



UOHSX006KR7G

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S849/2014/VZ-2955/2015/531/VČe

Brno 29. ledna 2015

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném z moci úřední dne 23. 10. 2014, jehož účastníkem je:

- zadavatel – Technická správa komunikací hl.m.Prahy, IČO 63834197, se sídlem Řásnovka 770/8, 110 00 Praha 1,

ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání veřejné zakázky „Cyklo Lahovice - nájezdové rampy, Praha 16, č. akce 2950106.“ v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 4. 2. 2013 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 14. 2. 2013, pod ev. č. 237409,

**rozhodl** takto:

### I.

Zadavatel – Technická správa komunikací hl.m.Prahy, IČO 63834197, se sídlem Řásnovka 770/8, 110 00 Praha 1 – se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že nepostupoval v souladu s § 69 odst. 3 citovaného zákona, když vyloučil z účasti v zadávacím řízení na veřejnou zakázku „Cyklo Lahovice - nájezdové rampy, Praha 16, č. akce 2950106.“ zadávanou v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 4. 2. 2013 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 14. 2. 2013, pod ev. č. 237409, zájemce S u b t e r r a a.s., IČO 45309612, se sídlem Koželužská 2246/5, 180 00 Praha 8 (v době podání žádosti o účast v zadávacím řízení na jmenovanou veřejnou zakázku se sídlem Bezová 1658, 147 14 Praha 4) a zájemce Metrostav

a.s., IČO 00014915, se sídlem Koželužská 2450/4 (v době podání žádosti o účast v zadávacím řízení na jmenovanou veřejnou zakázku se sídlem Koželužská 2246), 180 00 Praha 8, aniž by byly splněny důvody pro vyloučení uvedené v ustanovení § 69 odst. 3 citovaného zákona, neboť jmenovaní zájemci nepodali nabídku ve výše uvedeném zadávacím řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel dne 24. 6. 2013 smlouvu na jmenovanou veřejnou zakázku.

## II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí **se** zadavateli – Technická správa komunikací hl.m.Prahy, IČO 63834197, se sídlem Řásnovka 770/8, 110 00 Praha 1 – **ukládá** podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

**pokuta ve výši 50 000 Kč (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“)<sup>1</sup> obdržel podnět k přezkoumání postupu zadavatele – Technická správa komunikací hl.m.Prahy, IČO 63834197, se sídlem Řásnovka 770/8, 110 00 Praha 1 (dále jen „zadavatel“) – při zadávání veřejné zakázky „Cyklo Lahovice - nájezdové rampy, Praha 16, č. akce 2950106.“ v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 4. 2. 2013 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 14. 2. 2013, pod ev. č. 237409 (dále jen „veřejná zakázka“ či „zadávací řízení“). Oznámení o zadání veřejné zakázky bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 15. 7. 2013.
2. V rámci šetření podnětu si Úřad vyžádal od zadavatele písemné vyjádření k podnětu a veškerou dokumentaci pořízenou v souvislosti s předmětnou veřejnou zakázkou. Po jejím přezkoumání získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem při zadávání veřejné zakázky a z tohoto důvodu zahájil správní řízení z moci úřední.

### II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

3. Účastníkem správního řízení je podle § 116 zákona zadavatel.
4. Zahájení správního řízení oznámil Úřad zadavateli pod č. j. ÚOHS-S849/2014/VZ-22149/2014/531/VČe ze dne 21. 10. 2014, přičemž ho seznámil se zjištěnými skutečnostmi. Úřad dále zadavateli usnesením č. j. ÚOHS-S849/2014/VZ-22155/2014/531/VČe ze dne 21. 10. 2014 stanovil lhůtu, v níž mohl navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko.

---

<sup>1</sup> Pozn.: Pokud je v textu rozhodnutí uveden odkaz na zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, jedná se vždy o znění účinné v době zahájení zadávání veřejné zakázky.

5. Dnem 23. 10. 2014, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno zadavateli, bylo podle § 113 zákona v návaznosti na § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, zahájeno správní řízení z moci úřední.
6. Usnesením č. j. ÚOHS-S849/2014/VZ-24201/2014/531/VČe ze dne 13. 11. 2014 stanovil Úřad zadavateli lhůtu, v níž se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Zadavatel se ve lhůtě stanovené citovaným usnesením, ani později, k podkladům rozhodnutí nevyjádřil.

#### **Vyjádření zadavatele ze dne 3. 11. 2014**

7. Zadavatel se k usnesení č. j. ÚOHS-S849/2014/VZ-22155/2014/531/VČe ze dne 21. 10. 2014 vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 3. 11. 2014, které Úřad obdržel téhož dne, přičemž k namítanému porušení § 69 odst. 3 zákona uvádí následující.
8. Zadavatel je přesvědčen, že při vyloučení zájemce S u b t e r r a a.s., IČO 45309612, se sídlem Koželužská 2246/5, 180 00 Praha 8 (v době podání žádosti o účast se sídlem Bezová 1658, 147 14 Praha 4), (dále jen „Subterra a.s.“) a zájemce Metrostav a.s., IČO 00014915, se sídlem Koželužská 2450/4 (v době podání žádosti o účast se sídlem Koželužská 2246), 180 00 Praha 8, (dále jen „Metrostav a.s.“) z účasti v zadávacím řízení postupoval v souladu se zákonem i zásadami zadávání veřejných zakázek.
9. Zadavatel podotýká, že ustanovení § 69 odst. 3 zákona je formulováno nejasně, a proto v šetřené věci vycházel ze závěrů odborné literatury k výkladu tohoto ustanovení zákona, z nichž ve svém vyjádření příkladmo cituje, a to včetně Metodiky zadávání veřejných zakázek vydané Ministerstvem pro místní rozvoj České republiky. Zadavatel dále dodává, že obdobné závěry a doporučení mu byly prezentovány též na odborných školeních a seminářích pořádaných renomovanými subjekty.
10. Zadavatel konstatuje, že se před učiněním konečného rozhodnutí danou problematikou důkladně zabýval, přičemž na základě výše uvedeného dospěl k závěru, že je nezbytné vyloučit ze zadávacího řízení jak zájemce Metrostav a.s., který v zadávacím řízení předložil vlastní žádost o účast a současně vystupoval v pozici subdodavatele zájemce Subterra a.s., tak i zájemce Subterra a.s. Zadavatel rovněž poukazuje na skutečnost, že žádný z těchto zájemců nepodal proti jeho rozhodnutí o jejich vyloučení ze zadávacího řízení námitky, a proto se domnívá, že i tito zájemci zastávají jím přijatý výklad § 69 odst. 3 zákona.
11. Pro úplnost zadavatel podotýká, že v daném zadávacím řízení prokázalo splnění kvalifikace celkem osm zájemců, které následně vyzval k podání nabídky, a proto usuzuje, že jeho rozhodnutí o vyloučení shora jmenovaných dvou zájemců ze zadávacího řízení nijak zásadně neomezilo soutěžní prostředí. Nadto zadavatel dodává, že tímto postupem nedošlo ani k potenciálnímu ohrožení zásady hospodárnosti při vynakládání veřejných prostředků, jelikož při předpokládané hodnotě veřejné zakázky 28 mil. Kč byla nakonec jako nejvhodnější vybrána nabídka uchazeče s nabídkovou cenou ve výši 16,226 mil. Kč, přičemž vzhledem k této skutečnosti má zadavatel za to, že předložení ještě výhodnější (levnější) nabídky by v daném případě nebylo možné, neboť takováto nabídka by již vykazovala znaky mimořádně nízké nabídkové ceny.
12. Závěrem svého vyjádření zadavatel s ohledem na vše shora uvedené navrhuje, aby Úřad správní řízení zastavil, neboť je přesvědčen, že se při zadávání šetřené veřejné zakázky správního deliktu nedopustil.

### III. ZÁVĚRY ÚŘADU

13. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, vyjádření předloženého zadavatelem a na základě vlastního zjištění konstatuje, že se zadavatel při zadávání veřejné zakázky dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nepostupoval v souladu s § 69 odst. 3 zákona, když vyloučil z účasti v zadávacím řízení zájemce Subterra a.s. a zájemce Metrostav a.s., aniž by byly splněny důvody pro vyloučení uvedené v citovaném ustanovení zákona, neboť jmenovaní zájemci nepodali nabídku v zadávacím řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel dne 24. 6. 2013 smlouvu na veřejnou zakázku. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

#### Relevantní ustanovení zákona

14. Podle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
15. Podle § 28 odst. 1 zákona zadavatel v oznámení užšího řízení oznamuje neomezenému počtu dodavatelů svůj úmysl zadat veřejnou zakázku v tomto zadávacím řízení; oznámení užšího řízení je výzvou k podání žádostí o účast v užším řízení a k prokázání splnění kvalifikace.
16. Podle § 28 odst. 2 zákona podávají zájemci písemnou žádost o účast a prokazují splnění kvalifikace ve stanovené lhůtě. Po posouzení kvalifikace zájemců zadavatel vyzve zájemce, kteří prokázali splnění kvalifikace, k podání nabídky. Pouze veřejný zadavatel v případě veřejné zakázky v oblasti obrany nebo bezpečnosti a sektorový zadavatel může v oznámení užšího řízení omezit počet zájemců pro účast v užším řízení a rovněž stanovit maximální počet zájemců, jež vyzve k podání nabídky; k podání nabídky vyzve pouze zájemce vybrané v souladu s § 61 zákona, jde-li o veřejného zadavatele, nebo v souladu s § 66 zákona, jde-li o sektorového zadavatele.
17. Podle § 51 odst. 4 zákona pokud není dodavatel schopen prokázat splnění určité části kvalifikace požadované veřejným zadavatelem podle § 50 odst. 1 písm. b) a 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) a d) zákona.

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

18. 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.
19. Podle § 68 odst. 1 zákona předpokladem zadání veřejné zakázky dodavateli je podání nabídky, nestanoví-li tento zákon jinak.
20. Podle § 68 odst. 2 zákona musí být v nabídce uvedeny identifikační údaje uchazeče. Nabídka obsahuje návrh smlouvy podepsaný osobou oprávněnou jednat jménem či za uchazeče. Součástí nabídky jsou rovněž další dokumenty požadované tímto zákonem či zadavatelem. V otevřeném řízení a ve zjednodušeném podlimitním řízení jsou součástí nabídky rovněž doklady a informace prokazující splnění kvalifikace, nestanoví-li zadavatel jinak; ustanovení § 64 odst. 2 věty první tím není dotčeno.
21. Podle § 68 odst. 3 zákona součástí nabídky musí být rovněž
  - a. seznam statutárních orgánů nebo členů statutárních orgánů, kteří v posledních 3 letech od konce lhůty pro podání nabídek byli v pracovněprávním, funkčním či obdobném poměru u zadavatele,
  - b. má-li dodavatel formu akciové společnosti, seznam vlastníků akcií, jejichž souhrnná jmenovitá hodnota přesahuje 10 % základního kapitálu, vyhotovený ve lhůtě pro podání nabídek,
  - c. prohlášení uchazeče o tom, že neuzavřel a neuzavře zakázanou dohodu podle zvláštního právního předpisu v souvislosti se zadávanou veřejnou zakázkou.
22. Podle § 69 odst. 2 zákona dodavatel, který podal nabídku v zadávacím řízení, nesmí být současně subdodavatelem, jehož prostřednictvím jiný dodavatel v tomtéž zadávacím řízení prokazuje kvalifikaci.
23. Podle § 69 odst. 3 zákona pokud dodavatel podá více nabídek samostatně nebo společně s dalšími dodavateli, nebo je subdodavatelem, jehož prostřednictvím jiný dodavatel v tomtéž zadávacím řízení prokazuje kvalifikaci, zadavatel všechny nabídky podané takovým dodavatelem vyřadí. Dodavatele, jehož nabídka byla vyřazena, zadavatel bezodkladně vyloučí z účasti v zadávacím řízení. Vyloučení uchazeče včetně důvodu zadavatel bezodkladně písemně oznámí uchazeči.

#### **Skutečnosti vyplývající z dokumentace o veřejné zakázce**

24. Z bodu II.2.1) oznámení o zakázce vyplývá, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla zadavatelem stanovena ve výši 28 000 000 Kč bez DPH.
25. V bodě IV.1.1) oznámení o zakázce zadavatel stanovil jako druh zadávacího řízení užší řízení.
26. Z protokolu o posouzení kvalifikace ze dne 21. 3. 2013 je zřejmé, že zadavatel ve lhůtě pro podání žádostí o účast (dále též „žádost“) obdržel celkem 11 žádostí o účast, a to včetně žádosti zájemce Metrostav a.s. a žádosti zájemce Subterra a.s.
27. Ze „SMLOUVY o spolupráci při prokazování splnění kvalifikace a SMLOUVY o uzavření budoucí smlouvy o dílo“ ze dne 20. 2. 2013 doložené v žádosti zájemce Subterra a.s. vyplývá, že jmenovaný zájemce dle § 51 odst. 4 zákona prokazoval splnění části kvalifikace prostřednictvím zájemce Metrostav a.s.

28. Dne 27. 2. 2013 zadavatel rozhodl o vyloučení zájemce Metrostav a.s. ze zadávacího řízení podle § 69 odst. 3 zákona. Zadavatel vyloučení odůvodnil tím, že jmenovaný zájemce porušil § 69 odst. 2 zákona, neboť podal žádost o účast a „*současně je subdodavatelem, jehož prostřednictvím zájemce o účast společnost Subterra a.s. prokazuje splnění technického kvalifikačního předpokladu dle § 56 odst. 3 písm. c) zákona (...)*“
29. Dne 27. 2. 2013 zadavatel rovněž rozhodl o vyloučení zájemce Subterra a.s. ze zadávacího řízení podle § 69 odst. 3 zákona, a to z důvodu porušení podmínky stanovené v § 69 odst. 2 zákona, jelikož ve své žádosti o účast prokazoval tento zájemce splnění technického kvalifikačního předpokladu dle § 56 odst. 3 písm. c) zákona prostřednictvím zájemce Metrostav a.s., jenž však současně podal žádost o účast na veřejnou zakázku.
30. Po posouzení kvalifikace zájemců zadavatel na základě výzvy k podání nabídky ze dne 25. 3. 2013 vyzval osm zájemců, kteří prokázali splnění kvalifikace, k podání nabídky.
31. Dne 24. 6. 2013 zadavatel uzavřel s uchazečem SDS EXMOST spol. s r.o., IČO 49454501, se sídlem Údolní 413/66, 602 00 Brno, (dále jen „vybraný uchazeč“) smlouvu na veřejnou zakázku. Cena za předmět plnění veřejné zakázky činila dle čl. IV. „Cena díla“ předmětné smlouvy celkem 19 633 460 Kč s DPH.

#### **K vyloučení zájemců Metrostav a.s. a Subterra a.s. ze zadávacího řízení**

32. Zadavatel v šetřeném případě zvolil jako druh zadávacího řízení užší řízení (viz bod 25 odůvodnění rozhodnutí). Úřad nejprve v obecné rovině konstatuje, že užší řízení je zákonem upravený postup, který je vedle otevřeného řízení základním druhem zadávacího řízení a který mohou zadavatelé použít bez nutnosti naplnění jakýchkoliv dalších zákonných podmínek. Primárním rozdílem mezi otevřeným a užším řízením je však postup směřující k výběru nejvhodnější nabídky. Zatímco otevřené řízení je jednokolové, neboť dodavatelé podávají nabídky a prokazují kvalifikaci zároveň, užší řízení se dělí na dvě části (fáze). V první fázi dodavatelé podávají pouze žádosti o účast a prokazují splnění kvalifikace pro plnění veřejné zakázky. Ve druhé fázi užšího řízení pak zadavatel vyzve po posouzení kvalifikace k podání nabídky konkrétně určené dodavatele (zájemce), kteří prokázali splnění kvalifikace v první fázi užšího řízení. Lze tedy konstatovat, že v užším řízení podávají nabídky pouze dodavatelé vyzvaní po posouzení kvalifikace zadavatelem, kteří předtím podali žádost o účast a prokázali splnění své kvalifikace pro plnění veřejné zakázky. Ti zájemci, kteří podle výsledku posouzení kvalifikace zadavatelem stanovenou kvalifikaci pro plnění veřejné zakázky neprokázali, tudíž nemohou být vyzváni k podání nabídky a zadavatel je povinen je vyloučit z účasti v zadávacím řízení dle § 60 zákona. V první fázi užšího řízení tedy zadavatel může vyloučit z účasti v zadávacím řízení toliko zájemce, kteří nesplní zadavatelem stanovené kvalifikační předpoklady. Od okamžiku, kdy jsou podány nabídky, přitom užší řízení dále probíhá s menšími odchylkami podle stejných pravidel jako otevřené řízení, tedy podle § 68 a násl. zákona.
33. Z ustanovení § 69 zákona vyplývá, že toto stanovuje pravidla pro podání nabídky. V případě užšího řízení tak k aplikaci tohoto ustanovení zákona dochází teprve až v jeho druhé fázi. Úřad podotýká, že je nutné striktně odlišovat pojmy „žádost o účast“ a „nabídka“. Žádost o účast je úkonem zájemce, kterým vyjadřuje svůj zájem účastnit se konkrétního užšího řízení, resp. předběžný zájem na získání veřejné zakázky, který následně stvrzuje podáním

závazné nabídky. Podání žádosti o účast ze strany zájemce je tedy podmínkou nutnou k tomu, aby tento zájemce mohl být posléze zadavatelem vůbec vyzván k podání nabídky. Úřad dále konstatuje, že předpokladem zadání konkrétní veřejné zakázky je zásadně podání nabídky, resp. nabídek, ze strany uchazečů o veřejnou zakázku. Právě řečené ostatně explicitně vyplývá z ustanovení § 68 odst. 1 zákona (viz bod 19 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Podání nabídky lze přitom chápat jako projev vůle, kterým daný uchazeč vyjadřuje svůj zájem na získání veřejné zakázky. Jak bylo popsáno již v předchozím bodu odůvodnění tohoto rozhodnutí, užší řízení, v němž byla zadávána i šetřená veřejná zakázka, sestává ze dvou relativně samostatných fází. V první fázi je posuzována kvalifikace zájemců, kteří podali žádost o účast. Úřad přitom opětovně zdůrazňuje, že podání žádosti o účast je nezbytným předpokladem pro to, aby mohla být veřejná zakázka konkrétnímu zájemci následně vůbec zadána. Zájemci, kteří podali žádost o účast v užším řízení a kteří současně prokázali splnění kvalifikačních předpokladů, jež byly zadavatelem nadefinovány v zadávacích podmínkách, mají reálně možnost se o veřejnou zakázku nadále ucházet. K tomu, aby mohli veřejnou zakázku, o níž se ucházejí, získat, však musí bezpodmínečně podat nabídku. Rozdíl mezi „podáním žádosti o účast“ a „podáním nabídky“ v užším řízení tudíž tkví v odlišných cílech, jejichž naplnění tyto dva instituty zadávacího řízení zajišťují. Zatímco žádost o účast slouží primárně k prokázání splnění kvalifikace a jako taková není sama o sobě způsobilá zajistit získání veřejné zakázky konkrétnímu zájemci (dodavateli), nabídka, lépe řečeno podání nabídky, je úkonem, který, samozřejmě při splnění všech zákonných požadavků, jakož i požadavků zadavatele, může vyústit v získání veřejné zakázky konkrétním dodavatelem. Úřad tudíž tuto část odůvodnění uzavírá s konstatováním, že výlučně na základě podání nabídky lze určitou veřejnou zakázku získat.

34. V šetřeném případě zadavatel dne 27. 2. 2013 vyloučil z účasti v zadávacím řízení zájemce Metrostav a.s. a zájemce Subterra a.s., a to pro porušení podmínky stanovené v § 69 odst. 2 zákona, neboť zájemce Metrostav a.s. podal žádost o účast v užším řízení a současně byl subdodavatelem, jehož prostřednictvím zájemce Subterra a.s. prokazoval splnění technického kvalifikačního předpokladu dle § 56 odst. 3 písm. c) zákona (viz body 28 a 29 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Následně zadavatel dne 25. 3. 2013 vyzval k podání nabídky osm zájemců, kteří prokázali splnění kvalifikace (viz bod 30 odůvodnění rozhodnutí). Zadavatel tedy, s ohledem na výše řečené, zájemce Metrostav a.s. a zájemce Subterra a.s. k podání nabídky nevyzval.
35. Výše bylo Úřadem konstatováno, že zadavatel je oprávněn v první fázi užšího řízení vyloučit zájemce z účasti v zadávacím řízení pouze pro nesplnění požadované kvalifikace a že ustanovení § 69 zákona může být aplikováno teprve až ve druhé fázi užšího řízení (viz body 32 a 33 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Jelikož z protokolu o posouzení kvalifikace ze dne 21. 3. 2013 nevyplývá, že by zájemci Metrostav a.s. a Subterra a.s. zadavatelem požadované kvalifikační předpoklady nesplnili a současně obě rozhodnutí zadavatele o vyloučení jmenovaných zájemců z účasti v zadávacím řízení uvádějí jako shodný důvod pro jejich vyloučení pouze porušení podmínky stanovené v § 69 odst. 2 zákona, lze konstatovat, že zadavatel rozhodl o vyloučení jmenovaných zájemců z účasti v zadávacím řízení předčasně, neboť, jak již bylo řečeno, zákon ukládá zadavateli povinnost vyloučit dle § 69 odst. 3 zákona pro nesplnění podmínky stanovené v § 69 odst. 2 zákona **toliko dodavatele, který podal nabídku**, což je v případě užšího řízení logicky možné teprve až v jeho druhé fázi.

36. Úřad tudíž konstatuje, že zadavatel v šetřeném případě při vyloučení zájemce Metrostav a.s., jakož i při vyloučení zájemce Subterra a.s., ze zadávacího řízení aplikoval nesprávné ustanovení zákona, když tyto zájemce vyloučil podle § 69 odst. 3 zákona, který však smí, resp. musí být zadavatelem užit až tehdy, jestliže v konkrétním zadávacím řízení dojde ze strany uchazečů o veřejnou zakázku k podání nabídek, k čemuž však v případě shora jmenovaných zájemců prokazatelně nedošlo, neboť tito zájemci byli ze zadávacího řízení zadavatelem vyloučeni shodně dne 27. 2. 2013 (viz body 28 a 29 odůvodnění tohoto rozhodnutí), zatímco výzva zadavatele k podání nabídky je datována až ke dni 25. 3. 2013 (viz bod 30 odůvodnění tohoto rozhodnutí).
37. Úřad podotýká, že se v šetřeném případě nezabýval zjištěním, zda skutečně měli být zájemci Metrostav a.s. a Subterra a.s. ze zadávacího řízení vyloučeni pro porušení § 69 odst. 2 zákona. Tato otázka by mohla být předmětem posouzení až za situace, když by oba shora jmenovaní zájemci byli zadavatelem vyzváni k podání nabídky a posléze nabídky skutečně podali. Jelikož však, jak bylo Úřadem prokázáno již shora, ani zájemce Metrostav a.s., ani zájemce Subterra a.s. nabídku nepodali, neboť byli zadavatelem ze zadávacího řízení vyloučeni již v jeho první fázi, tedy ještě před podáním nabídek, nebude Úřad předjímat, jak měl zadavatel postupovat a zda by byl povinen aplikovat § 69 odst. 3 zákona, pokud by oba výše uvedení zájemci nabídky skutečně podali.
38. Úřad uvádí, že v přezkoumávaném případě zadavatel tím, že již v první fázi užšího řízení po posouzení kvalifikace vyloučil zájemce Metrostav a.s. a zájemce Subterra a.s. z účasti v zadávacím řízení, ačkoliv tito splňovali zadavatelem požadované kvalifikační předpoklady, oběma jmenovaným zájemcům znemožnil podat nabídku. Nelze přitom vyloučit, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, rozhodl by se podat nabídku pouze jeden z výše uvedených zájemců, přičemž ten mohl předložit nabídku s výhodnějšími podmínkami pro zadavatele, než tomu bylo v případě všech uchazečů, kteří nabídku skutečně podali, v důsledku čehož by mohlo dojít k úspoře financí z veřejných zdrojů. V šetřeném případě by tak ani nemusela nastat situace, kdy by zadavatel musel posuzovat, zda některý z dodavatelů (tzn. Metrostav a.s. a Subterra a.s.), či dokonce oba dva, neporušili podmínku stanovenou v ustanovení § 69 odst. 2 zákona. S ohledem na právě řečené tudíž Úřad nesouhlasí s tvrzením zadavatele, že jeho rozhodnutí o vyloučení zájemce Metrostav a.s. a zájemce Subterra a.s. ze zadávacího řízení nijak zásadně neomezilo hospodářskou soutěž v rámci předmětné veřejné zakázky, neboť osm zájemců, kteří byli zadavatelem vyzváni k podání nabídky na plnění veřejné zakázky, prokázalo splnění kvalifikace (viz bod 11 odůvodnění tohoto rozhodnutí), jelikož tuto skutečnost nelze v šetřeném případě předjímat. Obdobně je nutné odmítnout i argument zadavatele, že jeho postupem nedošlo ani k potenciálnímu ohrožení zásady hospodárnosti, neboť pokud by byla předložena ještě levnější nabídka, vykazovala by již znaky mimořádně nízké nabídkové ceny (viz taktéž bod 11 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad uvádí, že se jedná o tvrzení čistě spekulativní povahy, které nelze nikterak verifikovat.
39. Rovněž skutečnost, že ani zájemce Metrostav a.s., ani zájemce Subterra a.s. nepodali proti rozhodnutí zadavatele o jejich vyloučení ze zadávacího řízení námitky, na posouzení věci ničeho nemění. Úřad podotýká, že skutečnost, že proti postupu zadavatele v šetřeném zadávacím řízení, konkrétně proti jeho rozhodnutí o vyloučení shora jmenovaných zájemců, nebyly ze strany těchto zájemců podány námitky, neznamená, že zadavatel aplikoval § 69



odst. 2, resp. § 69 odst. 3 zákona, správným a příležitým způsobem, a že tedy byla přezkoumávaná veřejná zakázka zadavatelem zadána v souladu se zákonem. Úřadem bylo bez nejmenších pochyb prokázáno, že zadavatel shora jmenované zájemce vyloučil ze zadávacího řízení v rozporu se zákonem. Vzhledem k této skutečnosti Úřad tudíž shledává výše nastíněný argument zadavatele za argument zcela irelevantní.

40. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že se zadavatel při zadávání veřejné zakázky dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nepostupoval v souladu s § 69 odst. 3 zákona, když vyloučil z účasti v zadávacím řízení zájemce Subterra a.s. a zájemce Metrostav a.s., aniž by byly splněny důvody pro vyloučení uvedené v ustanovení § 69 odst. 3 zákona, neboť jmenovaní zájemci nepodali nabídku ve výše uvedeném zadávacím řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze zcela vyloučit možnost, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, podal by nabídku i některý ze shora jmenovaných zájemců, který mohl nabídnout výhodnější podmínky pro zadavatele, a v důsledku toho mohlo dojít k úspoře financí z veřejných zdrojů, což patří mezi stěžejní účely a cíle zákona. Zadavatel tak současně svým jednáním výrazně omezil hospodářskou soutěž.
41. S ohledem na skutečnosti uvedené v odůvodnění tohoto rozhodnutí proto Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

#### **K ULOŽENÍ POKUTY**

42. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.
43. V šetřeném případě se zadavatel správního deliktu dopustil tím, že nedodržel postup stanovený v § 69 odst. 3 zákona, když vyloučil z účasti v zadávacím řízení zájemce Subterra a.s. a zájemce Metrostav a.s., aniž by byly splněny důvody pro vyloučení uvedené v citovaném ustanovení zákona, neboť jmenovaní zájemci nepodali nabídku v zadávacím řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel smlouvu na plnění veřejné zakázky.
44. Jelikož zadavatel uzavřel smlouvu na plnění šetřené veřejné zakázky s vybraným uchazečem, aniž by dodržel postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky, naplnil tak skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
45. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost právnické osoby 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.
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 z podnětu, který obdržel dne 2. 6. 2014. Ke spáchání správního deliktu došlo dne 24. 6. 2013, kdy zadavatel uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem. Z uvedených údajů vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.

47. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 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 a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí 19 633 460 Kč včetně DPH (viz bod 31 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Horní hranice možné pokuty (10 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí částku ve výši 1 963 346 Kč.
49. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Byl-li uložen zákaz plnění smlouvy podle § 118 odst. 2 zákona, přihlédne se rovněž k tomu, v jakém rozsahu bylo již ze smlouvy plněno.
50. Z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 46/2011-78 ze dne 6. 12. 2012 vyplývá, že je-li výše uložené pokuty výsledkem správního uvážení Úřadu a rozhodnutí je vydáváno s využitím zákonem uložené diskrece, je povinností Úřadu zabývat se všemi hledisky, která jsou pro posouzení výše pokuty nezbytná, nadto musí zohlednit i další skutečnosti, jež mohou mít na konkrétní výši pokuty vliv. Klíčovou je pak podmínka, aby z rozhodnutí bylo seznatelné, jaké konkrétní úvahy vedly správní orgán k uložení pokuty v příslušné výši, a aby výše pokuty s ohledem na zvažovaná kritéria a zákonnou limitaci vyhověla podmínce přiměřenosti. S požadavky soudu na řádné odůvodnění pokuty, obsaženými ve výše citovaném rozsudku, se Úřad vypořádává následujícím způsobem.
51. Úřad při stanovení výše pokuty vzal v první řadě v úvahu závažnost správního deliktu, za který ukládá sankci. Nezákoně vyloučení zájemců Metrostav a.s. a Subterra a.s. vedlo k tomu, že zadavatel omezil soutěž potenciálních zájemců o veřejnou zakázku, a tím nezajistil dostatečně transparentní a nediskriminační prostředí, které má být zárukou co nejehospodárnějšího vynakládání veřejných finančních prostředků. Jedná se tedy o správní delikt závažného charakteru, neboť v důsledku nezákonného jednání zadavatele bylo narušeno konkurenční prostředí.
52. Úřad při zvažování výše pokuty přihlédl i k následkům spáchání správního deliktu. V daném případě měl spáchaný správní delikt za následek, že zadavatel svým postupem při zadávání veřejné zakázky zamezil v další účasti v zadávacím řízení (podání nabídky) dvěma dodavatelům (tzn. Metrostav a.s. a Subterra a.s.), kteří mohli případně podat nabídky s výhodnějšími podmínkami pro zadavatele, a výrazně tak narušil soutěžní prostředí. Nelze totiž vyloučit, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, mohla být jako nejvhodnější vybrána nabídka jiného uchazeče, čímž by došlo k úspoře finančních prostředků z veřejných zdrojů. Postup zadavatele tak mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Úřad v této souvislosti dodává, že zákon označuje za správní delikt nejen jednání, které prokazatelně ovlivnilo zadávací řízení, ale i takové jednání, které pouze mělo potenciál takového ovlivnění, aniž nutně k tomuto ovlivnění prokazatelně došlo.
53. Co se týče okolností, za kterých byl správní delikt spáchán, pak Úřad konstatuje, že v šetřeném případě zadavatel zadával veřejnou zakázku v užším řízení, jež je ze své podstaty dvoufázové, přičemž zadavatel vyloučil z účasti v zadávacím řízení zájemce Subterra a.s. a zájemce Metrostav a.s. dle § 69 odst. 3 zákona, aniž by byly splněny důvody pro vyloučení

uvedené v citovaném ustanovení zákona, neboť jmenovaní zájemci nepodali nabídku v zadávacím řízení. Jmenovaní zájemci přitom proti rozhodnutí zadavatele o jejich vyloučení ze zadávacího řízení nepodali námitky.

54. Po pečlivém zvážení všech aspektů Úřad neshledal žádné přitěžující okolnosti, jež by měly vliv na výši uložené pokuty.
55. Při stanovení výše pokuty vzal Úřad jako polehčující okolnost v úvahu skutečnost, že k otázce výkladu ustanovení § 69 zákona v době zadávání šetřené veřejné zakázky neexistovala výkladová praxe založená na rozhodnutích Úřadu, Krajského soudu v Brně či Nejvyššího správního soudu. Úřad zároveň k této polehčující okolnosti podotýká, že ji nelze považovat za okolnost, která by „zhojila“ zjištěné porušení zákona zadavatelem. Úřad však k této okolnosti přihlédl při posuzování způsobu spáchání správního deliktu a při zvažování výše sankce.
56. Úřad dále přihlédl i k ekonomické situaci zadavatele, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. Z návrhu rozpočtu příjmů podle rozpočtových kapitol a správců za vlastní hlavní město Prahu, jehož je zadavatel příspěvkovou organizací, zveřejněného na internetovém portálu [www.praha.eu](http://www.praha.eu), vyplývá, že příjmy zadavatele se pohybují v řádu milionů 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.
57. Pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, jež nelze oddělit, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pociťována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání. Obdobně se vyjádřil i Krajský soud v rozsudku č. j. 62 Af 46/2011 ze dne 6. 12. 2012, ve kterém uvedl, že konkrétní forma postihu musí působit natolik silně, aby od podobného jednání odradila i jiné nositele obdobných povinností (preventivní funkce) a zároveň musí být postih dostatečně znatelný v zadavatelově materiální sféře, aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl ovšem pro zadavatele likvidačním. Úřad uvádí, že peněžitá sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do sféry porušitele, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinam. Kromě toho může zadavatel, nemůže-li uhradit pokutu z rozpočtových zdrojů, využít jiné právní nástroje, např. ty, které vyplývají z pracovního práva a odpovědnosti konkrétní osoby za protiprávní stav.
58. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů zadavatele Úřad při určení výměry uložené pokuty dospěl k závěru, že výše pokuty stanovená v hodnotě 50 000 Kč naplňuje dostatečně obě shora uvedené funkce právní odpovědnosti.
59. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť smlouva na realizaci veřejné zakázky byla uzavřena a nápravy tak již nelze dosáhnout jinak. Z uvedených důvodů uložil Úřad pokutu ve výši uvedené ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

60. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO 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 1926/7, Černá Pole, 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**

Technická správa komunikací hl.m.Prahy, Řásnovka 770/8, 110 00 Praha 1

#### **Vypraveno dne**

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