



UOHSX006SKGO

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R382/2014/VZ-4323/2015/321/IPs

Brno 13. února 2015

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 30. 10. 2014, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, podaném dodavatelem -

- společností **STAFI CZ s.r.o.**, IČO 26867664, se sídlem Vrchlického 1194/20, 794 01 Krnov,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S655/2014/VZ-21867/2014/533/HKu ze dne 15. 10. 2014, ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120a odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při prokazování technických kvalifikačních předpokladů ve veřejné zakázce „**Obnova Smetanových sadů a navazujících ploch v Krnově**“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 3. 12. 2012 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 4. 12. 2012 pod ev. č. 239795,

jsem podle ustanovení § 152 odst. 5 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na ustanovení § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle ustanovení § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S655/2014/VZ-21867/2014/533/HKu ze dne 15. 10. 2014

r u š í m

a věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹, k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel podnět týkající se postupu dodavatele – STAFI CZ s.r.o., IČO 26867664, se sídlem Vrchlického 1194/20, 794 01 Krnov (dále jen „**dodavatel**“ nebo „**STAFI CZ**“) v souvislosti s prokazováním technických kvalifikačních předpokladů ve veřejné zakázce „Obnova Smetanových sadů a navazujících ploch v Krnově“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 3. 12. 2012 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 4. 12. 2012 pod ev. č. 239795 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Na základě skutečností obsažených v podnětu si Úřad od zadavatele vyžádal dokumentaci pořízenou v souvislosti s předmětnou veřejnou zakázkou. Vzhledem k tomu, že z předložených materiálů a na základě vlastního šetření získal Úřad pochybnosti, zda se dodavatel nedopustil spáchání správního deliktu ve smyslu § 120a odst. 1 písm. a) zákona tím, že předložil k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů referenční list „Osvědčení o řádném plnění stavebních prací - Město Šternberk: Proměny v čase – Čas proměn“ vyhotovené objednatelem DIOS Šternberk, spol. s r.o., IČO 48396729, se sídlem Nezamyslova 509/2, 128 00 Praha - Nusle, (dále jen „**DIOS Šternberk, spol. s r.o.**“), ze dne 31. 10. 2008, který neodpovídá skutečnosti a který měl nebo mohl mít vliv na posouzení kvalifikace uvedeného dodavatele v zadávacím řízení předmětné veřejné zakázky, Úřad zahájil správní řízení z moci úřední.
3. Z článku V. zadávací dokumentace *Požadavky na prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů* vyplývá, že zadavatel požadoval k prokázání technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona předložení seznamu nejméně tří významných stavebních prací svým charakterem odpovídající předmětu veřejné zakázky provedených dodavatelem za posledních 5 let a osvědčení objednatelů o řádném plnění nejvýznamnějších

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.

z těchto stavebních prací; tato osvědčení měla zahrnovat nejméně cenu, dobu a místo provádění stavebních prací a měla obsahovat údaj o tom, zda byly tyto stavební práce provedeny řádně a odborně.

4. Z dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že dodavatel podal nabídku, v níž za účelem prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatel ve své nabídce doložil následující reference:
 - *Potvrzení objednatele Město Krnov o řádném plnění stavební zakázky: Malometrážní byty Opavská 43,45 Krnov, cena díla 29 988 968 Kč bez DPH, doba plnění 2006-2008,*
 - *Potvrzení objednatele Silnice CZ s. r. o. o provedení stavební zakázky: Stavební úpravy opravárenské haly, cena stavební zakázky 24 698 306 Kč včetně DPH, doba plnění 01/2008-06/2009,*
 - *Potvrzení objednatele Město Krnov o řádném plnění stavební zakázky: Česko-polská kulturně – turistická základna Glubzyce – Krnov, cena díla 7 242 600 Kč bez DPH, doba plnění 27. 10. 2010- 30. 6. 2011*
5. Zadavatel odeslal dodavateli dne 1. 2. 2013 písemnou výzvu podle § 59 odst. 4 zákona, v níž mj. v kapitole II. uvedl: „... *Kontrolou jednotlivých referenčních zakázek předložených ve Vaší nabídce získala hodnotící komise pochybnost, zda se jedná o zakázky obdobného charakteru. Hodnotící komise se proto rozhodla požádat Vás ... o písemné objasnění Vámi předložených referenčních zakázek na stavební práce, když z jednotlivých osvědčení objednatelů není zcela zřejmé, zda se jedná skutečně o zakázky obdobného charakteru, tzn., zda odpovídají svým charakterem předmětu veřejné zakázky ... můžete uvést i jiné stavební práce než které byly uvedeny ve Vaší nabídce, a to pouze za předpokladu, že prokážete splnění k datu předložení své nabídky. Pokud budete prokazovat splnění této části kvalifikace prostřednictvím třetí osoby (subdodavatele), potom je Vaší povinností doložit i další listiny vyplývající ze zákona (ust. § 51 zákona, resp. § 53 odst. 1 písm. j) zákona)...“.*
6. Na základě této výzvy dodavatel v rámci své odpovědi ze dne 7. 2. 2013 doplnil k prokázání technických kvalifikačních předpokladů
 - *„Potvrzení objednatele MULTIPACK BRNO CZ, s. r. o. o řádném plnění zakázky: Stavební úpravy dvora v obci Těšetice okr. Znojmo, dle přiložené projektové dokumentace a výkazu výměr, v DC HOSTAN“, cena díla 5 207 737 Kč bez DPH, termín realizace 3/2009 – 5/2009“,*
 - *„Osvědčení o řádném plnění stavebních prací v zakázce: Šternberk – stavební úpravy ulic Lhotská a Na bažinách ve Šternberku, vyhotovené objednatelem DIOS Šternberk, spol. s r. o., cena díla 5 985 210 Kč bez DPH, doba realizace stavebních prací 11. 7. 2010 – 17. 12. 2010“,*
 - *„Osvědčení o řádném plnění stavebních prací v zakázce: Město Šternberk – Proměny v čase – Čas proměn, vyhotovené objednatelem DIOS Šternberk, spol. s r. o., cena stavebních prací včetně DPH - 9 076 241 Kč. Doba realizace stavebních prací: 1. 3. 2008 - 31. 10. 2008.“*
7. Zároveň doložil referenční listiny prokazující provedení významných staveb subdodavatelem Ing. Karlem Kotulou IČO 11562978, se sídlem Selská 33a, 736 01 Havířov – Bludovice (dále jen „subdodavatel (Ing. Karel Kotula)“):

- *Vystavovatel reference: Statutární město Havířov, dílo: údržba veřejné zeleně a městského mobiliáře, cena díla 19 227 233 Kč, doba plnění 2008-2010,*
- *Vystavovatel reference: Statutární město Havířov, dílo: komplexní údržba veřejné zeleně, cena díla 6 170 963 Kč, doba plnění 2011,*
- *Statutární město Havířov, dílo: revitalizace středových pásů v Havířově, cena díla rok 2010 1 878 702 Kč/ 1 095 910 Kč, rok 2011 4 615 051 Kč/ 1 636 305 Kč, rok 2012 2 499 684 Kč/ 1 636 305 Kč.*

Současně předložil smlouvu o poskytnutí subdodávky ze dne 15. 1. 2013 uzavřenou se subdodavatelem Ing. Karlem Kotulou.

8. Z oznámení rozhodnutí zadavatele ze dne 4. 4. 2013 vyplývá, že zadavatel dodavatele vyloučil z účasti v zadávacím řízení, které odůvodnil z důvodu nesplnění požadavků, kladených zákonem na subdodavatelskou smlouvu.

II. Napadené rozhodnutí

9. Dne 15. 10. 2014 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S655/2014/VZ-21867/2014/533/HKu (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým rozhodl tak, že se dodavatel STAFI CZ dopustil spáchání správního deliktu podle § 120a odst. 1 písm. a) zákona tím, že k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona v otevřeném řízení na veřejnou zakázku „Obnova Smetanových sadů a navazujících ploch v Krnově“, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 3. 12. 2012 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 4. 12. 2012 pod ev. č. 239795 předložil referenční list („Osvědčení o řádném plnění stavebních prací - Město Šternberk: Proměny v čase – Čas proměn“ vyhotovené objednatelem DIOS Šternberk, spol. s r.o.), který neodpovídá skutečnosti a mohl mít vliv na posouzení kvalifikace uvedeného dodavatele v zadávacím řízení předmětné veřejné zakázky. Za spáchání uvedeného správního deliktu uložil Úřad dodavateli pokutu ve výši 250.000,- Kč a zákaz plnění veřejných zakázek na dobu 3 let.
10. Úřad nejprve posoudil obsah sporné reference, přičemž došel k závěru, že obsahuje nepravdivé informace, a to pokud jde o dobu, ve které byla zakázka, již je reference prokazována, realizována. Vzhledem k tomu, že dodavatel předložil několik (celkem 9) referencí, posoudil Úřad, zda předložení sporné reference mohlo mít vliv na posouzení kvalifikačních předpokladů dodavatele.
11. U referencí, jež dodavatel předložil ve své nabídce, Úřad dospěl k závěru, že poté, co zadavatel dodavatele vyzval k objasnění nejasnosti, týkající se těchto zakázek dodavatel v rámci své odpovědi ze 7. 2. 2014 nepředložil žádné objasnění, pouze doložil 6 nových referencí. Úřad zde dospěl k závěru, že „*je tedy zřejmé, že reference uvedené v nabídce navrhovatele neprokázaly splnění technických kvalifikačních předpokladů, když dodavatel ve vztahu k těmto referencím nereagoval na žádost zadavatele o objasnění charakteru zakázek a namísto toho předložil jiné reference, čímž de facto nahradil předchozí reference novými*“. Dále pak Úřad učinil závěr, pokud zadavatel dodavatele vyzval k objasnění nabídek, předložených v nabídce a „*dodavatel na tuto výzvu referenční zakázky žádným způsobem neobjasnil, nezbyvá než dospět k závěru, že dodavatel předchozími referencemi příslušnou technickou kvalifikaci již neprokazuje*“. Úřad konstatoval, že předchozí reference předložené dodavatelem v nabídce splnění technických kvalifikačních předpokladů neprokazují.

12. Pokud jde o další reference, pak se Úřad zabýval těmi, ke kterým se vztahuje subdodavatelská smlouva mezi dodavatelem a subdodavatelem Ing. Karlem Kotulou. Zde úřad dospěl k závěru, že smlouva o poskytnutí subdodávky předložená dodavatelem 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. S ohledem na tento závěr pak Úřad konstatoval, že dodavatel prostřednictvím daného subdodavatele (Ing. Karel Kotula) nemohl technické kvalifikační předpoklady prokazovat.
13. Na základě výše uvedeného tedy Úřad konstatoval, že z šesti předložených referenčních listin v rámci odpovědi dodavatele na výzvu podle § 59 odst. 4 zákona jedna („Osvědčení o řádném plnění stavebních prací – Město Šternberk: Proměny v čase – Čas proměn“) neobsahovala pravdivé údaje a prostřednictvím této reference by dodavatel technické kvalifikační předpoklady neprokázal, další tři referenční listiny prokazující provedení významných staveb subdodavatelem (Ing. Karel Kotula) nelze uznat (pozn. ani zadavatel je neuznal) k prokázání splnění technických předpokladů, neboť dodavatel nepředložil příslušnou subdodavatelskou smlouvu se subdodavatelem – Ing. Karel Kotula, v souladu se zákonem. K prokázání splnění technických předpokladů tak zbývají pouze dvě reference. Jelikož však zadavatel požadoval doložení tří referenčních listin, je tak zřejmé, že jejich prostřednictvím nemohl dodavatel splnění technických kvalifikačních předpokladů prokázat.
14. Současně Úřad konstatoval, že jednání zadavatele tak je způsobilé mít vliv na posouzení kvalifikace dodavatele. Následně za Úřad vyjádřil k odpovědnosti dodavatele za předložení referenčních listin, přičemž dospěl k závěru, že s ohledem na objektivní odpovědnost dodavatele a neexistence prokázání liberačních důvodů podle § 121 odst. 1 zákona dodavatel nese odpovědnost za jím předložené referenční listiny.
15. V závěru rozhodnutí pak Úřad odůvodnil výši uložené sankce, a to i z pohledu posouzení závažnosti deliktu a přitěžujících a polehčujících okolností.

III. Námitky rozkladu

16. Proti napadenému rozhodnutí obdržel Úřad dne 30. 10. 2014 rozklad dodavatele. Ze spisové dokumentace vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo dodavateli doručeno 16. 10. 2014. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
17. V rozkladu dodavatel uvedl, že poté, co byl, dle názoru dodavatele „za porušení podmínek řízení o veřejné zakázce“, vyzván k doložení dokladu k výkonu zeměměřičských činností, doložení smluvního vztahu s Ing. Vladimírem Šarmanem, odpovědnou osobou za živnost a k doložení dalších významných zakázek, doplnil dodavatel požadované reference.
18. Pokud jde o spornou referenci, pak dodavatel uvedl, že s firmou DIOS Šternberk, spol. s r.o. spolupracoval již od roku 2006 a poté, co tato společnost vystavila dodavateli předmětnou referenci, se nezamýšlel nad dobou její realizace. Z důvodu zničení velké části firemního archivu ani tuto skutečnost nemohl nijak ověřit. Dodavatel zdůraznil, že referenci nevyhotovoval, nemohl ji nijak ověřit a podal ji jako šestou, dodatečnou referenci. Zároveň dodavatel odkázal na předložené prohlášení statutárního zástupce společnosti DIOS

Šternberk, spol. s r.o., ze kterého vyplývá, že celé řízení je vyvolané administrativní chybou bývalého zaměstnance této společnosti.

19. V závěru dodavatel namítá, že se Úřad dostatečně nevypořádal s jeho námitkou, týkající se probíhajícího řízení ve věci sp. zn. P209/2014/VZ. Dodavatel uvedl, že by Úřad měl při stanovení sankce přihlídnout k § 121 odst. 1 zákona, dle kterého právnická osoba za delikt neodpovídá, jestliže prokáže, že vynaložila veškeré úsilí, které bylo možno požadovat, aby porušení právní povinnosti zabránila, což dodavatel dle jeho názoru prokázal, neboť se jedná pouze o politováníhodnou administrativní chybu.

Závěr rozkladu

20. Na základě výše uvedeného dodavatel žádá, aby předseda Úřadu po přezkoumání věci napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

IV. Řízení o rozkladu

21. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc správnímu orgánu rozhodujícím o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

22. 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, jež mu předcházelo, s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
23. Rozhodnutí č. j. ÚOHS-S655/2014/VZ-21867/2014/533/HKu ze dne 15. 10. 2014 je nepřezkoumatelné z důvodu nedostatečně zjištěného skutkového stavu věci. V následující části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech uvedeny důvody, proč jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí.

V. Důvody zrušení napadeného rozhodnutí

24. Podle § 89 odst. 2 správního řádu odvolací správní orgán přezkoumává soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy. Správnost napadeného rozhodnutí přezkoumává jen v rozsahu námitek uvedených v odvolání, jinak jen tehdy, vyžaduje-li to veřejný zájem. K vadám řízení, o nichž nelze mít důvodně za to, že mohly mít vliv na soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy, popřípadě na jeho správnost, se nepřihlíží; tímto ustanovením není dotčeno právo na náhradu škody způsobené nesprávným úředním postupem.
25. Podle § 90 odst. 2 správního řádu jestliže odvolací správní orgán dojde k závěru, že napadené rozhodnutí je v rozporu s právními předpisy nebo že je nesprávné, napadené rozhodnutí nebo jeho část zruší a věc vrátí k novému projednání správnímu orgánu, který rozhodnutí vydal; v odůvodnění tohoto rozhodnutí vysloví odvolací správní orgán právní názor, jímž je správní orgán, který napadené rozhodnutí vydal, při novém projednání věci vázán; proti novému rozhodnutí lze podat odvolání.

26. V rozhodovaném případě jsem ve smyslu § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal zákonnost a věcnou správnost napadeného rozhodnutí, přičemž na základě tohoto přezkoumání jsem dospěl k závěru, že napadené rozhodnutí je nepřezkoumatelné z důvodu nedostatečného zjištění skutkového stavu věci.
27. Dle § 3 správního řádu správní orgán postupuje tak, aby byl zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a to v rozsahu, který je nezbytný pro soulad jeho úkonu s požadavky uvedenými v § 2 správního řádu, tedy aby přijaté řešení bylo v souladu s veřejným zájmem a aby odpovídalo okolnostem daného případu.
28. Dle § 120a odst. 1 písm. a) zákona se správního deliktu dopustí ten dodavatel, který předloží k prokázání splnění kvalifikace informace nebo doklady, které neodpovídají skutečnosti (i) a měly nebo mohly mít vliv na posouzení kvalifikace dodavatele v zadávacím řízení ...(ii).
29. Skutečnost, že listina „Osvědčení o řádném plnění stavebních prací – Město Šternberk: Proměny v čase – Čas proměn“ neodpovídá skutečnosti, nebyl popřen ani dodavatelem, lze tento první formální znak správního deliktu naplnění skutkové podstaty správního deliktu na základě Úřadem provedeného dokazování mít za prokázaný (i). Naplnění druhého znaku však nepovažuji za dostatečně prokázaný.
30. Úřad v napadeném rozhodnutí zjistil předmět veřejné zakázky takto: *„Předmětem plnění veřejné zakázky „Obnova Smetanových sadů a navazujících ploch v Krnově“ je podle oznámení o zakázce uveřejněném Věstníku veřejných zakázek dne 4. 12. 2012 pod ev. č. 239795 - „uzavření smlouvy o dílo na zhotovitele stavby „Obnova Smetanových sadů a navazujících ploch v Krnově“, a to podle projektové dokumentace zhotovené obchodní firmou Zahrada Olomouc s. r. o. ... a dále podle zadávacích podmínek předmětné veřejné zakázky, když podrobné vymezení plnění je mj. uvedeno i v Obchodních podmínkách zadavatele sestavených jako Smlouva o dílo. Předmět veřejné zakázky je rozdělen na tři samostatné etapy.“* Podle takto zjištěného předmětu veřejné zakázky by tedy předmětem veřejné zakázky bylo uzavření smlouvy o dílo podle zadávacích podmínek a Obchodních podmínek. Takto zjištěný předmět veřejné zakázky pak nijak nevypovídá o tom, proč by dodavatelem předložené reference neměly odpovídat předmětu veřejné zakázky. Z názvu veřejné zakázky a z firmy zhotovitele projektové dokumentace by bylo možné se domnívat, že předmětem veřejné zakázky jsou parkové úpravy, což by však byla pouhá spekulace, nikoliv dostatečně zjištěný skutkový stav věci.
31. Ze zadávací dokumentace lze usoudit, že předmětem veřejné zakázky jsou naopak spíše stavební práce spočívající v obnově komunikací a terénní úpravy. Pro přesné zjištění předmětu však bude třeba posoudit i projektovou dokumentaci a Obchodní podmínky. Úřad však takové dokazování v rámci správního řízení, jež předcházelo vydání napadeného rozhodnutí, neprováděl a v rámci řízení o rozkladu není vzhledem k tomu, že rozhodnutí není přezkoumatelné, vhodné provádět dokazování. Toto bude úkolem Úřadu při novém pojednání věci.
32. Ze zadávací dokumentace vyplývá, že *„dodavatel prokáže splnění tohoto technického kvalifikačního předpokladu, pokud v seznamu nejméně tří stavebních prací jím realizovaných za posledních 5 let (když rozhodným datem je termín pro podání nabídky tzn., realizované stavební práce nesmí být starší pěti let k datu podání nabídek) budou provedeny minimálně tři stavební práce svým charakterem odpovídající předmětu této veřejné zakázky, jejichž*

finanční objem dosáhl minimálně 5 mil. Kč bez DPH, a to pro každou stavební práci vždy samostatně.

33. Úřad zjistil, že dodavatel předložil v rámci nabídky reference, označené v bodě 4 tohoto rozhodnutí a dále že zadavatel vyzval dodavatele k objasnění těchto referencí z důvodu pochybností, zda se jedná o *zakázky obdobného charakteru, jako je předmět veřejné zakázky*. Konkrétně zadavatel uvedl „... *Kontrolou jednotlivých referenčních zakázek předložených ve Vaší nabídce získala hodnotící komise pochybnost, zda se jedná o zakázky obdobného charakteru. Hodnotící komise se proto rozhodla požádat Vás ... o písemné objasnění Vámi předložených referenčních zakázek na stavební práce, když z jednotlivých osvědčení objednatelů není zcela zřejmé, zda se jedná skutečně o zakázky obdobného charakteru, tzn., zda odpovídají svým charakterem předmětu veřejné zakázky ...*“. Jelikož dodavatel ve svém vysvětlení nabídky k těmto zakázkám nic neuvedl, Úřad v bodě 42 napadeného rozhodnutí učinil závěr, že *„je tedy zřejmé, že reference uvedené v nabídce navrhovatele neprokázaly splnění technických kvalifikačních předpokladů, když dodavatel ve vztahu k těmto referencím nereagoval na žádost zadavatele o objasnění charakteru zakázek a namísto toho předložil jiné reference, čímž de facto nahradil předchozí reference novými“*.
34. Takový závěr by mohl obstát v případě, kdy by Úřad přezkoumával postup zadavatele při posouzení a hodnocení nabídek, neboť zde by posuzoval pouze rámec, v němž zadavatel prováděl své úkony, aniž by byl povinen, resp. oprávněn jakkoliv sám hodnotit předložené referenční zakázky. Tento postup by byl v souladu s aktuální soudní judikaturou, např. s rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 3. 2004 ve věci sp. zn. 2 A 9/2002 (ve vztahu k zákonu č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů) i ze dne 6. 11. 2009 ve věci sp. zn. 5 Afs 75/2009 (k ZVZ). Nejvyšší správní soud konstatoval, že *„...Přezkumná činnost... (Úřadu) ...spočívá v kontrole, zda byly řádně dodrženy předepsané postupy a úkony zajišťující rámec pro vlastní posouzení a hodnocení nabídek. Jeho pravomoci sahají do úrovně těch činností zadavatele, které vytvářejí prostor pro fair podmínky pro účast uchazečů v soutěži, ale končí tam, kde nastupuje vlastní úvaha o tom, která nabídka splnila konkrétní kritérium a v jaké kvalitě. Nelze přezkoumávat úvahy členů hodnotící komise, neboť tím by se žalovaný ve svých důsledcích sám stylizoval do role zadavatele a určoval by, která zakázka má vyhovět zadaným kritériím a také v soutěži zvítězit.“*
35. V tomto případě je však situace jiná. Zde předmětem přezkumu není správnost rozhodnutí zadavatele, ale naplnění skutkové podstaty správního deliktu dodavatelem.
36. Úřad by měl na tomto místě sám přezkoumat, zda předložené reference mohly mít skutečně vliv na posouzení kvalifikace dodavatele, a to bez ohledu na to, jakým způsobem tuto skutečnost posoudil sám zadavatel (ii). Zde poukazují nad rámec tohoto závěru na nejednoznačnost výroků samotného zadavatele v oznámení rozhodnutí zadavatele ze dne 4. 4. 2013, kde jsou uvedeny důvody pro vyloučení zadavatele. Z něj vyplývá, že k referencím předloženým dodavatelem v rámci jeho nabídky zadavatel konstatoval dvě protichůdná tvrzení, a to: *„Kontrolou jednotlivých referenčních zakázek předložených v nabídce uchazeče hodnotící komise zjistila, že se nejedná o zakázky obdobného charakteru. Kontrolou jednotlivých referenčních zakázek předložených v nabídce uchazeče získala hodnotící komise pochybnost, zda se jedná o zakázky obdobného charakteru.“*, přičemž tyto dvě protichůdná tvrzení jsou dvěma větami, jež následují jedna po druhé. Následně zadavatel konstatuje, že

se hodnotící komise rozhodla požádat o písemné objasnění referencí. Dále v tomtéž dokumentu zadavatel konstatuje, že **„uchazeč dodatečně doložil všechny listiny a doklady prokazující splnění požadované kvalifikace, a to zcela v souladu s požadavky zadavatele, když všechny rozhodné skutečnosti nastaly před podání [sic] nabídky uchazeče“**. Následně se zadavatel zabývá těmi referencemi, kterými prokazoval dodavatel splnění kvalifikačních předpokladů prostřednictvím subdodavatele. Zde zadavatel dospěl k závěru, že předložená subdodavatelská smlouva není v souladu se zákonem a z těchto důvodů vyloučil dodavatele z účasti v zadávacím řízení. Z tohoto dokumentu nijak nevyplývá, že by zadavatel nepřijal první tři reference dodavatele, pouze o nich již nehovoří, ani se nijak nevyjádřil k ostatním referencím, předloženým dodavatelem.

37. Úřad se však musí zabývat nejprve tím, co bylo předmětem veřejné zakázky tak, aby z takového zjištění bylo možné dovodit, co se rozumí požadavkem zadavatele na *stavební práce svým charakterem odpovídající předmětu veřejné zakázky*, přičemž toto zjištění je podstatné pro to, zda dodavatelem předložená reference, jež neodpovídá skutečnosti, měla nebo mohla mít vliv na posouzení kvalifikace a zda tak nade vši pochybnost došlo k naplnění tohoto formálního znaku skutkové podstaty správního deliktu. Z provedeného dokazování však nijak nevyplývá, že by se Úřad v potřebném rozsahu zabýval tím, jak zadavatel definoval předmět veřejné zakázky, přičemž na tomto posouzení zcela závisí to, zda dodavatelem předložené reference splňují požadavky zadavatele. Úřad tedy poté, co spolehlivě zjistí předmět veřejné zakázky, musí posoudit všechny dodavatelem předložené reference, nikoliv pouze ty, které hodnotil zadavatel, neboť jen tak lze spolehlivě konstatovat, zda jsou naplněny oba formální znaky správního deliktu dodavatele dle § 120a odst. 1 písm. a) zákona. Tímto postupem nepřekročí Úřad mantinely svého oprávnění a nebude vstupovat do myšlenkových procesů hodnotící komise, neboť nebude přezkoumávat správnost jejího postupu (resp. postupu zadavatele), ale bude hodnotit, zda byla naplněna skutková podstata předmětného správního deliktu.
38. Tento postup je odůvodněn i tím, že z referencí, předložených dodavatelem v nabídce vyplývá, že v rámci referenční zakázky Malometrážní byty Opavská 43,45 Krnov byly dodavatelem prováděny i terénní a sadové úpravy, stejně jako v zakázkách Stavební úpravy opravárenské haly a Česko-polská kulturně turistická základna Glubczyce – Krnov. Současně dvě z těchto referenčních zakázek několikrát překračovaly požadovaný finanční objem referencí, lze tedy uvažovat i o tom, že část prací, jež by mohla odpovídat předmětu veřejné zakázky, by splnila požadavek zadavatele. Tyto skutečnosti však Úřad musí nejprve postavit najisto, aby pak mohl znovu rozhodnout o tom, zda dodavatel skutečně spáchal předmětný správní delikt či nikoliv.
39. Úřad tedy při novém projednání věci zjistí předmět veřejné zakázky, následně posoudí u všech referencí dodavatele (mimo tu, jež neodpovídá skutečnosti), zda naplnily požadavek zadavatele, aby šlo stavební práce svým charakterem odpovídající předmětu veřejné zakázky, a teprve na základě takovýchto skutkových zjištění učiní závěr o tom, zda byl či nebyl dodavatelem spáchán správní delikt dle § 120a odst. 1 písm. a) zákona.

VI. Závěr

40. Jelikož jsem po přezkoumání věci došel k závěru, že je napadené rozhodnutí nepřezkoumatelné, rozhodl jsem tak, jak je uvedeno ve výroku. Při novém projednání věci je

Úřad v souladu s § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu vázán právním názorem odvolacího správního orgánu.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

STAFI CZ s.r.o., Vrchlického 1194/20, 794 01 Krnov

Vypraveno dne

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