



UOHSX0043Y2V

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S68/2012/VZ-4297/2012/520/MVy

V Brně dne: 2. května 2012

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů ve správním řízení zahájeném dne 22.2.2012 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel – Správa silnic Olomouckého kraje, IČ 70960399, se sídlem Lipenská 120, 772 11 Olomouc, jejímž jménem jedná Ing. Drahomír Babnič, ředitel,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) citovaného zákona, při zadávání veřejné zakázky „Rekonstrukce mostu ev. č. 449-040 Unčovice“ zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy ze dne 24.3.2010, na kterou byla dne 31.5.2010 uzavřena smlouva o dílo, **rozhodl** takto:

I.

Zadavatel – Správa silnic Olomouckého kraje, IČ 70960399, Lipenská 120, 772 11 Olomouc – se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 56 odst. 7 písm. c) zákona v návaznosti na ustanovení § 6 citovaného zákona, neboť v zadávací dokumentaci stanovený technický kvalifikační předpoklad podle § 56 odst. 3 písm. a) citovaného zákona na výstavbu min. 4 mostů v posledních 5 letech, kde přímým odběratelem je oblast komunální nebo veřejné správy, a výstavbu min. 1 mostu v posledních 5 letech, kde přímým odběratelem je jakákoliv jiná oblast než komunální nebo veřejné správy, nevymezuje úroveň tohoto kvalifikačního předpokladu tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel dne 31.5.2010 s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného v bodě I. se zadavateli – Správa silnic Olomouckého kraje, IČ 70960399, Lipenská 120, 772 11 Olomouc – podle § 120 odst. 2 písm. a) citovaného zákona o veřejných zakázkách, **ukládá pokuta ve výši 150 000 Kč (stopadesát tisíc korun českých).**

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

ODŮVODNĚNÍ

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“), obdržel dne 23.8.2011 podnět od Regionální rady regionu soudržnosti Střední Morava, IČ 7584911, se sídlem Jeremenkova 1211/40b, 779 00 Olomouc (dále jen „stěžovatel“) ze dne 18.8.2011 k přezkoumání postupu zadavatele – Správa silnic Olomouckého kraje, IČ 70960399, se sídlem Lipenská 120, 772 11 Olomouc, jejímž jménem jedná Ing. Drahomír Babnič, ředitel (dále jen „zadavatel“) – při zadávání veřejné zakázky „Rekonstrukce mostu ev. č. 449-040 Unčovice“ zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy ze dne 24.3.2010, na kterou byla dne 31.5.2010 uzavřena smlouva o dílo (dále jen „veřejná zakázka“). Podavatel podnětu (dále jen „stěžovatel“) poukazyval na skutečnost, že zadavatel nedodržel § 56 odst. 3 písm. a) ve spojení s § 6 zákona, když požadoval v rámci technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona mimo jiné předložení osvědčení poskytnuté uchazeči, které prokazuje, že v posledních 5 letech realizoval stavbu min. 1 mostu, kde přímým odběratelem je jakákoliv jiná oblast než komunální nebo veřejné služby, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Na základě obdrženého podnětu si Úřad od zadavatele vyžádal dokumentaci o předmětné veřejné zakázce. Z obdržené dokumentace Úřad zjistil tyto skutečnosti.

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

2. Zadavatel zahájil zadávací řízení na předmětnou veřejnou zakázku výzvou k podání nabídky ze dne 24.3.2010, jejíž součástí byla též textová část zadávací dokumentace (dále jen „ZD“). Podle bodu 9.2 ZD se jedná o podlimitní veřejnou zakázku na stavební práce zadanou ve zjednodušeném podlimitním řízení. V bodě 9.5 ZD je jako klasifikace druhu a předmětu veřejné zakázky uvedena rekonstrukce mostu s předpokládanou hodnotou 19,7 mil. Kč.
3. V bodě 10.6 ZD zadavatel požadoval k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na stavební práce „*předložit seznam stavebních prací obdobného charakteru – mostní stavby v celkovém objemu min. 115 mil. Kč bez DPH provedených dodavatelem za posledních 5 let, a to nejméně 5 zakázek vč. osvědčení objednatele v originále nebo ověřené kopii o řádném plnění nejvýznamnějších z těchto stavebních prací:*“
 - a. „*min. 4 mostní stavby, kde přímým odběratelem je oblast komunální nebo veřejné správy a to min. 2 mostní stavby o fin. objemu min. 25 mil. Kč vč. DPH a min. 2 mostní stavby o finančním objemu min. 20 mil. Kč a*

b. *min. 1 most, kde přímým odběratelem je jakákoliv jiná oblast než komunální nebo veřejné správy.*“

4. Zadavatel v bodě 11.3 ZD zvolil jako základní hodnotící kritérium pro zadání veřejné zakázky ekonomickou výhodnost nabídky, a to prostřednictvím dílčích hodnotících kritérií, jež jsou včetně jejich váhy stanoveny následovně:
- celková výše nabídkové ceny vč. DPH (50 %),
 - doba realizace díla v kalendářních dnech (10 %),
 - výše smluvní sankce za nedodržení termínu odstranění reklam. vad v Kč/den (10 %),
 - doba nástupu na odstranění vady v záruční době v kalendářních dnech (10 %),
 - doba záruky na dílo uvedená v měsících, z toho živice, min. požadovaná doba 48 měsíců (10 %), ostatní, min. požadovaná doba 60 měsíců (10 %).
5. Zadavatel vyzval výzvou k podání nabídky na předmětnou veřejnou zakázku ze dne 24.3.2010 pět dodavatelů a ve stanovené lhůtě pro podání nabídek obdržel tři nabídky, přičemž všechny prošly kontrolou úplnosti.
6. Zadavatel na základě zprávy hodnotící komise o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 3.5.2010 rozhodl téhož dne o výběru nejvhodnější nabídky, a to nabídky uchazeče – MODOS spol. s r.o., IČ 00576832, se sídlem Masarykova 885/34, 772 00 Olomouc, za níž jedná Ing. Petr Stejskal, jednatel (dále jen „vybraný uchazeč“) – s nabídkovou cenou 19 449 645,- Kč bez DPH tedy 23 339 574,- Kč včetně DPH. S vybraným uchazečem podepsal zadavatel dne 31.5.2010 smlouvu o dílo č. 10/UN/MO/2010.

II. VYJÁDŘENÍ ZADAVATELE K PODNĚTU

7. Zadavatel se k obsahu podnětu vyjádřil dopisem ze dne 9.9.2011, který Úřad obdržel dne 14.9.2011. Ve svém vyjádření zadavatel trvá na vhodnosti stanovení jednoho z technických kvalifikačních předpokladů – doložení osvědčení objednatele v originále nebo ověřené kopii o řádném plnění nejvýznamnějších z těchto stavebních prací:
- a. min. 4 mostní stavby, kde přímým odběratelem je oblast komunální nebo veřejné správy a to min. 2 mostní stavby o fin. objemu min. 25 mil. Kč vč. DPH a min. 2 mostní stavby o finančním objemu min. 20 mil. Kč a
 - b. min. 1 most, kde přímým odběratelem je jakákoliv jiná oblast než komunální nebo veřejné správy,

přičemž argumentuje *„náročností investiční akce, ve které chtěl zadavatel spolupracovat s uchazečem, který je schopen vyhovět různým typům požadavků. Z tohoto důvodu požadoval zadavatel doklad o plnění díla pro různé objednatele, u kterých se předpokládá kladení odlišných nároků na zhotovitele.“*

III. ŘÍZENÍ PŘED SPRÁVNÍM ORGÁNEM

8. Na základě posouzení obsahu podání, dokumentace a vyjádření zaslání zadavatelem získal Úřad pochybnosti o tom, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem, při stanovení úrovně technických kvalifikačních předpokladů tak, aby odpovídala druhu,

rozsahu a složitosti plnění veřejné zakázky. Z uvedeného důvodu Úřad zahájil podle § 113 zákona správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem, při uzavření smlouvy v rámci předmětného zadávacího řízení.

9. Účastníkem řízení je podle § 116 zákona zadavatel.
10. Zahájení správního řízení ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem oznámil Úřad zadavateli dopisem č. j. ÚOHS-S68/2012/VZ-2448/2012/520/MVy ze dne 22.2.2012, ve kterém ho zároveň seznámil se zjištěnými skutečnostmi, jež se týkaly jeho postupu při stanovení technických kvalifikačních předpokladů.
11. Současně Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S68/2012/VZ-2458/2012/520/MVy ze dne 22.2.2012 stanovil lhůtu, v níž zadavatel mohl navrhopvat důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
12. Dnem 23.2.2012, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno zadavateli, bylo správní řízení zahájeno.
13. Zadavatel se v Úřadem stanovené lhůtě k šetřenému případu nevyjádřil.
14. V souvislosti s uveřejňovací povinností zadavatele podle § 38 odst. 2 zákona při zadávání předmětné veřejné zakázky si Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S68/2012/VZ-5540/2012/520/MVy ze dne 21.3.2012 vyžádal od zadavatele předložení dokladů o tom, zda zadavatel podle § 38 odst. 2 zákona uveřejnil výzvu vhodným způsobem po celou dobu trvání lhůty pro podání nabídek a zároveň Úřad opětovně stanovil lhůtu, v níž zadavatel mohl navrhopvat důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
15. Zadavatel se k tomuto usnesení vyjádřil dopisem ze dne 23.3.2012, který Úřad obdržel téhož dne. Ve svém vyjádření zadavatel uvádí, že v souladu s § 38 odst. 2 zákona a s platnou metodikou regionálních operačních programů byla uveřejněna výzva na výše uvedenou veřejnou zakázku na portálu poskytovatele dotace (webových stránkách Regionální rady regionu soudržnosti Střední Morava) a zároveň na veřejně přístupné vývěsce zadavatele (webových stránkách zadavatele).

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

16. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace předložené zadavatelem a jeho vyjádření, a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 56 odst. 7 písm. c) zákona v návaznosti na ustanovení § 6 zákona, neboť v zadávací dokumentaci stanovený technický kvalifikační předpoklad podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona na výstavbu min. 4 mostů v posledních 5 letech, kde přímým odběratelem je oblast komunální nebo veřejné správy, a výstavbu min. 1 mostu v posledních 5 letech, kde přímým odběratelem je jakákoliv jiná oblast než komunální nebo veřejné správy, nevymezuje úroveň tohoto kvalifikačního předpokladu tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel dne 31.5.2010 s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující.

V. VYMEZENÍ MINIMÁLNÍ ÚROVNĚ TECHNICKÝCH KVALIFIKAČNÍCH PŘEDPOKLADŮ

17. Na základě ustanovení § 6 je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
18. Jak vyplývá z § 56 odst. 3 písm. a) zákona může veřejný zadavatel požadovat k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na stavební práce seznam stavebních prací provedených dodavatelem za posledních 5 let a osvědčení objednatelů o řádném plnění nejvýznamnějších z těchto stavebních prací; tato osvědčení musí zahrnovat cenu, dobu a místo provádění stavebních prací a musí obsahovat údaj o tom, zda byly tyto stavební práce provedeny řádně a odborně.
19. Veřejný zadavatel je podle § 56 odst. 7 zákona ve vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům povinen v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení:
 - a. stanovit rozsah požadovaných informací a dokladů,
 - b. uvést způsob prokázání splnění těchto kvalifikačních předpokladů a
 - c. vymezit minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů, odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky.
20. Zadává-li veřejný zadavatel podlimitní veřejnou zakázku, je v souladu s ustanovením § 62 odst. 1 zákona povinen požadovat prokázání splnění základních a profesních kvalifikačních předpokladů dodavatele. Požaduje-li veřejný zadavatel rovněž prokázání splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů nebo technických kvalifikačních předpokladů, použije se § 55 a 56 zákona obdobně.
21. Z citovaných ustanovení zákona vyplývá, že zadavatel může vymezit minimální úroveň technických kvalifikačních předpokladů pouze takovým způsobem, aby byla přiměřená a odpovídala druhu, rozsahu a složitosti konkrétního předmětu veřejné zakázky. Není tedy možné stanovit takové požadavky, které s prokázáním technické kvalifikační úrovně dodavatele nesouvisí, nejsou přiměřené předmětu veřejné zakázky, případně jsou určitým způsobem diskriminační (např. požadavkem na prokázání technického kvalifikačního předpokladu seznamem stavebních prací, které s předmětnou veřejnou zakázkou nesouvisí, případně požadavkem na realizaci stavebních prací, které jsou vůči předmětu veřejné zakázky neopodstatněné a nezdůvodnitelné) a požadavek zadavatele by vedl pouze ke znemožnění účasti dodavatelů nespĺňujících sice tento technický kvalifikační předpoklad, ale jinak schopných veřejnou zakázku splnit. Účelem prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů je ověření způsobilosti dodavatele provést veřejnou zakázku, nikoliv vytvářet neodůvodněné překážky pro účast dodavatelů v zadávacím řízení.
22. Zákon v ustanovení § 56 odst. 7 písm. c) hovoří ve věci minimální úrovně technických kvalifikačních předpokladů ve vztahu k předmětu veřejné zakázky velmi obecně. Každý případ je proto potřeba posuzovat jednotlivě v jeho konkrétních souvislostech. Z hlediska posouzení oprávněnosti stanovení zadavatelem požadovaného technického kvalifikačního požadavku je rozhodná souvislost s předmětem šetřené veřejné zakázky, zejména s jeho charakterem, výší předpokládané hodnoty plnění a délkou závazku. Požadavkem na technický kvalifikační předpoklad realizovaných staveb dodavatele zadavatel definuje firmu, která je podle jeho názoru schopná realizovat požadovanou dodávku, službu či stavební práce, avšak musí tak učinit s ohledem na rozsah činnosti stanovený předmětem

veřejné zakázky. Zadavatelem zvolený technický kvalifikační předpoklad předložení referenčních staveb by měl mít za cíl snížit pravděpodobnost, že by k realizaci díla byl vybrán subjekt, který by nebyl schopen požadovaný předmět veřejné zakázky splnit v požadovaném termínu, kvalitě a ceně.

23. Zadavatel ve svém vyjádření k podnětu trvá na správnosti stanovení požadovaného technického kvalifikačního předpokladu výstavby min. 1 mostu v posledních 5 letech kde přímým odběratelem je jakákoliv jiná oblast než komunální nebo veřejné správy, a to vzhledem k náročnosti investiční akce, kdy chtěl zadavatel spolupracovat s uchazečem, který je schopen vyhovět různým typům požadavků. Z toho důvodu tedy zadavatel, podle svého tvrzení zcela oprávněně, požadoval doklad o plnění díla pro různé objednatele, u kterých se předpokládá kladení odlišných nároků na zhotovitele.
24. Předmětem zkoumání Úřadu v šetřeném případě bylo posouzení, zda samotné stanovení požadavku na zadavatele/objednatele „veřejné“ a „soukromé“ při vymezení minimální úrovně technických kvalifikačních předpokladů požadavkem předložení originálů nebo ověřených kopií osvědčení o provedení staveb, bylo v rámci předmětné veřejné zakázky opodstatněné resp. stanovené takovým způsobem, aby odpovídalo druhu, rozsahu a složitosti předmětu zadávané veřejné zakázky a nevytvářelo tak neodůvodněnou překážku pro podání nabídky uchazečům, kteří by byli jinak schopni svoji způsobilost pro plnění předmětu veřejné zakázky prokázat.
25. Úřad se neztotožňuje s názorem zadavatele, že by danou veřejnou zakázku nebyl schopen dostatečně kvalitně realizovat uchazeč, který v posledních 5 letech nezrealizoval výstavbu mostu, kde přímým odběratelem je jakákoliv jiná oblast než komunální nebo veřejné správy, stejně tak jako uchazeč, který v posledních 5 letech nezrealizoval výstavbu mostu, kde přímým odběratelem je oblast komunální nebo veřejné správy, neboť je nesporné, že výstavba mostu pro soukromý subjekt je s ohledem na rozsah a složitost předmětu plnění minimálně stejně náročná jako výstavba mostu pro veřejného zadavatele. Navíc samotné rozlišení zadavatelů na „soukromé“ a „veřejné“ je zcela neopodstatněné a diskriminační. Předmětnou veřejnou zakázku by mohla stejně tak dobře a v požadované kvalitě realizovat firma, která například v posledních 5 letech stavěla mosty pouze pro soukromé zadavatele, stejně tak jako firma, která v posledních 5 letech stavěla mosty pouze pro zadavatele veřejné. Rozlišením zadavatelů v předmětné veřejné zakázce se tak zadavatel dopustil diskriminačního chování, neboť tím omezil případné další uchazeče, kteří by jinak danou veřejnou zakázku byli schopni realizovat.
26. Zadavatel ve svém vyjádření k podnětu ke stanovení technických kvalifikačních předpokladů podle bodu 10.6 ZD (viz též bod 3 odůvodnění tohoto rozhodnutí) argumentuje „náročností investiční akce, kdy chtěl zadavatel spolupracovat s uchazečem, který je schopen vyhovět různým typům požadavků.“ Podle tvrzení zadavatele mají být na dodavatele kladeny „rozdílné požadavky“ v průběhu plnění předmětné veřejné zakázky. Úřad zjistil, že tyto požadavky v bodě 10.6 ZD ani v jiné části podmínek zadání nejsou uvedeny. Zadavatel argumentuje vágním pojmem „rozdílnosti požadavků“, které mají být kladeny na dodavatele v průběhu plnění předmětné veřejné zakázky, tyto však v podmínkách zadání nejsou nijak konkretizovány. V souvislosti s šetřeným případem je tedy argumentace zadavatele zcela bezpředmětná a irelevantní.

27. Úřad dále konstatuje, že výstavba mostu pro soukromého i veřejného zadavatele je co do rozsahu a složitosti plnění přinejmenším stejně náročná a neodůvodňuje postup zadavatele, který v předmětném zadávacím řízení a priori předjímá neschopnost uchazečů běžně realizujících výstavbu mostů pouze pro veřejné nebo pouze soukromé zadavatele také kvalitní výstavbu mostu v rámci předmětné veřejné zakázky. Zadavatel tak svým restriktivním nastavením technického kvalifikačního předpokladu zamezil účasti v zadávacím řízení na předmětnou veřejnou zakázku uchazečům, kteří by byli zakázku schopni realizovat a měli s obdobným předmětem plnění zkušenost. Nelze tedy vyloučit, že by požadavkům zadavatele co do druhu, rozsahu, složitosti a kvality předmětu plnění veřejné zakázky vyhověla nabídka jiná, která by plně obstála a v rámci posouzení a hodnocení nabídek podle hodnotících kritérií mohla být eventuelně vyhodnocena jako výhodnější než nabídka vybraného uchazeče.
28. Tento svůj závěr Úřad opírá o rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 9 Afs 87/2008-81 ze dne 9.7.2009, podle kterého musí zadavatel vždy pečlivě zvážit, jaké minimální kvalifikační požadavky jsou pro provedení veřejné zakázky nezbytné, přičemž se musí vyvarovat těch požadavků, které s předmětem veřejné zakázky nesouvisí věcně či bezprostředně. Stanovením kvalifikačních kritérií zadavatel může omezit výběr potenciálních dodavatelů, to je však možné pouze tehdy, je-li to odůvodněno objektivními okolnostmi, navíc tyto požadavky musí být vždy přiměřené druhu, rozsahu a složitosti veřejné zakázky. Stanovení kvalifikačních kritérií, včetně jejich minimální úrovně, však rozhodně nemůže vést k bezdůvodnému omezení možnosti dodavatelů účastnit se zadávacího řízení, či k jakémukoliv zvýhodnění některého z potenciálních dodavatelů. Naopak, jejich účelem je zabezpečit účast všech možných dodavatelů, kteří jsou zakázku způsobilí splnit. Nastavení kvalifikačních předpokladů, které nemají vazbu na předmět a rozsah zadávané veřejné zakázky, a znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku, lze považovat za skrytou formu nepřipustné diskriminace v zadávacím řízení.
29. Po posouzení minimální úrovně technického kvalifikačního předpokladu týkajícího se požadavku zadavatele na rekonstrukci mostu ev. č. 449-040 Unčovice, Úřad konstatuje, že zadavatelem stanovený požadavek prokázání minimální úrovně technického předpokladu, a to realizace výstavby min. 4 mostů v posledních 5 letech, kde přímým odběratelem je oblast komunální nebo veřejné správy a výstavby min. 1 mostu v posledních 5 letech, kde přímým odběratelem je jakákoliv jiná oblast než komunální nebo veřejné správy, je nepřiměřený předmětu plnění veřejné zakázky, což vedlo k bezdůvodnému omezení možnosti potenciálních dodavatelů účastnit se zadávacího řízení (viz citovaný rozsudek NSS č. j. 9 Afs 87/2008-81) a nedůvodnému omezení okruhu možných dodavatelů.
30. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že zadavatel se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 56 odst. 7 písm. c) zákona v návaznosti na ustanovení § 6 zákona tím, že nevymezil úroveň stanoveného technického kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

VI. ULOŽENÍ SANKCE

31. Podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustil správního deliktu tím, že nedodržel postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku.
32. Zadavatel se při zadávání předmětné veřejné zakázky dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 56 odst. 7 písm. c) zákona v návaznosti na ustanovení § 6 zákona, neboť v zadávací dokumentaci stanovený technický kvalifikační předpoklad podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona na výstavbu min. 4 mostů v posledních 5 letech, kde přímým odběratelem je oblast komunální nebo veřejné správy, a výstavbu min. 1 mostu v posledních 5 letech, kde přímým odběratelem je jakákoliv jiná oblast než komunální nebo veřejné správy nevymezuje úroveň tohoto kvalifikačního předpokladu tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel dne 31.5.2010 s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku.
33. Jelikož zadavatel uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, aniž by dodržel postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky, naplnil tak skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
34. Podle § 121 odst. 3 zákona ve znění pozdějších předpisů odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezhájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne kdy byl spáchán.
35. 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 obdržel dne 23.8.2011. Ke spáchání správního deliktu došlo dne 31.5.2010, kdy zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na plnění předmětné veřejné zakázky. Z uvedených údajů vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.
36. Podle ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny veřejné zakázky nebo do 10 000 000,- Kč, pokud cena zakázky nebyla nabídnuta, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a) tohoto zákona.
37. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu, a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí celkem 23 339 574,- Kč včetně DPH. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí částku ve výši 1 166 978,70 Kč.
38. Podle § 121 odst. 2 zákona při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, se přihlídnou k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům, a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
39. V této souvislosti přihlédl Úřad ke skutečnosti, že v předmětné věci se zadavatel dopustil závažného správního deliktu, neboť nevymezil úroveň kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, čímž omezil případné další uchazeče, kteří by jinak danou veřejnou zakázku

byli schopni realizovat a tento postup zadavatele tedy mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky.

40. V důsledku uvedeného postupu zadavatele došlo k porušení zásady zákazu diskriminace (zadavatel diskriminoval dodavatele, kteří stavěli mosty pouze soukromým zadavatelům, a zároveň dodavatele, kteří stavěli mosty pouze veřejným zadavatelům) a zároveň k neopodstatněnému a bezpředmětnému rozlišení zadavatelů na „veřejné“ a „soukromé“ a tím k nezákonnému omezení hospodářské soutěže, neboť ve zjednodušeném podlimitním řízení, které bylo použito pro zadání předmětné veřejné zakázky byli jednak výzvou k podání nabídky zadavatelem osloveni vybraní dodavatelé, jednak byla výzva včetně požadavku zadavatele na kvalifikaci dodavatelů zveřejněna na portálu poskytovatele dotace a zároveň na veřejně přístupné vývěsce zadavatele (tedy webových stránkách zadavatele). Na základě informací a předpokladů zveřejněných zadavatelem ve výzvě k podání nabídek se dodavatelé rozhodují ucházet se o veřejnou zakázku. V daném případě tak nepřiměřeně stanovený technický kvalifikační předpoklad výstavby mostu soukromému a veřejnému subjektu mohl způsobit nižší „zájem“ o veřejnou zakázku právě z důvodu nemožnosti splnění daného kvalifikačního předpokladu u těch dodavatelů, kteří by jinak podmínky a předpoklady pro provedení díla splnili. V důsledku uvedeného postupu zadavatele nelze vyloučit, že v případě, že by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, mohl obdržet i nabídky jiných dodavatelů, kteří by mohli předložit ekonomicky výhodnější nabídky než vybraný uchazeč.
41. Úřad při stanovení výše pokuty přihlédl také ke skutečnosti, že poměr dodavatelů realizujících výstavby mostů pouze nebo převážně soukromým zadavatelům je v porovnání s dodavateli realizujícími výstavby mostů výhradně veřejným zadavatelům poměrně malý, což „zmírňuje“ následky požadavku zadavatele na prokázání technických kvalifikačních požadavků předložením osvědčení o realizaci výstavby min. 4 mostů, kde přímým odběratelem je oblast komunální nebo veřejné správy a výstavby min. 1 mostu v posledních 5 letech, kde přímým odběratelem je jakákoliv jiná oblast než komunální nebo veřejné správy, který tímto omezil počet dodavatelů, kteří mohli předložit ekonomicky výhodnější nabídky než vybraný uchazeč. Je tedy pravděpodobné, že na relevantním trhu se pohybuje relativně více dodavatelů, kteří realizují výstavby mostů převážně veřejným zadavatelům, než dodavatelů, kteří tak činí ve prospěch zadavatelů soukromých.
42. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci zadavatele, 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. 405/2002 Sb. 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. Z výkazu zisku a ztrát dostupného na webových stránkách obchodního rejstříku (or.justice.cz) zadavatele za rok 2011 vyplývá, že zadavatel hospodařil se záporným výsledkem hospodaření z hlavní činnosti ve výši 10 857 399,95 Kč a z hospodářské (vedlejší) činnosti s kladným výsledkem hospodaření ve výši 11 660 274,48 Kč. V souhrnu těchto dvou položek výkazu zisku a ztrát je tedy patrný celkově kladný výsledek hospodaření, a to ve výši 802 874,53 Kč. Úřad z výkazu zisku a ztrát z roku 2011 a roku 2010 zjistil, že zadavatel hospodaří každoročně s finančními prostředky v rozmezí mezi 600 až 700 mil. Kč. Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty

nelze vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel v rámci svého rozpočtu disponuje, považovat za likvidační.

43. Vzhledem k nutnosti naplnění sankčních účinků, zejména předcházení budoucího porušování zákona, má Úřad za to, že nelze zcela minimalizovat výši sankčního postihu. Úřad při stanovení výše pokuty dále zohlednil skutečnost, že uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocíťována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání.
44. 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 stanovenou výši pokuty vzhledem k souvislostem případu posoudil jako dostačující. Proto Úřad zadavateli uložil pokutu ve výši 150 000 Kč. Jak již bylo uvedeno, uložená pokuta se pohybuje na samé dolní hranici 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 pocíťována jako újma, neboť uložením 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 jinam. Kromě toho může zadavatel, nemůže-li uhradit pokutu z rozpočtových zdrojů, využít jiné právní nástroje, např. ty, které vyplývají z pracovního práva a odpovědnosti konkrétní osoby za protiprávní stav.
45. 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 dnů 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:

Správa silnic Olomouckého kraje, Lipenská 120, 772 11 Olomouc

Vypraveno dne:

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