



UOHSX005Q5YA

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S675/2013/VZ-2226/2014/531/RKr

Brno 31. ledna 2014

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 14. 11. 2013 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel – Správa silnic Olomouckého kraje, příspěvková organizace, IČO 709 60 399, se sídlem Lipenská 120, 772 11 Olomouc

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném v době zahájení zadávacího řízení, zadavatelem při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Rekonstrukce silnice II/369 Hanušovice – Bohdík v km 28,177 – 33,778**“ v otevřeném řízení podle § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném v době zahájení zadávacího řízení, jehož Oznámení o zakázce bylo v Infomačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 9. 1. 2012 pod evidenčním číslem zakázky 104972, na kterou byla dne 19. 4. 2012 uzavřena smlouva o dílo se společností KARETA s.r.o., IČO 623 60 213, se sídlem Krnovská 51, 792 01 Bruntál,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel - Správa silnic Olomouckého kraje, příspěvková organizace, IČO 709 60 399, se sídlem Lipenská 120, 772 11 Olomouc, se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném v době zahájení zadávacího

řízení, tím, že při zadávání veřejné zakázky „Rekonstrukce silnice II/369 Hanušovice – Bohdíkov v km 28,177 – 33,778“ zadané v otevřeném řízení zahájeném dne 7. 1. 2012 podle § 26 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném v době zahájení zadávacího řízení, postupoval v rozporu s § 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném v době zahájení zadávacího řízení, když vyzval uchazeče Silnice Klatovy a.s., IČO 453 57 307, se sídlem Vídeňská 190, 339 01 Klatovy, podle § 59 odst. 4 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném v době zahájení zadávacího řízení, k doplnění předložených dokladů prokazujících splnění kvalifikace, zatímco uchazeče ECOVIA Haná s.r.o., IČO 278 25 531, se sídlem Hamerská 708/58, 779 00 Olomouc, z další účasti v zadávacím řízení vyloučil, aniž by využil možnosti postupovat podle ustanovení § 59 odst. 4 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném v době zahájení zadávacího řízení, obdobně jako u uchazeče Silnice Klatovy a.s., čímž nedodržel zásadu rovného zacházení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavřel dne 19. 4. 2012 na plnění předmětné veřejné zakázky smlouvu o dílo.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. se zadavateli - Správa silnic Olomouckého kraje, příspěvková organizace, IČO 709 60 399, se sídlem Lipenská 120, 772 11 Olomouc – podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném v době zahájení zadávacího řízení, ukládá

pokuta ve výši 150.000,- Kč (jedno sto padesát tisíc korun českých).

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

ODŮVODNĚNÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), který je podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, příslušný k dohledu nad dodržováním tohoto zákona, obdržel dne 3. 12. 2012 podnět týkající se postupu zadavatele - Správa silnic Olomouckého kraje, příspěvková organizace, IČO 709 60 399, se sídlem Lipenská 120, 772 11 Olomouc (dále jen „zadavatel“) – při zadání veřejné zakázky
 - „**Rekonstrukce silnice II/369 Hanušovice – Bohdíkov v km 28,177 – 33,778**“ v otevřeném řízení podle § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném v době zahájení zadávacího řízení (dále jen „zákon“), jehož Oznámení o zakázce bylo v Infomačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 9. 1. 2012 pod evidenčním číslem zakázky 104972.
2. Předkladatel podnětu uvedl, že zadavatel u předmětné veřejné zakázky postupoval v rozporu se zněním zákona, když v rámci posouzení kvalifikace vyloučil ze zadávacího řízení uchazeče ECOVIA Haná s.r.o., který ve své nabídce uvedl cenu ve výši 15.716.542,05 Kč včetně DPH, přičemž vítězný uchazeč nabídl cenu 16.169.543,09 Kč včetně DPH. Předkladatel podnětu uvedl, že uchazeč ECOVIA Haná s.r.o. byl vyloučen pro nepředložení certifikátů vydaných podle ČSN, aniž by zadavatel využil možnosti požádat uchazeče ECOVIA Haná s.r.o. o dodatečné doložení uvedených dokladů ve smyslu § 59 odst. 4 zákona. Předkladatel podnětu dále uvedl,

že „z webových stránek uchazeče (<http://www.ecovia.cz/cs/opraveni-a-certifikace>) lze zjistit, že uchazeč všemi požadovanými certifikáty disponoval (na webu jsou vystaveny jejich barevné kopie)“. Předkladatel podnětu dále konstatuje, že „Zadavatel naopak vyzval k doplnění kvalifikace uchazeče Silnice Klatovy s.r.o. (nabídková cena 23.415.854,28 Kč vč. DPH), a to konkrétně k doložení čestného prohlášení k prokázání některých základních kvalifikačních předpokladů. Zadavatel tak paradoxně požádal o doplnění kvalifikace uchazeče, který neměl žádnou šanci v zadávacím řízení zvítězit, avšak uchazeče, který nabídnul nejnižší nabídkovou cenu, bez dalšího rovnou vyloučil.

Tento rozdílný přístup může být dle předkladatele posouzen jako porušení zásady rovného zacházení § 6 zákona.

Postup zadavatele se dále žadateli jeví jako značně nevhodný - pokud by zadavatel požádal uchazeče ECOVIA Haná s.r.o. o dodatečně doložení certifikátů, je velmi pravděpodobné, že uchazeč by obratem doložil, a zadavatel tak mohl udržet v zadávacím řízení nejuvhodnější nabídku a ušetřit nezanedbatelnou částku 453.001,04 Kč vč. DPH. S ohledem na skutečnost, že zadavatel vyzval jiného uchazeče k doložení dokladů k prokázání kvalifikace, nelze argumentovat úsporou času.“

3. Dle vyjádření předkladatele podnětu k výše uvedenému zadavatel konstatoval, že podle jeho názoru uchazeč ECOVIA Haná s.r.o. nesplnil požadavky zadavatele, neboť nepředložil ve své nabídce žádné z požadovaných certifikátů vydaných podle ČSN, a proto byl vyloučen. Naproti tomu uchazeč Silnice Klatovy a.s. ve své nabídce předložil neúplné čestné prohlášení, a proto nebyl vyloučen, ale vyzván k doplnění. K tomu předkladatel podnětu uvedl, že *“tímto svým postupem tedy zadavatel porušil zásady rovného zacházení dle § 6 zákona, když toto pochybení mohlo mít vliv na výběr nejuvhodnější nabídky.*

S ohledem na výše uvedené má žadatel za to, že existuje oprávněná pochybnost o správnosti postupu zadavatele, a dle názoru žadatele byl zadavatelem porušen zákon, a to ustanovení § 59 odst. 4 zákona ve spojení s ust. § 6 zákona.

Je zřejmé, že zadavatel porušil zákon, a to v takové intenzitě, že se jedná o správní delikt dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, jelikož zadavatel nedodržel postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejuvhodnější nabídky, a uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku.“

4. Úřad si na základě skutečností uvedených v podnětu vyžádal od zadavatele pod č. j. ÚOHS-P1200/2012/VZ-23651/2012/531/RKr ze dne 18. 12. 2012 zaslání dokumentace pořízené v souvislosti s předmětnou veřejnou zakázkou a písemné vyjádření zadavatele.
5. Zadavatel se ke skutečnostem uvedeným v podnětu vyjádřil ve svém dopise č. j. SSOK-CE/23632/2012 ze dne 21. 12. 2012, ve kterém mj. uvedl, že uchazeč ECOVIA Haná s.r.o. nesplnil kvalifikační požadavky zadavatele tím, že nepředložil ve své nabídce certifikáty vydané podle ČSN. Naproti tomu uchazeč Silnice Klatovy a.s. ve své nabídce předložil všechny kvalifikační doklady požadované zadavatelem, ale měl pouze neúplné čestné prohlášení, a proto jej zadavatel nevyločil a vyzval k doplnění.
6. Z obdržené dokumentace Úřad zjistil následující skutečnosti.

I. Zadávací řízení

7. Zadávací řízení na veřejnou zakázku s názvem „Rekonstrukce silnice II/369 Hanušovice – Bohdíkov v km 28,177 – 33,778“, zadávanou v otevřeném řízení podle § 27 zákona, zadavatel zahájil odesláním Oznámení o zakázce do Infomačního systému o veřejných zakázkách dne 7. 1. 2012, které bylo uveřejněno dne 9. 1. 2012 pod evidenčním číslem zakázky 104972.
8. V souladu s ustanovením § 151 zákona se zadavatel nechal při výkonu práv a povinností podle zákona souvisejících se zadávacím řízením zastoupit na základě mandátní smlouvy ze dne 6. 1. 2012 Ing. Ivanou Jurečkovou, IČO 633 01 474, se sídlem Tyršova 7, 746 01 Opava.
9. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky činila 20.000.000,- Kč bez DPH.
10. Zadavatel požadoval v Oznámení o zakázce a v zadávací dokumentaci mj. prokázat splnění základních kvalifikačních předpokladů uvedených v bodě 9.3 zadávací dokumentace v rozsahu daném zákonem a splnění technických kvalifikačních předpokladů uvedených v bodě 9.6 zadávací dokumentace a v oznámení o zakázce v části III.2.3 „Technická způsobilost“, a to předložením certifikátů vydaných podle ČSN.
11. Jako základní hodnotící kritérium pro zadání veřejné zakázky stanovil zadavatel nejnižší nabídkovou cenu.
12. Ve lhůtě pro podání nabídek obdržel zadavatel nabídky 12 uchazečů. Dne 6. 2. 2012 provedla hodnotící komise, plnící funkci komise pro otevírání obálek, jmenovaná zadavatelem otevírání obálek s následným posouzením kvalifikace uchazečů, kteří podali nabídky. Neprokázaní kvalifikace zjistila hodnotící komise u dvou uchazečů, a to u uchazeče ECOVIA Haná s.r.o. a u uchazeče Silnice Klatovy a.s.
13. Z protokolu o posouzení kvalifikace ze dne 6. 2. 2012 vyplývá, že uchazeč Silnice Klatovy a.s. nedoložil základní kvalifikační předpoklady podle § 53 odst. 1 písm. a) a b) zákona ve vztahu k právnické osobě a dále podle § 53 odst. 1 písm. k) zákona, a to doklady podle § 53 odst. 3 zákona (blíže bod 35 tohoto rozhodnutí). Na základě výzvy zadavatele ze dne 9. 2. 2012 k doplnění kvalifikace doplnil uchazeč svou kvalifikaci dopisem ze dne 14. 2. 2012.
14. Dále z protokolu o posouzení kvalifikace ze dne 6. 2. 2012 vyplývá, že ze strany uchazeče ECOVIA Haná s.r.o. nebyly v jeho nabídce doloženy doklady požadované v bodě 9.6 zadávací dokumentace, a to konkrétně prosté kopie požadovaných certifikátů vydaných podle ČSN. Na základě této skutečnosti pak zadavatel vyloučil tohoto uchazeče z další účasti v zadávacím řízení, aniž by jej vyzval k doplnění kvalifikace.
15. Na základě doporučení hodnotící komise rozhodl zadavatel dne 19. 3. 2012 o výběru nejvhodnější nabídky předložené uchazečem KARETA s.r.o., IČO 623 60 213, se sídlem Krnovská 51, 792 01 Bruntál (dále jen „vybraný uchazeč“).
16. Zadavatel s vybraným uchazečem uzavřel dne 19. 4. 2012 smlouvu o dílo v hodnotě finančního plnění ve výši 16.169.543,09 Kč včetně DPH.

II. Řízení před správním orgánem

17. Na základě posouzení obsahu podnětu a dokumentace zasláné zadavatelem získal Úřad pochybnosti o tom, zda zadavatel postupoval v souladu s § 6 zákona, když ze zadávacího řízení

vyloučil uchazeče ECOVIA Haná s.r.o. podle § 60 odst. 1 zákona, aniž by jej vyzval k doplnění nabídky přesto, že jiného uchazeče (Silnice Klatovy a.s.) k doplnění nabídky vyzval. S ohledem na zjištěné skutečnosti zahájil Úřad správní řízení z moci úřední vedené pod sp. zn. S675/2013/RKr.

18. Účastníkem správního řízení je podle § 116 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavatel.
19. Zahájení správního řízení oznámil Úřad zadavateli dopisem pod č. j. ÚOHS-S675/2013/VZ-21296/2013/531/RKr ze dne 13. 11. 2013, ve kterém účastníka řízení seznámil se zjištěnými skutečnostmi, které budou podkladem pro rozhodnutí. Současně Úřad účastníku řízení usnesením č. j. ÚOHS-S675/2013/VZ-21304/2013/531/RKr z téhož dne stanovil lhůtu, v níž mohl navrhopvat důkazy či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
20. Dne 14. 11. 2013, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno zadavateli, bylo podle § 113 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zahájeno správní řízení.
21. Dne 19. 11. 2013 obdržel Úřad vyjádření zadavatele ze dne 19. 11. 2013, v němž uvádí, že uchazeč ECOVIA Haná s.r.o. nesplnil základní kvalifikační požadavky zadavatele tím, že nepředložil ve své nabídce certifikáty vydané podle ČSN. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 19. 11. 2013 dále uvádí: *„Komise pro posouzení kvalifikace měla za to, že uvedený uchazeč požadované certifikáty nevlastní, a proto jej vyloučila z účasti v zadávacím řízení. Uchazeč Silnice Klatovy a.s. ve své nabídce předložil všechny kvalifikační doklady požadované zadavatelem, ale měl pouze neúplné čestné prohlášení, z uvedeného důvodu jej zadavatel nevyloučil a vyzval k doplnění.*

Na základě výše uvedeného má zadavatel za to, že neporušil zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách.“

III. Závěry správního orgánu

22. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, případ ve všech vzájemných souvislostech, přičemž po zhodnocení všech podkladů, včetně obsahu zadávací dokumentace a smlouvy o dílo ze dne 19. 4. 2012, a na základě vlastního zjištění shledal, že se zadavatel dopustil správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, za což mu v souladu s ustanovením § 120 odst. 2 a 3 zákona uložil pokutu ve výši 150.000,- Kč (jedno sto padesát tisíc korun českých). Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

IV. Relevantní ustanovení zákona

23. Podle § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
24. Na základě § 50 odst. 1 zákona splní kvalifikační předpoklady dodavatel, který prokáže splnění základních kvalifikačních předpokladů podle § 53 zákona, profesních kvalifikačních předpokladů podle § 54 zákona, ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů podle § 55 zákona, a technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 zákona.

25. Ustanovení § 53 odst. 1 zákona specifikuje rozsah kvalifikačních předpokladů, které musí uchazeč splnit v rámci prokázání splnění základních kvalifikačních předpokladů.
26. Základní kvalifikační předpoklad podle § 53 odst. 1 písm. a) zákona splňuje dodavatel, který nebyl pravomocně odsouzen pro trestný čin spáchaný ve prospěch organizované zločinecké skupiny, trestný čin účasti na organizované zločinecké skupině, legalizace výnosů z trestné činnosti, podílnictví, přijetí úplatku, podplacení, nepřímého úplatkářství, podvodu, úvěrového podvodu, včetně případů, kdy jde o přípravu nebo pokus nebo účastenství na takovém trestném činu, nebo došlo k zahlazení odsouzení za spáchání takového trestného činu; jde-li o právnickou osobu, musí tento předpoklad splňovat jak tato právnická osoba, tak její statutární orgán nebo každý člen statutárního orgánu, a je-li statutárním orgánem dodavatele či členem statutárního orgánu dodavatele právnická osoba, musí tento předpoklad splňovat jak tato právnická osoba, tak její statutární orgán nebo každý člen statutárního orgánu této právnické osoby; podává-li nabídku či žádost o účast zahraniční právnická osoba prostřednictvím své organizační složky, musí předpoklad podle tohoto písmene splňovat vedle uvedených osob rovněž vedoucí této organizační složky; tento základní kvalifikační předpoklad musí dodavatel splňovat jak ve vztahu k území České republiky, tak k zemi svého sídla, místa podnikání či bydliště.
27. Základní kvalifikační předpoklad podle § 53 odst. 1 písm. b) zákona splňuje dodavatel, který nebyl pravomocně odsouzen pro trestný čin, jehož skutková podstata souvisí s předmětem podnikání dodavatele podle zvláštních právních předpisů nebo došlo k zahlazení odsouzení za spáchání takového trestného činu; jde-li o právnickou osobu, musí tuto podmínku splňovat jak tato právnická osoba, tak její statutární orgán nebo každý člen statutárního orgánu, a je-li statutárním orgánem dodavatele či členem statutárního orgánu dodavatele právnická osoba, musí tento předpoklad splňovat jak tato právnická osoba, tak její statutární orgán nebo každý člen statutárního orgánu této právnické osoby; podává-li nabídku či žádost o účast zahraniční právnická osoba prostřednictvím své organizační složky, musí předpoklad podle tohoto písmene splňovat vedle uvedených osob rovněž vedoucí této organizační složky; tento základní kvalifikační předpoklad musí dodavatel splňovat jak ve vztahu k území České republiky, tak k zemi svého sídla, místa podnikání či bydliště.
28. Podle § 53 odst. 1 písm. k) zákona splňuje základní kvalifikaci dodavatel, kterému nebyla v posledních 3 letech pravomocně uložena pokuta za umožnění výkonu nelegální práce podle zvláštního právního předpisu.
29. V souladu s § 53 odst. 3 zákona se splnění základních kvalifikačních předpokladů podle § 53 odst. 1 písm. a) a b) zákona prokazuje výpisem z evidence Rejstříku trestů a splnění základního kvalifikačního předpokladu podle § 53 odst. 1 písm. k) zákona čestným prohlášením.
30. Ustanovení § 59 odst. 4 zákona dává veřejnému zadavateli možnost požadovat po dodavateli, aby písemně objasnil předložené informace či doklady nebo předložil další dodatečné informace či doklady prokazující splnění kvalifikace. Dodavatel je povinen splnit tuto povinnost v přiměřené lhůtě stanovené veřejným zadavatelem.
31. Na základě § 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.

V. K výroku I. tohoto rozhodnutí

32. S odkazem na § 6 a § 59 odst. 4 zákona Úřad uvádí, že zadavatel má možnost, nikoliv povinnost, požádat dodavatele, který neprokázal požadovanou kvalifikaci v plném rozsahu, o její doplnění. Je tedy plně v kompetenci zadavatele rozhodnout, zda dodavatele požádá o objasnění či doložení dalších informací nebo dokladů prokazujících kvalifikaci, či zda dodavatele bez možnosti dalšího objasňování či doplňování vyloučí ze zadávacího řízení z důvodu neprokázání kvalifikace ve smyslu § 60 odst. 1 zákona.
33. Zákon nevylučuje, aby zadavatel postupoval podle § 59 odst. 4 zákona i v případě, kdy dodavatel neprokázal splnění příslušné části kvalifikace vůbec, tzn. v kvalifikaci předložené uchazečem požadovaná informace či doklad zcela chybí. Tento závěr lze učinit s odkazem na znění zákona účinného v době zahájení zadávacího řízení (které je relevantní pro tento šetřený případ). V této souvislosti lze zmínit novelizaci zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách - zákon č. 417/2009 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb. o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony (dále jen „novelizace zákona“). Novelizací zákona došlo ke zrušení dovětku první věty § 59 odst. 4 zákona č. 137/2006 Sb. o veřejných zakázkách, účinného do 31. 12. 2009, s ohledem na který mohl zadavatel požadovat po uchazečích doplnění kvalifikace „s výjimkou případů, kdy splnění příslušné části kvalifikace nebylo dodavatelem prokázáno vůbec“. Platí, že do 31. 12. 2009 měl zadavatel možnost vyzvat dodavatele k doplnění požadovaných dokladů s výjimkou případů, kdy splnění příslušné části kvalifikace nebylo dodavatelem prokázáno vůbec. Tato situace však vedla ke značným výkladovým problémům, a proto novelizací zákona bylo od 1. 1. 2010 zadavateli umožněno vyzvat dodavatele k doplnění dokladů prokazujících splnění kvalifikace vždy, bez jakéhokoliv omezení.
34. Pokud se zadavatel rozhodne nepostupovat podle § 59 odst. 4 zákona (což zákon připouští), musí zadavatel uchazeče z účasti v zadávacím řízení vyloučit podle § 60 odst. 1 zákona. Je třeba mít avšak na paměti, že zadavatel je povinen v průběhu celého zadávacího řízení, tedy i v rámci posuzování kvalifikace, dodržet zásady stanovené v § 6 zákona. V souladu se zásadami rovného zacházení a zákazu diskriminace tak tedy zadavatel musí postupovat stejným způsobem ke všem dodavatelům, a to i v případě aplikace § 59 odst. 4 zákona, resp. § 60 odst. 1 zákona.
35. Z protokolu o posouzení kvalifikace ze dne 6. 2. 2012 vyplývá, že uchazeč Silnice Klatovy a.s. nedoložil základní kvalifikační předpoklady podle § 53 odst. 1 písm. a) a b) zákona ve vztahu k právnické osobě a dále podle § 53 odst. 1 písm. k) zákona, a to doklady podle § 53 odst. 3 zákona. V protokolu o posouzení kvalifikace bylo ve vztahu k uchazeči Silnice Klatovy a.s. uvedeno, že *„uchazeč bude vyzván k doplnění čestného prohlášení dle novel 420/2011 Sb. a 1/2012 Sb., která navazuje na zákon č. 435/2004 Sb.“*. Na základě závěrů hodnotící komise uvedených v protokolu o posouzení kvalifikace byl tedy uchazeč Silnice Klatovy a.s. výzvou zadavatele ze dne 9. 2. 2012 vyzván k doplnění čestného prohlášení, jehož vzor zadavatel uchazeči zaslal v příloze výzvy. Uchazeč reagoval na výzvu zadavatele svým dopisem č. j. ZAK/036/2012 ze dne 14. 2. 2012, v kterém konstatoval, že jeho nabídka *„již obsahovala doklady splňující kvalifikační předpoklady dle § 53 zákona 137/2006 Sb., v platném znění“*, avšak z důvodu výzvy zadavatele doplňuje svou nabídku o podepsané čestné prohlášení, které zadavatel jako vzor přiložil ke své výzvě ze dne 9. 2. 2012. V rámci svého šetření Úřad z předložené nabídky uchazeč Silnice Klatovy a.s. zjistil, že nabídka uchazeč Silnice Klatovy a.s.

obsahovala výpis z evidence Rejstříku trestů právnických osob, výpisy z evidence Rejstříku trestů všech členů představenstva i čestné prohlášení podepsané všemi statutárními zástupci společnosti, ze kterého mj. vyplývá, že uvedený uchazeč splňuje i základní kvalifikační předpoklad ve smyslu novel zmíněných hodnotící komisí v protokolu o posouzení kvalifikace ze dne 6. 2. 2012.

36. Úřad konstatuje, že z dokladů předložených uchazečem Silnice Klatovy a.s. v rámci jeho nabídky bylo zřejmé, že uchazeč Silnice Klatovy a.s. splnil kvalifikační předpoklady v rozsahu požadovaném zadavatelem, a nemusel tak být k doplnění své kvalifikace zadavatelem vyzván. Zadavatel jej však - s ohledem na nesprávný závěr hodnotící komise uvedený v protokolu o posouzení kvalifikace ze dne 6. 2. 2012 - vyzval.
37. Z protokolu o posouzení kvalifikace ze dne 9. 2. 2012 dále vyplývá, že hodnotící komise konstatovala ve vztahu k nabídce uchazeče ECOVIA Haná s.r.o. nesplnění kvalifikace. Hodnotící komise konstatovala, že uchazeč ve své nabídce nepředložil kopie certifikátů vydaných podle ČSN. V návaznosti na závěry hodnotící komise v tomto případě zadavatel uchazeče ECOVIA Haná s.r.o. svým „Rozhodnutím o vyloučení uchazeče z další účasti v zadávacím řízení dle zákona č. 137/2006 Sb. v platném znění“ ze dne 9. 2. 2012 vyloučil.
38. Bez ohledu na pochybení hodnotící komise při posuzování splnění kvalifikačních předpokladů se v daném konkrétním případě Úřad zabýval zejména podstatou přístupu zadavatele k jednotlivým uchazečům. Úřad dospěl k závěru, že ačkoliv ve vztahu k nabídkám obou uchazečů (Silnice Klatovy a.s. a ECOVIA Haná s.r.o.) konstatovala hodnotící komise neúplné prokázání splnění požadované kvalifikace (byť z šetření Úřadu vyplynulo, že v případě uchazeče Silnice Klatovy a.s. byla kvalifikace tohoto uchazeče prokázána řádně a uchazeč Silnice Klatovy a.s. tak tedy nemusel být zadavatel vyzván k doplnění), o písemné doplnění dokladů požádal zadavatel pouze uchazeče Silnice Klatovy a.s. a nikoliv již uchazeče ECOVIA Haná s.r.o. Úřad se neztotožňuje se závěrem zadavatele, že zatímco uchazeče Silnice Klatovy a.s. bylo možné požádat o doplnění chybějících údajů, uchazeč ECOVIA Haná s.r.o. nesplnil kvalifikaci v požadovaném rozsahu tak závažným způsobem, že tohoto uchazeče nebylo možné o doplnění chybějících údajů požádat. Úřad konstatuje, že možnost nápravy nelze vyloučit ani v případech, kdy uchazeč v rámci své podané nabídky kvalifikaci neprokáže vůbec. S ohledem na různý přístup zadavatele k jednotlivým uchazečům Úřad musí v daném případě konstatovat nerovné zacházení zadavatele s jednotlivými uchazeči.
39. Úřad konstatuje, že zadavatel nemůže při posouzení kvalifikace přistupovat k jednotlivým uchazečům rozdílně pouze na základě skutečnosti, že jimi předložené doklady vykazují méně či více nejasností či nedostatků. V této souvislosti je třeba znovu poukázat na skutečnost, že zadavatel je oprávněn postupovat podle § 59 odst. 4 zákona i v případech, kdy nebyla uchazečem kvalifikace prokázána vůbec. Nedostatek spočívající v neprokázání kvalifikace nelze považovat za neodstranitelný. K tomuto závěru dospěl Úřad i ve svém rozhodnutí č. j. ÚOHS-S69/2011/VZ-4446/2011/540/VKu ze dne 21. 4. 2011 (potvrzeném rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS R-103/2011/VZ-15912/2011/310/ASc/JSI ze dne 27. 10. 2011), ve kterém se Úřad zabýval mj. i problematikou ustanovení § 59 odst. 4 zákona v návaznosti na § 6 zákona.
40. Je pravdou, že zákon sice neukládá zadavateli povinnost postup podle § 59 odst. 4 zákona využít, avšak s odkazem na zásady zakotvené v § 6 zákona je třeba mít vždy na paměti,

že zadavatel je povinen postupovat vůči všem uchazečům stejně. Pokud se tedy zadavatel v šetřeném případě rozhodl o písemné objasnění předložené informace či dokladů nebo o předložení dalších dodatečných informací či dokladů prokazujících splnění kvalifikace požádat uchazeče Silnice Klatovy a.s., měl stejným způsobem postupovat i vůči uchazeči ECOVIA Haná s.r.o., a to bez ohledu na skutečnost, že v případě uchazeče ECOVIA Haná s.r.o. tento uchazeč nepředložil žádný ze zadavatelem požadovaných certifikátů. Zadavatel porušil svým postupem zásadu rovného zacházení a zákaz diskriminace, když o předložení dokladů prokazujících splnění kvalifikace nepožádal uchazeče ECOVIA Haná s.r.o., ačkoliv tak učinil ve vztahu k uchazeči Silnice Klatovy a.s. Postup, kdy zadavatel při aplikaci § 59 odst. 4 zákona některé uchazeče o objasnění či doplnění požádá a jiné nikoli, je tak v rozporu se zásadou rovného zacházení ve smyslu ustanovení § 6 zákona.

41. S ohledem na skutečnost, že uchazeč ECOVIA Haná s.r.o. nabídl nižší nabídkovou cenu (15.716.542,05 Kč včetně DPH), než vybraný uchazeč, jehož nabídková cena činila 16.169.543,09 Kč včetně DPH, a základním hodnotícím kritériem byla v daném případě nejnižší nabídková cena, mohlo mít jeho vyloučení z další účasti v zadávacím řízení podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky.
42. Vzhledem k tomu, že se zadavatel dopustil při zadávání předmětné veřejné zakázky spáchání správního deliktu tím, že nepostupoval v souladu s § 6 zákona, když vyzval uchazeče Silnice Klatovy a.s. podle § 59 odst. 4 zákona k doplnění předložených dokladů prokazujících splnění kvalifikace, zatímco uchazeče ECOVIA Haná s.r.o. z další účasti v zadávacím řízení vyloučil, aniž by využil možnosti postupovat podle ustanovení § 59 odst. 4 zákona obdobně jako u uchazeče Silnice Klatovy a.s., a byla již uzavřena smlouva o dílo s vybraným uchazečem, rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

V. K výroku II. tohoto rozhodnutí

43. 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 uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku.
44. Zadavatel naplnil při zadávání předmětné veřejné zakázky skutkovou podstatu správního deliktu tím, že nepostupoval v souladu s § 6 zákona, když uchazeče Silnice Klatovy a.s. vyzval podle § 59 odst. 4 zákona k doplnění předložených dokladů prokazujících splnění kvalifikace, zatímco uchazeče ECOVIA Haná s.r.o. z účasti v zadávacím řízení vyloučil, aniž využil možnosti postupovat podle ustanovení § 59 odst. 4 zákona obdobně jako u uchazeče Silnice Klatovy a.s., přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a na veřejnou zakázku byla dne 19. 4. 2012 uzavřena smlouva o dílo.
45. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost právnické osoby za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezažal řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.
46. 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 na základě podnětu, který obdržel dne 3. 12. 2012. Ke spáchání správního deliktu došlo dne 19. 4. 2012, kdy zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu o dílo. Správní řízení bylo zahájeno dne 14. 11. 2013. Z uvedených skutečností vyplývá,

že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla a nedošlo k uplynutí lhůty vymezené zákonem pro zahájení správního řízení.

47. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do výše 5 % ceny veřejné 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.
48. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu ve smyslu výše uvedeném, činí celkem 16.169.543,09 Kč včetně DPH. Horní hranice možné pokuty činí částku 808.477,15 Kč.
49. Podle § 120 odst. 3 zákona se sazba pokuty podle § 120 odst. 2 zákona zvyšuje na dvojnásobek, jestliže se zadavatel dopustí některého ze správních deliktů podle § 120 odst. 1 zákona opakovaně. Správní delikt je spáchán opakovaně, pokud před uplynutím 5 let ode dne, kdy rozhodnutí o uložení pokuty za správní delikt nabylo právní moci, byl znovu spáchán týž správní delikt.
50. Úřad na základě svého pravomocného rozhodnutí č. j. ÚOHS-S66/2011/VZ-6266/2011/510/MLa ze dne 30. 5. 2011, které nabylo právní moci dne 21. 6. 2011, uložil zadavateli pokutu ve výši 70.000,- Kč za správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, který zadavatel spáchal dne 31. 5. 2010. Vzhledem k tomu, že od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí ke spáchání nyní projednávaného správního deliktu neuplynulo více jak 5 let, zvyšuje se tak v souladu s § 120 odst. 3 zákona sazba pokuty na dvojnásobek. V daném případě tedy horní hranice možné pokuty činí 10 % ceny veřejné zakázky, tj. částku 1.616.954,30 Kč.
51. Vzhledem k zjištěnému správnímu deliktu zadavatele Úřad přistoupil k uložení pokuty, neboť veřejná zakázka je již realizována a nápravy tedy nelze dosáhnout jinak.
52. 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, jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
53. Z hlediska stupně závažnosti správního deliktu vzal Úřad v úvahu celkový kontext šetřeného případu, kdy se zadavatel v rámci postupu v průběhu zadávacího řízení dopustil svým jednáním výše uvedeného správního deliktu a tento správní delikt spáchal opakovaně. Zadavatel nedodržel rovné zacházení s uchazeči. Zadavatel přistupoval k uchazečům rozdílně, čímž mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Kdyby zadavatel dodržel princip rovného zacházení s uchazeči, mohla být vybrána nabídka jiného uchazeče, jehož nabídková cena byla o 453.001,04 Kč včetně DPH nižší.
54. Vzhledem k nutnosti naplnění sankčních účinků, zejména předcházení budoucího porušování zákona, má Úřad za to, že nelze zcela minimalizovat výši sankčního postihu. Úřad při stanovení výše pokuty dále zohlednil skutečnost, že uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocíťována jako újma, neboť uložení velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání.
55. 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 Pl. ÚS 3/2002 ze dne 13. 8. 2002. Podle uvedeného nálezu je v případě ukládání pokut vyloučen takový zásah do majetku, v důsledku

kterého by byla „zničena“ majetková základna zadavatele pro další podnikatelskou činnost. Nepřípustné jsou takové pokuty, jež mají likvidační charakter.

56. Z výkazu zisků a ztrát zadavatele dostupného na webových stránkách Obchodního rejstříku (www.justice.cz) za rok 2012 mj. vyplývá, že zadavatel hospodařil se záporným výsledkem hospodaření z hlavní činnosti ve výši 13.419.005,29 Kč a z vedlejší hospodářské činnosti s kladným výsledkem hospodaření ve výši 13.797.773,48 Kč. V souhrnu těchto dvou položek výkazu zisku a ztrát je tedy patrný celkově kladný výsledek hospodaření, a to ve výši 378.768,19 Kč. Zadavatel měl k datu 31. 12. 2012 na běžném účtu částku ve výši 70.803.085,57 Kč. Vzhledem k těmto uvedeným skutečnostem Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel v rámci svého rozpočtu disponuje, považovat za likvidační.
57. Při ukládání pokuty a stanovení její výše nelze pominout ani to, že problematika řádného postupu (souladného s ustanovením § 6 zákona) při aplikaci § 59 odst. 4 zákona byla v rozhodovací praxi opakovaně řešena a bylo tedy již jednoznačně konstatováno, co je nutné dodržet pro se zákonem souladný postup zadavatele. Zadavatel se mohl, jak je zřejmé z odkazů na dřívější rozhodnutí Úřadu, s touto problematikou seznámit a aplikovat tak § 59 odst. 4 zákona přílehavě. Tvrzení zadavatele o souladnosti jeho postupu se zákonem obsažené mimo jiné ve vyjádření ze dne 19. 11. 2013 nelze považovat než za liché a účelové. Současně Úřad konstatuje, že delikt zadavatele lze považovat za závažný, poněvadž svým postupem atakoval a popřel jeden ze stěžejních principů zadávání veřejných zakázek – zásadu rovného zacházení.
58. Pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má mj. splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní - postih za porušení povinností stanovených zákonem, a funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona. Po zvážení všech okolností případu a po uvážení všech argumentů posoudil Úřad stanovenou výši pokuty vzhledem k souvislostem případu, možnostem zadavatele a skutečnosti, že se zadavatel již v minulosti dopustil správního deliktu, v důsledku kterého se v tomto šetřeném případě zvyšuje sazba pokuty v souladu s § 120 odst. 3 zákona na dvojnásobek, jako přiměřenou a zároveň dostačující.
59. Pro úplnost Úřad uvádí, že jakkoliv se může pokuta ve výši 150.000,- Kč jevit jako relativně nízká (ve výši cca 9,28 % z maximální možné výše pokuty, která mohla být zadavateli za opakovaně spáchaný správní delikt uložena), je podle Úřadu schopna naplnit preventivní funkci spočívající v předcházení porušování zákona a zároveň, s ohledem na hospodářský výsledek zadavatele, i funkci represivní.
60. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu v Brně u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO zadavatele.
61. Na základě výše uvedených skutečností a po zhodnocení všech okolností Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů 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

Správa silnic Olomouckého kraje, příspěvková organizace, Lipenská 120, 772 11 Olomouc

Vypraveno dne

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