UOHSX003OLUE

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R59/2011/VZ-11349/2011/310/JSl V Brně dne: 27. července 2011

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 24. 3. 2011 podaném navrhovatelem –

- **Petrem Březinou, podnikatelem**, podnikajícím pod obchodní firmou **Petr Březina-APB Plzeň**, IČ 16669711, s místem podnikání Losiná 303, 332 04 Nezvěstice,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S410/2010/VZ-2605/2011/540/PVé ze dne 14. 3. 2011 ve věci přezkoumání úkonů společnosti **Rybníkářství Pohořelice a. s.**, IČ 46961062, se sídlem Vídeňská 717, 691 23 Pohořelice, za niž jedná JUDr. Václav Jelínek, předseda představenstva, učiněných při zadávání zakázky s názvem **„Rybník Pilský – odbahnění a rekonstrukce objektů“**, zadávané v otevřeném řízení podle § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 14. 9. 2010 pod ev. č. 60049743, jehož dalším účastníkem je vybraný uchazeč –

- společnost **VHS Bohemia, a. s.**, IČ 47910305, se sídlem Haškova 153/17, 638 00 Brno, za niž jedná Petr Kučera, předseda představenstva.

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S410/2010/VZ-2605/2011/540/PVé ze dne 14. 3. 2011

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a správní řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Zadavatel – společnost Rybníkářství Pohořelice a.s., IČ 46961062, se sídlem Vídeňská 717, 691 23 Pohořelice (dále též jen „zadavatel“), uveřejnil podle § 21 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), v informačním systému o veřejných zakázkách dne 14. 9. 2010 pod ev. č. 60049743 oznámení otevřeného řízení podle § 27 zákona za účelem zadání zakázky s názvem „Rybník Pilský – odbahnění a rekonstrukce objektů“. Pozn.: pokud je dále v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění platné v době provedení úkonu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“ nebo „orgán dohledu“) nebo v době provedení úkonů jednotlivých účastníků řízení.

2. Úřad jako orgán příslušný podle § 112 zákona obdržel dne 15. 10. 2010 návrh podnikatele Petra Březiny, podnikajícího pod obchodní firmou Petr Březina – APB Plzeň, IČ 16669711, s místem podnikání Losiná 303, 332 04 Nezvěstice (dále jen „navrhovatel“) na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele ve výše zmíněné veřejné zakázce. Jak vyplývá z podaného návrhu, navrhovatel v podaných námitkách zpochybnil vymezení minimální úrovně technických kvalifikačních předpokladů (referenční stavby) a označil je za nepřiměřené předmětu zakázky, těmto námitkám podaným proti zadávacím podmínkám však zadavatel nevyhověl. K výše uvedenému dni tedy Úřad oznámil zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (§ 113 odst. 1 zákona), za jehož účastníky označil zadavatele, navrhovatele a uchazeče, jehož nabídka byla vybrána jako nejvhodnější – společnost VHS Bohemia a. s., IČ 47910305, se sídlem Haškova 153/17, 638 00 Brno (dále jen „vybraný uchazeč“).

3. V průběhu správního řízení se zadavatel k podanému návrhu vyjádřil v tom smyslu, že mezi námitkami zaslanými zadavateli a návrhem je vzájemný rozpor, a dále pak, že kvalifikační předpoklady jsou nastaveny objektivně a nediskriminačně. Ve věci postavení společnosti Rybníkářství Pohořelice a. s. jako právnické osoby, zadavatel Úřadu předložil kopii zakladatelské listiny o založení akciové společnosti Rybníkářství Pohořelice a. s. ze dne 8. 6. 1992. Ve věci doložení zdrojů příjmů společnost Rybníkářství Pohořelice a. s. doložil kopie výkazu zisku a ztrát za rok 2009 a souhrn předpokládaných příjmů v roce 2010. Dále předložil zadavatel Úřadu účetní doklady prokazující výši a zdroj příjmů za rok 2010.

II. Napadené rozhodnutí

4. Dne 14. 3. 2011 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S410/2010/VZ-2605/2011/540/PVé (dále jen „napadené rozhodnutí“), kterým rozhodl, že se návrh navrhovatele podle § 118 odst. 4 písm. d) zákona zamítá, neboť nesměřuje proti postupu, který je zadavatel povinen dodržovat podle tohoto zákona v zadávacím řízení.

5. Orgán dohledu poté, co odkázal na ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) zákona, ze kterého vyplývá, že veřejným zadavatelem je právnická osoba za předpokladu, že uspokojuje potřeby veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu a současně veřejný zadavatel může ovlivňovat její činnost (pomocí financování, ovládání nebo jmenování

nadpoloviční většiny členů orgánů této právnické osoby). K naplnění definice veřejného zadavatele je tedy nutné, aby posuzovaný subjekt současně splňoval jak podmínku uvedenou v § 2 odst. 2 písm. d) bodu 1. zákona, ale i v § 2 odst. 2 písm. d) bodu 2. zákona. Dále Úřad s odkazem na § 2 odst. 3 písm. a) zákona, který upravuje postavení tzv. „dotovaného zadavatele“, a na § 12 odst. 1 a § 13 zákona, které ve vzájemné souvislosti definují veřejnou zakázku, finanční limity pro jednotlivé kategorie zadavatelů a druhy veřejných zakázek, dospěl k závěru, že pro to, aby se subjekt přijetím veřejných prostředků poskytnutých veřejným zadavatelem (zde Ministerstvem zemědělství), a to i prostřednictvím jiné osoby (dotace), stal dotovaným zadavatelem, musí být současně splněny tyto podmínky: musí se jednat o zakázku na stavební práce, jejichž charakter je vymezen v § 2 odst. 3 písm. a) zákona, její předpokládaná hodnota musí odpovídat nejméně finančnímu limitu podle § 2 odst. 3 nařízení vlády č. 474/2009 Sb. (dále jen „nařízení vlády“) ve výši 125 451 00 Kč, a konečně, že je hrazena z více než 50 % z peněžních prostředků poskytnutých veřejným zadavatelem, a to i prostřednictvím jiné osoby.

6. Úřad dále v odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že v šetřeném případě činí předpokládané finanční náklady stavby celkem 10 400 000 Kč. Výběr zhotovitele realizoval zadavatel formou otevřeného řízení, přičemž zakázku v oznámení označil jako podlimitní. Nabídková cena předložená vybraným uchazečem činí 10 151 779 Kč bez DPH. Vzhledem k tomu, že v šetřeném případě jsou předmětem zakázky stavební práce, jejichž předpokládaná hodnota neodpovídá nejméně finančnímu limitu stanovenému v § 12 odst. 1 zákona v návaznosti na § 2 odst. 3 nařízení vlády, není naplněna podmínka dosažení předpokládané hodnoty veřejné zakázky, a tedy společnost Rybníkářství Pohořelice, a. s., není veřejným (dotovaným) zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 3 zákona. Současně není splněna ani žádná z podmínek uvedených v § 2 odst. 2 písm. d) zákona, neboť nebylo zjištěno, že by společnost Rybníkářství Pohořelice, a. s., byla převážně financována státem či jiným veřejným zadavatelem, neboť její příjmy za rok 2010 pocházející z veřejných zdrojů nepřesahují částku 59 575 000 Kč (tj. cca 24% z celkových příjmů). Nebylo ani zjištěno, že by stát či jiný veřejný zadavatel měl faktický vliv na činnost společnosti, a tedy nelze hovořit o tom, že by byla státem nebo veřejným zadavatelem ovládána. Taktéž nebylo prokázáno, že by stát či jiný veřejný zadavatel jmenoval či volil více než polovinu členů ve statutárním, dozorčím či kontrolním orgánu společnosti Rybníkářství Pohořelice, a. s.

7. S odkazem na § 17 písm. m) a § 112 odst. 1 a 2 písm. b) zákona Úřad konstatoval, že zadavatel v případě přezkoumávané veřejné zakázky nenaplňuje znaky veřejného zadavatele, ani znaky zadavatele dotovaného. Předmětná zakázka tedy není zakázkou veřejnou a společnost Rybníkářství Pohořelice, a. s., tedy při jejím zadávání nebyla vázána postupy stanovenými v zákoně. Z uvedeného důvodu není ani Úřad příslušný k posouzení postupu zadavatele z hlediska jeho souladu se zákonem, a to proto, že je kompetentní pouze k výkonu dohledu nad dodržováním zákona. Skutečnost, že výběr zhotovitele zadavatel učinil na podkladě oznámení otevřeného řízení v informačním systému o veřejných zakázkách, bez dalšího neznamená, že se stal veřejným nebo dotovaným zadavatelem. Úřadu tak nezbývalo, než návrh podle § 118 odst. 4 písm. d) zákona zamítnout; vlastním obsahem návrhu se tudíž Úřad věcně nezabýval.

III. Námitky rozkladu

8. V podaném rozkladu navrhovatel uvádí, že Úřad věc nesprávně právně posoudil, když postup zadavatele shledal jako souladný se zákonem. Nevzal vůbec v úvahu námitky navrhovatele, že zadávací podmínky veřejné soutěže jsou v oblasti kvalifikačních předpokladů formulovány diskriminačně vůči některým uchazečům. Jak navrhovatel již uvedl v podaném návrhu, zadavatel požadoval předložení osvědčení o provedení min. pěti staveb obdobného charakteru s finančním objemem nad 9 mil. Kč, a další min. dvě stavby – odbahnění rybníků s finančním objemem nad 5 mil. Kč; navrhovatel tyto požadavky označil za nepřiměřeně náročné, neboť je mohou splnit pouze určité skupiny dodavatelů. V další části rozkladu navrhovatel rekapituluje obsah svého návrhu a cituje znění § 56 odst. 3 písm. a) zákona. Uvádí, že význam jednotlivých stavebních prací nelze odvozovat pouze z jejich ceny. Jak je patrné z formulace kvalifikačních předpokladů, zadavatel akcentuje dílčí zakázky velkého finančního objemu, aniž by vysvětlil, z jakého důvodu považuje právě tyto stavby za nejvýznamnější. Za této situace jsou ze soutěže o veřejnou zakázku *de facto* vyloučeni ti uchazeči, kteří sice souhrnným finančním objemem realizovaných staveb zmíněnému požadavku dostojí (nebo tento objem dokonce významně překročí), avšak kteří nemohou předložit osvědčení o provedení pěti zakázek převyšujících 9 mil. Kč a dvou zakázek převyšujících 5 mil. Kč. Zadávací podmínky tak budí dojem, že jsou vytvořeny dle již v minulosti provedených prací konkrétního dodavatele nebo skupiny dodavatelů. V této souvislosti navrhovatel zadavateli vytýká, že neakceptoval reference o výstavbě vodních nádrží a poldrů, přestože se jedná o práce obdobného charakteru a dále znovu opakuje, že zadavatel porušil zákon tím, že kvalifikační předpoklady stanovil diskriminačním způsobem, a tím navrhovatele poškodil.

9. V další části rozkladu navrhovatel vyjadřuje nesouhlas se závěrem Úřadu, že návrh nesměřuje proti postupu, který je zadavatel povinen dodržovat podle tohoto zákona v zadávacím řízení, a to z toho důvodu, že zadavatel nenaplňuje znaky ani veřejného, ani dotovaného zadavatele podle § 2 odst. 2 písm. d) a § 2 odst. 3 zákona, a tedy ani přezkoumávaná zakázka není zakázkou veřejnou ve smyslu § 7 odst. 1 zákona. Navrhovatel nesouhlasí s tím, že Úřad není příslušný k posouzení postupu zadavatele, neboť došlo k hrubému porušení zákona při stanovení kvalifikačních předpokladů. Navrhovatel je naopak přesvědčen, že předmětná veřejná zakázka a její kontrola a dodržování zákona je v kompetenci Úřadu. Navrhovatel proto požaduje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí změnil tak, že se zamítnutí návrhu zrušuje.

IV. Řízení o rozkladu

10. Správní orgán prvního stupně určil usnesením č. j. ÚOHS-S410/2010/VZ-4873/2011/540/PVé ze dne 31. 3. 2011 ostatním účastníkům řízení lhůtu pěti dnů k vyjádření k podanému rozkladu, ve stanovené lhůtě ani po jejím uplynutí se však k rozkladu žádný z účastníků nevyjádřil.

11. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.

12. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.

13. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S410/2010/VZ-2605/2011/540/PVé ze dne 14. 3. 2011 rozhodl, že se návrh navrhovatele podle § 118 odst. 4 písm. d) zákona zamítá, neboť nesměřuje proti postupu, který je zadavatel povinen dodržovat podle tohoto zákona v zadávacím řízení, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se v plném rozsahu ztotožnil. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

14. Předně upozorňuji, že Úřad v napadeném rozhodnutí nedospěl k závěru, že by byl zadavatelův postup v souladu se zákonem, jak navrhovatel v rozkladu uvádí, ale k závěru, že zadavatelův postup kontrole orgánem dohledu nepodléhá, neboť se v daném případě nejedná ani o veřejnou zakázku, ani o veřejného zadavatele. Právě vzhledem k tomu se Úřad správně do jeho věcného posouzení, a tedy ani do posouzení důvodnosti zadavatelem stanovené minimální úrovně technických kvalifikačních předpokladů, nepouštěl.

15. Navrhovatel v podaném rozkladu opětovně poukazuje na minimální úroveň technického kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona, jež koliduje s principy zakotvenými v § 6 zákona, jmenovitě se zákazem diskriminace v zadávacím řízení. V tomto ohledu se rozklad omezuje na argumenty, které již navrhovatel přednesl před vydáním prvostupňového rozhodnutí. Co se týče zbývající části rozkladu, která míří proti jádru napadeného rozhodnutí, tj. proti závěru, že zadavatel – Rybníkářství Pohořelice, a. s., není ani veřejným, ani dotovaným zadavatelem ve smyslu zákona a že tedy jeho postup nepodléhá kontrole ze strany Úřadu, ta se omezuje na pouhé stručné navrhovatelovo konstatování, že „(…) s tímto závěrem nesouhlasí (…)“. Jak jsem zjistil přezkoumáním odůvodnění napadeného rozhodnutí, orgán dohledu se otázkou právního postavení společnosti Rybníkářství Pohořelice, a. s., důkladně zabýval a všechny rozhodné skutečnosti v odůvodnění vzal v úvahu a správně právně posoudil. Podaný rozklad tedy do věci nepřináší nic nového (a to ani z hlediska skutkového, ani z hlediska právního) a pokud jde o stěžejní závěr Úřadu týkající se postavení společnosti Rybníkářství Pohořelice, a. s., z hlediska zákona, není schopen napadené rozhodnutí zvrátit.

16. Pro úplnost znovu uvádím, že podle ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) bod 1. a 2. zákona může být veřejným zadavatelem i jiná právnická soba, pokud byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu (bod 1. citovaného ustanovení), a zároveň je-li tato jiná právnická osoba financována převážně státem či jiným veřejným zadavatelem nebo je státem či jiným veřejným zadavatelem ovládána nebo stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu

členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu (bod 2. citovaného ustanovení). Z dikce § 2 odst. 2 písm. d) zákona je tedy zřejmé, že obě podmínky musí být naplněny kumulativně (současně). Úřad dovodil na základě vlastního šetření a podkladů předložených zadavatelem, že není splněna žádná z podmínek uvedených v § 2 odst. 2 písm. d) zákona, neboť nebylo zjištěno, že by společnost Rybníkářství Pohořelice, a. s., byla převážně financována státem či jiným veřejným zadavatelem, neboť pouze minoritní část jejích příjmů za rok 2010 pocházela z veřejných zdrojů. Taktéž nebylo prokázáno, že by stát či jiný veřejný zadavatel měl faktický vliv na činnost společnosti, resp. že by stát či jiný veřejný zadavatel jmenoval či volil více než polovinu členů ve statutárním, dozorčím či kontrolním orgánu společnosti Rybníkářství Pohořelice, a. s.

17. Podle § 2 odst. 3 zákona je dotovaným zadavatelem právnická nebo fyzická osoba, která zadává veřejnou zakázku hrazenou z více než 50 % z peněžních prostředků poskytnutých veřejným zadavatelem, a to prostřednictvím jiné osoby, jde-li o veřejnou zakázku na stavební práce, jejíž předpokládaná hodnota odpovídá nejméně finančnímu limitu stanovenému v prováděcím právním předpisu podle § 12 odst. 1 zákona (podle § 2 odst. 3 nařízení se jedná o částku ve výši 125 451 00 Kč) pro veřejné zakázky na stavební práce a předmětem této veřejné zakázky je provedení stavebních prací, které se týkají některé z činností uvedených v příloze č. 3, nebo je provedení stavebních prací podle § 9 týkajících se zdravotnických zařízení, sportovních zařízení, zařízení určených pro rekreaci či volný čas, škol a budov určených pro administrativní účely, nebo se jedná o veřejnou zakázku na služby související s veřejnou zakázkou na stavební práce, jejíž předpokládaná hodnota odpovídá nejméně finančnímu limitu stanovenému v prováděcím právním předpisu podle § 12 odst. 1 pro veřejné zakázky na služby. Podle § 2 odst. 5 zákona dotovaný zadavatel postupuje při zadávání veřejné zakázky podle ustanovení tohoto zákona platných pro veřejného zadavatele, a to i tehdy, pokud současně naplňuje předpoklady pro zařazení do jiné kategorie zadavatele. Vzhledem k tomu, že v šetřeném případě jsou předmětem zakázky stavební práce, jejichž předpokládaná hodnota neodpovídá nejméně finančnímu limitu stanovenému v § 12 odst. 1 v návaznosti na § 2 odst. 3 nařízení vlády, nebylo zjištěno, že by společnost Rybníkářství Pohořelice, a. s., bylo možné považovat za dotovaného zadavatele ve smyslu § 2 odst. 3 zákona.

18. Pokud určitý subjekt nenaplňuje znaky veřejného nebo dotovaného zadavatele, nemůže svým postupem při zadávání zakázky (jež není veřejnou zakázkou) porušit zákon o veřejných zakázkách, protože se na jeho postup tento zákon nevztahuje. Na postup takového zadavatele pak nelze vztáhnout aplikaci zákona ani v případě, když si tento zadavatel dobrovolně, z nevědomosti či z jiných důvodů, jako tomu bylo v případě přezkoumávaném, zvolí v případném výběrovém řízení postup odpovídající zadávacímu řízení uvedenému v zákoně. Podle § 17 písm. m) zákona se zadáváním považuje závazný postup zadavatele podle tohoto zákona v zadávacím řízení, jehož účelem je zadání veřejné zakázky, a to až do uzavření smlouvy nebo do zrušení zadávacího řízení.

19. Na základě výše uvedeného uzavírám, že návrh nesměřuje proti postupu, který je zadavatel povinen dodržovat podle tohoto zákona v zadávacím řízení nebo v soutěži o návrh, a proto Úřadu nezbývalo, než návrh podle § 118 odst. 4 písm. d) zákona zamítnout. Z tohoto důvodu

nebylo možné se věcně zabývat navrhovatelem vznesenými výhradami proti postupu zadavatele.

VI. Závěr

20. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.

21. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 správního řádu dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Rybníkářství Pohořelice, a. s., Vídeňská 717, 691 23 Pohořelice
2. Petr Březina-APB Plzeň, Losiná 303, 332 04 Nezvěstice
3. VHS Bohemia a. s., Haškova 153/17, 638 00 Brno

Vypraveno dne:
viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy