



UOHSX004X8U7

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S45/2013/VZ-155/2014/513/ZMr/RNi

Brno 3. 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 z moci úřední dne 6. 3. 2013, jehož účastníkem je:

- zadavatel – obec Cerekevce nad Loučnou, IČO 00276537, se sídlem Cerekevce nad Loučnou 132, 569 53 Cerekevce nad Loučnou,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) citovaného zákona, v souvislosti se zadávacím řízením na veřejnou zakázku „Energetické úspory ZŠ Cerekevce nad Loučnou“ zadávanou ve zjednodušeném podlimitním řízení, jejíž zadání bylo v Informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 15. 2. 2011 pod ev. č. 6005658602001,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Obec Cerekevce nad Loučnou, IČO 00276537, se sídlem Cerekevce nad Loučnou 132, 569 53 Cerekevce nad Loučnou, 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 § 56 odst. 3 písm. a) tohoto zákona, když v zadávacím řízení na veřejnou zakázku „Energetické úspory ZŠ Cerekevce nad Loučnou“ zahájeném dne 11. 2. 2011 odesláním výzvy k podání nabídek, požadoval k prokázání splnění technického kvalifikačního předpokladu seznam stavebních prací provedených dodavatelem za poslední 3 roky, přičemž tím

mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a uzavřel smlouvu na uvedenou veřejnou zakázku.

II.

Zadavatel – Obec Cerekvice nad Loučnou, IČO 00276537, se sídlem Cerekvice nad Loučnou 132, 569 53 Cerekvice nad Loučnou, se dopustil správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že

a) v rozporu s § 111 odst. 1 citovaného zákona nepřezkoumal námitky podané dne 22. 3. 2011 uchazečem ALTERSTAV s.r.o., IČO 25951190, se sídlem Žirovnická 3124/1, 106 00 Praha 10 (v době konání zadávacího řízení sídlem Komenského 102, 566 01 Vysoké Mýto, pozn. Úřadu) v plném rozsahu,

a tím, že

b) v rozporu s ustanovením § 111 odst. 2 citovaného zákona neuvědomil uchazeče ALTERSTAV s.r.o., IČO 25951190, se sídlem Žirovnická 3124/1, 106 00 Praha 10 (v době konání zadávacího řízení sídlem Komenského 102, 566 01 Vysoké Mýto, pozn. Úřadu), v rozhodnutí o nevyhovění námitkám ze dne 31. 3. 2011 o možnosti podat ve lhůtě podle § 114 odst. 4 citovaného zákona návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže.

III.

Za spáchání správních deliktů uvedených ve výrocích I. a II. tohoto rozhodnutí se zadavateli – Obec Cerekvice nad Loučnou, IČO 00276537, se sídlem Cerekvice nad Loučnou 132, 569 53 Cerekvice nad Loučnou – **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

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 (dále jen „zákon“), příslušný k dohledu nad dodržováním tohoto zákona, obdržel dne 28. 6. 2012 podnět k přezkoumání postupu zadavatele - Obec Cerekvice nad Loučnou, IČO 00276537, se sídlem Cerekvice nad Loučnou 132, 569 53 Cerekvice nad Loučnou (dále jen „zadavatel“), v souvislosti se zadáváním veřejné zakázky „Energetické úspory ZŠ Cerekvice nad Loučnou“ (dále jen „veřejná zakázka“) zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení, jejíž zadání bylo v Informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 15. 2. 2011 pod ev. č. 6005658602001.

I. Zadávací řízení

2. Zadavatel odeslal dne 11. 2. 2011 oznámení o šetřené veřejné zakázce do Informačního systému o veřejných zakázkách.

3. Ze zadávací dokumentace, kterou zadavatel Úřadu předložil, vyplývá, že zadavatel obdržel celkem 13 nabídek uchazečů o veřejnou zakázku.
4. Z protokolu o otevírání obálek ze dne 14. 3. 2011 a ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 9. 5. 2011 vyplývá, že z 13 obdržených nabídek zadavatel z důvodu neprokázání splnění kvalifikace vyloučil ze zadávacího řízení uchazeče ALTERSTAV s.r.o., IČO 25951190, se sídlem Žirovnická 3124/1, 106 00 Praha 10 (v době konání zadávacího řízení sídlem Komenského 102, 566 01 Vysoké Mýto, pozn. Úřadu) – dále jen „stěžovatel“, a to konkrétně pro nedoložení odpovídajícího počtu referencí, nejasnou identifikaci objednatele u jedné z referencí a chybné uvedení číselných údajů v prohlášení o subdodavatelem systému, kde rozložení prací mezi dodavatele a subdodavatele neodpovídalo podle vyjádření zadavatele nabídkové ceně. Rozhodnutí o vyloučení ze zadávacího řízení obdržel stěžovatel dne 16. 3. 2011.
5. Protože stěžovatel nepovažoval vyloučení z účasti v zadávacím řízení za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 22. 3. 2011 proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení z další účasti v zadávacím řízení námitky.
6. Rozhodnutím s názvem *„Odpověď na námitky pro rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče z další účasti v zadávacím řízení“* ze dne 31. 3. 2011 zadavatel námitkám stěžovatele nevyhověl.
7. Dne 9. 5. 2011 rozhodl zadavatel o výběru nejvhodnější nabídky uchazeče B&J Holding, a.s., IČO 28173279, se sídlem Freyova 82/27, 190 00 Praha 9 - Vysočany (dále jen „vybraný uchazeč“) a dne 6. 6. 2011 uzavřel s vybraným uchazečem na šetřenou veřejnou zakázku smlouvu o dílo.

II. Průběh správního řízení

8. Vzhledem k tomu, že Úřad na základě posouzení dokumentace předmětné veřejné zakázky získal pochybnosti o tom, zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky postupoval v souladu se zákonem, zahájil správní řízení z moci úřední.
9. Účastníkem správního řízení je podle § 116 zadavatel.
10. Zahájení správního řízení oznámil Úřad zadavateli pod č. j. ÚOHS-S45/2013/VZ-1163/2013/513/ZMr dne 4. 3. 2013, ve kterém jej seznámil s pochybnostmi o zákonnosti jeho postupu při zadávání veřejné zakázky. Úřad dále zadavateli usnesením č. j. ÚOHS-S45/2013/VZ-1175/2013/530/ZMa ze dne 4. 3. 2013 stanovil lhůtu, ve které byl oprávněn navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy a ve které byl oprávněn vyjádřit své stanovisko v řízení a lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům pro rozhodnutí.
11. Dne 6. 3. 2013, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno zadavateli, bylo zahájeno správní řízení z moci úřední.
12. Dne 25. 3. 2013 obdržel Úřad od zadavatele vyjádření k zahájenému správnímu řízení, ve kterém zadavatel uvádí, že při zadávání předmětné veřejné zakázky kladl maximální důraz na dodržení principů nediskriminace a transparentnosti. V souvislosti s referencemi předloženými stěžovatelem zadavatel konstatuje, že po několika nezdařilých pokusech o telefonický kontakt s poskytovateli referencí navštívil zadavatel místo realizace referované stavby osobně, avšak nepodařilo se mu dohledat žádnou osobu, která by realizaci stavby

stěžovatelem potvrdila. Zadavatel tedy pojal podezření, že uvedené referenční stavby nejsou ve skutečnosti srovnatelné s předmětem plnění veřejné zakázky a že stěžovatel zřejmě nesplňuje § 56 odst. 3 písm. a) zákona, jak bylo požadováno v zadávací dokumentaci. Chybně uvedený výpočet v subdodavatelském systému zadavatel považoval za nedostatek, který sice neovlivnil výslednou cenu, ale s ohledem na klíčovou zadávací podmínku týkající se maximálního povoleného poměru subdodávek, nemohl připomínku brát na zřetel, což bylo i důvodem, proč v odpovědi na námítky tento bod nezmínil. Zadavatel podle svých slov neuvedl v odpovědi na námítky stěžovatele informaci o možnosti podat ve lhůtě podle § 114 odst. 4 zákona návrh na zahájení přezkumu u Úřadu proto, že byl přesvědčen o tom, že tato možnost nemůže být stěžovateli ze zákona upřena. Závěrem zadavatel konstatuje, že stěžovatel je v současnosti v likvidaci a za svoji odvedenou práci již neručí, což přesvědčuje zadavatele o tom, že jednal obezřetně, když si kvalitu prací prováděných stěžovatelem podrobně prověřoval a vytvořil tak rovné podmínky pro všechny uchazeče.

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 k veřejné zakázce předložené zadavatelem, uzavřené smlouvy, vyjádření zadavatele, a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání šetřené veřejné zakázky nepostupoval v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

K prokazování technických kvalifikačních předpokladů

14. Podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona může zadavatel k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na stavební práce požadovat seznam stavebních prací provedených dodavatelem **za posledních 5 let** a osvědčení objednatelů o řádném plnění nejvýznamnějších z těchto stavebních prací; tato osvědčení musí zahrnovat cenu, dobu a místo provádění stavebních prací a musí obsahovat údaj o tom, zda byly tyto práce provedeny řádně a odborně.
15. Podle § 56 odst. 7 zákona je veřejný zadavatel ve vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům povinen v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení:
 - a. stanovit rozsah požadovaných informací a dokladů,
 - b. uvést způsob prokázání splnění těchto kvalifikačních předpokladů a
 - c. vymezit minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů, odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky.
16. Podle § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
17. Z bodu „4.4 Technické kvalifikační předpoklady“ zadávací dokumentace k předmětné veřejné zakázce vyplývá, že zadavatel požadoval, aby uchazeč prokázal své technické kvalifikační předpoklady mimo jiné i „*seznamem referenčních stavebních prací provedených dodavatelem za poslední 3 roky.*“ Tento seznam měl obsahovat minimálně tři zakázky obdobného charakteru jako je předmět veřejné zakázky s tím, že každá ze zakázek měla vykazovat minimální výši plnění 10 mil. Kč bez DPH.

18. Za účelem porovnání Úřad úvodem uvádí, že k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na dodávky může veřejný zadavatel podle ustanovení § 56 odst. 1 písm. a) zákona požadovat seznam významných dodávek realizovaných dodavatelem v posledních 3 letech s uvedením jejich rozsahu a doby plnění; přičemž zákon současně uvádí, co musí být přílohou tohoto seznamu. Obdobně v případě veřejných zakázek na služby může veřejný zadavatel požadovat k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 2 písm. a) zákona seznam významných služeb poskytnutých dodavatelem v posledních 3 letech s uvedením jejich rozsahu a doby plnění; přičemž zákon rovněž uvádí, co musí být přílohou tohoto seznamu.
19. Ze srovnání těchto zákonných úprav vyplývá, že zákon při stanovení časového období, za které dodavatel prokazuje splnění technických kvalifikačních předpokladů, vycházel z charakteru jednotlivých druhů veřejných zakázek. Je zřejmé, že „výrobní proces“ stavebních prací je zpravidla delší než je v případě dodávek a služeb, a proto je u stavebních zakázek delší i časové období, za které je dodavatel splnění technických kvalifikačních předpokladů oprávněn prokazovat.
20. Ustanovení § 56 odst. 3 písm. a) zákona stanoví, že k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na stavební práce může veřejný zadavatel požadovat seznam stavebních prací realizovaných dodavatelem v posledních 5 letech. Z dikce zákona vyplývá, že zadavatel může zvolit určitý způsob prokázání technických kvalifikačních předpokladů, nesmí tak však učinit přísněji než zákon. Změnu uvedené lhůty by bylo možné připustit pouze tehdy, jestliže by to bylo výhodnější pro uchazeče, což však není uvedený případ, neboť zadavatel svým postupem omezil počet potenciálně kvalifikovaných dodavatelů. Výše uvedený výklad je rovněž v souladu se zásadou zákazu diskriminace, zakotvenou v ustanovení § 6 zákona, kterou je nutno aplikovat při interpretaci všech ustanovení zákona.
21. Na základě úvah a skutečností výše uvedených dospěl Úřad k závěru, že zadavatel nedodržel ustanovení § 56 odst. 3 písm. a) zákona. Pokud zadavatel v zadávací dokumentaci stanovil, že technický kvalifikační předpoklad podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona splňuje ten dodavatel, který se prokáže seznamem stavebních prací provedených v posledních 3 letech, každou s min. výší plnění 10 mil. Kč bez DPH, zkrátit tak období, za které mohou dodavatelé prokázat technické kvalifikační předpoklady z 5 let na 3 roky. Vzhledem k tomu, že zadavatel tímto omezil počet v úvahu přicházejících uchazečů, kteří mohli splnit podmínku zadavatele za období 5 let, mohlo toto porušení zákona podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, mohl být okruh uchazečů i širší a zadavatel mohl obdržet i výhodnější nabídky než byla nabídka vybraného uchazeče. Proto Úřad rozhodl tak, jak vyplývá z výroku I. tohoto rozhodnutí.

K postupu při vyřizování námitek

22. 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, zadavateli podat zdůvodněné námítky.
23. 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 námitkám, uvede v rozhodnutí způsob provedení nápravy.

24. V případě, že zadavatel námitkám nevyhoví, pak podle ustanovení § 111 odst. 2 zákona uvědomí stěžovatele v písemném rozhodnutí o možnosti podat ve lhůtě podle § 114 odst. 4 zákona návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu.
25. Dne 22. 3. 2011 podal stěžovatel námitky proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení z další účasti v zadávacím řízení. V těchto námitkách stěžovatel odmítl důvody svého vyloučení ze zadávacího řízení spočívající v neprokázání splnění kvalifikace, tj. nepředložení dostatečného množství referencí, nejasné identifikaci objednatele u jedné z referencí a chybného uvedení číselných údajů v prohlášení o subdodavatelském systému, kde rozložení prací mezi dodavatele a subdodavatele neodpovídalo podle vyjádření zadavatele nabídkové ceně.
26. Podle článku „2.2. Technická specifikace, technické a uživatelské standardy stavby“ zadávací dokumentace je omezena maximální míra subdodávek na 30 % ze stavebních nákladů akce. Stěžovatel ve svém „Prohlášení o subdodavatelském systému“ (str. 13 nabídky stěžovatele) uvádí, že vlastními kapacitami realizuje 79,5 % prací v celkové hodnotě 2 022 tis. Kč, zatímco práce realizované subdodavateli budou činit 20,5 %, tj. 419 tis. Kč. Z právě uvedených údajů je zřejmé, že uvedená číselná vyjádření neodpovídají vyjádřením procentuálním.
27. Jak vyplývá z rozhodnutí zadavatele o námitkách s názvem „*Odpověď na námitky pro rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče z další účasti v zadávacím řízení*“ ze dne 31. 3. 2011, zadavatel se vyjádřil k námitce stěžovatele v otázkách referenčních stavebních prací, avšak již nerozhodl o námitkách ve věci subdodavatelského systému, ačkoliv stěžovatel v námitkách vysvětluje svou chybu ve výpočtu, která měla být způsobena záměnou číselného vyjádření podílu prací realizovaných vlastními kapacitami za celkové náklady stavebních prací, přičemž stěžovatel rovněž uvedl, že na nabídkovou cenu nemá tato chyba vliv a tudíž by se k ní podle stěžovatele nemělo přihlížet. Zadavatel se v rozhodnutí o námitkách stěžovatele se stěžovatelem uváděnými námitkami týkajícími se subdodavatelského systému nijak nevypořádal, čímž se prokazatelně dopustil porušení § 111 odst. 1 zákona, neboť se nevypořádal s podanými námitkami v plném rozsahu.
28. K tvrzení zadavatele, že s ohledem na klíčovou zadávací podmínku týkající se maximálního povoleného poměru subdodávek, nemohl brát stěžovatelovu námitku v potaz, Úřad uvádí, že zadavatel není oprávněn rozhodovat o tom, s kterými námitkami se vypořádá či nikoliv, neboť zákon mu ukládá povinnost vypořádat se se všemi námitkami v plném rozsahu. Zákon jednoznačně stanoví povinnost zadavatele odůvodnit, co ho vedlo k rozhodnutí námitkám stěžovatele vyhovět či nevyhovět, jakož i jednoznačně vymezuje případy, kdy je zadavatel oprávněn o podaných námitkách nerozhodovat. Zadavatel nemusí o námitkách rozhodnout pouze v případě, že se jedná o námitky, které byly podány opožděně, nebo které vzal stěžovatel zpět. V šetřeném případě byly námitky podány stěžovatelem v zákonné lhůtě a nebyly vzaty stěžovatelem zpět, což znamená, že zadavatel nedostal zákonem dané povinnosti, když se nevypořádal s námitkou stěžovatele vztahující se k subdodavatelskému systému.
29. Zadavatel ve svém rozhodnutí o námitkách ze dne 31. 3. 2011 rovněž neuvědomil stěžovatele o možnosti podat návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele

u Úřadu. Zákon ukládá zadavateli povinnost informovat stěžovatele o možnosti účinně se bránit u Úřadu pouze v případě rozhodnutí o nevyhovění námitkám stěžovatele. V šetřeném případě zadavatel námitkám stěžovatele nevyhověl, avšak v rozhodnutí o námitkách nepoučil stěžovatele o možnosti podání návrhu k Úřadu. Nedodržením této povinnosti stanovené zadavateli zákonem byla ohrožena právní jistota stěžovatele, neboť nebyl zadavatelem informován o možnosti, jak účinně chránit svá práva v řízení před Úřadem.

30. Argument zadavatele, že neupozornil stěžovatele o jeho právu podat návrh k Úřadu, neboť byl přesvědčen, že tuto možnost mu nelze upřít, nelze akceptovat, neboť zákon zadavateli jednoznačně ukládá povinnost stěžovatele o této možnosti podání návrhu k Úřadu informovat. Skutečnost, že stěžovatel je i v případě nevyřízení námitek zadavatelem v souladu s § 111 odst. 1 zákona oprávněn podat návrh, nezbavuje zadavatele jeho povinnosti dané mu zákonem.
31. K tvrzení zadavatele, které se vztahuje k aktuální ekonomické situaci stěžovatele a referencí stěžovatele, prostřednictvím kterých prokazoval technické kvalifikační předpoklady, Úřad uvádí, že neupírá zadavateli právo ověřit si pravdivost údajů uváděných uchazeči v jejich nabídkách. Zadavatel je však povinen při svém jednání dodržovat zákonem stanovený postup, což zadavatel v rámci předmětného zadávacího řízení neučinil.
32. S ohledem na výše uvedené skutečnosti Úřad uvádí, že zadavatel postupoval při vyřizování námitek v rozporu s ustanovením § 111 odst. 1 zákona tím, že nepřezkoumal námitky stěžovatele v plném rozsahu, a ustanovením § 111 odst. 2 zákona tím, že v rozhodnutí o námitkách ze dne 31. 3. 2011 stěžovatele neuvědomil o možnosti podat ve lhůtě podle § 114 odst. 4 zákona návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu.
33. Na základě výše uvedených skutečností Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

K uložení sankce

34. 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.
35. Podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že odmítne námitky v rozporu s § 110 zákona anebo postupuje při vyřizování námitek v rozporu s § 111 zákona.
36. Zadavatel se při zadávání předmětné veřejné zakázky dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 56 odst. 3 písm. a) zákona, když v zadávacím řízení na předmětnou veřejnou zakázku požadoval k prokázání splnění technického kvalifikačního předpokladu seznam stavebních prací provedených dodavatelem za poslední 3 roky a správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona v souvislosti s nesprávným postupem při vyřizování námitek tím, že nepřezkoumal námitky stěžovatele v plném rozsahu a tím, že neuvědomil stěžovatele o možnosti podat návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu.

37. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.
38. Před uložením pokuty Úřad tedy ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona k uložení pokuty. V daném případě došlo ke spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona rozhodnutím o námitkách stěžovatele dne 31. 3. 2011 a ke spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona uzavřením smlouvy dne 6. 6. 2011, přičemž Úřad se o jejich spáchání dověděl z podnětu dne 28. 6. 2012, z čehož je zřejmé, že odpovědnost zadavatele za správní delikt v daném případě nezanikla.
39. K uložení pokuty za spáchání správních deliktů uvedených ve výroku I. a II. tohoto rozhodnutí Úřad předně uvádí, že při stanovení výše sankce je nutné postupovat v souladu se zásadou absorpce, která se uplatní při postihu souběhu správních deliktů a jejíž podstata tkví v absorpci sazeb (poena maior absorbet minore – tedy přísnější trest pohlcuje mírnější). Jak již v minulosti dovodil NSS (např. v rozsudku č. j. 1 As 28/2009-62 ze dne 18. 6. 2009 nebo v rozsudku č. j. 5 Afs 9/2008-328 ze dne 31. 10. 2008), při trestání správních deliktů tímž správním orgánem se přiměřeně uplatní i principy ovládající souběh trestných činů. Nutnost aplikovat trestněprávní instituty i při trestání správním orgánem vyplývá z obecné potřeby použít ve prospěch obviněného analogii z trestního práva všude tam, kde vzhledem k neexistenci jednotného kodexu správního trestání v českém právním řádu nejsou výslovně upraveny některé základní zásady a instituty, jež by měly být zohledněny v případě jakéhokoli veřejnoprávního deliktu. Použití analogie ve správním trestání je v omezeném rozsahu přípustné tehdy, pokud právní předpis, který má být aplikován, určitou otázku vůbec neřeší, a nevede-li výklad za pomoci analogie ani k újmě účastníka řízení, ani k újmě na ochraně hodnot, na jejichž vytváření a ochraně je veřejný zájem (viz rozsudky NSS č. j. 1 As 27/2008 – 67 ze dne 16. 4. 2008 a č. j. 8 As 17/2007 – 135 ze dne 31. 5. 2007). Pro ukládání trestů za správní delikty se proto musí uplatnit obdobné principy a pravidla jako pro ukládání trestů za trestné činy.
40. Úprava zákona o veřejných zakázkách je ve vztahu k trestání souběhu správních deliktů na rozdíl od úpravy trestněprávní neúplná. Zejména pak neřeší moment, do kdy je správní delikty možno považovat za sbíhající se, jakož ani důsledky, není-li z jakýchkoli důvodů vedeno společné řízení. Souhrnné či úhrnné tresty, jimiž se postihuje souběh trestných činů, přitom představují pro pachatele výhodnější postup, neboť je v nich zohledněna skutečnost, že pachatel se dopustil dalšího trestného činu, aniž byl varován odsuzujícím rozsudkem týkajícím se dřívějšího trestného činu.
41. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že pro stanovení konkrétní výše uložené pokuty je nutné samostatně posuzovat jednotlivé sazby za uvedené správní delikty.
42. V souladu s již citovanou zásadou absorpce v rámci správněprávního trestání Úřad ve správním řízení uloží pokutu podle přísněji trestného správního deliktu, proto se Úřad nejprve zabýval otázkou, za který delikt je možno v šetřeném případě uložit přísnější sankci (vyšší pokutu).
43. Zadavatel se prvního správního deliktu dopustil dne 6. 6. 2011, kdy uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu o dílo na předmětnou veřejnou zakázku. Za spáchání tohoto správního deliktu mu podle ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona účinného v době spáchání

správního deliktu může být uložena pokuta do 5 % ceny zakázky nebo do 10 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a), c) nebo d).

44. Zbývajících správních deliktů se zadavatel dopustil dne 31.3.2011, když při vyřizování námitek postupoval v rozporu s § 111 odst. 1 zákona a § 111 odst. 2 zákona. Za spáchání těchto správních deliktů mu podle ustanovení § 120 odst. 2 písm. b) zákona účinného v době spáchání správního deliktu může být uložena pokuta do 10 000 000 Kč.
45. V šetřeném případě se tedy zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona a správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona. Za první správní delikt lze v souladu s citovaným ustanovením § 120 odst. 2 písm. a) zákona uložit pokutu do 5 % ceny zakázky, nebo do 10 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit. Ze smlouvy o dílo uzavřené dne 6. 6. 2011 s vybraným uchazečem vyplývá, že cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí celkem 6 002 529,14,- Kč (tj. 5 002 107,62,- Kč + 20% DPH, tj. 1 000 421,52). Horní hranice možné pokuty (5% z ceny veřejné zakázky) tedy činí 300 126,457,- Kč. Za druhý a třetí správní delikt lze v souladu s citovaným ustanovením § 120 odst. 2 písm. b) zákona uložit pokutu do 10 000 000 Kč. Výsledná výše horní hranice možné pokuty tedy v tomto případě činí 10 000 000 Kč.
46. Vzhledem k uplatňování absorpční zásady při stanovení výše pokuty za spáchání sbíhajících se správních deliktů, tj. uložení úhrnného trestu za nejzávažnější z těchto deliktů (viz body 38. a 41. odůvodnění tohoto rozhodnutí), horní hranice možné pokuty činí 10 000 000 Kč (viz bod 45. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
47. Podle § 121 odst. 2 zákona Úřad při určení výměry pokuty zadavateli přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
48. 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 a nadto musí zohlednit i další skutečnosti, jež mohou mít na konkrétní výši pokuty vliv. Klíčovou podmínkou je, 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.
49. Z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 46/2011-78 ze dne 6. 12. 2012 dále vyplývá, že *„úvaha Úřadu musí vést k hodnocení individuální povahy protiprávního jednání, přičemž zvažované okolnosti je třeba rozlišovat na přitěžující a polehčující a vždy je posuzovat z hlediska konkrétního dopadu na danou věc.“*
50. Požadavky na odůvodnění výše pokuty byly rovněž uvedeny v rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 4 As 51/2007-68 ze dne 27. 3. 2008, kdy soud konstatoval, že *„řádné odůvodnění ukládané sankce v případě správního trestání je základním předpokladem pro přezkoumatelnost úvahy, kterou byl správní orgán při svém rozhodování veden.“*

Zohledněním všech hledisek, jež lze v konkrétní věci považovat za relevantní, pak určuje míru zákonnosti stanoveného postihu.“

51. Při určování výše pokuty vzal Úřad v úvahu následující přitěžující okolnosti.
52. Zadavatel se dopustil správního deliktu při zadávání předmětné veřejné zakázky tím, že nedodržel postup stanovený v § 56 odst. 3 písm. a) zákona, když v zadávacím řízení na předmětnou veřejnou zakázku požadoval k prokázání splnění technického kvalifikačního předpokladu seznam stavebních prací provedených dodavatelem za poslední 3 roky, přičemž tím mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a uzavřel smlouvu na uvedenou veřejnou zakázku. Úřad vzal v potaz zejména skutečnost, že zadavatel svým jednáním mohl omezit soutěžní prostředí, neboť zadavatelem stanovený požadavek v rozporu se zákonem mohl odradit potenciální uchazeče o předmětnou veřejnou zakázku, kteří nemohli prokázat požadované referenční stavby z období posledních 3 let, ale byli by schopni prokázat referenční stavby z období posledních 5 let. Omezení soutěžního prostředí je přitom považováno za jedno z nejzávažnějších pochybení v procesu zadávání veřejných zakázek a není vyloučeno, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, mohl obdržet nabídku cenově výhodnější, než byla nabídka vybraného uchazeče.
53. Zadavatel rovněž nepostupoval v souladu se zákonem při vyřizování námitek podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona, v důsledku čehož vznikla stěžovateli újma na jeho právech spočívající v nepřezkoumání jeho námitek v plném rozsahu a neupozornění na možnost podání návrhu u Úřadu, v případě, že nebude se způsobem vyřízení námitek zadavatelem souhlasit.
54. S ohledem na znění ustanovení § 114 odst. 5 zákona, kdy lze, v případě že zadavatel nevyřídil námitky podle § 111 odst. 1 zákona, návrh na uložení opatření k nápravě doručit Úřadu a zadavateli nejpozději do 25 kalendářních dnů ode dne odeslání námitek stěžovatelem, Úřad uvádí, že stěžovatel se mohl účinně bránit i v případě neúplného odůvodnění rozhodnutí o nevyhovění námitkám stěžovatele a při absenci poučení zadavatele o možnosti podání návrhu u Úřadu, tedy i v případě spáchání správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. g) zákona.
55. S odkazem na absorpční zásadu správního trestání uložil Úřad pokutu za delikt přísněji trestný, což je v daném případě delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, jehož se zadavatel dopustil tím, že v zadávacím řízení na předmětnou veřejnou zakázku požadoval k prokázání splnění technického kvalifikačního předpokladu seznam stavebních prací provedených dodavatelem za poslední 3 roky, přičemž tím mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a uzavřel smlouvu na uvedenou veřejnou zakázku.
56. Úřad jako polehčující okolnost zohlednil to, že i přes nedostatky zadávacího řízení zadavatel obdržel 13 nabídek. S ohledem na tuto skutečnost lze mít za to, že i přes zadavatelem chybně stanovený technický kvalifikační předpoklad nebylo v tomto konkrétním případě soutěžní prostředí zcela vyloučeno. Úřad přihlédl i ke snaze zadavatele o důkladné prověření nabídky stěžovatele. Úřad shledal uvedené polehčující okolnosti za natolik důležité, že považuje za adekvátní uložit zadavateli pokutu při samé dolní hranici její možné výše.
57. Zadavatel je obcí, která je podle ustanovení § 1 zákona č. 128/2000 Sb. o obcích (dále jen „zákon o obcích“) základním územním samosprávným společenstvím občanů, tvoří územní celek, který je vymezen hranicí území obce. Podle ustanovení § 2 odst. 1 zákona o obcích je

obec veřejnoprávní korporací, která má vlastní majetek. Z webových stránek zadavatele (http://cerekvice.eu/?page_id=6956) vyplývá, že zadavatel v roce 2012 počítal s příjmy ve výši 11 348 100,- Kč a s výdaji ve výši 10 848 100,- Kč. Vzhledem k výši příjmů zadavatele Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze považovat za likvidační.

58. 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 uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání.
59. Pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má plnit 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. Proto Úřad zadavateli uložil pokutu ve výši 50 000,- Kč. Uložená pokuta se pohybuje na samé dolní hranici zákonné sazby a plní tak výrazně preventivní funkci.
60. Vzhledem k tomu, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky „Energetické úspory ZŠ Cerekvice nad Loučnou“ porušil zákon, rozhodl Úřad tak, jak vyplývá z výroku III. tohoto rozhodnutí, neboť nápravy protiprávního stavu nelze dosáhnout v daném případě jiným způsobem než uložením sankce.
61. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj v Brně 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, 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

v z. Mgr. Michal Kobza

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

Obec Cerekvice nad Loučnou, Cerekvice nad Loučnou 132, 569 53 Cerekvice nad Loučnou

Vypraveno dne:

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