



UOHSX004PI4R

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.:ÚOHS-S629/2012/VZ-2806/2013/523/MSc

Brno 13. února 2013

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném z moci úřední dne 6. 11. 2012, jehož účastníkem je:

- zadavatel – obec Moravičany, IČ 00303046, se sídlem Moravičany 67, 789 82 Moravičany, ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) a písm. g) citovaného zákona o veřejných zakázkách zadavatelem – obec Moravičany, IČ 00303046, se sídlem Moravičany 67, 789 82 Moravičany – ve veřejné zakázce „Smíšená stezka Moravičany - Mohelnice“ zadávané formou užšího řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 23. 9. 2011 pod evidenčním číslem 6006561002001, na kterou byla dne 15. 3. 2012 uzavřena smlouva o dílo,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – obec Moravičany, IČ 00303046, se sídlem Moravičany 67, 789 82 Moravičany – se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů tím, že podle § 60 odst. 1 citovaného zákona o veřejných zakázkách nevyloučil z účasti v zadávacím řízení uchazeče MODOS spol. s r.o., IČ 00576832, se sídlem Masarykova 885/34, 772 00 Olomouc, který neprokázal splnění profesních kvalifikačních předpokladů podle § 54 jmenovaného zákona a ekonomických a finančních kvalifikačních

předpokladů podle § 55 výše uvedeného zákona, přičemž tento postup zadavatele podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu.

II.

Zadavatel – obec Moravičany, IČ 00303046, se sídlem Moravičany 67, 789 82 Moravičany – 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 § 61 odst. 2 písm. a) a c) jmenovaného zákona, když nestanovil objektivní kritérium pro omezení počtu zájemců pro účast v užším řízení „počet staveb (doložených referencí) v minimálním finančním objemu 5 mil. Kč bez DPH za každou z nich na stavby cyklostezek za posledních deset let“ s ohledem na povahu, rozsah a složitost předmětu plnění veřejné zakázky a tak, aby odpovídalo některému z ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů nebo technických kvalifikačních předpokladů pro plnění veřejné zakázky, jejichž prokázání veřejný zadavatel požadoval, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu.

III.

Zadavatel – obec Moravičany, IČ 00303046, se sídlem Moravičany 67, 789 82 Moravičany – se při zadávání veřejné zakázky 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 COLAS CZ, a.s., IČ 26177005, se sídlem Ke Klíčovu 9, 190 00 Praha 9, zájemce SWIETELSKY stavební s.r.o. odštěpný závod Dopravní stavby MORAVA, IČ 48035599, se sídlem Jahodová ulice 60, 620 00 Brno a zájemce SDS EXMOST spol. s r.o., IČ 49454501, Údolní 413/66, 602 00 Brno, v rozporu s ust. § 111 odst. 1 citovaného zákona, neboť neodeslal uvedeným zájemcům do 10 dnů od obdržení těchto námitek písemné rozhodnutí o tom, zda námitkám vyhovuje, či nikoliv, s uvedením důvodu.

IV.

Za spáchání správních deliktů uvedených v bodě I. a II. se zadavateli – obec Moravičany, IČ 00303046, se sídlem Moravičany 67, 789 82 Moravičany – podle § 120 odst. 2 cit. zákona o veřejných zakázkách **ukládá**

pokuta ve výši 150 000,- Kč (sto padesát tisíc korun českých).

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

ODŮVODNĚNÍ

I. POSTUP ÚŘADU PŘED ZAHÁJENÍM SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), obdržel dne 23. 7. 2012 podnět k přezkoumání postupu zadavatele – obec

Moravičany, IČ 00303046, se sídlem Moravičany 67, 789 82 Moravičany (dále jen „zadavatel“) – při zadávání veřejné zakázky „Smíšená stezka Moravičany - Mohelnice“ zadávané formou užšího řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 23. 9. 2011 pod evidenčním číslem 6006561002001 a na kterou byla dne 15. 3. 2012 uzavřena smlouva o dílo (dále jen „veřejná zakázka“).

2. Na základě obdrženého podnětu si Úřad od zadavatele vyžádal dokumentaci o veřejné zakázce. Z obdržené dokumentace Úřad zjistil následující skutečnosti.

II. PRŮBĚH ZADÁVACÍHO ŘÍZENÍ

3. Předmětem veřejné zakázky, vymezeným v zadávací dokumentaci, je vybudování smíšené stezky Moravičany – Mohelnice, která je řešena výstavbou cyklostezky v délce cca 1,86 km, přičemž součástí je i stavba lávky přes vodní tok. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla stanovena na 8 300 000,- Kč bez DPH.
4. Zadavatel v části 4.1 kvalifikační dokumentace požadoval v rámci profesních kvalifikačních předpokladů předložit *výpis z živnostenského rejstříku obsahující oprávnění k podnikání – zeměměřičskou činnost*. Dále v rámci ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů zadavatel požadoval *celkový obrat dosažený uchazečem za poslední tři účetní období v minimální výši 15 000 000,- Kč bez DPH za každé účetní období* a následující hodnoty ukazatelů za poslední uzavřené účetní období – *celková likvidita minimálně 1,0 a celková zadluženost maximálně 80 %*.
5. Zadavatel dále v části 4.1 kvalifikační dokumentace požadoval k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů předložení *„seznamu stavebních prací provedených dodavatelem za posledních 5 let, včetně osvědčení objednatelů o řádném plnění nejvýznamnějších z těchto zakázek s limitem minimálně 3 stavby cyklostezek nebo komunikací s živičným povrchem v hodnotě 5 mil. Kč bez DPH každé z nich a z toho minimálně jedna stavba, jejíž součástí byla i stavba lávky přes vodoteč“*.
6. Zadavatel obdržel 11 žádostí o účast v užším řízení, přičemž splnění kvalifikace prokázalo 7 zájemců. Čtyři zájemce vyloučil zadavatel z další účasti v zadávacím řízení dne 20. 10. 2011, z nichž tři zájemci o veřejnou zakázku – COLAS CZ, a.s., IČ 26177005, se sídlem Ke Klíčovu 9, 190 00 Praha 9; SWIETELSKY stavební s.r.o. odštěpný závod Dopravní stavby MORAVA, IČ 48035599, se sídlem Jahodová ulice 60, 620 00 Brno a SDS EXMOST spol. s r.o., IČ 49454501, Údolní 413/66, 602 00 Brno – podali proti svému vyloučení zadavateli námitky. Dle dokumentace o veřejné zakázce zadavatel nedešlal písemné rozhodnutí o námitkách uvedených společností.
7. Jako kritéria pro omezení počtu zájemců v užším řízení zadavatel v kvalifikační dokumentaci stanovil *„počet staveb (doložených referencí) v minimálním finančním objemu 5 mil. Kč bez DPH za každou z nich na stavby cyklostezek za posledních deset let“* a *„hodnotu ekonomických parametrů – celková likvidita a celková zadluženost za poslední uzavřené účetní období“*. Na základě uvedených kritérií zadavatel omezil počet zájemců na 5.
8. Hodnotícím kritériem veřejné zakázky byla stanovena nejnižší nabídková cena. Dne 1. 12. 2011 zadavatel rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky, vybrána byla nabídka společnosti MODOS spol. s r.o., IČ 00576832, se sídlem Masarykova 885/34, 772 00 Olomouc

(dále jen „vybraný uchazeč“). Dne 15. 3. 2012 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem smlouvu o dílo č. 02/A/2012.

9. Z žádosti o účast vybraného uchazeče vyplývá, že profesní kvalifikační předpoklady prokazoval vybraný uchazeč prostřednictvím společnosti GEOCENTRUM, spol. s r.o., IČ 47974460, se sídlem tř. Kosmonautů 1143/8B, 772 00 Olomouc (dále jen „subdodavatel 1“) a ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady společností BOHEMIA BITUNOVA, spol. s r.o., IČ 567310670, se sídlem Havlíčkova 4923, 586 01 Jihlava (dále jen „subdodavatel 2“). Následně ve své nabídce vymezil vybraný uchazeč podíl na předmětu plnění veřejné zakázky jako 0,21 % v případě subdodavatele 1 a 0,76 % v případě subdodavatele 2.
10. Součástí žádosti o účast vybraného uchazeče je smlouva o subdodávce mezi vybraným uchazečem a subdodavatelem 1 ze dne 29. 9. 2011 a smlouva o subdodávce mezi vybraným uchazečem a subdodavatelem 2 z téhož dne. Předmět plnění je v uvedených smlouvách shodně vymezen následně: *„Zhotovitel se touto smlouvou zavazuje doložit prokázání kvalifikačních předpokladů k plnění veřejné zakázky „Smíšená stezka Moravičany – Mohlenice“ v případě, že stavební firma MODOS spol. s r.o., Masarykova 34, 772 00 Olomouc výše uvedenou zakázku získá“*.
11. Vzhledem k výše uvedenému získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem a z tohoto důvodu zahájil správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem.

III. SPRÁVNÍ ŘÍZENÍ

12. Účastníkem správního řízení je podle § 116 zákona zadavatel.
13. Zahájení správního řízení ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem oznámil Úřad zadavateli přípisem č. j. ÚOHS-S629/2012/VZ-20566/2012/522/MSc ze dne 5. 11. 2012, ve kterém ho zároveň seznámil se zjištěnými skutečnostmi, jež se týkaly jeho postupu při zadávání předmětné veřejné zakázky.
14. Současně Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S629/2012/VZ-20569/2012/522/MSc ze dne 5. 11. 2012 stanovil lhůtu, v níž mohl zadavatel navrhopvat důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
15. Dnem 6. 11. 2012, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno zadavateli, bylo správní řízení zahájeno.

IV. VYJÁDŘENÍ ZADAVATELE

16. K zahájení správního řízení se zadavatel vyjádřil dne 15. 11. 2012, přičemž zadavatel uvedl, že *„vybraný uchazeč prokázal oprávnění k podnikání pro zeměměřičskou činnost subdodavatelem GEOCENTRUM, spol. s r.o., kde v rámci své žádosti o účast doložil také smlouvu o smlouvě budoucí uzavřenou, dle, jak je uvedeno v záhlaví této smlouvy, § 51 odst. 4 zákona. Komise v rámci kontroly kvalifikace konstatovala, že zájemce prokázal tento kvalifikační předpoklad rámcově a s vůlí subdodavatele plnit povinnosti vyplývající z této smlouvy (...). Vybraný uchazeč prokázal ekonomické kvalifikační předpoklady subdodavatelem BOHEMIA BITUNOVA, spol. s r.o. V rámci své žádosti o účast doložil zájemce smlouvu o smlouvě budoucí uzavřenou dle, jak je uvedeno v záhlaví této smlouvy, § 51 odst. 4 zákona.*

Je skutečností, že tato smlouva v následném textu není plně dle požadavků výše citovaného paragrafu odst. 4 zákona, ale komise konstatovala, že zájemce prokázal tento kvalifikační předpoklad rámcově a s vůlí subdodavatele plnit povinnosti vyplývající z požadavků kvalifikační dokumentace. Následně byl tento předpoklad potvrzen doložením smlouvy, kde je předmět plnění (poskytnutí práv a povinností) stanoven zcela přesně a dostatečně“.

17. *Zadavatel uvedl, že „předmětem plnění veřejné zakázky byla stavba cyklostezky a zadavatel vědom si skutečnosti, že stavba cyklostezky je technicky méně náročnější, než stavba jakékoliv jiné komunikace (...) stanovil v souladu s požadovanými technickým kvalifikačními předpoklady právě z tohoto důvodu jako jedno z kritérií pro omezení počtu zájemců počet zrealizovaných staveb cyklostezek. Zadavatel měl zájem uzavřít smlouvu právě s tím dodavatelem, který má s těmito stavbami (cyklostezkami) největší zkušenosti. Pokud by zadavatel stanovil, že je možno také uvést stavby komunikací, diskriminoval by tímto právě ty zájemce, kteří mají se stavbou stejného charakteru – cyklostezky – největší zkušenosti a kritérium omezení počtu uchazečů by dle názoru zadavatele nebylo stanoven v souladu s předmětem plnění veřejné zakázky a bylo diskriminační“.*
18. *Zadavatel dále uvedl, že „si uvědomuje chybu, které se dopustil v rámci průběhu výběrového řízení a to tím, že nezaslal výše uvedeným zájemcům rozhodnutí o námitkách v předepsaných termínech daných zákonem. Tato chyba bohužel vznikla administrativním pochybením, kdy přesto že rozhodnutí byla zpracována a zadavatel v těchto jednotlivých rozhodnutích zamítal námitky, nebyla tato rozhodnutí zaslána v termínu stanoveném zákonem“.*
19. *Současně zadavatel zaslal v rámci svého vyjádření kopii smlouvy mezi vybraným uchazečem a subdodavatelem 2 ze dne 7. 12. 2011, ve které je předmět smlouvy vymezen jako zajištění finanční stability ve prospěch objednatele, přičemž subdodavatel 2 se zavazuje zajistit ze svých zdrojů finanční stabilitu vybraného uchazeče.*

V. RELEVANTNÍ USTANOVENÍ ZÁKONA

20. Podle § 6 zákona je zadavatel při postupu podle zákona povinen dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

Prokázání splnění kvalifikace vybraným uchazečem

21. 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.

22. Podle § 52 odst. 2 zákona v užším řízení, jednacím řízení s uveřejněním a soutěžním dialogu je dodavatel povinen prokázat splnění kvalifikace ve lhůtě pro podání žádosti o účast.
23. Podle § 59 odst. 1 zákona veřejný zadavatel posoudí prokázání splnění kvalifikace dodavatele z hlediska požadavků stanovených v souladu s tímto zákonem.
24. Podle § 60 odst. 1 zákona dodavatel, který nesplní kvalifikaci v požadovaném rozsahu nebo nesplní povinnost stanovenou v § 58 zákona, musí být veřejným zadavatelem vyloučen z účasti v zadávacím řízení.

Kritéria omezení počtu zájemců

25. Podle § 61 odst. 1 zákona omezil-li veřejný zadavatel počet zájemců pro účast v užším řízení, v jednacím řízení s uveřejněním nebo v soutěžním dialogu, provede výběr ze zájemců, kteří řádně prokázali splnění požadované kvalifikace, a to podle objektivních kritérií podle odstavce 2 nebo 4 citovaného ustanovení zákona uvedených v oznámení o zahájení zadávacího řízení. Podrobná specifikace objektivních kritérií může být uvedena v kvalifikační dokumentaci.
26. Podle § 61 odst. 2 zákona musí objektivní kritéria pro výběr podle odstavce 1
 - a) být stanovena s ohledem na povahu, rozsah a složitost předmětu plnění veřejné zakázky,
 - b) být v souladu se zásadami uvedenými v § 6 zákona a
 - c) odpovídat některému nebo některým z ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů nebo technických kvalifikačních předpokladů pro plnění veřejné zakázky, jejichž prokázání veřejný zadavatel požadoval.

Nevyřízení námitek

27. Podle § 110 odst. 1 zákona při zadávání nadlimitních a podlimitních veřejných zakázek či v soutěži o návrh může kterýkoliv dodavatel, který má nebo měl zájem na získání určité veřejné zakázky a kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech (dále jen „stěžovatel“), zadavateli podat zdůvodněné námítky.
28. Podle § 110 odst. 4 zákona námítky proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky nebo proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení z účasti v zadávacím řízení musí stěžovatel doručit zadavateli do 15 dnů ode dne doručení oznámení o výběru nejvhodnější nabídky veřejné zakázky podle § 81 zákona nebo rozhodnutí o vyloučení z účasti v zadávacím řízení.
29. Podle § 111 odst. 1 zákona zadavatel přezkoumá podané námítky v plném rozsahu a do 10 dnů od obdržení námitek odešle stěžovateli písemné rozhodnutí o tom, zda námítkám vyhovuje či nikoliv, s uvedením důvodu. Vyhoví-li zadavatel námítkám, uvede v rozhodnutí způsob provedení nápravy.

VI. ZJIŠTĚNÍ A ZÁVĚRY ÚŘADU

30. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace

předložené zadavatelem a jeho vyjádření, a na základě vlastního zjištění konstatuje, že se zadavatel dopustil správního deliktu tím, že nedodržel postup stanovený v § 60 odst. 1 zákona, neboť nevyloučil z účasti v zadávacím řízení vybraného uchazeče, který neprokázal splnění kvalifikačních předpokladů, přičemž tento postup podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel s vybraným uchazečem uzavřel smlouvu. Dále se zadavatel dopustil správního deliktu tím, že nedodržel postup dle § 61 odst. 2 písm. a) a c) zákona, když nestanovil objektivní kritérium pro omezení počtu zájemců pro účast v užším řízení s ohledem na povahu, rozsah a složitost předmětu plnění veřejné zakázky a tak, aby odpovídalo některému z ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů nebo technických kvalifikačních předpokladů pro plnění veřejné zakázky, jejichž prokázání veřejný zadavatel požadoval, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu. Současně se zadavatel dopustil správního deliktu, když postupoval při vyřizování námitek v rozporu s ust. § 111 odst. 1 zákona. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující.

Prokázání splnění kvalifikace vybraným uchazečem

31. Vybraný uchazeč prokázal splnění profesního kvalifikačního předpokladu (oprávnění k podnikání v oboru zeměměřičská činnost) subdodavatelem 1 a ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady (hodnotu obratu a ekonomických ukazatelů) prostřednictvím subdodavatele 2. Součástí žádosti o účast vybraného uchazeče byly subdodavatelské smlouvy se subdodavatelem 1 a 2.
32. Úřad k výše uvedenému uvádí, že zadavatel musí dbát na to, aby veřejnou zakázku získal dodavatel, resp. uchazeč, který v zadávacím řízení současně prokáže kvalifikační předpoklady, další podmínky stanovené zadavatelem v zadávací dokumentaci a jehož nabídka bude vyhodnocena jako nejvýhodnější podle zvoleného základního hodnotícího kritéria. V daném případě vybraný uchazeč sice doložil ve své žádosti o účast doklady, které prokazují požadovanou kvalifikaci (tj. živnostenský list a účetní závěrku), ale tyto doklady se nevztahovaly k němu, ale k osobě subdodavatele. Tento postup při prokazování kvalifikace je možný, ale pouze za splnění zákonné podmínky ustanovení § 51 odst. 4 zákona. V takovém případě musí být jako součást nabídky, resp. žádosti o účast předložena subdodavatelská smlouva, ze které 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. Taková smlouva však v předmětném případě předložena nebyla.
33. Smyslem prokazování kvalifikace dodavateli, popř. za splnění zákonných podmínek společně se subdodavatelem, je výběr takového dodavatele, který je způsobilý k plnění veřejné zakázky, resp. který prokáže, že má zkušenosti s obdobným druhem plnění, že je ekonomicky stabilní a po technické a profesní stránce schopen zajistit kvalitní provedení předmětu veřejné zakázky. Zadavatel pomocí kvalifikačních předpokladů selektuje dodavatele s cílem vybrat nejvhodnějšího právě s ohledem na specifika daného předmětu plnění. Z uvedeného důvodu je tedy prokázání splnění části kvalifikace subdodavatelem vázáno na podmínku, aby se subdodavatel na plnění předmětu veřejné zakázky podílel, a to alespoň v rozsahu, v jakém prokázal splnění kvalifikace. K posouzení splnění této podmínky je zákonem vyžadováno předložení smlouvy, ze které bude uvedený závazek subdodavatele podílet se na plnění

veřejné zakázky jednoznačně vyplývat. V tomto smyslu Úřad doplňuje, že podíl subdodavatele na veřejné zakázce nemusí spočívat pouze ve faktické realizaci části předmětu veřejné zakázky. V případě ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů může takový podíl spočívat rovněž v „zajištění ekonomické stability“ vybraného uchazeče, jejíž ohrožení by mohlo mít dopad na možnost vybraného uchazeče realizovat předmět veřejné zakázky. I v takovém případě ale musí subdodavatelská smlouva obsahovat jednoznačně specifikovaný závazek subdodavatele takové zajištění poskytnout.

34. Závazek subdodavatele v přezkoumávaném případě byl smlouvou o subdodávce se subdodavatelem 1 a 2 shodně formulován následovně: *„Zhotovitel se touto smlouvou zavazuje doložit prokázání kvalifikačních předpokladů k plnění veřejné zakázky „Smíšená stezka Moravičany – Mohlenice“ v případě, že stavební firma MODOS spol. s r.o., Masarykova 34, 772 00 Olomouc výše uvedenou zakázku získá“.*
35. Uvedenou formulací nevzniká subdodavateli závazek podílet se na plnění předmětu veřejné zakázky. Závazek subdodavatele spočívá pouze v umožnění vybranému uchazeči prokázat splnění části kvalifikace prostřednictvím dokladů vztahujících se k subdodavateli. Taková subdodavatelská smlouva tedy nesplňuje požadavek na její obsah stanovený v § 51 odst. 4 písm. b) zákona.
36. V daném případě je přitom irelevantní doložení samotných dokladů v žádosti o účast, neboť bez smluvně zajištěného závazku k „využití“ těchto dokladů k realizaci plnění veřejné zakázky nelze tyto doklady považovat za doklady prokazující splnění požadované kvalifikace.
37. I v případě užšího řízení, jako je tomu v předmětné veřejné zakázce, kdy zájemcům o účast není znám přesný obsah a rozsah předmětu plnění veřejné zakázky, musí být subdodavatelská smlouva formulována způsobem, který alespoň v obecné rovině zavazuje subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění předmětu veřejné zakázky. Tak tomu v přezkoumávané věci nebylo.
38. Vzhledem k výše uvedenému Úřad konstatuje, že vybraný uchazeč neprokázal splnění profesních a ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů stanovených v bodu 4.1 kvalifikační dokumentace. Zadavatel tedy nepostupoval v souladu s § 60 odst. 1 zákona, neboť vybraného uchazeče nevyločil z účasti v zadávacím řízení.
39. Na výše uvedený závěr, tj. že vybraný uchazeč neprokázal splnění kvalifikace, nemá vliv ani skutečnost, že vybraný uchazeč uzavřel dne 7. 12. 2011 se subdodavatelem 2 smlouvu o dílo, ve které je předmět plnění vymezen odlišně. Dle ustanovení § 52 odst. 2 zákona je dodavatel v užším řízení povinen prokázat splnění kvalifikace ve lhůtě pro podání žádosti o účast, tj. v šetřeném případě do 11. 10. 2011.
40. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ustanovení § 60 odst. 1 zákona, když z účasti v zadávacím řízení nevyločil vybraného uchazeče, který neprokázal splnění profesních kvalifikačních předpokladů podle § 54 zákona a ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů podle § 55 zákona, přičemž tento postup podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel dne 15. 3. 2012 s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku, čímž se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

Kritéria omezení počtu zájemců

41. Zadavatel v rámci kvalifikační dokumentace požadoval k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů předložení „seznamu stavebních prací provedených dodavatelem za posledních 5 let, včetně osvědčení objednatelů o řádném plnění nejvýznamnějších z těchto zakázek s limitem minimálně 3 stavby cyklostezek nebo komunikací s živičným povrchem v hodnotě 5 mil. Kč bez DPH každé z nich a z toho minimálně jedna stavba, jejíž součástí byla i stavba lávky přes vodoteč“. Dále zadavatel stanovil jako jedno z kritérií pro omezení počtu zájemců v užším řízení „počet staveb (doložených referencí) v minimálním finančním objemu 5 mil. Kč bez DPH za každou z nich na stavby cyklostezek za posledních deset let“.
42. Ustanovení § 61 odst. 2 písm. a) zákona stanoví, že objektivní kritéria pro omezení počtu zájemců v užším řízení musí zadavatel stanovit s ohledem na povahu, rozsah a složitost předmětu plnění veřejné zakázky. V předmětném případě zadavatel vztáhl výše uvedené kritérium k počtu staveb cyklostezek.
43. Předmětem veřejné zakázky, vymezeným v zadávací dokumentaci je výstavba cyklostezky a stavba lávky přes vodní tok.
44. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 15. 11. 2012 argumentuje, že stavba cyklostezky má určitá specifika odlišná od výstavby jiných komunikací, přičemž zadavatel měl zájem uzavřít smlouvu s dodavatelem, který má se výstavbou cyklostezek největší zkušenosti. Tuto argumentaci shledává Úřad nepřesvědčivou, neboť dodavatel, který běžně provádí stavební práce v oblasti pozemních komunikací, musí být (už s ohledem na své živnostenské oprávnění) schopen provést v požadované kvalitě i rozsahu výstavbu cyklostezky. Podle ustanovení § 12 odst. 7 zákona č. 13/1997 Sb. o pozemních komunikacích, ve znění pozdějších předpisů, je samostatná stezka pro cyklisty podle své povahy a umístění buď místní komunikací IV. třídy, nebo účelovou komunikací. Jedná se tedy o pozemní komunikaci nižší třídy a nelze předpokládat, že pokud má dodavatel zkušenost pouze s výstavbou komunikací vyšší třídy, nebude schopen realizovat stavbu cyklostezky.
45. Úřad se neztotožňuje s názorem zadavatele, že by danou veřejnou zakázku nebyl schopen dostatečně kvalitně realizovat uchazeč, který se profiluje výstavbou i jiných komunikací, než je cyklostezka, neboť je nesporné, že výstavba cyklostezky je s ohledem na rozsah a složitost předmětu plnění méně náročná než výstavba komunikace vyšších tříd.
46. Úřad dále konstatuje, že i když výstavba cyklostezky může mít jistá specifika, tak tento fakt neodůvodňuje postup zadavatele v zadávacím řízení, který a priori předjímá neschopnost uchazeče realizujícího běžně výstavbu jiných místních komunikací realizovat také kvalitní výstavbu cyklostezky. Zadavatel tak svým restriktivním nastavením objektivního kritéria pro omezení počtu zájemců pro účast v užším řízení „počet staveb (doložených referencí) v minimálním finančním objemu 5 mil. Kč bez DPH za každou z nich na stavby cyklostezek za posledních deset let“ zakázku nevyzval k podání nabídky zájemce realizující výstavbu jiných místních komunikací. Stanovením požadavku na doložení referencí na stavby cyklostezek zadavatel znemožnil účast v zadávacím řízení uchazečům, kteří realizují výstavbu jiných forem komunikací.
47. Zadavatelův kvalifikační požadavek na doložení osvědčení objednatelů o stavbě cyklostezky nebo komunikace s živičným povrchem byl učiněn v souladu se zákonem, neboť nevyloučil

uchazeče mající zkušenost se stavbou komunikací obecně a odpovídal tedy předmětu plnění veřejné zakázky. Tento požadavek ale zadavatel zásadním způsobem zpřísnil a modifikoval v rámci kritéria pro omezení počtu zájemců v užším řízení, když posuzoval pouze reference ze stavby cyklostezek.

48. Úřad tedy konstatuje, že kritérium pro omezení počtu zájemců „počet staveb (doložených referencí) v minimálním finančním objemu 5 mil. Kč bez DPH za každou z nich na stavby cyklostezek za posledních deset let“ neodpovídá povaze, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky.
49. Ustanovení § 61 odst. 2 písm. c) zákona jasně stanovuje, že objektivní kritérium, podle kterého dochází k omezení počtu zájemců v užším řízení, musí odpovídat některému z ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů nebo technických kvalifikačních předpokladů, jejichž prokázání veřejný zadavatel požadoval. Zákon zde tedy jednoznačně stanoví požadavek, aby kritérium pro omezení počtu zájemců bylo jedním z kvalifikačních požadavků, které stanovil zadavatel v zadávacích podmínkách. Nelze tedy akceptovat postup, kdy kritérium pro omezení počtu zájemců neodpovídá kvalifikačnímu předpokladu nebo jej zásadním způsobem mění.
50. Je zřejmé, že příslušné objektivní kritérium, tak jak ho stanovil zadavatel v kvalifikační dokumentaci, neodpovídá technickému kvalifikačnímu předpokladu, neboť v případě technického kvalifikačního předpokladu je stanoven požadavek na stavby cyklostezek nebo komunikací s živičným povrchem za posledních 5 let, přičemž jako kritérium omezení počtu zájemců slouží pouze počet staveb cyklostezek za posledních 10 let.
51. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ustanovení § 61 odst. 2 písm. a) a c) zákona, když v kvalifikační dokumentaci nestanovil objektivní kritérium s ohledem na povahu, rozsah a složitost předmětu plnění veřejné zakázky a když nestanovil objektivní kritérium tak, aby odpovídalo některému z ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů nebo technických kvalifikačních předpokladů pro plnění veřejné zakázky, jejichž prokázání veřejný zadavatel požadoval. Tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť uvedené kritérium bylo uvedeno v rámci kvalifikační dokumentace, tudíž dodavatelé, kteří zvažovali účast v zadávacím řízení a nedisponovali potřebnými referencemi na stavbu cyklostezek, mohli být tímto požadavkem odrazeni. Pokud by zadavatel nestanovil předmětné kritérium, mohl následně obdržet výhodnější nabídky. Zadavatel uzavřel dne 15. 3. 2012 s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku, čímž se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

Nevyřízení námitek

52. Dne 20. 10. 2011 rozhodl zadavatel o vyloučení zájemců o veřejnou zakázku – COLAS CZ, a.s., IČ 26177005, se sídlem Ke Klíčovu 9, 190 00 Praha 9 (dále jen „zájemce 1“); SWIETELSKY stavební s.r.o. odštěpný závod Dopravní stavby MORAVA, IČ 48035599, se sídlem Jahodová ulice 60, 620 00 Brno (dále jen „zájemce 2“) a SDS EXMOST spol. s r.o., IČ 49454501, Údolní 413/66, 602 00 Brno (dále jen „zájemce 3“), přičemž rozhodnutí o vyloučení bylo zájemcům 1 až 3 doručeno dne 24. 10. 2011. Tito zájemci podali proti svému vyloučení námítky, které zájemce 1 doručil zadavateli dne 31. 10. 2011, zájemce 2 dne 31. 10. 2011 a zájemce 3 dne 4. 11. 2011.

53. Dle zjištění Úřadu námitky proti vyloučení z účasti v zadávacím řízení byly zájemci 1 až 3 podány ve lhůtě dle § 110 odst. 4 zákona a splňují i další náležitosti dle ustanovení § 110 odst. 7 zákona, avšak zadavatel neodeslal písemné rozhodnutí o uvedených námitkách.
54. Ustanovení § 111 odst. 1 zákona ukládá zadavateli povinnost přezkoumat podané námitky v plném rozsahu a do 10 dnů odeslat stěžovateli rozhodnutí o tom zda námitkám vyhovuje či nikoliv, s uvedením důvodu, což však zadavatel v šetřeném případě neučinil. Zadavatel podané námitky proti vyloučení z účasti v zadávacím řízení nevyřídil, a proto Úřad konstatuje, že se zadavatel dopustil spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí.

VII. Uložení sankce

55. Podle ustanovení § 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.
56. Podle ustanovení § 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.
57. Zadavatel se při zadávání předmětné veřejné zakázky dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 60 odst. 1 zákona, když z účasti v zadávacím řízení nevyločil vybraného uchazeče, který neprokázal splnění kvalifikačních předpokladů, přičemž tento postup podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky a současně zadavatel nedodržel postup stanovený v ustanovení § 61 odst. 2 písm. a) a c) zákona, když nestanovil objektivní kritérium pro omezení počtu zájemců „počet staveb (doložených referencí) v minimálním finančním objemu 5 mil. Kč bez DPH za každou z nich na stavby cyklostezek za posledních deset let“ s ohledem na povahu, rozsah a složitost předmětu plnění veřejné zakázky a tak, aby odpovídalo některému z ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů nebo technických kvalifikačních předpokladů pro plnění veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel dne 15. 3. 2012 s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku.
58. Dále se zadavatel při zadávání předmětné veřejné zakázky dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona tím, že nevyřídil námitky v souladu s ustanovením § 111 zákona, ve kterém je ukotvena povinnost přezkoumat podané námitky v plném rozsahu a do 10 dnů od obdržení námitek odeslat stěžovateli písemné rozhodnutí o tom, zda námitkám vyhovuje či nikoliv, s uvedením důvodu.
59. Podle § 121 odst. 3 zákona ve znění pozdějších předpisů odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezhájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne kdy byl spáchán.
60. 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 8. 8. 2012, kdy od zadavatele obdržel dokumentaci o veřejné zakázce. Ke spáchání správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a)

zákona došlo dne 15. 3. 2012, kdy zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na plnění předmětné veřejné zakázky. Správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. g) zákona nastal uplynutím 10denní lhůty pro vyřízení námitek dle § 111 odst. 1 zákona, tedy dne 11. 11. 2011. Správní řízení bylo zahájeno dne 6. 11. 2012. Z uvedených údajů vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.

61. Podle ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny veřejné zakázky nebo do 10 000 000,- Kč, pokud cena zakázky nebyla nabídnuta, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a) tohoto zákona. Podle písm. b) tohoto ustanovení zákona se za správní delikt uloží pokuta do 10 000 000 Kč, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. g) zákona.
62. Dle smlouvy o dílo ze dne 15. 3. 2012 je cena veřejné zakázky stanovena na 10 664 002,68 Kč (včetně DPH). Maximální výše pokuty dle § 120 odst. 2 písm. a) zákona, tj. 5 % z uvedené částky, činí 533 200,- Kč.
63. Podle § 121 odst. 2 zákona při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, se přihlídně k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům, a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
64. V souladu se zásadou absorpce upravenou v § 12 odst. 2 zákona č. 200/1990 Sb., o přestupcích, ve znění pozdějších předpisů, kterou lze analogicky použít i v případě správně právního trestání (za více přestupků téhož pachatele projednaných ve společném řízení se uloží sankce podle ustanovení vztahujícího se na přestupek nejpřísněji postižitelný) Úřad ve správním řízení uloží pokutu podle nejpřísněji trestaného správního deliktu.
65. V daném případě tedy principu absorpce podléhají skutkové podstaty správních deliktů uvedené v bodech I. až III. výroku tohoto rozhodnutí.
66. Vzhledem k tomu, že sankce mají být ukládány podle § 120 odst. 2 písm. a) a písm. b) zákona, tedy má být uložena pokuta do výše 5 % ceny zakázky (tj. do 533 200,- Kč) nebo do 10 000 000,- Kč. Maximální výše pokuty je tedy při uplatnění zásady absorpce 10 000 000,- Kč.
67. Zadavatel se dopustil správních deliktů tím, že uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem na předmětnou veřejnou zakázku, přičemž nedodržel postup pro zadání veřejné zakázky stanovený zákonem a tím, že nevyřídil námítky v souladu se zákonem.
68. Jako k přitěžující okolnosti přihlédl Úřad ke skutečnosti, že zadavatel zcela rezignoval na zaslání rozhodnutí o námitkách, což je závažnější pochybení než odeslání rozhodnutí o námitkách po lhůtě stanovené zákonem. Další přitěžující okolností je skutečnost, že zadavatel spáchal několik správních deliktů. V tomto případě Úřad zohlednil i závažnost těchto správních deliktů a to nikoliv podle výše horní hranice možné sankce, ale s ohledem na faktický dopad pochybení zadavatele na zadávací řízení.
69. Úřad při stanovení výše pokuty přihlédl k velikosti zadavatele, neboť se jedná o menší obec. Úřad dále přihlédl ke skutečnosti, že zadavatel uznal vlastní chyby a ve svém vyjádření ze dne 15. 11. 2012 se za svá pochybení omluvil. Uvedené jednání zadavatele vzhledem ke všem okolnostem nejeví znaky účelovosti a úmyslu postupovat v rozporu se zákonem s cílem uzavřít smlouvu s dopředu dohodnutým dodavatelem.

70. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci odpovědného subjektu, 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 Pl. ÚS 3/02. Podle uvedeného nálezu jsou nepřipustné takové pokuty, jež mají likvidační charakter.
71. Z rozpočtu zadavatele na rok 2012 uveřejněných na internetových stránkách zadavatele <http://www.obec-moravicany.cz> Úřad zjistil, že příjmy zadavatele za rok 2012 byly v rozpočtu stanoveny ve výši 11 774 000,- 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.
72. Pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů Úřad stanovenou výši pokuty vzhledem k souvislostem případu posoudil jako dostačující.
73. 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, třída 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:

obec Moravičany, IČ 00303046, se sídlem Moravičany 67, 789 82 Moravičany

Vypraveno dne:

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