



UOHSX00479GC

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S82/2012/VZ-7402/2012/510/KČe

V Brně dne 31. července 2012

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 17.2.2012 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel – Město Planá, IČ 00260096, náměstí Svobody 1, 348 15 Planá, zastoupené Mgr. Martinou Němečkovou, starostkou,

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, **rozhodl takto:**

I.

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

I.1. nedodržel postup stanovený v § 50 odst. 4 téhož zákona o veřejných zakázkách, neboť jako dílčí hodnotící kritérium ekonomické výhodnosti nabídky stanovil „součet cen provedených prací, bez subdodávek, na kulturních památkách zapsaných v ústředním seznamu kulturních památek za posledních 5 let – doloženo potvrzenými referencemi investorů“, které je jedním z technických kvalifikačních předpokladů, uvedených v § 56 odst. 3 písm. a) citovaného zákona o veřejných zakázkách, přičemž uvedený postup zadavatele podstatně ovlivnil výběr nejhodnější nabídky,

I.2. nesplnil povinnost dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazů diskriminace stanovenou v § 6 téhož zákona o veřejných zakázkách tím, že nepostupoval při posuzování kvalifikace vůči všem uchazečům stejně, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky,

a zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku.

## II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. se zadavateli – Městu Planá, IČ 00260096, náměstí Svobody 1, 348 15 Planá, podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **ukládá pokuta ve výši 100 000 Kč** (sto tisíc korun českých), která je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

## ODŮVODNĚNÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „Úřad“ a „zákon“), obdržel podnět Ministerstva financí ČR k prošetření postupu zadavatele – Město Planá, IČ 00260096, náměstí Svobody 1, 348 15 Planá, zastoupené Mgr. Martinou Němečkovou, starostkou (dále jen „zadavatel“), 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. Úřad s obsahem podnětu, vedeným pod sp.zn. ÚOHS-P807/2011, seznámil zadavatele a současně si od něj vyžádal dokumentaci o veřejné zakázce.

### Zadávací řízení

2. Jak je uvedeno v oznámení o zakázce, předmětem veřejné zakázky je oprava krovu lodi a presbytáře, obnovení původní věže, oprava koruny zdiva, říms, kleneb, výměna krytiny, včetně klempířských prvků, hromosvodu a elektroinstalace, venkovní fasáda, oprava vnitřních omítek a fixace původních maleb, výplně otvorů a oprava kamenných prvků v předpokládané hodnotě 9,5 mil. Kč. Jako základní hodnotící kritérium pro zadání veřejné zakázky zadavatel stanovil ekonomickou výhodnost nabídky s tím, že jako dílčí hodnotící kritéria zadavatel v oznámení o zakázce uvedl: nabídkovou cenu s váhou 80 % a objem provedených prací na památkách s váhou 20 %. Zadavatel lhůtu pro podání nabídek stanovil do 18.5.2009.
3. Zadavatel v oznámení o zakázce v rámci požadavků na prokázání splnění profesních kvalifikačních předpokladů požadoval mj. „doklad o oprávnění k podnikání podle zvláštních právních předpisů v rozsahu odpovídajícímu předmětu veřejné zakázky, zejména dokladu prokazujícího příslušné živnostenské oprávnění či licenci na restaurátorské práce“.

4. V zadávací dokumentaci zadavatel v souvislosti se stanovením požadavků na prokazování kvalifikace uvedl, že „uchazeč prokáže splnění základních kvalifikačních předpokladů podle § 53 odst. 1 písm. a), b), f) a h) zákona předložením dokladů uvedených v § 53 odst. 2 písm. a) zákona všemi osobami uvedenými v § 53 odst. 1 písm. a) a b) zákona a v § 53 odst. 2 písm. b) a c) zákona uchazečem“. Zadavatel v zadávací dokumentaci dále stanovil, že splnění profesních kvalifikačních předpokladů prokáže uchazeč předložením dokladu o oprávnění k podnikání podle zvláštních právních předpisů v rozsahu odpovídajícím předmětu veřejné zakázky, zejména dokladu prokazujícího příslušné živnostenské oprávnění či licenci.
5. Zadavatel v zadávací dokumentaci jako dílčí hodnotící kritéria uvedl: nabídkovou cenu s váhou 80 % a součet cen provedených prací, bez subdodávek, na kulturních památkách zapsaných v ústředním seznamu kulturních památek (ÚSKP) za posledních 5 let – doloženo potvrzenými referencemi investorů s váhou 20 %.
6. Jak vyplývá z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 18.5.2009, zadavatel obdržel celkem 7 nabídek, které hodnotící komise posoudila jako úplné. V protokolu z jednání hodnotící komise z téhož dne, komise uvedla, že „při posuzování nabídek zjistila, že některé firmy mají doloženy v části profesní kvalifikace restaurátorská oprávnění na různé obory a některé je doloženy nemají. Pochybnosti vznikly z rozdílného textu požadavků na doložení kvalifikace na centrální adrese a v zadávací dokumentaci zveřejněné na internetové adrese zadavatele. Komise se proto rozhodla podat dotaz na odborné pracoviště památkové péče o stanovení požadované restaurátorské licence dle výkazu výměr“.
7. Zadavatel se dopisem ze dne 20.5.2009 obrátil na Národní památkový ústav, územní pracoviště v Plzni (dále jen „NPÚ“), s žádostí o stanovisko zda je pro realizaci veřejné zakázky potřeba licence restaurátora, případně pro jaký obor, s tím, že na základě tohoto vyjádření bude posuzovat nabídky. NPÚ dopisem ze dne 22.5.2009 zadavateli sdělil, že pro předmětnou akci vydal dne 10.2.2009 závazné stanovisko MěÚ Tachov, odbor školství a kultury, jehož podkladem bylo odborné vyjádření NPÚ ze dne 21.1.2009, ve kterém je jasně stanoven požadavek, které práce při obnově kostela musí provádět odborný restaurátor s příslušnou licencí Ministerstva kultury ČR (dále jen „MK ČR“). Ve výkazu výměr předmětné zakázky je položka „celoplošné restaurátorské fixování maleb a výzdob stěn a kleneb“, kterou musí provádět restaurátor s příslušným oprávněním MK ČR k restaurování malířských uměleckých děl. Areál kostela je nemovitá kulturní památka a při jeho obnově je nutné postupovat v souladu se zájmy památkové péče.
8. Jak vyplývá z protokolu z jednání hodnotící komise ze dne 25.5.2009, komise se seznámila se stanoviskem NPÚ ze dne 22.5.2009. Dále komise v protokolu konstatovala, že 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. Též není uvedeno, zda se jedná o hodnoty bez DPH nebo s DPH. Hodnotící komise jako závěr uvedla, že zveřejněním rozdílného textu požadavků na doložení kvalifikace na centrální adrese a v zadávací dokumentaci byl porušen zákon. Dále v zadávací dokumentaci nebylo uvedeno, zda součet částek za doložené práce bez subdodávek na kulturních památkách má být uváděn

bez nebo s DPH. Proto nápravným opatřením dle § 111 odst. 6 zákona bude zaslání výzvy všem uchazečům, aby do 10 dnů doplnili nabídky o:

- oprávnění vydaného MK ČR odborníku – restaurátorovi v oboru malířských uměleckých děl a v oboru umělecko řemeslných děl z kamene,
- čestné prohlášení uchazeče, ve kterém uvede součet částek bez DPH z doložených provedených prací na kulturních památkách zapsaných v ÚSKP, a to pouze hodnoty bez subdodávek, tj. výkony provedené vlastními zaměstnanci.

Zadavatel dopisem ze dne 26.5.2009 všechny uchazeče v uvedeném smyslu vyzval k případnému doplnění, resp. vysvětlení nabídek.

9. Jak vyplývá z protokolu z jednání hodnotící komise ze dne 8.6.2009, uchazeči H & B delta, s.r.o., Vsetín, a THERMIA-BAU a.s., Karlovy Vary (dále jen „H & B delta“ a „THERMIA-BAU“), svoje nabídky na základě výzvy zadavatele nedoplnili.
10. V případě uchazeče H & B delta komise nabídku z důvodů neprokázání splnění kvalifikačních předpokladů vyřadila. V případě uchazeče SWIETELSKY stavební s.r.o., České Budějovice (dále jen „SWIETELSKY“), komise po posouzení předloženého doplnění upravila (snížila) finanční hodnotu prací provedených na kulturních památkách uvedenou v nabídce uchazeče pro potřeby hodnocení v rámci v pořadí druhého dílčího kritéria hodnocení. V případě uchazeče BANKOVNÍ STAVBY akciová společnost, Praha (dále jen „BANKOVNÍ STAVBY“), komise po posouzení předloženého doplnění konstatovala, že „uchazeč nedoložil finanční hodnotu prací provedených na kulturních památkách bez subdodávek, resp. z doložených potvrzení tuto hodnotu nelze určit“. Proto nabídka uchazeče BANKOVNÍ STAVBY při hodnocení v rámci v pořadí druhého dílčího kritéria hodnocení obdržela 0 bodů. V případě uchazeče THERMIA-BAU komise konstatovala, že finanční hodnota prací provedených na kulturních památkách bez subdodávek nebyla uchazečem doložena. Proto nabídka uchazeče THERMIA-BAU při hodnocení v rámci druhého dílčího kritéria hodnocení obdržela 0 bodů. U zbývajících nabídek komise v protokolu konstatovala, že při hodnocení použila údaje z doložených čestných prohlášení.
11. Jak vyplývá ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 9.6.2009, komise na základě hodnocení podle stanovených kritérií vyhodnotila jako nejvhodnější nabídku uchazeče PEGISAN s.r.o., Plzeň (dále jen „vybraný uchazeč“), s nabídkovou cenou 9 483 943,00 Kč bez DPH. Pozn.: Jak vyplývá z dokumentace, uchazeč SWIETELSKY jako nabídkovou cenu uvedl 9 360 968,20 Kč bez DPH a uchazeč BANKOVNÍ STAVBY uvedl jako nabídkovou cenu 9 273 363,00 Kč bez DPH.
12. Zadavatel v uvedeném smyslu rozhodl dne 9.6.2009 o vyloučení uchazeče H & B delta z důvodu neprokázání splnění kvalifikace (nedoložení oprávnění k provádění restaurátorských prací v daném oboru), z účasti v zadávacím řízení. Zadavatel téhož dne rozhodl i o výběru nejvhodnější nabídky, kterou podal vybraný uchazeč.
13. Proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky podal dopisem ze dne 23.6.2009 uchazeč SWIETELSKY námítky s tím, že ve své nabídce prokazatelně uvedl hodnotu prací provedených na kulturních památkách ve výši 339 501 000,00 Kč bez DPH. Zadavatel však do hodnocení

zahrnul pouze částku ve výši 23 570 899,00 Kč bez DPH. Zadavatel rozhodnutím ze dne 25.6.2009 námitce uchazeče nevyhověl. Proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky podal dopisem ze dne 25.6.2009 námitky i uchazeč BANKOVNÍ STAVBY s tím, že ve své nabídce prokazatelně uvedl hodnotu prací provedených na kulturních památkách ve výši 125 552 717,00 Kč bez DPH. Zadavatel však do hodnocení tuto částku nezahrnul a uchazeči v rámci hodnocení subkritéria přidělil 0 bodů. Zadavatel rozhodnutím ze dne 29.6.2009 námitce uchazeče nevyhověl.

14. Zadavatel dne 20.7.2009 uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu o dílo č. 782/2009 v ceně díla 9 483 943,00 Kč bez DPH a 11 285 892,00 Kč včetně DPH. Zadavatel následně uzavřel dne 25.3.2010 s vybraným uchazečem smlouvu označenou jako Dodatek č. 1 ke smlouvě o dílo č. 782/2009. Předmětem uvedeného dodatku je provedení víceprací specifikovaných příloženým rozpočtem v ceně 446 739,27 Kč bez DPH a 536 087,03 Kč včetně DPH. Zadavatel následně uzavřel dne 9.9.2010 s vybraným uchazečem smlouvu označenou jako Dodatek č. 2 ke smlouvě o dílo č. 782/2009. Předmětem uvedeného dodatku je provedení víceprací specifikovaných příloženým rozpočtem v hodnotě 1 377 502,00 Kč bez DPH (pozn. jako celková cena je v dodatku, po odpočtu rezervy v hodnotě 627 835,00 Kč bez DPH, uvedena částka 749 667,00 Kč bez DPH a 899 600,00 Kč včetně DPH) a dále posunutí termínu dokončení a předání díla z původního termínu 20.9.2010 na nový termín 15.12.2010. Celková hodnota víceprací prezentovaná dodatky č. 1 a č. 2 tak činí 1 824 241,00 Kč bez DPH, což představuje 19,23 % hodnoty původní veřejné zakázky.

### **Řízení před správním orgánem**

15. Po posouzení předložené dokumentace Úřad zahájil správní řízení z moci úřední. Důvodem byly následující pochybnosti:
- Zadavatel jako dílčí hodnotící kritérium stanovil „součet cen provedených prací, bez subdodávek, na kulturních památkách zapsaných v ÚSKP ČR za posledních pět let...“.
  - Zadavatel v oznámení o zakázce stanovil požadavek na doložení dokladů, prokazujících „příslušné živnostenské oprávnění či licenci na restaurátorské práce“. 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.
  - Vybraný uchazeč v nabídce nedoložil prokázání splnění základních kvalifikačních předpokladů způsobem stanoveným zadavatelem v zadávací dokumentaci.
16. Úřad zahájení správního řízení oznámil zadavateli, který je podle § 116 zákona účastníkem řízení, dne 16.2.2012. Téhož dne, kdy bylo oznámení zadavateli doručeno, bylo podle § 113 odst. 1 zákona správní řízení zahájeno.

### **Vyjádření zadavatele**

17. Zadavatel se ke skutečnostem uvedeným v oznámení o zahájení řízení vyjádřil dne 23.2.2012 a uvedl následující argumenty.

18. K dílčímu hodnotícímu kritériu „součet cen provedených prací, bez subdodávek, na kulturních památkách za posledních pět let“ zadavatel uvedl, že v zadávací dokumentaci je stanoveno, 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“. Zadavatel se domníval, že pokud by stanovil minimální úroveň technických kvalifikačních předpokladů předem, dopustil by se diskriminace uchazečů, protože by již předem hodnotil úroveň jejich technických předpokladů. Zadavatel má za to, že tímto postupem nedošlo k diskriminaci některého uchazeče, přičemž hodnotil kritérium, které nejvíce vypovídá o kvalitě prací nabízeného plnění.
19. Zadavatel v oznámení o zakázce stanovil požadavek na doložení dokladů, prokazujících „příslušné živnostenské oprávnění či licenci na restaurátorské práce“. Zadávací dokumentace další upřesnění tohoto požadavku neobsahuje. K této skutečnosti zadavatel uvedl, že součástí zadávací dokumentace bylo též „Závazné stanovisko – Vysoké Sedliště, areál kostela sv. Václava, NKP r.č. ÚSKP 18903/1 - 1977 – celková obnova“, vydané Městským úřadem Tachov, odborem školství a kultury, dne 10.2.2009 pod č.j. 14/2009-OŠK-8/Děd (přiloženo v příloze vyjádření zadavatele). V tomto stanovisku je specifikováno, jaké restaurátorské práce může provádět odborník - restaurátor a jaké příslušné povolení MK ČR musí mít. Důvodem žádosti na NPÚ o sdělení, jaký obor restaurování je k plnění předmětu veřejné zakázky potřeba, bylo, že výkaz výměr neobsahuje veškeré práce popisované v závazném stanovisku MěU Tachov a dále i to, že popis oboru v „Povolení k restaurování“ vydávané MK ČR restaurátorům nemá jednoznačné znění a pro výklad se zadavatel necítil kompetentní.
20. Ke zjištění Úřadu, že vybraný uchazeč v nabídce nedoložil prokázání splnění základních kvalifikačních předpokladů způsobem stanoveným zadavatelem v zadávací dokumentaci zadavatel uvedl, že vzhledem k tomu, že se jednalo o podlimitní veřejnou zakázku, hodnotící komise posoudila předložené čestné prohlášení o splnění základních kvalifikačních předpokladů jako dostačující. Prokázání splnění základních kvalifikačních předpokladů mohlo být doloženo i výpisem z rejstříku kvalifikovaných dodavatelů a vzhledem k tomu, že vybraný uchazeč byl v tomto rejstříku zapsán, hodnotící komise si mohla pravdivost čestného prohlášení ověřit nahlédnutím do rejstříku (zadavatel v příloze přikládá výpisy z rejstříku kvalifikovaných dodavatelů ze dne 20.3.2008, včetně aktualizace ze dne 6.10.2009). Vyloučením uchazeče z důvodu doložení skutečností, které by bylo možno ověřit jiným způsobem, považovala komise za diskriminaci uchazeče a požadování něčeho nad rámec minimálních požadavků daných zákonem.
21. Zadavatel se ve správním řízení vyjádřil dále dopisem ze dne 2.4.2012, ve kterém doplnil svoje předchozí vyjádření o následující skutečnosti.
22. K dílčímu hodnotícímu kritériu „součet cen provedených prací, bez subdodávek, na kulturních památkách za posledních pět let“ zadavatel uvedl, že cílem zadavatele v zadávacím řízení byl výběr nejvhodnější nabídky nejen z hlediska ceny, ale rovněž z hlediska dosažení maximální kvality prací při rekonstrukci objektu, který je kulturní památkou. Z tohoto důvodu zvolil jako základní hodnotící kritérium ekonomickou výhodnost nabídky, přičemž měl v úmyslu stanovit dílčí hodnotící kritérium, které by nabízenou kvalitou prací vyjadřovalo. Smyslem předmětného

hodnotícího kritéria tedy nebylo ověřit způsobilost uchazečů k realizaci plnění, ale porovnat nabídky z kvalitativního hlediska, tj. z hlediska odborných kvalit a řemeslné zručnosti uchazečů. Zároveň hodlal předejít případným komplikacím, které by mohly vyplynout z hodnocení kritérií subjektivního charakteru. Vymezením tohoto kritéria jako kvantitativního tedy zadavatel hodlal zajistit objektivitu hodnocení. Zadavatel podotýká, že předmětnému kritériu přidal váhu 20 %. Jeho dopad na výsledek zadávacího řízení je tedy pouze minoritní. Zadavatel dále upozorňuje, že ačkoli v rámci zadávacího řízení došlo k podání námitek, jejich předmětem nebylo zařazení uvedeného hodnotícího kritéria, ale dodavatelé napadali skutečnost, že zadavatel některé jimi uváděné práce při hodnocení neuznal.

23. K požadavku na doložení dokladů, prokazujících „příslušné živnostenské oprávnění či licenci na restaurátorské práce“ zadavatel uvedl, že podle jeho názoru zákon nestanoví povinnost v zadávací dokumentaci podrobně specifikovat, jaká konkrétní živnostenská oprávnění či licence zadavatel požaduje (viz § 44 odst. 3 zákona). Skutečnost, že oznámení o zakázce obsahovalo větší rozsah informací než zadávací dokumentace, tak nelze pokládat za porušení zákona ani za okolnost, která by měla vést k nejistotě uchazečů. V případě profesních kvalifikačních předpokladů je obvyklé, že zadavatelé nevymezují konkrétní požadavky na licence či oprávnění a ponechávají na uchazečích, aby na základě svých odborných znalostí předložili oprávnění k podnikání, odpovídající předmětu plnění. Takový postup není v rozporu se zákonem, neboť pro kategorii profesních kvalifikačních předpokladů zákon nestanoví povinnost specifikovat požadovanou minimální úroveň. Naopak z § 54 zákona lze dovodit, že rozsah požadované profesní kvalifikace vyplývá již ze zákona, resp. z předmětu veřejné zakázky, a zadavatel není oprávněn tyto požadavky limitovat či vymezovat odlišným způsobem. V daném případě zadavatel předmět plnění v zadávacích podmínkách jednoznačně vymezil, přičemž z výkazu výměr – položky „Celoplošné restaurátorské fixování maleb a výzdoby stěn a kleneb“ bylo patrné, že součástí plnění je mj. restaurování malířských uměleckých děl, k němuž musí dodavatel disponovat příslušnou licenci vydanou MK ČR. Zadavatel má za to, že k pochybnostem o správnosti jeho postupu vedl postup hodnotící komise, která při druhém jednání dospěla k závěru, že uvedením odlišného textu požadavku v oznámení o zakázce a v zadávací dokumentaci byl porušen zákon a rozhodla se pro „nápravné opatření“, tedy pro výzvu uchazečům k doplnění licence. S ohledem na výše uvedené je zadavatel přesvědčen, že závěr komise o porušení zákona byl mylný (o pochybení by se dalo uvažovat, pokud by zadávací dokumentace obsahovala požadavky neuvedené v oznámení o zakázce). Následný postup komise pak po věcné stránce zcela odpovídá postupu předvídanému v § 59 odst. 4 zákona, tj. komise vyzvala uchazeče, kteří nedoložili požadovanou licenci, k jejímu dodatečnému doplnění. Tento úkon komise proto nelze pokládat za nezákonný. Obdobně nelze pokládat za porušení zákona skutečnost, že si komise až po prvotním posouzení kvalifikace uchazečů ověřovala, jaké licence jsou k prokázání kvalifikace nezbytné. Porušení zákona se nedopustil ani zadavatel při vymezení předmětného požadavku, když tento požadavek vymezil dostatečným způsobem v oznámení o zakázce, jak mu ukládá ustanovení § 50 odst. 2 zákona. Bližší specifikaci v zadávací dokumentaci zákon nepožaduje.

24. Ke zjištění Úřadu, že vybraný uchazeč v nabídce nedoložil prokázání splnění základních kvalifikačních předpokladů způsobem stanoveným v zadávací dokumentaci zadavatel uvedl, že se jedná pouze o formální pochybení komise, které nemělo vliv na výsledek zadávacího řízení

a bylo zapříčiněno domněnkou, že s ohledem na ustanovení § 62 odst. 2 zákona je u podlimitní veřejné zakázky předložení čestného prohlášení postačující. Zadavatel poukazuje na skutečnost, že v rámci posuzování kvalifikace byli uchazeči vyzýváni k dodatečnému doplnění dokladů. Je tedy zřejmé, že pokud by komise posoudila způsob prokázání splnění uvedených kvalifikačních předpokladů vybraným uchazečem jako nedostatečný, nemohla by ho bez dalšího vyloučit, neboť by tím porušila zásadu rovného zacházení. Uchazeč by tedy musel být vyzván k dodatečnému doplnění požadovaných dokladů a je zřejmé, že by je byl schopen doložit. Tato skutečnost je zřejmá nejen z čestného prohlášení předloženého v nabídce, ale rovněž z toho, že vybraný uchazeč je od 31.10.2007 nepřetržitě zapsán v seznamu kvalifikovaných dodavatelů (což si zadavatel mohl nezávisle ověřit). Při posouzení kvalifikace vybraného uchazeče se tedy zadavatel nedopustil pochybení, které by mělo na výsledek zadávacího řízení vliv.

### **Závěry Úřadu**

25. Úřad přezkoumal na základě § 112 zákona případ ve všech vzájemných souvislostech. Po zhodnocení všech podkladů, vyjádření účastníka řízení a na základě vlastních zjištění konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky. K tomu uvádí následující rozhodné skutečnosti.

#### **Ad I.1. výroku – zadavatel nedodržel postup stanovený v § 50 odst. 4 zákona, podle kterého kvalifikační předpoklady nemohou být předmětem hodnotících kritérií**

26. V šetřeném případě zadavatel jako základní hodnotící kritérium zvolil ekonomickou výhodnost nabídky, přičemž jako v pořadí druhé dílčí hodnotící kritérium v zadávací dokumentaci stanovil „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“ (dále jen „reference“).

27. Úřad konstatuje, že zadavatel tímto způsobem do pozice kritéria hodnocení určil aspekt, který je předmětem prokazování splnění kvalifikace, a to konkrétně – v případě veřejných zakázek na stavební práce – k prokazování splnění technických kvalifikačních předpokladů ve smyslu § 56 odst. 3 písm. a) zákona. Podle citovaného ustanovení zákona může zadavatel k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na stavební práce požadovat seznam stavebních prací provedených dodavatelem za posledních 5 let a osvědčení objednatelů o řádném plnění nejvýznamnějších z těchto stavebních prací, přičemž zadavatel musí v této souvislosti ve smyslu § 56 odst. 7 zákona současně vymezit rozsah požadovaných informací a dokladů, způsob prokázání splnění těchto kvalifikačních předpokladů a jejich minimální úroveň, odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky.

28. Zákon v zadávacím řízení striktně rozlišuje požadavky na kvalifikaci dodavatele (§ 50 až 56 zákona), které jsou předpokladem účasti dodavatele v zadávacím řízení, od hodnotících kritérií (§ 78 zákona). Aspekty týkající se požadavků na prokázání splnění kvalifikace proto nemohou být zaměňovány s hodnotícími kritérii pro zadání veřejné zakázky, neboť posouzení kvalifikace



(§ 59 zákona) musí zadavatel provést odděleně od hodnocení nabídek, které provádí hodnotící komise podle hodnotících kritérií uvedených v zadávacích podmínkách (§ 79 zákona). Zadavatel v zadávacím řízení tedy nejprve posoudí kvalifikaci uchazečů – tj. ověří jejich způsobilost k plnění veřejné zakázky – a to na základě prokázání splnění kvalifikačních předpokladů, stanovených zadavatelem v rámci zákona. Posuzování kvalifikace je tedy vztaženo vždy přímo k „osobě“ uchazeče. Při hodnocení nabídek je pak hodnocena již jen ekonomická výhodnost vlastní nabídky, a to na základě zadavatelem stanovených hodnotících kritérií. Z uvedených důvodů proto nelze kvalifikační předpoklady použít jako hodnotící kritéria pro hodnocení nabídek, tak jak je také výslovně uvedeno v § 50 odst. 4 zákona.

29. V šetřeném případě zadavatel stanovil jako dílčí hodnotící kritérium ekonomické výhodnosti nabídky „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 ustanovení § 6 zákona pro všechny potenciální uchazeče stejná a současně i přiměřená předmětu veřejné zakázky.
30. Takto zadavatelem zvolené hodnotící kritérium je tedy z uvedených důvodů pro hodnocení nabídek uchazečů nepřípustné. Tím, že je v tomto smyslu použil, zadavatel nedodržel postup stanovený v § 50 odst. 4 zákona, podle kterého ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady a technické kvalifikační předpoklady nemohou být předmětem hodnotících kritérií.
31. Tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit i výběr nejvhodnější nabídky, neboť do procesu hodnocení nabídek vstoupila úvaha zadavatele o úrovni „referencí“ – viz zadávací dokumentace: „nejvyšší bodové ohodnocení získá nabídka uchazeče, který provedl za posledních pět let největší objem vlastních prací ve finančním vyjádření na objektech zapsaných v ÚSKP ČR“ – což zákon v § 50 odst. 4 vylučuje.
32. K argumentům zadavatele uváděným v této souvislosti v jeho stanoviscích ze dne 23.2.2012 a ze dne 2.4.2012 (zadavatel namítá, že předmětnému kritériu přidělil váhu 20 % a jeho dopad na výsledek zadávacího řízení je tedy podle zadavatele minimální) Úřad konstatuje, že nabídková cena vybraného uchazeče činila 9 483 943,00 Kč a byla tedy až v pořadí třetí nejnižší nabídkovou cenou (uchazeč SWIETELSKY jako nabídkovou cenu uvedl částku 9 360 968,20 Kč a uchazeč BANKOVNÍ STAVBY částku 9 273 363,00 Kč vše bez DPH). Bodové hodnocení v rámci kritéria „reference“ tedy v šetřeném případě bylo v konečném důsledku pro výběr nejvhodnější nabídky naopak rozhodující, neboť dokázalo „eliminovat“ skutečnost, že jmenovaní uchazeči nabídli nižší nabídkovou cenu než vybraný uchazeč, a to při 80 % váze dílčího kritéria hodnocení „nabídková cena“.
33. Úřad v této souvislosti připomíná rovněž skutečnost, že zadavatel v rámci hodnocení nabídek v případě uchazeče SWIETELSKY hodnotu prací provedených tímto uchazečem na kulturních památkách snížil, resp. v případě uchazeče BANKOVNÍ STAVBY hodnotu prací provedených na kulturních památkách při hodnocení nezohlednil vůbec (viz bod 11. odůvodnění). Vzhledem k tomu, že však již přímo zařazením „hodnoty referencí“ do předmětu hodnocení nabídek

zadavatel nedodržel postup stanovený v zákoně, nebylo nutné se postupem zadavatele při „krácení“ hodnot při hodnocení kritéria „reference“, které samo o sobě mohlo mít na hodnocení nabídek rovněž vliv, dále zabývat. Skutečnost, že žádný z uchazečů neměl proti stanovení předmětného hodnotícího kritéria námitky pak nemůže mít na závěr Úřadu žádný vliv, neboť za průběh zadávacího řízení a dodržování zákona je ve smyslu § 151 odst. 3 zákona vždy odpovědný jedině zadavatel.

#### **Ad I.2. výroku – zadavatel nesplnil povinnost dodržovat zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace**

34. Zadavatel v zadávací dokumentaci stanovil, že „uchazeč prokazuje splnění základních kvalifikačních předpokladů podle § 53 odst. 1 písm. a), b), f) a h) zákona předložením dokladů uvedených v § 53 odst. 2 písm. a) zákona všemi osobami uvedenými v § 53 odst. 1 písm. a), a b) zákona a v § 53 odst. 2 písm. b) a c) zákona uchazečem“. Jak vyplývá z dokumentace, vybraný uchazeč v nabídce sice doložil výpis z evidence Rejstříku trestů jednatele společnosti, prokázání splnění základních kvalifikačních předpokladů podle § 53 odst. 1 písm. f) a h) zákona však učinil pouze formou čestného prohlášení, aniž by v této souvislosti doložil příslušná potvrzení, tak jak stanovil zadavatel. Z uvedené skutečnosti vyplývá, že vybraný uchazeč v nabídce neprokázal splnění části základních kvalifikačních předpokladů způsobem stanoveným zadavatelem
35. Úřad při posuzování postupu zadavatele však nemohl pominout skutečnost, že zadavatel v rámci posuzování kvalifikace uchazečům umožnil předložit další dodatečné informace či doklady, prokazující splnění kvalifikačních předpokladů (viz bod 8. odůvodnění). Aby byly dodrženy základní zásady postupu zadavatele stanovené v § 6 zákona, měl zadavatel v takovém případě povinnost umožnit vybranému uchazeči předložit další dodatečné informace či doklady, týkající se prokazování i základních kvalifikačních předpokladů. To však zadavatel z důvodu pochybení hodnotící komise, která při posuzování kvalifikace předmětnou skutečnost nezjistila, neučinil.
36. Tím, že zadavatel nejednal vůči všem dodavatelům 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 v šetřeném případě dal – zadavatel nedodržel základní zásady postupu zadavatele stanovené v § 6 zákona, a to zásadu rovného zacházení a zásadu zákazu diskriminace. Tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit i výběr nejvhodnější nabídky, pokud by vybraný uchazeč kvalifikaci v požadovaném rozsahu neprokázal.

#### **Ad II. výroku – uložení pokuty**

37. Podle § 120 odst. 1. písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně

ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu s uchazečem podle § 82 zákona.

38. Úřad, v podrobnostech s odkazem na výše uvedené, konstatuje, že zadavatel v šetřeném případě nedodržel postup stanovený v § 50 odst. 4 zákona, přičemž uvedený postup zadavatele podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky (bod I.1. výroku). Úřadem konstatované nesplnění povinnosti dodržovat zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace stanovené v § 6 zákona pak výběr nejvhodnější nabídky ovlivnit mohlo (bod I.2. výroku). Tím, že zadavatel uzavřel dne 20.7.2009 s vybraným uchazečem smlouvu o dílo v celkové hodnotě 9 483 943,00 Kč bez DPH a 11 285 892,00 Kč včetně DPH, zadavatel naplnil skutkovou podstatu správního deliktu ve smyslu ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
39. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl na základě podnětu stěžovatele obdržení dne 17.10.2011. Ke spáchání správního deliktu pak došlo dnem uzavření smlouvy, tj. dne 20.7.2009. Z uvedeného vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt podle zákona v předmětném zadávacím řízení nezanikla.
40. Podle § 120 odst. 2 zákona se zadavateli za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky nebo do 10 mil. Kč, pokud cena zakázky nebyla nabídnuta, jde-li o správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu, činí v šetřeném případě podle smlouvy 11 285 892,00 Kč včetně DPH. Horní hranice možné pokuty tak ve smyslu § 120 odst. 2 písm. a) zákona činí 564 294,60 Kč.
41. Podle § 121 odst. 2 zákona, se při určení výše pokuty přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
42. Co se týče způsobu, resp. okolností, za kterých byl správní delikt spáchán, Úřad zjistil, že zadavatel stanovil jako dílčí hodnotící kritérium ekonomické výhodnosti nabídky „reference“, které jsou jedním z technických kvalifikačních předpokladů. Zadavatel nedodržel postup stanovený v § 50 odst. 4 zákona, podle kterého ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady a technické kvalifikační předpoklady nemohou být předmětem hodnotících kritérií. Následkem úkonu zadavatele pak v šetřeném případě byla skutečnost, že o výběru nejvhodnější nabídky nerozhodovala v uvedených souvislostech případu ekonomická výhodnost nabídky (viz bod 32. odůvodnění). Co se týče nedodržení zásad rovného zacházení a zákazu diskriminace při posuzování splnění kvalifikace Úřad zjistil, že k porušení zákona došlo tím, že zadavatel nerovným způsobem přistupoval k jednotlivým uchazečům. Zadavatel sice dopisem ze dne 26.5.2009 uchazeče vyzval k případnému doplnění, resp. vysvětlení nabídek, v rámci této výzvy však vybraného uchazeče nevyzval – a tedy mu ani neumožnil – předložit další dodatečné informace či doklady, týkající se prokazování základních kvalifikačních předpokladů.
43. Co se týče stupně závažnosti správního deliktu Úřad konstatuje, že postup zadavatele uvedený ve výroku I.1. rozhodnutí nepochybně podstatným způsobem ovlivnil výsledek zadávacího

řízení. Úřad proto okolnosti a následky spáchání správního deliktu zadavatelem posoudil jako závažné. Postup zadavatele zohledněný Úřadem pod bodem I.2. výroku pak ovlivnění výběru nejhodnější nabídky obsahoval pouze potenciálně.

44. S přihlédnutím k okolnostem spáchání správního deliktu a k nutnosti naplnění sankčních účinků proto Úřad zadavateli uložil pokutu ve výši 100 000 Kč, tedy v cca 1/5 možné zákonné sazby s tím, že ji s ohledem na funkce právní odpovědnosti, která má uložená sankce splnit – (tj. postih za porušení povinností stanovených zákonem, resp. prevence, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je s ním v souladu) – považuje z tohoto pohledu za vyváženou a rovněž i okolnostem, za kterých byl správní delikt spáchán, za přiměřenou.
45. Při určení výše pokuty však Úřad musel vzít v úvahu i ekonomickou situaci zadavatele, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“ (viz nálezný Ústavního soudu č. 405/2002 Sb., podle kterého jsou nepřípustné takové pokuty, jež mají pro daný subjekt likvidační charakter). Z rozpočtu města Planá na rok 2012, zveřejněného na internetových stránkách zadavatele, vyplývá, že zadavatel podle schváleného rozpočtu předpokládá v roce 2012 příjmy ve výši 69,255 mil. Kč. Vzhledem k této skutečnosti Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel v rámci svého rozpočtu disponuje, považovat za likvidační.
46. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť veřejná zakázka je již realizována a nápravy tedy nelze dosáhnout jinak. Uložená pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu Brno zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710. Jako variabilní symbol zadavatel uvede své identifikační číslo.

#### **K ostatním skutečnostem uvedeným v oznámení o zahájení správního řízení ze dne 16.2.2012**

47. Jak Úřad z dokumentace o veřejné zakázce zjistil, zadavatel v zadávacích podmínkách v rámci profesních kvalifikačních předpokladů stanovil požadavek na doložení dokladů, prokazujících „příslušné živnostenské oprávnění či licenci na restaurátorské práce“. Zadavatel však až po podání nabídek ověřoval, zda je pro realizaci předmětu veřejné zakázky potřeba licence restaurátora. Teprve na základě obdržené informace uchazeče vyzval, aby v tomto smyslu případně doplnili nabídky. Úřad konstatuje, že v této věci akceptoval 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 k předmětné akci, ve kterém je specifikováno, jaké restaurátorské práce může provádět odborník - restaurátor a jaké příslušné povolení MK ČR musí mít, přičemž důvodem ověření byla skutečnost, že výkaz výměr neobsahuje veškeré práce, popisované v tomto stanovisku.
48. Úřad ověřil, že součástí projektové dokumentace, která byla přílohou zadávací dokumentace, je i dokladová část, která obsahuje mj. předmětné závazné stanovisko MěÚ Tachov, ve kterém je uvedena podmínka, že restaurátorské práce na obnově výmalby kostela musí provádět

restaurátor s příslušným povolením MK ČR k restaurování malířských děl, restaurátorské práce na štukových architektonických člancích musí provádět restaurátor s příslušným povolením MK ČR k restaurování umělecko-řemeslných děl z kamene a restaurátorské práce na obnově malovaných okenních výplní musí provádět restaurátor s příslušným povolením MK ČR k restaurování sklomaleb v olověné síti. Srovnáním položek výkazu výměr Úřad ověřil, že předmětem plnění veřejné zakázky pak jsou položky obsahující štukatérské práce a restaurování maleb v interiéru. Práce na obnově malovaných okenních výplní výkaz výměr neobsahuje a předmětem plnění tedy tyto práce nejsou. Požadavek zadavatele, aby uchazeči v rámci prokázání své způsobilosti k plnění veřejné zakázky předložili i oprávnění vydané MK ČR restaurátorovi v oboru malířských uměleckých děl, resp. v oboru umělecko řemeslných děl z kamene, za odůvodněné předmětem veřejné zakázky. Pokud pak zadavatel v šetřeném případě uchazečům umožnil, aby na základě upřesnění požadavků na prokázání splnění kvalifikace (byť podle názoru Úřadu z dokumentace dostatečně zřejmých) případně doplnili či předložili další dodatečné informace či doklady, prokazující splnění předmětné části kvalifikace, jednal tak v souladu s ustanovením § 59 odst. 4 zákona. Úřad uvedené doplňuje, že za alespoň částečné splnění příslušné části kvalifikace akceptoval i doložení pouze příslušného živnostenského oprávnění v nabídce uchazeče.

49. K uzavření dodatků smlouvy (viz bod 14. odůvodnění) Úřad pro úplnost provedeného šetření konstatuje, že celková hodnota víceprací prezentovaná dodatky č. 1 a č. 2 činí 1 824 241,00 Kč bez DPH, což představuje 19,23 % hodnoty původní veřejné zakázky. Uzavření dodatků č. 1 a č. 2 k původní smlouvě tedy bylo možné v režimu jednacního řízení bez uveřejnění ve smyslu ustanovení § 23 odst. 7 písm. a) zákona, neboť z dokumentace je zřejmé, že byly naplněny všechny podmínky stanovené v bodech 1. až 3. citovaného ustanovení zákona.

## POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 7, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová  
místopředsedkyně

**Obdrží:**

Město Planá, náměstí Svobody 1, 348 15 Planá

**Vypraveno dne:**

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