



UOHSX004KQA6

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.:ÚOHS-S447/2012/VZ-21054/2012/514/MKr

Brno 7. 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 31. 7. 2012 z moci úřední, jehož účastníky jsou

- zadavatel – obec Ludgeřovice, IČ 0300390, se sídlem Markvartovická 52/48, 747 14 Ludgeřovice, zastoupená Mgr. Danielem Havlíkem, starostou obce,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavatelem – obec Ludgeřovice, IČ 0300390, se sídlem Markvartovická 52/48, 747 14 Ludgeřovice – při zadávání veřejné zakázky „Splšková kanalizace dolní Ludgeřovice a horní Ludgeřovice – II. etapa“, zadávané formou užšího řízení, jejíž oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 27. 1. 2012 pod ev. č. 7202011006658,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – obec Ludgeřovice, IČ 0300390, se sídlem Markvartovická 52/48, 747 14 Ludgeřovice – se při zadávání veřejné zakázky „Splšková kanalizace dolní Ludgeřovice a horní Ludgeřovice – II. etapa“ dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že postupoval při vyřizování námitek zájemce – Skanska a.s., IČ 26271303, se sídlem Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4 Chodov a Dopravní stavby Brno, s.r.o., IČ 45474281, se sídlem Trnkova 150, 628 00 Brno –

ze dne 26. 4. 2012 proti zadávacím podmínkám – kritérium pro omezení počtu zájemců, v rozporu s § 111 odst. 1 citovaného zákona, když tyto námitky odmítl jako opožděné, a nepřezkoumal je v plném rozsahu a do 10 dnů od obdržení námitek neodeslal jmenovanému zájemci písemné rozhodnutí o tom, zda námitkám vyhovuje či nikoliv, s uvedením důvodu, ačkoliv námitky jmenovaného zájemce ze dne 26. 4. 2012 byly podány včas, tedy ve lhůtě podle § 110 odst. 3 citovaného zákona.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se zadavateli – obci Ludgeřovice, IČ 0300390, se sídlem Markvartovická 52/48, 747 14 Ludgeřovice – **ukládá** podle § 120 odst. 2 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

pokuta ve výši 30 000,- Kč (třicet tisíc korun českých).

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

ODŮVODNĚNÍ

Průběh zadávacího řízení

1. Zadavatel – obec Ludgeřovice, IČ 0300390, se sídlem Markvartovická 52/48, 747 14 Ludgeřovice (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 27. 1. 2012 pod ev. č. 7202011006658 oznámení užšího zadávacího řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Splašková kanalizace dolní Ludgeřovice a horní Ludgeřovice – II. etapa“ (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Zadavatel vymezil v kvalifikační dokumentaci pod bodem 2.1 předmět veřejné zakázky tak, že se jedná o realizaci stavebních prací a souvisejících dodávek vodohospodářské infrastruktury spočívající ve výstavbě kanalizace. Realizace díla zajistí systematické odkanalizování zájmového území a umožní odvedení odpadních vod od obyvatelstva do ČOV obce Ludgeřovic, které v současné době nemají vyřešenou kanalizaci případně, v nichž je stávající kanalizace po stránce technické nebo kapacitní nevyhovující.
3. Zadavatel v oznámení o zakázce stanovil, že předmětná veřejná zakázka bude zadávána v užším řízení a určil lhůtu pro přijetí žádostí do 7. 3. 2012 do 9.00 hodin. Současně zadavatel stanovil omezení počtu zájemců, kteří budou vyzváni k podání nabídek na sedm, a jako objektivní kritérium pro omezení počtu zájemců zvolil technický kvalifikační předpoklad „počet realizovaných zakázek výstavba/rekonstrukce kanalizace s celkovou cenou každé stavby přesahující částku 150 mil. Kč bez DPH“.
4. V oznámení o zakázce v informačním systému o veřejných zakázkách zadavatel stanovil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky na 405 000 000,- Kč bez DPH. Předpokládaný termín plnění veřejné zakázky zadavatel stanovil od 1. 5. 2012 do 31. 12. 2013.

5. V bodě III.2.3 oznámení o zakázce v informačním systému o veřejných zakázkách zadavatel mj. stanovil, že v rámci technické způsobilosti požaduje podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona „čestné prohlášení a seznam stavebních prací za posledních 5 let min. 2 zakázky na výstavbu či rekonstrukci kanalizace ve výši min. 300 mil. Kč bez DPH, 2 zakázky na výstavbu či rekonstrukci kanalizace ve výši 150 mil. Kč za každou, 1 zakázka úprava vod. toku – ve výši min. 10 mil. – Kč bez DPH. Součástí min. jedné z výše uvedené stavební práce musela být rovněž výstavba či rekonstrukce kanalizační sítě v délce min. 20 km“.
6. Pro splnění technických kvalifikačních předpokladů zadavatel vymezil pod bodem 4.4.1.3 následující:

„Dodavatel je povinen prokázat minimální úroveň předmětného kvalifikačního předpokladu doložením provedení nejméně pěti významných stavebních prací, z toho:

 - a) dvě zakázky na výstavbu/rekonstrukci kanalizace s celkovou cenou stavby přesahující částku 300 mil. Kč bez DPH,
 - b) dvě zakázky na výstavbu/rekonstrukci kanalizace s celkovou cenou každé stavby přesahující částku 150 mil. Kč bez DPH,
 - c) jednu zakázku na úpravu vodního toku – zpevnění břehové hrany s celkovou cenou stavby přesahující částku 10 mil. Kč bez DPH“.
7. Součástí min. jedné výše uvedené stavební práce musela být rovněž výstavba/rekonstrukce kanalizační sítě v délce min. 20 km. Zadavatel stanovil, že uvedený počet (5) požadovaných stavebních prací je minimální, prostřednictvím jedné a téže stavby nelze prokázat více než jeden shora uvedený požadavek na doložení realizovaných stavebních prací. Dodavatel měl uvést u stavebních prací, zda byla veřejná zakázka realizována společně s jiným dodavatelem (např. v rámci sdružení), jaký byl podíl dodavatele (stanovený v %) na celkovém plnění. Pro posouzení splnění tohoto požadavku zadavatele je vždy rozhodující skutečný podíl provedených stavebních prací.
8. Zadavatel v bodě 7. kvalifikační dokumentace stanovil omezení počtu zájemců na 10. Pro výběr zájemců do další účasti v zadávacím řízení bylo stanoveno objektivní kritérium ve smyslu § 61 odstavec 2 a 3 zákona, „počet realizovaných zakázek výstavba/rekonstrukce kanalizace za posledních 5 let v objemu min. 100 mil. Kč bez DPH/stavba doložených osvědčením objednatele“. Celkové pořadí žádostí o účast je dáno absolutní hodnotou počtu výše uvedených realizovaných zakázek zájemce tak, že pořadí zájemců bude stanoveno v sestupném pořadí od nejvyšší hodnoty po nejnižší. V případě rovnosti bodových hodnot dvou či více zájemců, kteří by se umístili na shodném pořadí zahrnující desáté pořadí (např. 8 až 11 místo), rozhodne o pořadí celkový finanční objem provedených zakázek v celkové hodnotě (součtu v Kč bez DPH) a v případě rovnosti los za účasti zájemců, jejichž žádosti získaly shodné bodové hodnoty a mají shodný celkový finanční objem realizovaných zakázek v Kč bez DPH.
9. Z protokolu o posouzení kvalifikace ze dne 15. 3. 2012 vyplývá, že stěžovatel Skanska a.s., IČ 26271303, se sídlem Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4 Chodov a Dopravní stavby Brno, s.r.o., IČ 45474281, se sídlem Trnkova 150, 628 00 Brno (dále jen „stěžovatel“ nebo „zájemce Skanska a.s.“) neprokázal splnění kvalifikace.
10. Dne 19. 3. 2012 obdržel stěžovatel rozhodnutí o vyloučení z další účasti v zadávacím řízení ze dne 15. 3. 2012.

Rozhodnutí o vyloučení ze dne 15. 3. 2012

11. Jako důvod vyloučení zadavatel uvedl, že zájemce Skanska a.s. neprokázal splnění kvalifikace, neboť k prokázání zakázky na výstavbu/rekonstrukci kanalizace s celkovou cenou stavby přesahující částku 300 mil. Kč bez DPH předložil zakázku „Projekt Břeclavsko – část C (Projekt CCI 2004/CZ16/C/PE/016 – Břeclavsko – rekonstrukce a výstavba vodohospodářské infrastruktury v povodí řeky Dyje“), avšak zadavateli je známo z předchozího vyhlášení zakázky, že tato zakázka obsahuje z celkového finančního objemu 433,6 mil. Kč bez DPH celkový finanční objem čistírny odpadních vod (dále jen „ČOV“) 163,9 mil. Kč, a proto dle úvahy zadavatele finanční objem zakázky na výstavbu/rekonstrukci kanalizace byl pouze 269,7 mil. Kč. V rozhodnutí o námitkách identifikuje zadavatel vyloučeného stěžovatele pouze jako Skanska a.s., Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4. Proti tomuto rozhodnutí podal zájemce Skanska a.s. dne 30. 3. 2012 námitky.

Obsah námitek ze dne 30. 3. 2012

12. Stěžovatel se těmito námitkami domáhá zrušení rozhodnutí o jeho vyloučení ze dne 15. 3. 2012, neboť se podle něj jedná o rozhodnutí zcela zmatečné. Zájemce Skanska a.s. uvádí, že splnění kvalifikace prokazoval společně se zájemcem Dopravní stavby Brno, s.r.o., IČ 45474281, se sídlem Trnkova 150, 628 00 Brno (dále jen „Dopravní stavby Brno, s.r.o.“), a jestliže tedy zadavatel vyloučil ze zadávacího řízení jen jednoho zájemce, tedy zájemce Skanska a.s., jedná se o rozhodnutí zmatečné. Zájemce Skanska a.s. uvádí, že je technicky způsobilým dodavatelem, což dle jeho názoru řádně prokázal a ze strany zadavatele tak došlo k porušení § 59 a § 60 zákona.
13. Zájemce Skanska a.s. je přesvědčen, že pokud zadavatel nevyužil možnost dle § 59 odst. 4 zákona a nepožádal zájemce o objasnění předložených informací a místo toho postupoval s využitím informací z jiných zdrojů, které s tímto zadávacím řízením nesouvisí, dopustil se porušení zásady rovného zacházení, tedy § 6 zákona. Zájemce Skanska a.s. napadá porušení § 56 odst. 7 zákona, neboť minimální úroveň technického kvalifikačního předpokladu – referenční stavby dle výkladu zadavatele neodpovídá rozsahu předmětu plnění veřejné zakázky. Zájemce Skanska a.s. dále v námitkách namítá, že kritérium pro omezení počtu zájemců neodpovídá některému nebo některým technickým kvalifikačním předpokladům pro plnění veřejné zakázky, jejichž prokázání veřejný zadavatel požadoval, a proto se dle jeho názoru jedná ze strany zadavatele o porušení § 61 odst. 2 zákona.

Rozhodnutí o námitkách ze dne 11. 4. 2012

14. Zadavatel rozhodl o námitkách zájemce Skanska a.s. ze dne 30. 3. 2012 tak, že těmito námitkám vyhověl a jako opatření k nápravě zrušil rozhodnutí o vyloučení ze dne 15. 3. 2012. Zadavatel jako důvod uvádí, že zatímco žádost o účast v zadávacím řízení podali společně zájemci Skanska a.s. a Dopravní stavby Brno, s.r.o., zadavatel rozhodl pouze o vyloučení zájemce Skanska a.s. a dodává, že ačkoliv se jedná pouze o procesní pochybení, považuje za nutné eliminovat možnost zpochybnění jeho postupu v zadávacím řízení, a proto uvedeným námitkám vyhověl.

Rozhodnutí o vyloučení ze dne 12. 4. 2012

15. Zadavatel dopisem ze dne 12. 4. 2012 zájemci Skanska a.s. opětovně oznámil rozhodnutí o vyloučení ze zadávacího řízení z toho důvodu, že neprokázal splnění kvalifikace v souladu se

zákonem a požadavky zadavatele uvedenými v kvalifikační dokumentaci k veřejné zakázce, neboť nedoložil dvě stavební zakázky na výstavbu/rekonstrukci kanalizace s celkovou cenou stavby přesahující částku 300 mil. Kč bez DPH. V tomto rozhodnutí již zadavatel identifikoval zájemce jako Skanska a.s. a Dopravní stavby Brno, s.r.o.

Obsah námitek ze dne 26. 4. 2012

16. Stěžovatel podal proti rozhodnutí o vyloučení ze dne 12. 4. 2012 opět námitky, v nichž uvádí, že důvod pro vyloučení z důvodu nesplnění kvalifikace neodpovídá skutečnosti. Zadavatel tak svým postupem porušil zásadu rovného zacházení a způsob, jakým zadavatel vykládá zadávací dokumentaci, odporuje dle zájemce Skanska a.s. zákonu, neboť představuje nepřiměřený požadavek, který neodpovídá druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky.
17. Stěžovatel je přesvědčen, že zadavatel jeho vyloučením ze zadávacího řízení porušil § 60 zákona a § 6 zákona tím, že nevyužil možnosti podle § 59 odst. 4 zákona a nepožádal zájemce o objasnění předložených informací a místo toho postupoval s využitím informací z jiných zdrojů, čímž porušil zásadu rovného zacházení. Stěžovatel dále uvádí, že minimální úroveň technického kvalifikačního předpokladu – referenční stavby dle výkladu zadavatele neodpovídá rozsahu předmětu plnění veřejné zakázky, čímž zadavatel porušil § 56 odst. 7 zákona a jelikož kritérium pro omezení počtu zájemců neodpovídá některému nebo některým z technických kvalifikačních předpokladů pro plnění veřejné zakázky, jejichž prokázání veřejný zadavatel požadoval, jedná se ze strany zadavatele o porušení § 61 odst. 2 zákona.

Rozhodnutí o námitkách ze dne 9. 5. 2012

18. Z rozhodnutí o námitkách ze dne 9. 5. 2012 vyplývá, že zadavatel k námitce týkající se nevyužití postupu podle § 59 odst. 4 zákona uvádí, že se jedná o možnost, nikoliv o povinnost zadavatele a v předmětném případě nevznikly zadavateli žádné nejasnosti, tudíž pro použití § 59 odst. 4 zákona neexistoval dle jeho názoru důvod. Námitku zájemce Skanska a.s. týkající se kritéria pro omezení počtu zájemců v užším řízení i námitku týkající se minimální úrovně technického kvalifikačního předpokladu zadavatel odmítl jakožto opožděnou, nicméně k námitce týkající se minimální úrovně technického kvalifikačního předpokladu se dle svých slov „nad rámec zákonné povinnosti“ vyjádřil tak, že za vymezení kvalifikačních předpokladů odpovídá zadavatel, který tak učinil s ohledem na druh, rozsah a složitost předmětu plnění zadávané veřejné zakázky. Úlohou dodavatelů je, aby tyto kvalifikační předpoklady splnili, což však stěžovatel neučinil. Jestliže zadavatel v kvalifikační dokumentaci uvedl, že požaduje doložit „*dvě zakázky na výstavbu/rekonstrukci kanalizace s celkovou cenou stavby přesahující částku 300 mil. Kč bez DPH*“, je zřejmé, že požadovaný finanční objem se vztahuje k jedné každé takto dokládané stavbě a dle názoru zadavatele neexistují oprávněné důvody pro jakýkoliv jiný výklad.
19. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem obsažených v podkladech předložených Úřadu včetně dokumentace o veřejné zakázce, získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem, v souvislosti s vyřízením námitek zájemce podaných proti zadávacím podmínkám veřejné zakázky, a proto zahájil z moci úřední správní řízení ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona zadavatelem v souvislosti s vyřízením námitek zájemce Skanska a.s. ze dne 26. 4. 2012.

Řízení před správním orgánem

20. Účastníkem správního řízení je podle § 116 zákona zadavatel.
21. O zahájení správního řízení informoval Úřad účastníka řízení oznámením č. j. ÚOHS-S447/2012/VZ-14087/2012/514/MKr ze dne 30. 7. 2012. Usnesením č. j. ÚOHS-S447/2012/VZ-14088/2012/514/MKr ze dne 30. 7. 2012 stanovil Úřad zadavateli lhůtu, v níž mohl navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko, a lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
22. Dne 31. 7. 2012, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno zadavateli jako jedinému účastníku řízení, bylo podle § 113 zákona zahájeno správní řízení z moci úřední.
23. Dne 13. 8. 2012 bylo Úřadu doručeno vyjádření zadavatele ze dne 10. 8. 2012 ke zjištění Úřadu uvedeným v oznámení o zahájení správního řízení.

Vyjádření zadavatele ze dne 10. 8. 2012

24. Zadavatel ve svém vyjádření uvádí, že v daném případě nelze na postup při vyřizování námitek stěžovatele aplikovat Úřadem citovaný § 110 odst. 3 zákona, podle kterého „*námítky proti zadávacím podmínkám musí stěžovatel doručit zadavateli nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek*“. Dle zadavatele by bylo uvedené ustanovení použito zcela mechanicky bez přihlídnutí k souvisejícím ustanovením zákona i konkrétním okolnostem případu. Zadavatel považuje za zásadní a rozhodující skutečnost, že v předmětném případě šlo o užší řízení a námítky stěžovatele směřovaly proti požadavkům zadavatele na kvalifikaci dodavatelů, nikoli proti zadávacím podmínkám veřejné zakázky. Zadavatel sděluje, že tyto pojmy nelze zaměňovat či ztotožňovat, neboť zákon pojmy zadávací podmínky a kvalifikační dokumentace důsledně odlišuje. Zadavatel argumentuje tím, že zadávací podmínky se vztahují k vymezení předmětu veřejné zakázky, jakož i k podmínkám a způsobu jejího plnění a kvalifikační dokumentace zahrnuje výlučně požadavky zadavatele na prokázání způsobilosti dodavatele pro plnění veřejné zakázky. Kvalifikační dokumentace tak neobsahuje vlastní požadavky na realizaci veřejné zakázky, nijak nevymezuje předmět plnění, a nelze ji proto považovat za součást zadávacích podmínek ve smyslu zákonné definice tohoto pojmu. Zadavatel je tak přesvědčen, že pokud zájemce podal námítky proti kvalifikačním předpokladům, nemohlo se jednat o námítky proti zadávacím podmínkám.
25. V této souvislosti zadavatel dále poukazuje na skutečnost, že pětidenní lhůta uvedená v § 110 odst. 3 zákona byla do zákona implementována novelou č. 417/2009 Sb., a důvodová zpráva k novelizaci § 110 odst. 3 zákona uvádí, že pětidenní lhůta pro podání námitek proti zadávacím podmínkám začne běžet dnem následujícím po dni, ve kterém je možné naposledy podat nabídku.
26. Zadavatel dále uvádí, že šetřená veřejná zakázka byla zadána v užším řízení, které probíhá dvoufázově, a to tak, že dodavatelům je nejprve poskytována kvalifikační dokumentace a teprve následně vlastní zadávací podmínky týkající se předmětu veřejné zakázky. Zadávací podmínky jsou tak poskytovány až těm zájemcům, kteří splní kvalifikaci a jsou vyzváni k podání nabídky. Doba mezi poskytnutím kvalifikační dokumentace a vyzváním zájemců k podání nabídky trvá v praxi i několik měsíců. Zadavatel je tedy přesvědčen, že z logiky věci u námitek proti požadavkům uvedeným v kvalifikační dokumentaci nelze uplatnit stejnou lhůtu pro jejich podání jako u námitek proti zadávacím podmínkám. Dle zadavatele by tak aplikace

§ 110 odst. 3 zákona byla v rozporu s tím, čeho chtěl zákonodárce předmětným ustanovením dosáhnout, tedy mimo jiné zabránit účelovým námitkám na základě znalosti výsledku zadávacího řízení.

27. Zadavatel k vlastnímu postupu při vyřizování námitek uvádí, že se po jejich obdržení zabýval nejprve otázkou, zda byly podány včas, neboť ustanovení § 111 odst. 4 zákona zadavateli nařizuje nerozhodovat o námitkách, které byly podány opožděně, a tuto skutečnost stěžovateli pouze písemně oznámit. Zadavatel sděluje, že námitky nesměřují proti zadávacím podmínkám, ale proti kvalifikační dokumentaci, a proto nelze uplatnit speciální lhůtu podle § 110 odst. 3 zákona. Zadavatel dodává, že nechtěl zájemce Skanska a.s. jakkoliv poškodit a omezit v jeho právech, proto za účelem posouzení, zda byla dodržena lhůta pro podání nabídek, nepoužil § 110 odst. 3 zákona ani analogicky (tj. neuvažoval lhůtu 5 dní od skončení lhůty pro podání žádostí o účast) a naopak postupoval podle § 110 odst. 2 zákona, který stanoví pro podání námitek obecnou patnáctidenní lhůtu. Tato lhůta dle zadavatele uplynula nejpozději dne 22. 3. 2012 a v této lhůtě zadavatel námitky stěžovatele proti kvalifikační dokumentaci neobdržel.
28. Zadavatel závěrem dodává, že při přezkoumání a vyřízení námitek postupoval zcela v souladu se zákonem, neshledává důvody pro vedení správního řízení a navrhuje, aby Úřad správní řízení zastavil, neboť nebyly zjištěny důvody pro udělení sankce podle § 120 zákona.

Závěry Úřadu

29. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, vyjádření zadavatele, a na základě vlastního zjištění konstatuje, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.
30. Podle § 17 písm. l) zákona jsou zadávacími podmínkami veškeré požadavky zadavatele uvedené v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení, zadávací dokumentaci či jiných dokumentech obsahujících vymezení předmětu veřejné zakázky.
31. Podle § 110 odst. 2 zákona lze námitky podat proti všem úkonům zadavatele a stěžovatel je musí doručit zadavateli do 15 dnů ode dne, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozví, nejpozději však do doby uzavření smlouvy.
32. Podle § 110 odst. 3 zákona musí námitky proti zadávacím podmínkám stěžovatel doručit zadavateli nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek.
33. Podle § 111 odst. 1 zákona přezkoumá zadavatel podané námitky v plném rozsahu a do 10 dnů od obdržení námitek odešle stěžovateli písemné rozhodnutí o tom, zda námitkám vyhovuje či nikoliv, s uvedením důvodu. Vyhoví-li zadavatel námitkám, uvede v rozhodnutí způsob provedení nápravy.
34. Podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že odmítne námitky v rozporu s § 110 anebo postupuje při vyřizování námitek v rozporu s § 111 zákona.
35. Z oznámení o zakázce, které bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 27. 1. 2012, vyplývá, že zadavatel v článku IV. 3. 4) *Lhůta pro doručení nabídek nebo přijetí žádostí o účast* stanovil lhůtu pro přijetí žádostí o účast v užším řízení, a to do 7. 3. 2012. Úřad ve věci uvádí, že oznámení užšího řízení je ve smyslu § 28 zákona výzvou k podání žádostí

o účast v užším řízení a k prokázání splnění kvalifikace, a je tudíž zřejmé, že v něm zadavatel stanovuje lhůtu pro přijetí žádostí o účast, a to i přes skutečnost, že formulář oznámení má jednotnou formu pro všechny druhy řízení a umožňuje tedy alternativně stanovení lhůty podle zvoleného zadávacího řízení. Výše uvedené zásadně podporuje fakt, že zadavatel v článku VI. 3) *Další informace* uvedl, že zadávací dokumentaci obdrží oproti úhradě pouze zájemci, kteří budou vybráni v souladu s § 61 odst. 4 zákona a budou vyzváni k podání nabídky. Z výše uvedeného se lze oprávněně domnívat, že lhůta pro podání nabídek bude stanovena až ve výzvě k podání nabídek.

36. Z dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že zadavatel rozeslal výzvu k podání nabídky 7 vybraným zájemcům a stanovil termín pro podání nabídek do 26. 4. 2012. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že lhůta pro přijetí žádostí o účast v užším řízení byla stanovena do 7. 3. 2012 a lhůta pro podání nabídek byla stanovena do 26. 4. 2012.
37. Z předložené dokumentace vyplývá, že zadavatel obdržel dne 2. 4. 2012 námítky zájemce Skanska a.s. ze dne 30. 3. 2012, které částečně směřují proti rozhodnutí o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení, které mu bylo doručeno dne 19. 3. 2012 a částečně proti zadávacím podmínkám týkajícím se minimální úrovně technického kvalifikačního předpokladu a kritéria pro omezení počtu zájemců. Z obsahu rozhodnutí zadavatele ze dne 11. 4. 2012, které zájemce obdržel dne 12. 4. 2012, vyplývá, že zadavatel námítkám směřujícím proti rozhodnutí o vyloučení zájemce Skanska a.s. z účasti v zadávacím řízení vyhověl z důvodu chybné legitimace stěžovatele a tentýž den vydal další rozhodnutí o jeho vyloučení ze zadávacího řízení, proti němuž zájemce Skanska a.s. opět podal námítky ze dne 26. 4. 2012, jejichž obsahem jsou i námítky směřující proti zadávacím podmínkám týkajícím se minimální úrovně technického kvalifikačního předpokladu a kritéria pro omezení počtu zájemců. Z rozhodnutí o námítkách ze dne 9. 5. 2012 vyplývá, že zadavatel námítku týkající se kritéria pro omezení počtu zájemců i námítku týkající se minimální úrovně technického kvalifikačního předpokladu odmítl jakožto opožděnou, nicméně k námítce týkající se minimální úrovně technického kvalifikačního předpokladu se podle svých slov „nad rámec zákonné povinnosti“ vyjádřil.
38. Úřad konstatuje, že v šetřeném případě se jedná o uplatnění námitek proti kritériu pro omezení počtu zájemců v užším řízení a o námítku týkající se minimální úrovně technického kvalifikačního předpokladu stanoveným v kvalifikační dokumentaci, která je součástí zadávacích podmínek definovaných v § 17 písm. l) zákona, které představují nejobecnější pojem pro vymezení požadavků zadavatele stanovených pro určitou veřejnou zakázku. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že v šetřeném případě se jedná o námítky proti zadávacím podmínkám, na které se vztahuje speciální lhůta upravená v § 110 odst. 3 zákona a použije se i v případě, pokud by se stěžovatel dozvěděl o možnosti podat námítky ve lhůtě podle § 110 odst. 2 zákona, a to i v případě jejího marného uplynutí.
39. Úřad k výše uvedenému dále konstatuje, že podle § 110 odst. 3 zákona musí stěžovatel námítky proti zadávacím podmínkám doručit zadavateli nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek, v šetřeném případě tedy zájemce Skanska a.s. mohl svou námítku uplatnit nejpozději do 1. 5. 2012. Vzhledem k tomu, že zadavatel v pořadí „druhé“ námítky zájemce Skanska a.s. obdržel dne 26. 4. 2012, Úřad v šetřené věci konstatuje, že předmětné námítky směřující proti zadávacím podmínkám (týkající se kritéria pro omezení počtu zájemců v užším řízení a minimální úrovně technického kvalifikačního předpokladu), které byly podány v rámci

námitek proti rozhodnutí o vyloučení ze dne 12. 4. 2012, které stěžovatel obdržel dne 13. 4. 2012, byly podány ve lhůtě podle § 110 odst. 3 zákona a tedy včas.

40. V šetřené věci Úřad sděluje, že z jazykového výkladu ustanovení § 110 odst. 3 zákona je zřejmé, že časový prostor k podání námitek proti zadávacím podmínkám je vázán na lhůtu pro podání nabídek, z tohoto důvodu nelze jejich podání vázat na **lhůtu pro přijetí žádostí o účast**. Úřad proto konstatuje, že námitky směřující proti zadávacím podmínkám byly uplatněny včas, a to nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro přijetí žádostí o účast, na kterou je třeba analogicky nahlížet jako na lhůtu pro podání nabídek.
41. Úřad uvádí, že s ohledem na specifika užšího řízení (kdy lhůta pro podání nabídek je zadavatelem stanovena až ve výzvě k podání nabídek vybraným zájemcům a kdy doba mezi seznámením dodavatelů s kvalifikační dokumentací a stanovením lhůty pro podání nabídek může být u složitých veřejných zakázek i několik měsíců) lze u tohoto druhu zadávacího řízení chápat vázání lhůty pro podání námitek proti zadávacím podmínkám na konec lhůty pro podání nabídek, jak je formulováno v § 110 odst. 3 zákona, jako nepřiliš vhodné. Úřad však konstatuje, že zákon neumožňuje v dané věci aplikovat analogii, jelikož ta nepřichází v úvahu tam, kde by na jejím základě měly být uloženy povinnosti, změněna pravomoc, využít ji nelze k extenzivnímu výkladu či subsidiárnímu použití předpisu, při taxativním výčtu a ani tam, kde zákon používá výraz obdobně, protože tu žádná mezera neexistuje. Jako zásada platí, že analogie nesmí být nikdy použita k tíži účastníka řízení.
42. S odkazem na výše uvedené Úřad konstatuje, že lhůta pro podání námitek proti zadávacím podmínkám je stanovena pro všechny zájemce od počátku řízení shodně, a to nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek, a že se v šetřeném případě nepřipouští extenzivní výklad předmětného ustanovení zákona.
43. Výše uvedené potvrzuje i rozhodovací praxe Úřadu. Ve svém rozhodnutí č. j. ÚOHS-S273/2011/VZ-2827/520/DŘI ze dne 28. 2. 2012 či v rozhodnutí č. j. ÚOHS-S356/2012/VZ-15121/2012/540/ZČa ze dne 13. 8. 2012, Úřad obdobně konstatoval včasnost podání námitek proti zadávacím podmínkám v užším řízení.
44. Úřad k námitkám zadavatele, že kvalifikační dokumentace není zadávací podmínkou, uvádí, že zadávací podmínky, jak jsou definovány v ustanovení § 17 písm. l) zákona, představují nejobecnější pojem pro vymezení požadavků zadavatele stanovených pro určitou veřejnou zakázku. Jedná se nejen o požadavky na osobu dodavatele, požadavky na podobu úkonů dodavatele v průběhu zadávacího řízení, ale i požadavky na způsob realizace předmětu veřejné zakázky.
45. Ustanovení § 17 písm. l) zákona uvádí, že zadávacími podmínkami jsou veškeré požadavky zadavatele. Následně toto ustanovení uvádí výčet dokumentů, které tyto požadavky mohou obsahovat. Pokud je určitý požadavek zadavatele uveden v některém z těchto dokumentů, je takový požadavek zadávací podmínkou. Úřad v této věci konstatuje, že nelze přijmout výklad zadavatele, podle kterého jsou zadávací podmínky požadavky zadavatele vztahující se pouze k předmětu veřejné zakázky. Takový závěr z ustanovení § 17 písm. l) zákona nevyplývá. Slosloví „obsahující vymezení předmětu veřejné zakázky“ se v předmětném ustanovení nevztahuje k „požadavkům zadavatele“, ale představuje vymezení charakteristiky dalších dokumentů (výslovně v tomto ustanovení neuvedených), která představuje podmínku, pro kterou jsou požadavky zadavatele v takových dokumentech obsažené zadávacími podmínkami. Pokud tedy

určitý dokument zadavatele bude vymezovat předmět veřejné zakázky a nebude oznámením či výzvou o zahájení zadávacího řízení nebo zadávací dokumentací, pak veškeré požadavky zadavatele v takovém dokumentu obsažené jsou zadávacími podmínkami. Současně nelze vykládat ustanovení § 17 písm. l) zákona tak, že by zadávacími podmínkami byly požadavky zadavatele uvedené v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení nebo v zadávací dokumentaci pouze v té části, která se týká vymezení předmětu veřejné zakázky. Zadávacími podmínkami jsou veškeré požadavky zadavatele uvedené v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení a v zadávací dokumentaci.

46. K námitce týkající se minimální úrovně technického kvalifikačního předpokladu, k níž se zadavatel v rozhodnutí o námitkách ze dne 9. 5. 2012 dle svých slov „nad rámec svých povinností“ vyjádřil, Úřad uvádí, že vzhledem k výše uvedeným skutečnostem bylo povinností zadavatele tyto námitky přezkoumat. S ohledem na skutečnost, že se zadavatel k této námitce v rozhodnutí o námitkách ze dne 9. 5. 2012 vyjádřil a rozhodnutí o námitkách obsahuje i poučení v souladu s § 111 odst. 2 zákon, Úřad konstatuje, že tyto námitky týkající se minimální úrovně technického kvalifikačního předpokladu zadavatel v souladu s § 111 zákona přezkoumal.
47. Na základě výše uvedených skutečností dospěl Úřad k závěru, že zadavatel nedodržel postup stanovený zákonem, když námitky zájemce Skanska a.s. týkající se kritéria pro omezení počtu zájemců v užším řízení nevyřídil podle § 111 odst. 1 zákona, ačkoliv byly podány včas. Proto Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K uložení sankce

48. Podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že odmítne námitky v rozporu s § 110 zákona anebo postupuje při vyřizování námitek v rozporu s § 111 zákona.
49. Podle § 111 odst. 1 zákona přezkoumá zadavatel podané námitky v plném rozsahu a do 10 dnů od obdržení námitek odešle stěžovateli písemné rozhodnutí o tom, zda námitkám vyhovuje či nikoliv, s uvedením důvodu. Vyhoví-li zadavatel námitkám, uvede v rozhodnutí způsob provedení nápravy.
50. V případě šetřené veřejné zakázky se zadavatel správního deliktu dopustil tím, že námitky navrhovatele nevyřídil podle § 111 odst. 1 zákona. Zadavatel tak naplnil skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona.
51. 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.
52. 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 18. 5. 2012, kdy obdržel od zájemce Skanska a.s. kopii rozhodnutí o námitkách ze dne 9. 5. 2012, kterým zadavatel námitku týkající se kritéria pro omezení počtu zájemců odmítl jakožto opožděnou. Ke spáchání správního deliktu došlo dne 9. 5. 2012, kdy zadavatel námitky týkající se kritéria pro omezení počtu zájemců v užším řízení odmítl a nerozhodl o nich ve smyslu § 111 zákona. Správní řízení bylo zahájeno dne

31. 7. 2012. Z uvedených údajů tedy vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.
53. Podle § 120 odst. 2 písm. b) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 10 000 000 Kč, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. b), e), f) nebo g) tohoto zákona.
54. Podle § 121 odst. 2 zákona při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, se přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
55. Co se týče závažnosti správního deliktu, Úřad uvádí, že zadavatel nesprávně interpretoval příslušného ustanovení zákona týkající se lhůty pro podání námitek proti zadávacím podmínkám.
56. Pokud Úřad přihlédne ke způsobu spáchání správního deliktu, musí vzít v úvahu, že zadavatel pochybil při interpretaci ustanovení § 110 odst. 3 zákona, týkající se vázání lhůty pro podání námitek proti zadávacím podmínkám, na konec lhůty pro podání nabídek s ohledem na specifika užšího řízení, která může svádět k výkladu, k němuž se při svém postupu přiklonil zadavatel.
57. K následkům spáchání správního deliktu Úřad uvádí, že v šetřeném případě nedošlo jednáním zadavatele k podstatnému zúžení okruhu potencialních dodavatelů. Ve vztahu k následkům správního deliktu Úřad dále uvádí, že zájemce Skanska a.s. se i přes vadné vyřízení námitek zadavatelem domohl svých práv podáním návrhu. Uvedené správní řízení je u Úřadu vedeno pod spisovou značkou S292/2012/VZ a v rámci tohoto správního řízení Úřad návrh zájemce Skanska a.s. zamítl.
58. Vzhledem k výše uvedeným okolnostem, za nichž byl správní delikt spáchán, Úřad uvádí, že popsané skutečnosti posoudil jako polehčující okolnosti a přihlédl k nim při výměře pokuty. Zároveň je ale nutné podle Úřadu přihlédnout také ke skutečnosti, že vadné vyřízení námitek zadavatelem může v jiných případech ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť v případě věcného rozhodnutí o námitkách může být následný postup zadavatele i stěžovatele odlišný. Vzhledem k nutnosti naplnění sankčních účinků, zejména předcházení budoucího porušování zákona, nelze podle Úřadu zcela minimalizovat výši sankčního postihu.
59. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci zadavatele, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. V této souvislosti Úřad odkazuje na nález Ústavního soudu č. Pl. ÚS 3/02. Podle uvedeného nálezu je v případě ukládání pokut vyloučen takový zásah do majetku, v důsledku kterého by byla „zničena“ majetková základna pro další podnikatelskou činnost. Nepřípustné jsou takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Při stanovení výše pokuty vzal tedy Úřad v úvahu i možnosti zadavatele a stanovenou pokutu posoudil vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel disponuje. Úřad z předložených podkladů zjistil, že zadavatel má na rok 2012 rozpočtem stanovené příjmy ve výši 40 785 957,- 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.
60. 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 preferoval preventivní charakter uložení sankce a stanovenou výši pokuty (30 000 Kč) vzhledem k souvislostem případu posoudil jako dostačující. Proto Úřad uložil pokutu v dolní hranici zákonné sazby, podle které mohl Úřad uložit pokutu do výše 10 000 000 Kč (viz § 120 odst. 2 písm. b) zákona).

61. Pro úplnost Úřad uvádí, že pokuta, jakkoliv se může jevit jako relativně nízká, je schopna podle Úřadu naplnit jak „výchovnou“, tedy preventivní funkci spočívající v předcházení porušování zákona.
62. Pokuta uložená zadavateli ve výroku II. tohoto rozhodnutí 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, 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:

obec Ludgeřovice, Markvartovická 52/48, 747 14 Ludgeřovice

Vypraveno dne:

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