



UOHSX004JZNZ

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S117/2012/VZ-22719/2012/521/SWa

Brno 30. listopadu 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 20. 6. 2012 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel – statutární město Plzeň, IČ 00075370, se sídlem náměstí Republiky 1/1, 306 32 Plzeň,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání veřejné zakázky „Stadion Štruncovy sady - tribuny + atletika, Rekonstrukce stadionu ve Štruncových sadech“, v užším řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 25. 1. 2011 pod ev. č. 60055505 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 28. 1. 2011 pod evid. č. 2011/S 19-030192,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – statutární město Plzeň, IČ 00075370, se sídlem náměstí Republiky 1/1, 306 32 Plzeň – 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 § 51 odst. 4 a 5 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů v návaznosti na § 6 citovaného zákona o veřejných zakázkách, když v důsledku stanovení

požadavku na předložení jedné účetní závěrky, z níž musí současně vyplývat hodnota indexu důvěryhodnosti (2,0) a zároveň musí být splněny zadavatelem stanovené minimální hodnoty poměrových ukazatelů, omezil možnost dodavatelů prokázat uvedený požadavek zadavatele společně se subdodavatelem nebo společně v rámci společné žádosti o účast, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a zadavatel dne 6. 5. 2011 uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem – společnostmi

- Metrostav a. s., IČ 00014915, se sídlem Koželužská 2246, 180 00 Praha 8,
- H.A.N.S. stavby, a. s., IČ 27124355, se sídlem Holušická 2253, 148 00 Praha,
- STRABAG a. s., IČ 60838744, se sídlem Na Bělidle 21/198, 150 00 Praha 5,

které podaly na základě smlouvy o sdružení ze dne 18. 2. 2011 společnou žádost o účast a společnou nabídku.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného v bodu I. se zadavateli – statutární město Plzeň, IČ 00075370, se sídlem náměstí Republiky 1/1, 306 32 Plzeň – podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů **ukládá**

pokuta ve výši 500 000 Kč (pět set tisíc korun českých).

Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu Brno.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – statutární město Plzeň, IČ 00075370, se sídlem náměstí Republiky 1/1, 306 32 Plzeň (dále jen „zadavatel“) uveřejnil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, (dále jen „zákon“) v informačním systému o veřejných zakázkách dne 25. 1. 2011 pod ev. č. 60055505 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 28. 1. 2011 pod evid. č. 2011/S 19-030192 oznámení užšího řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Stadion Štruncovy sady - tribuny + atletika, Rekonstrukce stadionu ve Štruncových sadech“ (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Z protokolu o vyhodnocení kvalifikace a omezení počtu zájemců ze dne 24. 2. 2011 vyplývá, že zadavatel ve stanovené lhůtě obdržel celkem sedm žádostí o účast v užším řízení. Zadavatel po posouzení splnění kvalifikačních předpokladů rozhodl dne 25. 2. 2011 o vyloučení zájemce o účast v užším řízení – společnosti
 - IMOS holding, a. s., IČ 25866681, se sídlem Olomoucká 174, 627 00 Brno, jejímž jménem jedná Ing. Oldřich Štercl, předseda představenstva,

- IMOS Brno, a. s., IČ 25322257, se sídlem Olomoucká 174, 627 00 Brno, jejímž jménem jedná Ing. Oldřich Štercl, předseda představenstva,

kteřé podaly na základě smlouvy o sdružení ze dne 17. 2. 2011 společnou žádost o účast, (dále jen „navrhovatel“) z účasti v zadávacím řízení, neboť neprokázal splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů. Proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení podal navrhovatel námitky, kterým zadavatel nevyhověl, a vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dopisem ze dne 24. 3. 2011 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „návrh“) k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“). Úřad obdržel návrh dne 25. 3. 2011 a tímto dnem bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele sp. zn. S114/2011/VZ. Vyjádření zadavatele k návrhu a dokumentaci o zadání veřejné zakázky obdržel Úřad dne 31. 3. 2011. Usnesením č. j. ÚOHS-S114/2011/VZ-11213/2011/530/SWa ze dne 16. 9. 2011 Úřad správní řízení sp. zn. S114/2011/VZ zastavil, neboť navrhovatel vzal svůj návrh zpět.

3. Dne 29. 3. 2011 obdržel Úřad podnět k přezkoumání postupu zadavatele při zadávání předmětné veřejné zakázky evidovaný pod sp. zn. P275/2011/VZ.
4. Na základě obdrženého podnětu sp. zn. P275/2011/VZ a v rámci správního řízení sp. zn. S114/2011/VZ zahájeného na návrh Úřad přezkoumal dokumentaci pořízenou v souvislosti s předmětným zadávacím řízením, a protože po jejím posouzení získal pochybnosti o tom, zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky postupoval v souladu se zákonem, zahájil správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem.
5. Zadavatel dne 5. 5. 2011 rozhodl, že nevhodnější nabídku předložil uchazeč – společnosti
 - Metrostav a. s., IČ 00014915, se sídlem Koželužská 2246, 180 00 Praha 8, jejímž jménem jedná Ing. Jiří Bělohav, předseda představenstva, a Ing. Zdeněk Šinovský, místopředseda představenstva,
 - H.A.N.S. stavby, a. s., IČ 27124355, se sídlem Holušická 2253, 148 00 Praha, jejímž jménem jedná Ing. Arch. Jan Jarolímek, místopředseda představenstva,
 - STRABAG a. s., IČ 60838744, se sídlem Na Bělidle 21/198, 150 00 Praha 5, jejímž jménem jedná Ing. Jaroslav Katzer, předseda představenstva, a Ing. Josef Krátký, člen představenstva,

kteřé podaly na základě smlouvy o sdružení ze dne 18. 2. 2011 společnou žádost o účast a společnou nabídku, (dále jen „vybraný uchazeč“) a dne 6. 5. 2011 zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na plnění veřejné zakázky.

II. SPRÁVNÍ ŘÍZENÍ

6. Účastníkem správního řízení je podle § 116 zákona zadavatel.
7. Zahájení správního řízení oznámil Úřad dopisem č. j. ÚOHS-S117/2012/VZ-3684/2012/550/SWa ze dne 19. 6. 2012.

8. Úřad dále zadavateli usnesením č. j. ÚOHS-S117/2012/VZ-3685/2012/550/SWa ze dne 19. 6. 2012 stanovil lhůtu, v níž mohl navrhopvat důkazy, či činit jiné návrhy a vyjádřit své stanovisko v řízení, a lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

III. VYJÁDŘENÍ ZADAVATELE

9. Vyjádření zadavatele ze dne 18. 4. 2012 obdržel Úřad téhož dne. Zadavatel je přesvědčen, že zvolený způsob nastavení kvalifikace neporušuje zákon a je přitom jediným smysluplným postupem, jak k prokazování daných kvalifikačních předpokladů přistupovat. Smyslem tohoto složeného kvalifikačního předpokladu (index IN01, běžná likvidita, celková zadluženost, obrat ve stavební výrobě) bylo omezení rizika budoucí finanční nestability vybraného uchazeče a výběr takových dodavatelů, u nichž existuje reálná pravděpodobnost, že budou schopni řádně dokončit dílo a nést závazky z titulu poskytnutých záruk a zároveň budou schopni uspokojit případné finanční pohledávky zadavatele vůči zhotoviteli.
10. K jednotlivým dílčím ukazatelům zadavatel uvádí následující. Bankrotně-bonitní index IN01 je obecně uznávanou metodou komplexního hodnocení podniku, které jednak vypovídá o schopnosti podniku tvořit hodnotu (tedy o jeho perspektivě) a zároveň může jít o indikátor blížící se bankrotní situace. Zadavatelem požadovaná hodnota (2,0) je těsně nad hodnotou, kde končí tzv. šedá zóna a začíná pásma znamenající bonitní a perspektivní podnik. Běžná likvidita obecně sleduje schopnost dodavatele hradit své krátkodobé závazky. V daném případě se vychází z poměru oběžných aktiv a krátkodobých závazků a hodnota 1,5 je stanovena na minimální úrovni doporučené odbornou literaturou. Celková zadluženost poměřuje celkové dluhy k aktivům společnosti a zadavatel se domnívá, že její požadovaná hodnota byla nastavena velmi benevolentně s ohledem na aktuální situaci ve stavebním sektoru. Obrat ve stavební výrobě byl součástí složeného kvalifikačního předpokladu podle bodu 6.2 kvalifikační dokumentace z důvodu, že výše zmíněné ukazatele mají pro zadavatele smysl jen tehdy, je-li vedle ekonomické stability (která je poměřována uvedenými ukazateli) dána též ekonomická robustnost, tedy skutečnost, že podnik vyvíjí ekonomickou aktivitu určitého rozsahu. Stabilita bez robustnosti by byla bez významu, neboť hospodářsky velmi stabilní může být např. společnost, která nevyvíjí žádnou aktivitu, resp. u takových společnostech lze manipulativně dosáhnout dobrých poměrových ukazatelů, nicméně o její schopnosti plnit veřejnou zakázku to nesvědčí.
11. Kvalifikační předpoklad podle bodu 6.2 kvalifikační dokumentace je z výše zmíněných důvodů předpokladem nedělitelným v tom směru, že dává smysl pouze tehdy, je-li jako celek vztahován k jedinému subjektu. Jak již bylo uvedeno, poměrové ukazatele jako je např. likvidita či celková zadluženost jsou sice velmi významné, nicméně samy o sobě bez kontextu s parametrem svědčícím o provozní zdatnosti (tedy s obratem) nemají smysl, neboť jich lze poměrně jednoduše dosáhnout v „laboratorních“ podmínkách (skrze prázdnotu společnost nevyvíjející žádnou aktivitu). Nutnost nahlížet na uvedené ukazatele ve vzájemné souvztažnosti dokládá ale i jiný pohled – k ukazatelům běžné likvidity a celkové zadluženosti je třeba říci, že tyto působí v praxi ve vzájemné vazbě, a to protisměrně. To znamená, že například díky zvýšenému zadlužení lze získat více oběžných aktiv a dochází tak

k vylepšování jednoho ukazatele na úkor druhého. Proto je nutné, aby oba ukazatele plnily požadované hodnoty zároveň, a to za jednu účetní jednotku.

12. Zadavatel je přesvědčen o tom, že na kvalifikační předpoklad podle bodu 6.2 kvalifikační dokumentace lze pohlížet pouze komplexně, jelikož opačný pohled připouštějící dílčí (izolované) posuzování a prokazování jeho jednotlivých složek by popíral smysl institutu prokazování kvalifikace. Tímto smyslem je ujištění zadavatele, že dodavatel reálně disponuje ekonomickým a finančním zázemím nutným pro plnění zakázky. Byť otázka skládání či sčítání kvalifikace je jednou z nejsložitějších otázek týkajících se kvalifikace a musí být posuzována vždy individuálně, v daném případě zadavatel v kvalifikační dokumentaci deklaroval obecně uznávaný princip, že skládání a sčítání je možné, pouze pokud povede k navození kvalitativně obdobné situace jako při prokázání kvalifikace jediným subjektem.
13. S ohledem na výše uvedené je zadavatel přesvědčen, že při zadávání veřejné zakázky zákon neporušil a navrhuje, aby Úřad správní řízení zastavil.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

14. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, vyjádření předloženého účastníkem správního řízení a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky nepostupoval v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.
15. Podle § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
16. Podle § 50 odst. 1 zákona kvalifikaci splní dodavatel, který prokáže splnění
 - a) základních kvalifikačních předpokladů podle § 53 zákona,
 - b) profesních kvalifikačních předpokladů podle § 54 zákona,
 - c) ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů podle § 55 zákona a
 - d) technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 zákona.
17. Podle § 51 odst. 4 zákona pokud není dodavatel schopen prokázat splnění určité části kvalifikace požadované veřejným zadavatelem podle § 50 odst. 1 písm. b) až d) zákona v plném rozsahu, je oprávněn splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prokázat prostřednictvím subdodavatele. Dodavatel je v takovém případě povinen veřejnému zadavateli předložit
 - a) doklady prokazující splnění základního kvalifikačního předpokladu podle § 53 odst. 1 písm. j) zákona a profesního kvalifikačního předpokladu podle § 54 písm. a) zákona subdodavatelem a
 - b) smlouvu uzavřenou se subdodavatelem, z níž vyplývá závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či k poskytnutí věcí

či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace podle § 50 odst. 1 písm. b) až d) zákona.

Dodavatel není oprávněn prostřednictvím subdodavatele prokázat splnění kvalifikace podle § 54 písm. a) zákona.

18. Podle § 51 odst. 5 zákona má-li být předmět veřejné zakázky plněn několika dodavateli společně a za tímto účelem podávají či hodlají podat společnou nabídku, je každý z dodavatelů povinen prokázat splnění základních kvalifikačních předpokladů podle § 50 odst. 1 písm. a) zákona a profesního kvalifikačního předpokladu podle § 54 písm. a) zákona v plném rozsahu. Splnění kvalifikace podle § 50 odst. 1 písm. b) až d) zákona musí prokázat všichni dodavatelé společně. V případě prokazování splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prostřednictvím subdodavatele se § 51 odst. 4 zákona použije obdobně.
19. Podle § 51 odst. 6 zákona v případě, že má být předmět veřejné zakázky plněn podle § 51 odst. 5 zákona společně několika dodavateli, jsou veřejnému zadavateli povinni předložit současně s doklady prokazujícími splnění kvalifikačních předpokladů smlouvu, ve které je obsažen závazek, že všichni tito dodavatelé budou vůči veřejnému zadavateli a třetím osobám z jakýchkoliv právních vztahů vzniklých v souvislosti s veřejnou zakázkou zavázáni společně a nerozdílně, a to po celou dobu plnění veřejné zakázky i po dobu trvání jiných závazků vyplývajících z veřejné zakázky.
20. Podle § 55 odst. 1 zákona může veřejný zadavatel k prokázání splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů dodavatele požadovat předložení jednoho či více z těchto dokladů:
 - a) pojistnou smlouvu, jejímž předmětem je pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou dodavatelem třetí osobě,
 - b) poslední zpracovanou rozvahu podle zvláštních právních předpisů nebo určitou část takové rozvahy, nebo
 - c) údaj o celkovém obratu dodavatele zjištěný podle zvláštních právních předpisů, popřípadě obrat dosažený dodavatelem s ohledem na předmět veřejné zakázky, a to nejvýše za poslední 3 účetní období; jestliže dodavatel vznikl později nebo prokazatelně zahájil činnost vztahující se k předmětu veřejné zakázky později, postačí, předloží-li údaje o svém obratu za všechna účetní období od svého vzniku nebo od zahájení příslušné činnosti.
21. Podle § 55 odst. 2 zákona je veřejný zadavatel oprávněn požadovat vedle dokladů podle § 55 odst. 1 zákona rovněž jiné doklady prokazující splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů dodavatele.
22. Podle § 55 odst. 3 zákona je veřejný zadavatel ve vztahu k ekonomickým a finančním 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) vymežit minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky.

23. Zadavatel v bodu III.2.2) oznámení o zakázce stanovil požadavky na prokázání ekonomické a finanční způsobilosti dodavatelů následovně:

(začátek citace) „Podrobně vymezeno v kvalifikační dokumentaci. Zejména se požaduje: dle § 55 odst. 1 písm. a), b) a c). Pojištění odpovědnosti, předložení pojistné smlouvy, jejímž předmětem je pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou dodavatelem třetí osobě. Pojistná částka předmětného pojištění musí činit alespoň 200 mil. Kč. Zadavatel dále stanoví, že maximální spoluúcast zhotovitele na pojistné události může činit 100 tis. Kč. Pojištění musí současně krýt i finanční škodu, a to alespoň do limitu 50 mil. Kč. V předložené účetní závěrce (platí současně): musí být splněna hodnota indexu důvěryhodnosti (2,0) a současně musí být splněny minimální hodnoty poměrových ukazatelů uvedené v kvalifikační dokumentaci. Výkaz celkového obratu uchazeče za poslední 3 účetní období. Celkový roční obrat nesmí v žádném ze sledovaných účetních období klesnout ve stavební výrobě uchazeče pod limit 600 mil. Kč a obrat za plnění dosažená s ohledem na předmět veřejné zakázky v oblasti pozemního stavitelství pod limit 600 mil. Kč za rok.“ (konec citace)

24. Úřad na tomto místě podotýká, že ačkoliv zadavatel v oznámení o zakázce uvedl, že bude požadovat prokázání ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů podle § 55 odst. 1 písm. a), b) a c) zákona, tj. předložení pojistné smlouvy, rozvahy a údajů o obratu dodavatele, v oznámení o zakázce i v kvalifikační dokumentaci zadavatel stanovil požadavek na předložení pojistné smlouvy, účetní závěrky a údajů o obratu dodavatele. Požadavek na předložení účetní závěrky není požadavkem podle § 55 odst. 1 písm. b) zákona, podle kterého může zadavatel požadovat poslední zpracovanou rozvahu nebo určitou část rozvahy, neboť rozvaha je pouze jedním z výkazů, ze kterých sestává účetní závěrka. V případě účetní závěrky se jedná o kvalifikační předpoklad podle § 55 odst. 2 zákona, podle kterého je veřejný zadavatel oprávněn požadovat vedle dokladů podle § 55 odst. 1 zákona rovněž jiné doklady prokazující splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů dodavatele.

25. V bodu 6.2 kvalifikační dokumentace zadavatel upřesnil požadavky k prokázání splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů podle § 55 odst. 2 a § 55 odst. 1 písm. c) zákona následovně:

(začátek citace) „**6.2 Účetní závěrka**

Uchazeč prokáže tento kvalifikační předpoklad předložením účetní závěrky v plném rozsahu, včetně zprávy auditora, je-li zákonem uložena, sestavenou k poslednímu dni předcházejícího účetního období, je-li právním řádem platným v zemi sídla nebo bydliště uchazeče stanovena.

Zadavatel v této souvislosti dále stanoví, že ke splnění kvalifikace požaduje, aby v předložené účetní závěrce (platí současně):

- *byla splněna níže uvedená hodnota indexu důvěryhodnosti (2,0):*

<i>Index důvěryhodnosti „IN01“</i>			
<i>Požadovaná hodnota IN01:</i>	<i>2,0</i>		
<i>V1:</i>	<i>0,13</i>	<i>V2:</i>	<i>0,04</i>
<i>V3:</i>	<i>3,92</i>	<i>V4:</i>	<i>0,21</i>
<i>V5:</i>	<i>0,09</i>		

Výpočtový vzorec: $IN01 = K1 + K2 + K3 + K4 + K5$

<i>Komponenta</i>	<i>Vzorec výpočtu komponenty</i>	<i>Hodnota komponenty vypočtená uchazečem</i>
<i>K1</i>	$V1 \times (A/CZ)$	
<i>K2</i>	$V2 \times (EBIT/U)$	
<i>K3</i>	$V3 \times (EBIT/A)$	
<i>K4</i>	$V4 \times (T/A)$	
<i>K5</i>	$V5 \times (OA/(KZ+KBU))$	
<i>IN01</i>	$K1+K2+K3+K4+K5$	

<i>Aktiva „A“</i>		<i>Oběžná aktiva „OA“</i>	
<i>Cizí zdroje „CZ“</i>		<i>Krátkodobé závazky „KZ“</i>	
<i>Výsledek hospodaření před zdaněním a úroky „EBIT“</i>		<i>Krátkodobé bankovní úvěry „KBU“</i>	
<i>Nákladové úroky „U“</i>		<i>Výnosy „T“</i>	
<i>A</i>	<i>Aktiva resp. pasiva</i>		
<i>CZ</i>	<i>Cizí zdroje</i>		
<i>EBIT</i>	<i>Zisk před úroky a zdaněním</i>		
<i>Ú</i>	<i>Nákladové úroky Pozn. V případě, že $Ú=0$ uchazeč doplní pro účely výpočtu $Ú=1$.</i>		
<i>T</i>	<i>Výnosy</i>		
<i>OA</i>	<i>Oběžná aktiva</i>		
<i>KZ</i>	<i>Krátkodobé závazky</i>		

KBÚ	Krátkodobé bankovní úvěry a výpomoci
-----	--------------------------------------

- a současně byly splněny níže uvedené minimální hodnoty poměrových ukazatelů:

Běžná likvidita	Oběžná aktiva / Krátkodobé závazky	> 1,5
Celková zadluženost	(Celkové dluhy / Celková aktiva) x 100	< 70 %
Obrat ve stavební výrobě		600 mil. Kč

Uchazeči jsou povinni index důvěryhodnosti a poměrové ukazatele sami vypočítat a tento výpočet musí být na důkaz správnosti potvrzen řádným auditorem. Současně zadavatel upozorňuje, že v případě předložení chybného výpočtu, bude toto posouzeno jako úmyslné uvedení zadavatele v omyl při prokazování kvalifikace a každý takový případ zadavatel ohlásí ÚOHS pro podezření ze spáchání správního deliktu.

6.3 Výkaz celkového obratu uchazeče

Uchazeč prokáže tento kvalifikační předpoklad předložením údajů o celkovém obratu dodavatele zjištěného podle zvláštních právních předpisů a obratu dosaženého dodavatelem s ohledem na předmět veřejné zakázky, a to za poslední 3 účetní období. Jestliže dodavatel vznikl později nebo prokazatelně zahájil činnost vztahující se k předmětu veřejné zakázky později, postačí, předloží-li údaje o svém obratu za všechna účetní období od svého vzniku nebo od zahájení příslušné činnosti.

Uchazeč předloží shora požadované údaje ve formě čestného prohlášení, přičemž toto nesmí být učiněno s datem starším, než je datum oznámení veřejné zakázky.

Zadavatel v této souvislosti dále stanoví, že ke splnění kvalifikace požaduje, aby v žádném ze sledovaných účetních období neklesl celkový roční obrat ve stavební výrobě uchazeče pod limit 600 mil. Kč a obrat za plnění dosažená s ohledem na předmět veřejné zakázky v oblasti pozemního stavitelství pod limit 600 mil. Kč za rok.

Obrat za plnění dosažená s ohledem na předmět veřejné zakázky je uchazeč povinen též doložit seznamem příslušných stavebních akcí, které jsou zahrnuty v příslušných obracech.“ (konec citace)

26. Z předložené dokumentace Úřad zjistil, že zadavatel v oznámení o zakázce požadoval předložení jedné účetní závěrky, z níž měla vyplývat hodnota indexu důvěryhodnosti 2,0 a současně měly být splněny minimální hodnoty poměrových ukazatelů uvedené v kvalifikační dokumentaci. V kvalifikační dokumentaci zadavatel tyto požadavky upřesnil tak, že pod bodem 6.2 „Účetní závěrka“ uvedl vzorec výpočtu indexu důvěryhodnosti a dále tabulku s poměrovými ukazateli, způsobem jejich výpočtu a požadovanými hodnotami, kam

vedle ukazatelů běžné likvidity a celkové zadluženosti zařadil i položku „obrat ve stavební výrobě“ a jeho požadovanou hodnotu 600 mil. Kč.

27. Úřad nejprve v obecné rovině uvádí, že účelem a smyslem stanovení ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů je prokázání ekonomické způsobilosti dodavatele k realizaci veřejné zakázky. Splnění minimálních předpokladů ekonomické a finanční způsobilosti dodavatelů by mělo zajistit, aby se zadávacího řízení účastnili takoví dodavatelé, kteří disponují ekonomickou a finanční silou, která je dostatečná k tomu, aby byla veřejná zakázka řádně plněna.
28. Podle čl. 4 odst. 2 Směrnice Evropského parlamentu a rady č. 2004/18/ES ze dne 31. března 2004, o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby, (dále jen „Směrnice 2004/18/ES“) podávat nabídky nebo vystupovat jako zájemci mohou skupiny hospodářských subjektů. Veřejní zadavatelé nesmějí od těchto skupin vyžadovat určitou právní formu k tomu, aby mohly podat nabídku nebo žádost o účast, avšak od vybrané skupiny může být vyžadováno získání takové právní formy, jestliže jí byla zadána zakázka, pokud je tato přeměna nezbytná pro řádné plnění zakázky. Tuto obecnou zásadu, kterou je možno vyjádřit jako „zákaz diskriminace na základě právní formy“ potvrdil ve své rozhodovací praxi rovněž Soudní dvůr Evropské unie (např. v rozsudku č. j. C-57/01 Makedoniko Metro a Michaniki AE proti Elliniko Dimosio ze dne 23. ledna 2003).
29. Dále pak podle čl. 47 odst. 2 Směrnice 2004/18/ES, který se týká ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů, hospodářský subjekt může, je-li to nezbytné a pro určitou zakázku, využít schopnosti jiných subjektů, bez ohledu na právní povahu vztahů mezi ním a těmito subjekty. V tom případě musí veřejnému zadavateli prokázat, že bude disponovat nezbytnými prostředky, například tím, že předloží závazek těchto subjektů v tomto směru. Podle třetího odstavce pak za stejných podmínek může skupina hospodářských subjektů uvedená v článku 4 využít schopnosti účastníků skupiny nebo jiných subjektů. Stejně pak čl. 48 odst. 4 Směrnice 2004/18/ES upravuje tuto možnost pro technické kvalifikační předpoklady. Využití potenciálu třetích osob při prokazování kvalifikace připouští i Soudní dvůr Evropské unie v rozsudku č. j. C-176/98 Holst Italia SpA proti Comune di Cagliari ze dne 2. 12. 1999, v němž Soudní dvůr vyslovil závěr, že při prokazování kvalifikace je možné využít kvalifikace i jiných subjektů, pokud dodavatel prokáže, že bude moci s jejich prostředky reálně disponovat.
30. Na základě těchto ustanovení a rozhodovací praxe Soudního dvora Evropské unie je nezbytné vyvodit závěr, že zmíněný „zákaz diskriminace na základě právní formy“ se uplatňuje nejen vůči sdružením dodavatelů podávajícím společnou nabídku (žádost o účast), ale vůči všem formám spolupráce dodavatelů, tj. rovněž v případech subdodavatelského modelu, kdy dodavatel využívá subdodavatelů k prokázání určitých částí kvalifikace namísto vytvoření sdružení za účelem podání společné nabídky (žádosti o účast). Podmínkou je prokázání dispozice s předmětnými prostředky.
31. Česká právní úprava v § 51 odst. 4 zákona výslovně umožňuje dodavatelům, pokud nejsou schopni prokázat splnění určité části kvalifikace požadované zadavatelem podle § 50 odst. 1

písm. b) až d) zákona v plném rozsahu, prokazovat splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prostřednictvím subdodavatele (s výjimkou základních kvalifikačních předpokladů a profesního kvalifikačního předpokladu podle § 54 písm. a) zákona). Zákon pak ve vztahu k těmto seskupením vyžaduje jako formu potvrzení prokázání dispozice s prostředky, aby byla předložena smlouva obsahující závazek subjektů (subdodavatele) poskytujících své kapacity, a to alespoň v rozsahu, v jakém prokazuje kvalifikaci za dodavatele podávajícího nabídku (žádost). V případě nabídky podané společně několika dodavateli jsou tito podle § 51 odst. 5 zákona oprávněni prokázat kvalifikaci všichni společně (opět s výjimkou základních kvalifikačních předpokladů a profesního kvalifikačního předpokladu podle § 54 písm. a) zákona). Pokud má být předmět veřejné zakázky plněn společně několika dodavateli, jsou veřejnému zadavateli povinni předložit současně s doklady prokazujícími splnění kvalifikačních předpokladů smlouvu, ve které je obsažen závazek, že všichni tito dodavatelé budou vůči veřejnému zadavateli a třetím osobám z jakýchkoliv právních vztahů vzniklých v souvislosti s veřejnou zakázkou zavázáni společně a nerozdílně, a to po celou dobu plnění veřejné zakázky i po dobu trvání jiných závazků vyplývajících z veřejné zakázky.

32. Zadavatel si podle § 44 odst. 6 zákona může v zadávací dokumentaci vyhradit požadavek, že určitá část plnění předmětu veřejné zakázky musí být vždy plněna dodavatelem, který podal nabídku, resp., že určitá část nesmí být plněna subdodavatelem. Zadavatel však nesmí zcela vyloučit možnost plnit veřejnou zakázku prostřednictvím subdodavatele. V případě nabídky podané více dodavateli je společné splnění kvalifikačních předpokladů v zákonem vymezených případech, tedy vyjma základních kvalifikačních předpokladů a profesního kvalifikačního předpokladu podle § 54 písm. a) zákona, výslovně přípustné.
33. V šetřeném případě zadavatel požadoval, aby dodavatelé prokazovali splnění vybraných ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů pomocí jedné účetní závěrky. Dodavatelé tedy byli postaveni do situace, kdy neměli možnost prokázat společně, a to buď v rámci společné žádosti o účast (v šetřeném zadávacím řízení bylo podáno 5 společných z celkových 7 žádostí o účast) nebo společně se subdodavatelem či subdodavateli, splnění požadovaných ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů, resp. byli nuceni k tomu, aby jeden z nich prokázal všechny předmětné ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady, tedy index důvěryhodnosti IN01, běžnou likviditu, celkovou zadluženost a obrat ve stavební výrobě.
34. Úřad dále poukazuje na skutečnost, že obrat dosažený s ohledem na předmět veřejné zakázky není poměrovým ukazatelem, nýbrž absolutní hodnotou, a navíc se jedná o samostatný ekonomický a finanční kvalifikační předpoklad podle § 55 odst. 1 písm. c) zákona odlišný od požadovaného kvalifikačního předpokladu „účetní závěrka“. Zadavatel tedy nejenže neumožnil společné prokázání kvalifikačního předpokladu stanoveného podle § 55 odst. 2 zákona, ale provázal ho navíc s požadavkem na prokázání specializovaného obratu podle § 55 odst. 1 písm. c) zákona. Zadavatel přitom požadavek na prokázání obratu ve stavební výrobě zařadil jako samostatný kvalifikační předpoklad pod bod 6.3 kvalifikační dokumentace „Výkaz celkového obratu“, kde k prokázání údajů o celkovém obratu dodavatele požadoval předložení čestného prohlášení a ve vztahu k obratu v oblasti

pozemního stavitelství rovněž doložení seznamu stavebních akcí, které jsou v příslušném obratu zahrnuty.

35. Vzhledem k tomu, že zákon výslovně dodavatelům umožňuje prokazovat splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prostřednictvím subdodavatele a v případě společné nabídky podané několika dodavateli musí kvalifikaci prokázat všichni dodavatelé společně, má Úřad za to, že zadavatel stanovil požadavek na prokázání požadovaných ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů pomocí jedné účetní závěrky v rozporu se zákonem, zejména pak se zásadou zákazu diskriminace. V šetřeném případě byli diskriminováni dodavatelé, kteří podali nebo hodlali podat společnou nabídku nebo k plnění veřejné zakázky využili či chtěli využít subdodavatele a zadavatel jim zabránil využít možnosti dané § 51 odst. 4 a 5 zákona, tedy prokázat ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady společně v rámci společné žádosti o účast nebo společně se subdodavatelem či subdodavateli.
36. K námitce zadavatele, že umožněním „izolovaného“ prokazování jednotlivých ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů stanovených v bodu 6.2 kvalifikační dokumentace by tyto ztratily na významu, neboť smysl mají, jen pokud jsou prokazovány jedním subjektem, Úřad uvádí, že pokud zákon umožňuje společné prokazování kvalifikace v rámci společné nabídky či pomocí subdodavatelů, pak v zadávacích podmínkách není možné spojit jednotlivé kvalifikační předpoklady v jeden celek a požadovat, aby byly souhrnně prokázány jedním dodavatelem (viz bod 34 odůvodnění rozhodnutí ke spojení ekonomických ukazatelů vyplývajících z účetní závěrky a specializovaného obratu).
37. 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 § 51 odst. 4 a 5 zákona v návaznosti na § 6 zákona tím, že v důsledku stanovení požadavku na předložení jedné účetní závěrky, z níž musí současně vyplývat hodnota indexu důvěryhodnosti a zároveň musí být splněny zadavatelem stanovené minimální hodnoty poměrových ukazatelů, omezil možnost dodavatelů prokázat uvedený požadavek zadavatele společně se subdodavatelem nebo společně v rámci společné žádosti o účast, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

V. K ULOŽENÍ SANKCE

38. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.
39. V šetřeném případě se zadavatel dopustil správního deliktu tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 51 odst. 4 a 5 zákona v návaznosti na § 6 zákona tím, že v důsledku stanovení požadavku na předložení jedné účetní závěrky, z níž musí současně vyplývat hodnota indexu důvěryhodnosti a zároveň musí být splněny zadavatelem stanovené minimální hodnoty poměrových ukazatelů, omezil možnost dodavatelů prokázat uvedený požadavek zadavatele společně se subdodavatelem nebo společně v rámci společné žádosti o účast, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. 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.

40. 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.
41. 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 dne 25. 3. 2011, kdy obdržel návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele sp. zn. S114/2011/VZ. Ke spáchání správního deliktu došlo dne 6. 5. 2011, kdy zadavatel uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem. Správní řízení ve věci spáchání správního deliktu bylo zahájeno dne 20. 6. 2012. Z uvedených údajů tedy vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.
42. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky, nebo do 10 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a), c) nebo d) zákona.
43. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí 308 397 295 Kč včetně daně z přidané hodnoty. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí částku ve výši 15 419 865 Kč.
44. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, přihlídnou k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
45. Při posouzení závažnosti správního deliktu vzal Úřad v úvahu, že zadavatel svým postupem při zadávání veřejné zakázky porušil jednu ze základních zásad zadávacího řízení, zásadu zákazu diskriminace, a to při stanovení požadavku na prokázání ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů. V důsledku tohoto požadavku zadavatele mohli být někteří dodavatelé předem vyloučeni z možnosti účastnit se předmětného zadávacího řízení. Pokud by zadavatel nestanovil tento kvalifikační předpoklad diskriminačně v rozporu se zákonem, mohl obdržet více žádostí o účast, přičemž nelze vyloučit, že by některá z následně podaných nabídek byla ekonomicky výhodnější. Uvedený postup zadavatele tak mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
46. Podle výkladové praxe Úřadu dosahuje nejzávažnějšího stupně intenzity porušení zákona právě postup zadavatele spočívající v úplné ignoraci ustanovení zákona, neboť tento postup vylučuje soutěžní prostředí, které je základním předpokladem dosažení efektivního vynakládání veřejných prostředků a prostředkem k realizaci základních atributů zákona uvedených v § 6 zákona, tedy zásady rovného zacházení, zásady zákazu diskriminace a zásady transparentnosti. V posuzovaném případě se tedy nejednalo o správní delikt svým

charakterem nejzávažnější. Jelikož však došlo k porušení jedné ze základních zásad, na kterých zadávací řízení stojí, jedná se o správní delikt velmi závažného charakteru.

47. Ke způsobu spáchání správního deliktu Úřad uvádí, že při přezkoumání postupu zadavatele Úřad neshledal v jednání zadavatele znaky účelovosti a snahy uzavřít smlouvu s dopředu dohodnutým dodavatelem, což vzal Úřad v úvahu jako polehčující okolnost. Ve prospěch zadavatele přihlédl Úřad rovněž ke skutečnosti, že zadavatel nepostupoval zcela mimo režim zákona, resp. že by zcela vyloučil soutěžní prostředí. Úřad zároveň k těmto polehčujícím okolnostem uvádí, že je nelze považovat za okolnosti, které by „zhojily“ uvedené porušení zákona. Úřad však k těmto okolnostem přihlédl při posuzování způsobu spáchání správního deliktu a při zvažování výše sankce.
48. Úřad při zvažování výše pokuty přihlédl i k následkům spáchání správního deliktu. V daném případě spáchaný správní delikt způsobil situaci, kdy se někteří potencionální zájemci o veřejnou zakázku nemohli zadávacího řízení zúčastnit v důsledku diskriminačně stanovených ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů. Nelze proto vyloučit, že nabídka jiného uchazeče mohla být ekonomicky výhodnější a došlo by tak k úspoře finančních prostředků z veřejných zdrojů. S přihlédnutím k následkům spáchání správního deliktu a k nutnosti naplnění sankčních účinků, zejména předcházení budoucího porušování zákona, nelze zcela minimalizovat výši sankčního postihu.
49. Při stanovení výše pokuty Úřad rovněž přihlédl 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 nálezy Ústavního soudu č. Pl. ÚS 3/02. Podle uvedeného nálezu jsou nepřipustné takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Při stanovení výše pokuty vzal tedy Úřad v úvahu i finanční možnosti zadavatele a stanovenou pokutu posoudil vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel disponuje. Ze schváleného návrhu rozpočtu zadavatele na rok 2012 umístěného na internetových stránkách www.plzen.eu vyplývá, že příjmy zadavatele se pohybují v řádu miliard 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.
50. 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 při určení výměry uložené pokuty posoudil stanovenou výši pokuty vzhledem k souvislostem případu jako dostačující. Úřad uložil pokutu ve výši 500 000 Kč, která se sice v absolutní hodnotě může jevit jako relativně vysoká, avšak s ohledem na maximální výši možné pokuty, byla stanovena hluboko v dolní polovině zákonné výše.
51. 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. Peněžitá 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.

52. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť smlouva na realizaci veřejné zakázky byla uzavřena a nápravy již nelze dosáhnout. Z uvedeného důvodu uložil Úřad pokutu ve výši uvedené ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
53. 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 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, 604 55 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:

Statutární město Plzeň, náměstí Republiky 1/1, 306 32 Plzeň

Vypraveno dne

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