkazuje na rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 17. 4. 1996, sp. zn. 1 Tzn 2/96, publikované pod č. 43/1996 Sb. NS, kde tento uvádí: *„Při úvahách o tom, zda obviněný naplnil i materiální znak trestného činu, tedy zda v jeho případě tento čin dosahoval vyššího stupně nebezpečnosti pro společnost, než je stupeň nepatrný (§ 3 odst. 2 tr. zák.), je nutno zdůraznit, že již stanovením formálních znaků určité skutkové podstaty zákon předpokládá, že při jejich naplnění v běžně se vyskytujících případech bude stupeň nebezpečnosti činu pro společnost zpravidla vyšší než nepatrný...“*. Nejvyšší správní soud k tomu dále konstatuje, že *„lze tedy obecně vycházet z toho, že jednání, jehož formální znaky jsou označeny zákonem za přestupek, naplňuje v běžně se vyskytujících případech materiální znak přestupku, neboť porušuje či ohrožuje určitý zájem společnosti.“* Z výše uvedeného tedy vyplývá, že formální znaky správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ve spojení s § 6 odst. 1 zákona tak, jak je shledal Úřad a jak jsou uvedeny ve výroku I. napadeného rozhodnutí, byly dle mého soudu zcela naplněny a ve správním řízení dostatečně prokázány.
53. Rovněž jsem neshledal existenci jakýchkoli významných okolností, jež by vylučovaly zjištění učiněné Úřadem a to, že protizákonným jednáním zadavatele byl porušen nebo ohrožen zájem chráněný zákonem, kterým je především efektivní vynakládání veřejných prostředků. Jednáním zadavatele tak došlo k naplnění materiální stránky správního deliktu, zadavatel zadával předmětné plnění mimo režim zákona, čímž v daném případě mohl zúžit spektrum předložených nabídek. Pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, nemohl by stanovit požadavek na předložení min. 10 referencí o realizaci stavebních prací ve výši min. 16 mil. Kč, neboť takový požadavek není odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky, čímž by se zároveň rozšířil okruh potenciálních uchazečů a zadavatel by mohl obdržet více žádostí o účast. Nelze tedy vyloučit možnost, že v případě, pokud by zadavatel zadával předmět plnění v režimu zákona, obdržel by i jiné žádosti a mohl by vybrat nabídku vhodnější.
54. K dílčí námitce zadavatele, že v § 56 odst. 5 písm. c) zákona je výslovně zakotvena povinnost stanovit minimální úroveň kvalifikačních předpokladů, uvádím následující. V § 56 odst. 5 písm. c) zákona je stanovena povinnost vymezit minimální úroveň kvalifikačních předpokladů, odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, ale zároveň zákon limituje rozsah předložených referenčních zakázek dle § 56 odst. 3 písm. a)

zákona, a to tak, že nesmí přesahovat 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Z toho vyplývá, že zadavatel byl povinen splnit kumulativně oba zákonné požadavky, tj. vymezit minimální rozsah kvalifikačního předpokladu, a zároveň tento vymezený rozsah nesmí překročit 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Současně vedle § 56 zákona jako celku působí i základní zásady podle § 6 zákona tzn., že při stanovování minimální úrovně kvalifikačních předpokladů nesmí být tyto stanoveny tak, aby neopodstatněně diskriminovaly uchazeče. Přičemž požadavek na předložení minimálně 10 referencí o realizaci stavebních prací ve výši min. 16 mil. Kč diskriminoval všechny zájemce (i potenciální uchazeče), kteří měli dostatečné zkušenosti pro plnění předmětu veřejné zakázky, tj. adekvátní zkušenosti ve vztahu k druhu, rozsahu a složitosti veřejné zakázky, avšak nemohli prokázat seznam stavebních prací v min. výši 16 mil. Kč, resp. mohli prokázat seznam stavebních prací např. ve výši 15 mil. Kč či 14,5 mil. Kč. Proto považuji tuto námitku zadavatele o zákonné povinnosti stanovit minimální rozsah kvalifikačních předpokladů za nedůvodnou, vzhledem k tomu, že zadavatel je povinen splnit zároveň všechny požadavky vycházející z § 56 odst. 5 písm. c) zákona současně se zásadou nediskriminace.

55. Pokud jde o námitku zadavatele, že Úřad v bodě 38, 39 a 40 odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že zadavatel formálně dostal zákonné dikci ustanovení § 56 odst. 5 písm. c) zákona, ovšem následně konstatoval, že jednání zadavatele bylo diskriminační a odporující zákonu, odkazují na vypořádání námítky zadavatele (bod 46 a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí), že nepožadoval více než 50 % hodnoty veřejné zakázky. Nadto dodávám, že Úřad v rozhodnutí skutečně uvedl, že na výklad zadavatele lze pohlížet jako na sice formálně vyhovující znění zákona, avšak následně Úřad doplnil svoji úvahu, že i z matematického hlediska požadavek na „minimálně“ 16 mil. Kč znamená, že dodavatel, který chtěl splnit takový požadavek musel předložit seznam významných služeb, jejichž hodnota bude vyšší než 16 mil. Dále Úřad zdůraznil, že vzhledem k účelu a smyslu zákona, zadavatel omezil účast uchazečů (i potenciálních) pouze na takové uchazeče, kteří mají zkušenosti vyšší než je polovina předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Z výše uvedeného vyplývá, že pokud zadavatel znemožní některým dodavatelům (příp. potenciálním uchazečům) ucházet se o veřejnou zakázku nastavením nepřiměřených kvalifikačních předpokladů, a zároveň je zřejmé, že tito dodavatelé by jinak byli k předmětu plnění veřejné zakázky objektivně způsobilými, jedná v rozporu se zákonem, a proto považuji závěry Úřadu za správné a učiněné v souladu se zákonem.
56. K dalším dílčím námitkám zadavatele, že počet účastníků zadávacího řízení podle zadavatele dokazuje, že čl. 5.7 a) kvalifikační dokumentace nebyl diskriminující či omezující a že většina doložených referenčních zakázek výrazně převyšovala požadovanou minimální hodnotu, uvádím následující. Tím, že zadavatel požadoval předložení referenčních zakázek v hodnotě min. 16 mil. Kč bez DPH, porušil § 56 odst. 5 písm. c) zákona, přičemž tímto svým jednáním podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Zadavatel se tedy dopustil správního deliktu, a na tuto skutečnost nemá vliv zadavatelem uvedený vysoký počet účastníků zadávacího řízení, ani to, že účastníci doložili referenční zakázky, které mnohonásobně převyšují požadovanou výši. Zadavatelem tvrzenou námitku, že nikdo z uchazečů o veřejnou zakázku předpoklad zadavatele uvedený v čl. 5.7 a) kvalifikační dokumentace nerozporoval, považuji za nedůvodnou, jelikož podání námitek je oprávněním dodavatelů, nikoli však jejich povinností. Blíže jsem se s nepodáním námitek vypořádal v bodě 65 tohoto rozhodnutí.

57. Nadto uvádím, že pokud by zadavatel nestanovil nezákonný kvalifikační předpoklad, mohl obdržet vyšší počet žádostí o účast, a tím i obdržet ekonomicky výhodnější nabídku, s ohledem na skutečnost, že kritériem pro zadání veřejné zakázky byla právě hospodářská výhodnost nabídky.
58. K tomu dodávám, že zákon nevyžaduje prokázání vlivu na výběr nejvhodnější nabídky, postačí takové jednání zadavatele, které mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Jak rovněž konstatoval Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 58/2010-159 ze dne 20. 3. 2012 *„pro naplnění skutkové podstaty deliktu je přitom takováto možnost zcela postačující a soudu tedy nezbyvá než uzavřít s tím, že žalobce nevyvrátil, že by existovala možnost, že by v případě řádného zadání veřejné zakázky byla podána nabídka další, přičemž nelze vyloučit alespoň potenciální možnost, že by se taková nabídka stala nabídkou vítěznou... K tomu je třeba poukázat na to, že se jedná toliko o možnost (hypotézu), kterou není možné jakkoli prokazovat.“* Námitky zadavatele jsou tedy irelevantní, neboť zadavatel svým jednáním naplnil všechny znaky skutkové podstaty správního deliktu.
- K výroku II. napadeného rozhodnutí*
59. K námitce zadavatele, že nejednal v rozporu se zásadou rovného zacházení, neboť v čl. 5.7 d) kvalifikační dokumentace stanovil přesné požadavky, které musí zájemce splnit a předložit, aby jeho žádost byla posouzena jako řádná a úplná, a zároveň v Plánu postupu výstavby stanovil přesně vymezených 40 bodů, které má žádost obsahovat, včetně min. rozsahu znaků, sděluji následující.
60. Podle § 59 odst. 1 zákona veřejný zadavatel posoudí prokázání splnění kvalifikace dodavatele z hlediska požadavků stanovených v souladu s tímto zákonem.
61. Podle § 59 odst. 4 zákona veřejný zadavatel může požadovat po dodavateli, aby písemně objasnil předložené informace či doklady nebo předložil další informace či doklady prokazující splnění kvalifikace. Dodavatel je povinen splnit tuto povinnost v přiměřené lhůtě stanovené veřejným zadavatelem. Skutečnosti rozhodné pro splnění kvalifikace mohou nastat v případě postupu podle tohoto odstavce po lhůtě podle § 52 zákona.
62. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že z dokumentace o veřejné zakázce zjistil, že zadavatel požádal zájemce Stavoka Kosice, a.s. a VHS plus, Vodohospodářské stavby, s.r.o. o vysvětlení a doplnění předloženého Plánu postupu výstavby, a na to rozhodl o vyloučení zájemců Skanska a.s., Sdružení Butoves a Sdružení pro Butoves. Následně Úřad uvedl, že při aplikaci § 59 odst. 4 zákona je zadavatel povinen postupovat v souladu se základními zásadami zadávacího řízení, především se zásadou rovného zacházení a konstatoval, že zadavatel musí zachovat stejný přístup ke všem dodavatelům. Úřad shledal, že zadavatel postupoval při posuzování kvalifikace odlišně ve vztahu k jednotlivým zájemcům v obdobném postavení, když některé vyzval k doplnění a objasnění kvalifikace a jiné rovnou vyloučil. Úřad správně odůvodnil, že obdobným postavením, se rozumí stav, kdy dodavatelé neprokázaly kvalifikační předpoklad způsobem požadovaným zadavatelem, přičemž není rozhodující v jaké míře ani z jakého důvodu dodavatel splnění kvalifikačního předpokladu neprokázal.
63. Závěr Úřadu, že zadavatel postupoval v rozporu se zásadou rovného zacházení, když aplikoval ustanovení § 59 odst. 4 zákona na dva zájemce a ostatní vyloučil,

proto považuji za správný a učiněný v souladu se zákonem. Vzhledem k výše uvedenému na této úvaze nic nemění, ani tvrzení zadavatele, že žádosti zájemců VHS plus, Vodohospodářské stavby, s.r.o. a Stavoka Kosice, a.s. obsahovaly požadované body stanovené v Plánu postupu výstavby, avšak bylo nezbytné je vysvětlit a rozvést, naproti tomu vyzvaní nebyli ti zájemci, kteří prokazatelně nedoložili požadovaný kvalifikační předpoklad vůbec.

64. K námitce zadavatele vztahující se k aplikaci § 59 odst. 4 zákona, že postup podle tohoto ustanovení je jeho právem a nikoli povinností, doplňuji následující. Jak jsem již sdělil výše, Úřad správně v napadeném rozhodnutí uvedl, že při aplikaci § 59 odst. 4 zákona je zadavatel povinen postupovat v souladu se základními zásadami zadávacího řízení, především se zásadou rovného zacházení, tj. zadavatel musí zachovat stejný přístup ke všem dodavatelům. K tomu podotýkám, že zadavatel je povinen dodržovat zásady postupu zadavatele po celou dobu zadávání veřejné zakázky. V komentáři k zákonu (Jurčík, R.: Zákon o veřejných zakázkách, 3. vydání, 2012, str. 67) je stanoveno, že *„zadavatel by měl vůči všem dodavatelům (zájemcům, uchazečům) postupovat stejným způsobem, měl by být neutrální. Tato zásada se projevuje i tak, že všechna ustanovení zákona o veřejných zakázkách se musí aplikovat na všechny dodavatele“*. V jiné odborné literatuře (Podešva, V.; Olík, M.; Janoušek, M.; Stránský, J.: Zákon o veřejných zakázkách. Komentář, 2. vydání, 2011, str. 30) je stanoveno, že *„projev této zásady lze, stejně jako u ostatních zásad, nalézt i v mnoha jiných ustanoveních zákona. Například při aplikaci tzv. institutu „doplnění kvalifikace“ dle § 59 odst. 4 zákona lze dovodit, že zadavatel by měl, pokud se k využití svého práva v rámci zadávacího řízení rozhodne, tohoto institutu využít ve vztahu ke všem uchazečům stejnou měrou“*.
65. K dílčí námitce zadavatele, že nikdo z vyloučených zájemců nepodal námitky proti rozhodnutí zadavatele o jejich vyloučení z účasti v zadávacím řízení veřejné zakázky, uvádím následující. Zadavatel svým jednáním, tj. nerovným zacházením se zájemci o účast v zadávacím řízení porušil § 59 odst. 4 zákona, čímž se dopustil správního deliktu a skutečnost, že nikdo z vyloučených zájemců nepodal námitky, nemá vliv na posouzení zadavatelova jednání. Podání námitek je oprávněním vyloučených zájemců, nikoli jejich povinností, a tedy závisí zcela na jejich uvážení. V komentáři k zákonu (Jurčík, R.: Zákon o veřejných zakázkách, 3. vydání, 2012, str. 640) je uvedeno, že *„rozhodnutí dodavatele, zda podá námitky v případě, kdy má silné podezření, že zadavatel porušil zákona, je však otázkou marketingové a obchodní strategie toho kterého dodavatele. Jinak řečeno, i když se dodavatel domnívá, že zadavatel zákon porušil, velmi pečlivě zváží to, zda námitky podá.“* Vzhledem k výše uvedenému považuji tuto námitku zadavatele za irelevantní.

K uložení sankce

66. Ve vztahu k námitce zadavatele, že nenaplnil skutkovou podstatu žádného správního deliktu, protože nedošlo k žádnému společensky škodlivému jednání, a proto nemohl podstatným způsobem ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky sděluji, že Úřad z dokumentace o veřejné zakázce zjistil a konstatoval, že zadavatel postupoval v rozporu s § 56 odst. 5 písm. c) zákona, když stanovil minimální rozsah stavebních prací u jednotlivých položek v seznamu tak, že požadoval každou referenční zakázku v minimální hodnotě 16 mil. Kč, což je přesně 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky, čímž fakticky překročil zákonem přípustný rozsah. Ve vztahu k druhému správnímu deliktu Úřad konstatoval, že zadavatel při posouzení

technických kvalifikačních předpokladů dva zájemce vyzval k doplnění žádostí podle § 59 odst. 4 zákona a ostatní zájemce bez dalšího vyloučil. Podle názoru Nejvyššího správního soudu č. j. 7 Afs 27/2008 – 49 ze dne 31. 10. 2008 je *„třeba vždy zkoumat materiální stránku deliktů, a to ve všech řízeních, ve kterých je rozhodováno o odpovědnosti za veřejnoprávní delikt a o sankci za něj. Pokud dochází k překrývání formálních znaků, např. správních deliktů a trestných činů či přestupků a trestných činů, slouží společenská nebezpečnost k odlišení těchto druhů deliktů“*.

67. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku. Krajský soud v Brně se v rozsudku č. j. 62 Af 14/2011-74 ze dne 19. 7. 2012 vyjádřil, že *„z ustanovení 120 odst. 1 písm. a) zákona je zřejmé, že se deliktu dopustí již ten zadavatel, který nedodrží zákon, přičemž je dostačující, pokud tím pouze hypoteticky ovlivní výběr nejvhodnější nabídky“*.
68. Co se týká ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky uvádím, že vymezení pojmu *„podstatné ovlivnění“* výběru nejvhodnější nabídky se věnovalo mj. rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 25. 7. 2014, č. j. ÚOHS-R156,157/2014/VZ-15743/2014/323/PMo, v němž byl uveden závěr že *„není nezbytné prokázat, že ke skutečnému podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky fakticky došlo, ale postačí i eventualita, resp. potencialita, podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Z dikce zákona jasně plyne, že slovo „podstatně“ se vztahuje jak na skutečné ovlivnění (ovlivnil) tak i na potenciální možnost ovlivnění (mohl ovlivnit) výběru nabídky“*.
69. Nadto ještě doplňuji, že v případě ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky dochází k naplnění materiálního znaku skutkové podstaty správního deliktu, kterým je určitý stupeň nebezpečnosti resp. škodlivosti pro společnost. Je třeba zejména zdůraznit skutečnost, že v případě pojmů společenská nebezpečnost či společenská škodlivost se jedná o neurčité právní pojmy. Z obecného výkladu těchto pojmů však lze dospět k takovému závěru, že za jednání nebezpečné či škodlivé pro společnost, je možné považovat takové jednání, které směřuje proti veřejnému zájmu společnosti, a to proti takovému zájmu, který má být právem chráněn a současně dosahuje určité intenzity. Z hlediska znění a obsahu zákona je možné za právem chráněný zájem považovat zejména efektivní vynakládání veřejných prostředků a existenci spravedlivé a otevřené soutěže o veřejné zakázky. Z toho jak je tento znak zákonem koncipován nevyplývá, že by skutečně muselo dojít k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, a zároveň skutečné ovlivnění Úřad nemusí dokazovat, když právě postačí pouhá možnost takového ovlivnění.
70. K uložení pokuty sděluji, že vzhledem k tomu, že se zadavatel dopustil správních deliktů a uzavřel smlouvu se Stavoka Kosice, a.s. již není možné negativní důsledky správních deliktů účinně zhojit jiným způsobem, který by potenciálním uchazečům umožnil se o veřejnou zakázku ucházet. Sankci za spáchání správních deliktů lze chápat jako právní následek porušení zákona, který pro zadavatele znamená určitou majetkovou újmu, jejímž účelem je působit na pachatele správního deliktu takovým způsobem, aby se již v budoucnosti nedopouštěl protiprávního jednání. Vzhledem k výše uvedenému doplňuji, že na uložení pokuty nemá vliv ani zadavatelem tvrzená skutečnost, že obec Butoves je malou obcí. K tomu dále uvádím, že Úřad při stanovení výše pokuty ukládané zadavatelům, kteří jsou

subjekty veřejné správy, zpravidla vychází z výše rozpočtu, resp. z výše příjmů zadavatelů. Jedná se tedy o běžnou praxi, přičemž v posuzovaném případě nelze považovat pokutu uloženou ve výši 50 000 Kč ve vztahu k rozpočtu zadavatele pro rok 2014, za nepřiměřenou. Z rozpočtu zadavatele vyplynulo, že v roce 2014 hospodařil s příjmy ve výši 3 065 423 Kč, a proto uložená pokuta nemůže být považována za likvidační.

71. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
72. Úřad při zvažování výše pokuty zohlednil zejména závažnost správního deliktu, a to že zadavatel v zadávacím řízení veřejné zakázky nedodržel jednu ze základních zásad zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona, neboť stanovil technické kvalifikační předpoklady diskriminačně.
73. Úřad dále přihlédl k následkům spáchání správního deliktu, jelikož diskriminačně stanovené technické kvalifikační předpoklady mohly odradit potenciální uchazeče o veřejnou zakázku, čímž mohlo dojít k narušení hospodárnosti a efektivnosti nakládání s veřejnými prostředky. Z hlediska okolností spáchání správního deliktu Úřad neshledal žádnou polehčující okolnost, nicméně jako přitěžující okolnost vzal v úvahu, že zadavatel spáchal dva správní delikty.
74. Úřad rovněž přihlédl i k ekonomické situaci zadavatele, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. Při stanovení výše pokuty vzal tedy Úřad v úvahu i finanční možnosti zadavatele a stanovenou pokutu posoudil vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel disponuje. Jak jsem již uvedl výše, Úřad přitom vycházel z rozpočtu zadavatele na rok 2014 umístěného na jeho internetových stránkách. Nadto dodávám, že z rozpočtu pro rok 2015 dostupného na webových stránkách zadavatele (<http://www.obeccr.cz/butoves>) vyplývá, že zadavatel plánuje hospodařit s příjmy ve výši 2 315 402 Kč, a proto se uložená pokuta nemůže jevit jako likvidační či nespravedlivá.

Přezkoumatelnost rozhodnutí

75. K zadavatelově námitce, že správní řízení je stíženo vadami, neboť oznámení o zahájení správního řízení neobsahovalo náležitosti podle § 46 odst. 1 správního řádu, sděluji následující. Podle § 46 odst. 1 správního řádu oznámení musí obsahovat označení správního orgánu, předmět řízení, jméno, příjmení, funkci nebo služební číslo a podpis oprávněné úřední osoby.
76. Úřad si na základě podnětu vyžádal od zadavatele dokumentaci o veřejné zakázce se stanoviskem ke skutečnostem uvedeným k podnětu. Z dokumentace o veřejné zakázce Úřad získal pochybnost o souladu postupu zadavatele se zákonem.
77. V oznámení o zahájení řízení ze dne 26. 3. 2014, v jehož záhlaví je uveden Úřad včetně loga, Úřad shrnul relevantní zákonnou úpravu a konstatoval, že získal pochybnost, zda zadavatel postupoval při zadávání veřejné zakázky v souladu s § 56 odst. 5 písm. c) zákona, když stanovil požadovaný minimální rozsah stavebních prací ve výši dosahující minimálně 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky.
78. Dále Úřad konstatoval, že získal pochybnost, zda zadavatel postupoval při posuzování technických kvalifikačních předpokladů v souladu se zásadou zákazu diskriminace

zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona, když po dvou zájemcích požadoval písemné objasnění podle § 59 odst. 4 zákona a ostatní zájemce v obdobné situaci vyloučil. Z výše uvedených závěrů Úřadu vyplývá předmět řízení, a zároveň jsou zcela patrné postupy a úkony zadavatele, které v Úřadu vzbuzují pochybnosti o jejich souladu se zákonem. V závěru oznámení je nadepsán Mgr. Jaromír Harvánek, ředitel Odboru kontroly veřejných zakázek II, a současně je i podepsán. Z výše uvedeného vyplývá, že oznámení o zahájení správního řízení obsahovalo všechny zákonné náležitosti podle § 46 odst. 1 správního řádu.

VII. Závěr

79. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré podklady rozhodnutí, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
80. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

Obec Butoves, Butoves 47, 506 01 Butoves

Vypraveno dne:

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