



UOHSX004OT29

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R215/2012/VZ-7367/2013/310/RBu

Brno 23. dubna 2013

Ve správním řízení o rozkladu doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 13. 8. 2012 podaném zadavatelem –

- město **Planá**, IČ 00260096, náměstí Svobody 1, 348 15 Planá,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S82/2012/VZ-7402/2012/510/KČe ze dne 31. 7. 2012,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) téhož zákona o veřejných zakázkách zadavatelem v podlimitní veřejné zakázce „**Celková obnova kostela sv. Václava ve Vysokém Sedlišti**“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 21. 4. 2009 pod ev. č. VZ 60030327,

jsem na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, rozhodl takto:

I.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S82/2012/VZ-7402/2012/510/KČe ze dne 31. 7. 2012 podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, v části výroku I.1. a II.

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám

II.

Výrok I.2. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S82/2012/VZ-7402/2012/510/KČe ze dne 31. 7. 2012 podle § 152 odst. 5 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů,

mění

takto:

„Zadavatel – město Planá, IČ 00260096, náměstí Svobody 1, 348 15 Planá, se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že nesplnil povinnost dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace stanovenou v § 6 téhož zákona o veřejných zakázkách tím, že nepostupoval při posuzování kvalifikace vůči všem uchazečům stejně, **když vybraného uchazeče nevyzval, aby předložil další dodatečné informace či doklady prokazující splnění základních kvalifikačních předpokladů – ačkoliv v případě prokazování splnění profesních kvalifikačních předpokladů tuto možnost všem uchazečům dal, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky,**

a zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku.“

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, zahájil z moci úřední správní řízení ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem - Městem Planá, IČ 00260096, náměstí Svobody 1, 348 15 Planá (dále jen „**zadavatel**“) podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, při zadávání podlimitní veřejné zakázky „Celková obnova kostela sv. Václava ve Vysokém Sedlišti“ (dále jen „**veřejná zakázka**“) zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 21. 4. 2009

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.

pod ev. č. VZ 60030327, na jejíž realizaci byla dne 20. 7. 2009 s vybraným uchazečem uzavřena smlouva o dílo.

2. Zadavatel vymezil předmět veřejné zakázky tak, že se jedná opravu krovu lodi a presbytáře, obnovení původní věže, opravu koruny zdiva, říms, kleneb, výměnu krytiny, včetně klempířských prvků, hromosvodu a elektroinstalace, venkovní fasády, opravu vnitřních omítek a fixaci původních maleb, výplně otvorů a opravu kamenných prvků. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla stanovena na částku 9,5 mil. Kč bez DPH.
3. Zadavatel určil lhůtu pro doručení nabídek do 18. 5. 2009 do 12:00 hodin. Z protokolu o otevírání obálek s nabídkami uchazečů vyplývá, že v řádném termínu pro přijetí nabídek bylo zadavateli doručeno 7 nabídek uchazečů. Hodnotící komise při posuzování nabídek zjistila, že někteří uchazeči v nabídkách v rámci hodnot k hodnotícímu kritériu „*součet cen provedených prací na kulturních památkách...*“ udávají v potvrzených referencích, že práce prováděli jako generální dodavatel, z čehož vyplývá, že zakázku plnili i pomocí subdodavatelů. Rovněž nebylo zřejmé, zda se u uváděných cen jedná o částku s DPH nebo bez DPH. Na základě toho zadavatel dopisem ze dne 26. 5. 2009 vyzval všechny uchazeče k doplnění či vysvětlení nabídek.
4. Na základě hodnocení podle stanovených kritérií komise dne 9. 6. 2009 vyhodnotila nejvhodnější nabídku a téhož dne zadavatel rozhodl i o výběru nejvhodnější nabídky uchazeče, společnosti – PEGISAN s. r. o., Plzeň. Rovněž 9. 6. 2009 zadavatel vyloučil z další účasti v zadávacím řízení uchazeče, společnost - H & B delta, s. r. o., Vsetín. Uchazeč, společnost - SWIETELSKY stavební s. r. o., České Budějovice, podal námitky dopisem ze dne 23. 6. 2009 proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Rozhodnutím ze dne 25. 6. 2009 zadavatel těmto námitkám nevyhověl. Dále podal námitky i uchazeč, společnost BANKOVNÍ STAVBY a. s., Praha, proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky dopisem ze dne 25. 6. 2009. I těmto námitkám zadavatel rozhodnutím ze dne 29. 6. 2009 nevyhověl.
5. Dne 20. 7. 2009 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem, společností - PEGISAN s. r. o., Plzeň, smlouvu o dílo č. 782/2009. Dále k uvedené smlouvě uzavřel 2 dodatky na vícepráce, a to dne 25. 3. 2010 a 9. 9. 2010. Celková hodnota víceprací prezentovaná dodatky dosahuje 19,23 % hodnoty původní veřejné zakázky.
6. Na základě podnětu, jehož obsahem byla žádost o přezkoumání postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky, si Úřad vyžádal od zadavatele příslušnou dokumentaci. Po přezkoumání dokumentace získal Úřad pochybnosti o správnosti úkonů zadavatele učiněných při zadání veřejné zakázky a pojal podezření, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 50 odst. 4 zákona tím, že zadavatel jako dílčí kritérium stanovil „*součet cen provedených prací, bez subdodávek, na kulturních památkách zapsaných v Ústředním seznamu kulturních památek České republiky*“ (dále jen „**ÚSKP**“), dále tím, že zadavatel v oznámení o zakázce stanovil požadavek na doložení dokladů, prokazujících „*příslušné živnostenské oprávnění či licenci na restaurátorské práce*“² a tím, že vybraný uchazeč v nabídce nedoložil prokázání splnění základních kvalifikačních předpokladů způsobem stanoveným zadavatelem v zadávací dokumentaci.

² Zadavatel až po podání nabídek zjišťoval, zda je pro realizaci předmětu veřejné zakázky potřeba licence restaurátora. Následně byli uchazeči vyzváni, aby v tomto smyslu doplnili nabídky.

7. Oznámení o zahájení správního řízení ze dne 16. 2. 2012 bylo zadavateli, který je podle § 116 zákona účastníkem řízení, doručeno dne 17. 2. 2012, kterýmžto dnem bylo zahájeno správní řízení dle § 113 odst. 1 zákona.
8. Zadavatel se k zahájenému správnímu řízení vyjádřil v dopise ze dne 23. 2. 2012 a ze dne 2. 4. 2012. Zadavatel uvedl, že při vymezení hodnotících kritérií respektoval základní zásady zadávacího řízení a stanovil dílčí kritéria tak, aby vedla k objektivnímu a transparentnímu výběru ekonomicky nejvýhodnější nabídky, a že smyslem předmětného dílčího hodnotícího kritéria bylo jednoznačně hodnocení kvality jednotlivých nabídek, nikoliv posouzení způsobilosti uchazečů k plnění předmětu veřejné zakázky. Ohledně požadavku na oprávnění k podnikání zadavatel dodal, že komise v souladu se zákonem posoudila předložené doklady prokazující splnění požadované kvalifikace a poté, co si ověřila nezbytnost doložení licence Ministerstva kultury, vyzvala uchazeče, kteří tento doklad nedoložili, k jeho dodatečnému doplnění. Zadavatel taktéž uvedl, že se nedopustil porušení zákona při vymezení předmětného požadavku, když tento požadavek vymezil dostatečným způsobem v rámci oznámení o zakázce, jak mu ukládá ustanovení § 50 odst. 2 zákona. K otázce prokázání základních kvalifikačních předpokladů podle § 53 odst. 1 písm. f) a písm. h) zákona vybraným uchazečem uvedl, že skutečnost, že zadavatel nepřistoupil ke kroku výzvy k dodatečného doložení dokladů, neměla v daném případě žádný faktický vliv na průkaznost splnění předmětných základních kvalifikačních předpokladů, a že s ohledem na základní zásady zadávacího řízení nemohl uchazeče bez dalšího vyloučit ze zadávacího řízení, přičemž pokud by uchazeče vyzval k doplnění dokladů ve smyslu 59 odst. 4, dospěl by ke stejnému závěru, jaký učinil i bez této výzvy a jaký vyplývá z veřejně dostupných podkladů – totiž že vybraný uchazeč splňuje základní kvalifikační předpoklady dle § 53 odst. 1 písm. f) a h) zákona.

II. Napadené rozhodnutí

9. Úřad přezkoumal na základě § 112 a násl. zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů a na základě vlastního zjištění vydal dne 31. 7. 2012 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S82/2012/VZ-7402/2012/510/KČe (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, jelikož Úřad shledal, že zadavatel nedodržel postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky tím, že nedodržel postup stanovený v § 50 odst. 4 téhož zákona, neboť jako dílčí hodnotící kritérium ekonomické výhodnosti nabídky stanovil „*součet cen provedených prací, bez subdodávek, na kulturních památkách zapsaných v ÚSKP za posledních 5 let – doloženo potvrzenými referencemi investorů*“, které je jedním z technických kvalifikačních předpokladů, uvedených v § 56 odst. 3 písm. a) zákona, přičemž uvedený postup zadavatele podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, a tím, že nesplnil povinnost dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace stanovenou v § 6 téhož zákona tím, že nepostupoval při posuzování kvalifikace vůči všem uchazečům stejně, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku. Za spáchání výše uvedených správních deliktů zadavateli uložil pokutu ve výši 100 000 Kč.
10. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad k otázce nedodržení postupu stanoveném v § 50 odst. 4 zákona konstatoval, že zadavatel jako dílčí kritérium ekonomické výhodnosti nabídky stanovil reference, tedy aspekt, který je jedním z technických kvalifikačních předpokladů

uvedených v § 56 odst. 3 zákona, přičemž finanční hodnota provedených stavebních prací, kterou zadavatel hodnotil, by měla představovat požadovanou úroveň pro prokázání splnění kvalifikačního předpokladu ve smyslu ustanovení § 56 odst. 7 zákona, která musí být ve smyslu § 6 zákona pro všechny potenciální uchazeče stejná a současně i přiměřená předmětu veřejné zakázky. Takto zadavatelem zvolené hodnotící kritérium je tedy pro hodnocení nabídek nepřijatelné. Tím zadavatel nedodržel postup stanovený v 50 odst. 4 zákona, podle kterého ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady nemohou být předmětem hodnotících kritérií.

11. Ohledně posouzení skutečnosti, zda zadavatel splnil povinnost dodržovat zásady rovného zacházení a zákazů diskriminace, Úřad uvedl, že zadavatel nejednal vůči všem uchazečům stejně, jelikož vybraného uchazeče nevyzval, aby předložil další dodatečné informace či doklady prokazující splnění základních kvalifikačních předpokladů, čímž zadavatel nedodržel základní zásady postupu stanovené v § 6 zákona. K tomu rovněž dodal, že v případě prokazování splnění profesních kvalifikačních předpokladů tuto možnost zadavatel všem uchazečům dal.
12. Úřad se podrobně zabýval odůvodněním uložení pokuty. Prokázal, že lhůta pro zahájení správního řízení o uložení pokuty za protiprávní jednání je dodržena. Odpovědnost zadavatele za správní delikt podle zákona v předmětném zadávacím řízení nezanikla. Při odůvodnění výše pokuty přihlédl k závažnosti spáchaných správních deliktů uvedených ve výrocích I.1. a I.2., dále vzal v úvahu ekonomickou situaci zadavatele a naplnění sankčních funkcí správního trestání.
13. Dodal také, že ve věci „*příslušného živnostenského oprávnění či licence na restaurátorské práce*“³ akceptuje vysvětlení zadavatele uvedené v jeho stanovisku ze dne 23. 2. 2012, ve kterém zadavatel uvedl, že součástí zadávací dokumentace bylo závazné stanovisko vydané Městským úřadem Tachov dne 10. 2. 2009, ve kterém je specifikováno, jaké restaurátorské práce může provádět odborník a jaké příslušné povolení Ministerstva kultury musí mít k provádění příslušných restaurátorských prací. Dle Úřadu jednal zadavatel v souladu s § 59 odst. 4 zákona, jestliže uchazečům umožnil, aby na základě upřesnění požadavků na prokázání splnění kvalifikace případně doplnili či předložili další dodatečné informace či doklady prokazující splnění části kvalifikace.
14. Pro úplnost uvedl, že celková hodnota víceprací prezentovaná dodatky č. 1 a č. 2 činí 1 824 241 Kč bez DPH, což představuje 19,23 % hodnoty původní zakázky. Uzavření dodatků k původní smlouvě tedy bylo možné v režimu jednacího řízení bez uveřejnění ve smyslu § 23 odst. 7 písm.) a zákona, neboť z dokumentace je zřejmé, že byly naplněny všechny podmínky stanovené v bodech 1. až 3 cit. ust. zákona.

III. Námitky rozkladu

15. Dne 13. 8. 2012 obdržel Úřad v zákonné lhůtě od zadavatele rozklad, jímž bylo rozhodnutí Úřadu napadeno v plném rozsahu. V rozkladu zadavatel nadále setrvává na svých stanoviscích uvedených ve vyjádření v rámci řízení o přezkoumání úkonů zadavatele a má za

³ Šlo o povolení Ministerstva kultury k restaurování malířských děl a k restaurování umělecko-řemeslných děl z kamene.

to, že zadavatel dodržel postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup zadavatele neovlivnil či nemohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

16. Zadavatel podrobně prozkoumal obsah napadeného rozhodnutí včetně odůvodnění a došel k závěru, že Úřad neposoudil případ ve všech souvislostech a nevypořádal se řádně se všemi skutečnostmi uvedenými zadavatelem ve vyjádření k řízení o přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 2. 4. 2012. Zadavatel i nadále trvá na své argumentaci uvedené ve vyjádření a je přesvědčen o tom, že se nedopustil porušení zákona. Má za to, že napadené rozhodnutí vychází z nesprávných předpokladů, z nesprávného posouzení relevantních okolností a je postaveno na argumentaci, která nemá oporu v zákoně.
17. Zadavatel se nemůže ztotožnit s názorem Úřadu, že zadavatel do pozice kritéria hodnocení určil aspekt, který je předmětem prokazování splnění kvalifikace. Uvádí, že základním smyslem institutu prokázání splnění kvalifikace je ověření skutečnosti, zda je dodavatel schopen a oprávněn řádně plnit předmět veřejné zakázky. Toto zadavatel již ověřil a tvrdí, že prokázání splnění technického kvalifikačního předpokladu dle § 56 odst. 3 písm. a) nepožadoval. Zadavatel je toho názoru, že neposuzoval způsobilost uchazečů poskytnout řádné plnění, což by odpovídalo smyslu a účelu kvalifikace, nýbrž kvalitativní stránku nabízeného plnění.
18. K tomu dodává, že nelze pominout formální znaky technických kvalifikačních předpokladů. § 56 odst. 7 stanoví, že zadavatel je povinen stanovit rozsah požadovaných informací a dokladů, způsob prokázání splnění a minimální úroveň kvalifikačního předpokladu. Uvádí, že v tomto případě nebyly splněny formální požadavky zákona na vymezení technických kvalifikačních předpokladů z toho důvodu, že se o technický kvalifikační předpoklad vůbec nejednalo. Zcela záměrně nestanovil jakoukoliv minimální úroveň výše ceny za provedené práce na kulturních památkách zapsaných v ÚSKP za posledních pět let. Zadavatel dále uvedl, že smyslem předmětného dílčího hodnotícího kritéria tedy bylo jednoznačně hodnocení kvality jednotlivých nabídek, nikoliv posouzení způsobilosti uchazečů k plnění předmětu veřejné zakázky. Tento postup je dle zadavatele rovněž plně v souladu s požadavkem stanoveným v § 78 odst. 4 zákona, aby dílčí hodnotící kritéria vyjadřovala vztah užitné hodnoty a ceny.
19. K nesplnění povinnosti dodržovat zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace v rámci posouzení kvalifikace uvedl zadavatel následující. Úřad dle názoru zadavatele přistoupil k dané situaci ryze formalisticky, bez zohlednění dalších relevantních okolností, zejména pak skutečností, které zadavatel uvedl ve svém vyjádření ze dne 2. 4. 2012. Zadavatel podotýká, že v posuzovaném případě se jedná o podlimitní veřejnou zakázku a v takovém případě zákon v § 62 odst. 2 stanoví, že splnění základních kvalifikačních předpokladů se prokazuje předložením čestného prohlášení. Při posuzování prokázání splnění kvalifikace vybraným uchazečem si hodnotící komise byla vědoma požadavku zadavatele na prokázání splnění dotčených kvalifikačních předpokladů doklady uvedenými v § 53 odst. 3 písm. b) a c) zákona, nicméně upřednostnila znění zákona před požadavky zadávací dokumentace a posoudila doklady předložené vybraným uchazečem (tj. čestné prohlášení) jako dostatečné.
20. Zadavatel považuje za nutné dodat, že výzva k doplnění dodatečných informací a dokladů dle § 59 odst. 4 zákona je právem, nikoliv povinností zadavatele. Neztotožňuje se s názorem Úřadu, že nevyužití práva je diskriminačním jednáním ze strany zadavatele. Uvádí, že

i v případě výzvy k doplnění dalších dodatečných informací a dokladů ve smyslu § 59 odst. 4 zákona by zadavatel dospěl ke stejnému závěru, jaký učinila hodnotící komise i bez této výzvy, tj. že vybraný uchazeč splňuje základní kvalifikační předpoklady dle § 53 odst. 1 písm. f) a h) zákona.

Závěr rozkladu

21. S ohledem na výše uvedené zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

IV. Řízení o rozkladu

22. 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

23. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí ustavenou 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 s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
24. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S82/2012/VZ-7402/2012/510/KČe ze dne 31. 7. 2012 rozhodl, tak jak je uvedeno ve výroku I.1 a II. napadeného rozhodnutí, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se ztotožnil. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí.
25. V souladu s § 90 odst. 1 písm. c) v návaznosti na § 152 odst. 4 a 5 správního řádu jsem přistoupil ke změně výroku I.2. napadeného rozhodnutí, jelikož jsem shledal, že není zcela úplný a je třeba jej doplnit.

V. K námitkám rozkladu

26. Zadavatel v zásadě opakuje své postoje obsažené ve stanovisku účastníka řízení ke správnímu řízení a ve vyjádření zadavatele v rámci řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, přičemž nesouhlasí s některými závěry, ke kterým Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí dospěl při jejich vypořádání, a považuje je za nesprávné. K tomu lze konstatovat, že napadené rozhodnutí se dostatečně vypořádalo se všemi námitkami návrhu, a to způsobem, ze kterého je plně srozumitelné a seznatelné, jakými skutečnostmi a úvahami se správní orgán prvního stupně při svém rozhodování řídil. Jak vyplývá z podaného rozkladu, zadavatel trvá na tom, že dodržel postup stanovený zákonem a nedopustil se žádného porušení zákona.
27. Námitky zadavatele uvedené v bodu III.1. rozkladu, že neposuzoval způsobilost poskytnout řádné plnění, nýbrž kvalitativní stránku nabízeného plnění, a námitku, že se v tomto případě

nejedná o kvalifikační kritérium, jelikož nejsou naplněny formální znaky kvalifikačního kritéria dle § 56 odst. 7, nelze přijmout z níže uvedených důvodů.

28. Zadavatel v zadávací dokumentaci v bodu 5. stanovil, že nabídky bude hodnotit podle kritéria ekonomické výhodnosti. Jak mu ukládá zákon v § 78 odst. 4, stanovil rovněž dílčí hodnotící kritéria a jejich váhu v procentech, a to „*nejnižší nabídkovou cenu*“ (s váhou 80 %) a „*součet cen provedených prací, bez subdodávek, na kulturních památkách zapsaných v ústředním seznamu kulturních památek (ÚSKP ČR) za posledních 5 let – doloženo potvrzenými referencemi investorů*“ (s váhou 20 %). K tomu v bodu 5.2. zadávací dokumentace uvedl, že nejvyšší bodové ohodnocení získá nabídka uchazeče, který provedl za posledních pět let největší objem vlastních prací ve finančním vyjádření na objektech zapsaných v ÚSKP.
29. Charakter dílčího kritéria hodnocení, který v zadávací dokumentaci stanovil zadavatel, je takový, že se jedná o kritérium, které slouží k prokázání kvalifikace. Konkrétně jde o výše uvedené zadavatelem požadované reference za posledních 5 let. Z takto zadavatelem stanovených kritérií vyplývá, že vyjadřují schopnost uchazeče splnit předmět veřejné zakázky, nikoliv však ekonomickou výhodnost samotné nabídky podané v zadávacím řízení. Zákon v § 50 odst. 4 kognitně vymezuje pravidlo, v němž je stanoveno, že ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady a technické kvalifikační předpoklady zásadně nemohou být předmětem hodnotících kritérií. Dále ze zákona jednoznačně vyplývá odlišení a nezaměnitelnost fáze posuzování kvalifikace dodavatelů či uchazečů a fáze hodnocení nabídek, přičemž každá fáze má jiný zákonem aprobovaný účel. Účelem posuzování kvalifikace je, aby předmětem hodnocení nabídek byly pouze nabídky kvalifikovaných dodavatelů. Tyto fáze je nezbytné odlišovat i bez ohledu na to, zda zadavatel v konkrétním zadávacím řízení požadoval prokázání určitého ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu nebo technického kvalifikačního předpokladu či nikoliv. Pokud by zadavatel i jen jako jedno z některých hodnotících kritérií použil kritéria, která jsou kvalifikačního charakteru dle § 53 a násl. zákona, dopustil by se porušení § 50 odst. 4 zákona. Není možné, aby nabídka uchazeče, který předložil vyšší počet referencí, byla na základě toho hodnocena lépe než nabídky ostatních uchazečů, kteří rovněž splnili kvalifikační požadavky.⁴ Zadavatel musí nejprve zhodnotit kvalifikaci uchazečů či zájemců, tj. ověřit jejich schopnost poskytnout plnění veřejné zakázky. V rámci hodnocení nabídek se zadavatel již nezabývá „osobou“ uchazeče, ale hodnotí vlastní ekonomickou výhodnost nabídky, tj. zabývá se hodnocením konkrétních podmínek obsažených v nabídce, za nichž uchazeč zadavateli nabízí splnění dané veřejné zakázky.
30. Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Ca 10/2009 – 113 ze dne 12. 8. 2010 k zaměňování kvalifikačních kritérií a hodnotících kritérií uvádí následující. „*Hodnotící kritéria je třeba důsledně odlišovat od kvalifikačních předpokladů, jež jsou upraveny v § 50 odst. 1 ZVZ⁵ - podle tohoto ustanovení kvalifikaci splní dodavatel, který prokáže splnění a) základních kvalifikačních předpokladů podle § 53 ZVZ, b) profesních kvalifikačních předpokladů podle § 54 ZVZ, c) ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů podle § 55 ZVZ a d) technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 ZVZ. Kvalifikační předpoklady nemohou být zároveň použity jako hodnotící kritéria, neboť obě kategorie kritérií mají jiný účel*

⁴ Obdobně se na tuto problematiku dívá i ŠEBESTA, M., PODEŠVA, V., OLÍK, M., MACHUREK, T.: *Zákon o veřejných zakázkách s komentářem*, Praha: ASPI, a.s., 2006, s. 223

⁵ Zkratkou ZVZ uvedenou v rozsudku Krajského soudu v Brně je myšlen zákon.

a posuzují se odděleně, postupně. Zatímco kvalifikační předpoklady slouží ke stanovení požadavků zadavatele na nezbytnou minimální odbornost, zkušenosti a znalosti dodavatele, resp. jeho finanční a hospodářský stav, a slouží tak jako nástroj ověření způsobilosti dodavatele předmětnou veřejnou zakázku plnit, hodnotící kritéria jsou požívána v rámci hodnocení nabídek. Předmětem takového hodnocení mohou být pouze nabídky těch dodavatelů, kteří již svoji kvalifikaci zadavateli prokázali. Pouze nabídka dodavatele, který splňuje kvalifikaci, může dospět až do fáze, kdy je nabídka hodnocena. Hodnotící kritéria podle § 78 ZVZ tudíž nemají své místo při prokazování kvalifikace a naopak, kvalifikační předpoklady jsou irelevantní z hlediska hodnocení nabídek. Žádné kritérium, jež slouží ke zkoumání kvalifikace dodavatelů, tedy nemůže sloužit jako hodnotící kritérium, a to ani jako jedno z dílčích kritérií podle § 78 odst. 4 ZVZ.“

31. K dané problematice pokládám za důležité zmínit rozhodnutí Evropského soudního dvora (C-15/01 Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH proti Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (ÖSAG)), ve kterém se uvádí, že „směrnice 93/36/EHS neumožňuje, aby byly reference týkající se dodávek zboží uskutečněných uchazeči pro jiné objednatele posuzovány jako hodnotící kritérium, a nikoli jako kritérium pro posouzení způsobilosti dodavatelů k plnění zakázky.“
32. Na základě výše uvedeného lze konstatovat, pokud Úřad rozhodl, že zadavatel porušil § 50 odst. 4 zákona tím, že dílčím hodnotícím kritériem pro zadání veřejné zakázky podle ekonomické výhodnosti nabídky stanovil kritérium „součet cen provedených prací, bez subdodávek, na kulturních památkách zapsaných v ústředním seznamu kulturních památek (ÚSKP ČR) za posledních 5 let – doloženo potvrzenými referencemi investorů“ s váhou 20 %, tj. kritérium, které v sobě zahrnuje jeden z kvalifikačních předpokladů účasti dodavatele v zadávacím řízení, které nevyjadřuje ekonomickou výhodnost nabídky, rozhodl správně.
33. Rovněž nelze souhlasit s tvrzením zadavatele, že na základě referencí byla hodnocena pouze kvalitativní stránka nabídek a že kvalita je u prací na kulturních památkách dána zejména schopností a zručností dodavatelů v oblasti vysoce kvalifikovaných restaurátorských prací a lze ji hodnotit na základě porovnání rozsahu prací realizovaných jednotlivými dodavateli. Jestliže chtěl zadavatel porovnávat nabídky uchazečů dle kvality, mohl a měl stanovit jiná kritéria než „reference“. Nadto uvádím, že kvalitu nelze spojovat s rozsahem provedených prací vyjádřených v peněžních částkách, samotný rozsah provedených prací nemusí vypovídat nic o kvalitách provedených prací a také o kvalitě nabízeného plnění. Stejně tak cena provedených prací nemusí odpovídat jejich kvalitě či kvalitě nabízeného plnění. I v tomto případě by však zadavatel hodnotil, na základě jím uvedených hodnotících kritérií, způsobilost vybraného uchazeče k provedení předmětu plnění veřejné zakázky a nikoli samotnou kvalitu nabízeného plnění.
34. K tomu, jak jsem posoudil námitky uvedené v bodu III.2. rozkladu, uvádím následující. Zadavatel uvedl obdobné stanovisko k dané věci rovněž již v jeho vyjádření ze dne 2. 4. 2012. Danou otázkou se Úřad zabýval v napadeném rozhodnutí, a to v odstavci 34 a násl. Zadavatel v zadávací dokumentaci v bodu 2.1. Základní kvalifikační předpoklady dle § 53 zákona jasně vymezil, že „uchazeč o veřejnou zakázku prokazuje splnění základních kvalifikačních předpokladů podle § 53 odst. 1 písm. a), b), f), h) zákona předložením dokladů uvedených: v § 53 odst. 2 písm. a) zákona všemi osobami uvedených v § 53 odst. 1 písm. a) a b) zákona, a v § 53 odst. 2 písm. b) a c) zákona uchazečem.“ Dle § 62 odst. 2 zákona je

zadavatel oprávněn u podlimitní veřejné zakázky požadovat prokázání splnění základních kvalifikačních předpokladů doklady uvedenými v § 53 odst. 2 zákona. Ze zadávací dokumentace vyplývá, že zadavatel vyloučil možnost prokázání splnění kvalifikace čestným prohlášením ve vztahu k základním kvalifikačním předpokladům a stanovil pro dodavatele povinnost prokázat splnění základních kvalifikačních předpokladů doklady uvedenými v § 53 odst. 2 zákona, i když v tomto případě jde o podlimitní veřejnou zakázku. Zadavatel tak dobrovolně stanovil přísnější režim pro prokázání splnění kvalifikace, ačkoliv zákon takové požadavky na prokázání splnění kvalifikace u podlimitních veřejných zakázek nevyžaduje. Jestliže tedy zadavatel stanovil v zadávací dokumentaci tento způsob prokázání splnění základních kvalifikačních předpokladů, nemůže hodnotící komise vycházet při posuzování kvalifikace ze skutečnosti, že vybraný uchazeč doložil pouze čestné prohlášení. Hodnotící komise pochybila, když hodnotila nabídku vybraného uchazeče, který nesplňoval základní kvalifikační kritéria. Zadavatel tak postupoval v rozporu s § 60 zákona, když nevyločil dodavatele z další účasti v zadávacím řízení, který nesplnil kvalifikaci v požadovaném rozsahu. Zároveň zadavatel nedodržel zásady uvedené v § 6 zákona, a to zásadu rovného zacházení a zásadu zakazu diskriminace, protože postupoval odlišně vůči jednotlivým uchazečům, když vybraný uchazeč nedoložil doklady prokazující splnění základních kvalifikačních předpokladů a zadavatel jeho nabídku dále hodnotil, i když k tomu, aby bylo možné hodnotit nabídky ostatních dodavatelů, byli ostatní dodavatelé povinni doložit požadované doklady dle zadávací dokumentace.

35. V zadávacím řízení zadavatel na základě výzvy dle § 111 odst. 6 zákona požadoval po všech uchazečích, aby doplnili své nabídky ohledně prokázání splnění profesních kvalifikačních předpokladů. Jestliže zadavatel takto postupoval, měl vyzvat rovněž vybraného uchazeče k doplnění dokladů prokazujících splnění základních kvalifikačních předpokladů. Nelze přijmout argument zadavatele, že při posuzování kvalifikace vycházela hodnotící komise ze znalosti svých členů, získaných při účasti na zadávání dalších souvisejících veřejných zakázek, a že vybraný uchazeč se účastnil dalších zadávacích řízení, ve kterých vždy řádně prokázal splnění kvalifikace v plném rozsahu. Není přípustné, aby při posuzování prokázání kvalifikace uchazeče vycházel zadavatel z domněnek nebo mohl přihlížet k jiným dokladům a informacím, než k těm, které daný uchazeč předložil ve své nabídce, jinak by se dopustil porušení § 6 zákona, konkrétně zásady transparentnosti. Z téhož důvodu musím odmítnout námitku zadavatele, ve které uvádí že, k prokázání kvalifikace nepožadoval po vybraném uchazeči doložení dalších dokladů, protože takový postup považoval za příliš formální, resp. až šikanozní.
36. Dodávám, že sám zadavatel v rozkladu uvádí, že závěr Úřadu uvedený v napadeném rozhodnutí, že je třeba zcela zásadně trvat na prokázání splnění základních kvalifikačních předpokladů konkrétními doklady i v případě, kdy zákon tyto doklady nevyžaduje, má dle zadavatele z formálního hlediska oporu v zákoně. Zadavatel v souladu se zákonem v zadávací dokumentaci stanovil pro prokázání základních kvalifikačních předpokladů ve spojení s § 62 odst. 2 zákona režim dle § 53 zákona. Pokud tedy zadavatel vyžadoval k prokázání základních kvalifikačních předpokladů doklady dle § 53 zákona, je v rozporu se zásadou rovného zacházení uvedenou v § 6 zákona, aby hodnotící komise upřednostnila (jak sám zadavatel v rozkladu přiznává) splnění základních kvalifikačních předpokladů vybraného uchazeče, jak ukládá zákon v § 62 odst. 2 a neposuzovala splnění základních kvalifikačních požadavků podle požadavků stanovených v zadávací dokumentaci, a posoudila předložené čestné

prohlášení vybraným uchazečem jako dostatečné a u ostatních dodavatelů požadovala doklady, jak je stanoveno v zadávací dokumentaci.

37. Se zadavatelem lze souhlasit, že výzva k doplnění dalších dodatečných informací a dokladů dle § 59 odst. 4 zákona je právem, nikoliv povinností. Již se však neztotožňuji s tvrzením zadavatele, že nevyužití práva není nebo nemůže být z jeho strany diskriminačním jednáním. Jestliže zadavatel v tomto případě využil práva dle § 59 odst. 4 zákona vůči jednomu uchazeči, byl povinen v souladu se zákonem, konkrétně v souladu se zásadami uvedenými v § 6 zákona, takto postupovat vůči všem účastníkům.
38. Co se týče výroku I.2. napadeného rozhodnutí, který v sobě obsahuje porušení zákona zadavatelem, k jeho určitosti a přezkoumatelnosti uvádím, že v daném případě Úřad výrokem I.2. konstatoval nedodržení zásad uvedených v § 6 zákona, přičemž k uvedenému specifikoval, v čem shledané porušení spočívalo. Ustanovení § 120 zákona definuje druhy správních deliktů a sankce za ně ukládané. Správního deliktu se dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona dopustí zadavatel tím, že nedodrží postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž uvedeným postupem podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku. Úřad na základě skutkových zjištění prokázal, že v daném případě došlo ke spáchání správního deliktu. Úřad výrokem I.2. napadeného rozhodnutí však konstatoval pouhé nedodržení postupu, což není dostačující z hlediska náležitostí výroku, jak vyplývá ze zákona. Otázkou specifikace skutku ve výroku rozhodnutí o jiném správním deliktu se již zabýval rozšířený senát Nejvyššího správního soudu v usnesení ze dne 15. 1. 2008, č. j. 2 As 34/2006 - 73 (publikováno pod č. 1546/2008 Sb. NSS) ve kterém dospěl k závěru, že „výrok rozhodnutí o jiném správním deliktu musí obsahovat konstatování spáchání správního deliktu, popis skutku uvedením místa, času a způsobu spáchání, popřípadě i uvedením jiných skutečností, jichž je třeba k tomu, aby nemohl být zaměněn s jiným“, dále bylo uvedeným judikátem konstatováno, že „*Neuvede-li správní orgán takové náležitosti do výroku svého rozhodnutí, podstatně poruší ustanovení o řízení (§ 76 odst. 1 písm. c) s. ř. s.)*“. Z uvedených důvodů jsem přistoupil ke změně výroku I.2. napadeného rozhodnutí, tak jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí, přičemž konstatuji, že zjištění o skutkových okolnostech, za kterých se zadavatel dopustil správního deliktu, a samotný skutek se nezměnil, tímto pouze náležitě opravuji znění dotčeného výroku.

VI. Závěr

39. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení výroku I.1. a II. napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu a současně jsem však shledal, že nastaly skutečnosti odůvodňující změnu výroku I.2. napadeného rozhodnutí podle § 152 odst. 5 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. c) ve smyslu § 152 odst. 4 správního řádu.
40. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

1. město Planá, náměstí Svobody 1, 348 15 Planá

Vypraveno dne

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