

Rozklad proti rozhodnutí byl předsedou Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zamítnut jako opožděný.

Rozhodnutí nabylo právní moci dne 26.9.2005.

Č. j.: VZ/S 245/04-154/1643/05-Der

V Brně dne 25. března 2005

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve správním řízení zahájeném dne 30.12.2004 z vlastního podnětu podle § 96 odst. 1 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb. a zákona č. 437/2004 Sb., ve věci přezkoumání úkonů zadavatele Střední průmyslové školy stavební, Máchova 10, 757 01 Valašské Meziříčí, zast. ředitelem Ing. Pavlem Dittlem, učiněných ve veřejné zakázce „Vestavba a nástavba Domova mládeže“ zadávané v užším řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 15.9.2004 pod ev. č. 50001121, **rozhodl takto:**

Zadavatel - Střední průmyslová škola stavební, Valašské Meziříčí – se dopustil správního deliktu podle ust. § 102 odst. 1 písm. b) citovaného zákona tím, že uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, přičemž nedodržel postup uvedený v ustanovení:

- § 40 odst. 1 v návaznosti na ust. § 43 odst. 2 citovaného zákona, neboť v oznámení užšího řízení neuvedl všechny informace důležité pro rozhodnutí dodavatele o jeho účasti v zadávacím řízení, když nestanovil kritéria pro výběr zájemců při omezení jejich počtu,
- § 40 odst. 2 citovaného zákona, když v písemném oznámení o odmítnutí zájemců o účast z důvodu omezení jejich počtu neuvedl důvody odmítnutí,
- § 88 odst. 3 citovaného zákona, neboť ve lhůtě 10 dnů od obdržení námitek neodeslal stěžovateli písemné sdělení, zda námitkám vyhovuje či nikoliv, včetně zdůvodnění jejich vyřízení,
- § 88 odst. 4 citovaného zákona, když ve lhůtě do 60 dnů od obdržení námitek uzavřel smlouvu, přestože podaným námitkám nevyhověl,

a tento postup mohl ovlivnit hodnocení nabídek. Za uvedený správní delikt se zadavateli – Střední průmyslové škole stavební, Valašské Meziříčí – **ukládá** podle § 102 odst. 2 písm. a) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb. a zákona č. 60/2005 Sb., **pokuta** ve výši 50 000,- Kč (padesát tisíc korun českých). Pokuta je splatná do jednoho měsíce od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, zřízený u pobočky České národní

banky v Brně, číslo 3754-24825621/0710, konstantní symbol 1148, variabilní symbol 2450415001.

### Odůvodnění

Zadavatel Střední průmyslová škola stavební, Máchova 10, 757 01 Valašské Meziříčí, zast. ředitelem Ing. Pavlem Dittlem, který pověřil zadáním veřejné zakázky společnost JUSTITIA s. r. o., 28. října 168, 709 00 Ostrava – Mariánské Hory, za niž jedná Mgr. Vlastimil Křesálek (dále jen „zadavatel“), uveřejnil podle zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb. a zákona č. 437/2004 Sb. (dále jen „zákon“), na centrální adrese dne 15.9.2004 pod ev. č. 50001121 oznámení užšího řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Vestavba a nástavba Domova mládeže“.

V oznámení zadávacího řízení stanovil zadavatel následující kritéria pro zadání veřejné zakázky:

1. Záruční podmínky	40 %
2. Reklamační podmínky	35 %
3. Nabídková cena	25 %.

Ve lhůtě pro doručení žádostí, včetně požadovaných dokladů k prokázání kvalifikace zájemců o účast v užším řízení, bylo zadavateli doručeno 9 žádostí o účast. Zadavatel vyhodnotil kvalifikaci ve smyslu § 39 odst. 1 zákona, přičemž zájemce BAU – FINAL, s. r. o., Praha 8 - Březiněves, a zájemce CONE – STAVITELSTVÍ, a. s., Ostrava-Přívoz, odmítl ve smyslu § 39 odst. 2 zákona pro nesplnění kvalifikace, což jmenovaným zájemcům o účast oznámil dopisy ze dne 6.10.2004.

Vzhledem k tomu, že zadavatel v oznámení zadávacího řízení omezil počet zájemců pro účast v užším řízení na minimální počet 5 a maximální počet 7 zájemců, provedl na základě § 40 odst. 1 zákona výběr ze zbývajících zájemců, kteří splnili kvalifikaci. Dvěma zájemcům o účast, kteří nebyli vybráni (Stavosvit, a. s., Zlín, a ADEMKO s. r. o., Ostrava), zaslal zadavatel na základě § 40 odst. 2 zákona oznámení ze dne 6.10.2004 o odmítnutí jejich žádosti o účast, v němž jako důvod odmítnutí uvedl omezení počtu zájemců.

Zbývajícím pěti zájemcům o účast zaslal zadavatel výzvu ze dne 30.9.2004 k podání nabídky. Ve lhůtě pro podání nabídek obdržel zadavatel nabídky čtyř uchazečů o veřejnou zakázku. Při kontrole úplnosti nabídek v rámci otevírání obálek s nabídkami konstatovala hodnotící komise, že nabídka uchazeče Stav consult, s. r. o., Kroměříž, není z hlediska požadovaného obsahu úplná, neboť neobsahuje harmonogram plnění. Zadavatel jmenovaného uchazeče vyloučil z další účasti v užším řízení, což vyloučenému uchazeči oznámil dopisem ze dne 25.10.2004.

Po provedeném posouzení a hodnocení nabídek zadavatel rozhodl, že ekonomicky nejvýhodnější nabídku předložil uchazeč Ing. Radim Kutra, Mysločovice 117, 763 01 Zlín, podnikající pod obchodním jménem Radim KUTRA – MONTIM, IČO: 40428532 (dále jen „Ing. Radim Kutra“). Rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky oznámil zadavatel uchazečům dopisem ze dne 25.10.2004, který všichni uchazeči obdrželi dne 27.10.2004.

Proti rozhodnutí zadavatele o přidělení veřejné zakázky podal uchazeč MORAVASTAV Kroměříž, spol. s r. o., námitky ze dne 2.11.2004. Zadavatel stěžovateli písemně sdělil, že podání nepovažuje za námitky pro chybějící náležitosti. Po jejich doplnění ze strany stěžovatele je zadavatel označil za opožděné a ve smyslu § 88 odst. 2 zákona je stěžovateli spolu s odůvodněním dopisem ze dne 2.12.2004 vrátil. Dne 12.11.2004 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem smlouvu o dílo č. 24/015 za cenu plnění 6 124 302,- Kč bez DPH (7 287 919,- Kč včetně DPH).

Dne 22.11.2004 obdržel Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“) podnět k přezkoumání postupu zadavatele, v němž stěžovatel v souvislosti s předmětnou veřejnou zakázkou namítal pochybení zadavatele při otevírání obálek s nabídkami (zveřejnění nepřípustných údajů), při vymezení hodnotících kritérií (rozdělení záručních a reklamačních podmínek do dvou dílčích kritérií, stanovení nejnižší váhy pro nabídkovou cenu) a při vyřizování námitek.

Na základě obdrženého podnětu si orgán dohledu vyžádal od zadavatele dokumentaci o zadání šetřené veřejné zakázky, kterou obdržel dne 13.12.2004. Po jejím přezkoumání získal orgán dohledu pochybnosti, zda úkony učiněné zadavatelem při zadávání veřejné zakázky jsou v souladu se zákonem, a proto z níže uvedených důvodů zahájil správní řízení z vlastního podnětu ve věci přezkoumávání rozhodnutí a dalších úkonů zadavatele.

V oznámení užšího řízení stanovil zadavatel lhůtu pro doručení žádostí o účast v délce 15 dnů, což zdůvodnil mimořádným rozhodnutím o přidělení finančních prostředků na realizaci akce. K prokázání finanční a ekonomické způsobilosti požadoval zadavatel předložení dokladu o pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu povolání podle § 32 odst. 1 písm. d) zákona, přičemž svůj požadavek rozšířil o možnost předložení dokladu o pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou podnikatelskou činností. V oznámení užšího řízení zadavatel omezil počet zájemců, aniž by současně oznámil kritéria pro výběr zájemců při omezení jejich počtu. S vybraným uchazečem uzavřel zadavatel smlouvu, aniž by rozhodl o podaných námitkách zákonem stanoveným způsobem. Smlouva o dílo byla uzavřena s delší dobou plnění, než jakou zadavatel vymežil v oznámení užšího řízení.

V oznámení o zahájení správního řízení orgán dohledu současně zadavatele požádal o další informace.

Zahájení správního řízení oznámil orgán dohledu jeho účastníkům dopisem č. j. VZ/S 245/04-154/6492/04-Der ze dne 28.12.2004, v němž účastníky řízení seznámil s výše uvedenými skutečnostmi a poskytl jim lhůtu, ve které se mohli ke skutečnostem vyjádřit, popřípadě navrhnout doplnění šetření. Dnem 30.12.2004, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno zadavateli, bylo podle § 96 odst. 2 zákona zahájeno správní řízení ve věci přezkoumávání úkonů zadavatele orgánem dohledu.

Účastníky správního řízení podle § 99 zákona jsou :

1. zadavatel,
2. uchazeč Ing. Radim Kutra, kterému byla veřejná zakázka přidělena.

V návaznosti na žádost orgánu dohledu o písemné sdělení týkající se realizace veřejné zakázky zaslal zadavatel dne 6.1.2005 sdělení, že plnění ze smlouvy o dílo uzavřené na

podkladě zadání šetřené veřejné zakázky je realizováno ve výši 4,8 mil. Kč. Současně obdržel orgán dohledu pověření zadavatele k zastupování společností JUSTITIA s. r. o. Dne 18.1.2005 bylo orgánu dohledu doručeno stanovisko zadavatele ke skutečnostem uváděným v oznámení o zahájení správního řízení (viz níže). Další požadované informace, včetně žádostí o účast v užším řízení obdržel orgán dohledu dne 24.1.2005.

Vzhledem ke skutečnosti, že orgánu dohledu nebyla doručena požadovaná zadávací dokumentace, zaslal orgán dohledu zadavateli výzvu č. j. VZ/S 245/04-154/595/05-Der ze dne 4.2.2005 k jejímu zaslání. Na základě požadavku zadavatele ze dne 10.2.2005 o upřesnění obsahu výzvy zaslal orgán dohledu zadavateli sdělení č. j. VZ/S 245/04-154/813/05-Der ze dne 17.2.2005 k obsahu výzvy, v němž s odkazem na příslušná ustanovení zákona interpretoval pojem zadávací dokumentace. Zadávací dokumentace stavby byla orgánu dohledu doručena dne 28.2.2005.

Dne 24.3.2005 obdržel orgán dohledu sdělení uchazeče Ing. Radima Kutry, že se nebude vyjadřovat ke skutečnostem uváděným v oznámení o zahájení správního řízení.

Zadavatel ve svém stanovisku ze dne 14.1.2005 uvádí, že ust. § 43 odst. 3 zákona umožňuje zadavateli zkrátit lhůtu pro doručení žádostí o účast v užším řízení v případě události, kterou zadavatel nemohl předvídat a ani ji nezpůsobil – viz § 17 písm. k) zákona. Podle názoru zadavatele taková událost nastala, když od svého zřizovatele – Zlínského kraje – obdržel informaci o možnosti přidělení dotace na realizaci předmětné investiční akce a byl jím vyzván k přípravě podkladů pro případnou změnu rozpočtu. Dne 6.9.2004 bylo poskytnutí dotace schváleno s podmínkou jejího vyčerpání nejpozději do 5.12.2004. S odkazem na zákonem stanovené minimální lhůty zadavatel uvádí, že by mohl uzavřít smlouvu nejdříve 19.12.2004, čímž by podmínky poskytovatele dotace nenaplnil, a zdůrazňuje, že danou situaci nezpůsobil ani ji nemohl v dostatečném předstihu předvídat.

V souvislosti s prokázáním finanční a ekonomické způsobilosti dokladem o pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu povolání zadavatel připouští kogentní povahu ust. § 32 odst. 1 písm. d) zákona. Současně odkazuje na konzultaci u pojišťovacího poradce, který konstatoval, že český trh umožňuje uzavřít pojistnou smlouvu pro případ škody způsobené výkonem povolání pouze fyzickým osobám. Právnícká osoba může uzavřít pouze pojistnou smlouvu z odpovědnosti za škodu způsobenou podnikatelskou činností, což je dle sdělení pojišťovacího poradce totožné s pojištěním škody způsobené výkonem povolání. Z důvodu nediskriminace zájemců o veřejnou zakázku z řad právníckých osob a s odkazem na § 32 odst. 3 zákona, které zadavateli umožňuje u podlimitních veřejných zakázek uznat i jiné doklady předložené zájemcem, je zadavatel přesvědčen, že postupoval v souladu se zákonem.

K pochybnostem orgánu dohledu o správnosti postupu zadavatele při posuzování nabídky uchazeče Ing. Radima Kutra z hlediska splnění podmínek zadání (lhůty plnění) zadavatel uvádí, že doba zahájení a ukončení plnění je nepovinným údajem oznámení zadávacího řízení. Z uvedeného důvodu vymezil zadavatel v bodě 6.2 oznámení pouze předpokládanou dobu plnění s tím, že v čl. 5 odst. 1 zadávací dokumentace umožnil uchazečům předložit vlastní harmonogram plnění.

K otázce vyřízení námitek zadavatel konstatuje, že postupoval v souladu s ust. § 88 zákona. Zadavatel zkontroloval, zda doručené podání má náležitosti požadované zákonem, přičemž dospěl k závěru, že podání neobsahuje prokázání vzniku škody či hrozby vzniku škody, a to bezprostředně v důsledku domnělého porušení zákona, což zadavatel považoval za

nesplnění zákonné podmínky pro podání námítky. Na důkaz souladu svého postupu se zákonem odkazuje zadavatel na Směrnici Rady č. 92/13/EHK a na stanovisko Ministerstva pro místní rozvoj ČR uveřejněné na jeho internetových stránkách, v němž se uvádí, že „dle ust. § 88 odst. 1 zákona musí být nedílnou součástí námítky uvedení vzniku nebo hrozby vzniku škody tomu, kdo námítku podává, přičemž škoda musí mít vztah k porušení zákona úkonem zadavatele“. Z uvedeného důvodu oznámil zadavatel nedostatek dopisem ze dne 10.11.2004 namítajícímu, který námítky dne 12.11.2004 doplnil e-mailovým podáním bez elektronického podpisu o prokázání hrozby vzniku škody. Podání bylo dodatečně doplněno písemně až dopisem ze dne 18.11.2004. Podle názoru zadavatele nebylo možno toto podání akceptovat, neboť bylo podáno po lhůtě uvedené v § 66 odst. 2 zákona. V souvislosti s přesvědčením o správnosti svého postupu argumentuje zadavatel také tím, že namítající nepodal návrh na přezkoumání postupu zadavatele orgánem dohledu.

K povinnosti oznámit kritéria pro výběr zájemců při jejich omezení zadavatel konstatuje, že výklad § 40 odst. 1 zákona prezentovaný orgánem dohledu v oznámení o zahájení správního řízení je v rozporu s právem Evropských společenství (dále jen „ES“). Konformní výklad citovaného ustanovení zákona se směrnicemi ES je podle zadavatele takový, že právo zájemce být mezi těmi, ze kterých bude zadavatel vybírat, je dáno skutečností, že splní kvalifikaci podle kvalifikačních kritérií stanovených zadavatelem v oznámení zadávacího řízení. Z uvedeného zadavatel vyvozuje, že je oprávněn stanovit pouze kvalifikační kritéria a kritéria hodnocení nabídek. Způsob výběru zájemců musí být stanoven na základě principu transparentnosti a nediskriminace, přičemž konkrétní způsob výběru zákonem stanoven není, a je tedy na zadavateli, který ze způsobů výběru určí. S ohledem na výše uvedené zadavatel konstatuje, že mu zákon ani směrnice ES neukládají povinnost zveřejnit způsob výběru v oznámení zadávacího řízení. Zadavatel zdůrazňuje, že povinnost zadavatele uvést způsob výběru při omezení počtu zájemců vymezil zákonodárce pouze v ust. § 69 odst. 1 písm. g) zákona, tzn. v písemné zprávě zadavatele, aby bylo možno ověřit, zda byl postup zadavatele transparentní. Zadavatel uvádí, že nad rámec zákonných povinností vyhotovil seznam doručených žádostí o účast, v němž evidoval pořadí jejich doručení a podle něhož hodnotil jednotlivé kvalifikace, čímž zabezpečil rovný přístup ke všem zájemcům.

Zadavatel se rovněž vyjádřil ke skutečnosti zveřejnění jiných než zákonem stanovených údajů v rámci otevírání obálek (namítané v podnětu) a trvá na stanovisku, že v účastníkům otevírání obálek byly sdělovány pouze údaje uváděné v ust. § 59 odst. 4 zákona, přičemž odkazuje na vyhotovený protokol o otevírání obálek s nabídkami.

Zadavatel v přílohách ke svému stanovisku doložil správný údaj o lhůtě pro podání nabídek a upřesňující údaj o zveřejnění příslušných částí protokolu o otevírání obálek s nabídkami.

S odkazem na skutečnosti uváděné ve stanovisku zadavatel navrhuje, aby orgán dohledu správní řízení zastavil.

Orgán dohledu přezkoumal na základě ust. § 96 a následujících zákona v platném znění případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace předložené zadavatelem, včetně obdrženého stanoviska, a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání šetřené veřejné zakázky nepostupoval v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí uvádí orgán dohledu následující rozhodné skutečnosti.

## **Zveřejnění kritérií pro výběr zájemců při omezení jejich počtu v oznámení užšího řízení**

Podle ustanovení § 40 odst. 1 zákona omezí-li zadavatel počet zájemců pro účast v užším řízení, provede výběr ze zájemců, kteří splnili kvalifikaci, podle kritérií stanovených v oznámení zadávacího řízení. Zadavatel je tedy povinen v oznámení užšího řízení stanovit, podle jakých kritérií bude proveden výběr ze zájemců, kteří splnili kvalifikaci.

Podle § 43 odst. 2 zákona musí zadavatel v oznámení užšího řízení uvést veškeré informace o předmětu veřejné zakázky, nabídce, zadávacím řízení, omezení počtu zájemců a jiných skutečnostech, které jsou důležité pro rozhodnutí dodavatele o jeho účasti v zadávacím řízení, včetně příslušných kritérií a lhůt.

Podle ustanovení § 40 odst. 2 zákona zájemcům, jejichž účast v užším řízení byla odmítnuta z důvodu omezení jejich počtu, zadavatel tuto skutečnost bezodkladně písemně oznámí s uvedením důvodu.

V bodě 5.5. oznámení užšího řízení zadavatel omezil počet zájemců na minimální počet 5 a maximální počet 7. Zadavatel obdržel žádosti o účast od devíti zájemců, z nichž (jak je uvedeno výše) dva zájemce odmítl pro nesplnění kvalifikace. Následný výběr ze zájemců, kteří splnili kvalifikaci, provedl zadavatel systémem „prvních pět bere“ tak, že vybral prvních pět zájemců v pořadí podle data a hodiny doručení žádosti. Zbývajícím dvěma zájemcům o účast zadavatel oznámil, že byli odmítnuti z důvodu omezení jejich počtu. Způsob omezení počtu zájemců je zadavatelem popsán v písemné zprávě zadavatele vyhotovené podle § 69 zákona, nikoliv však v oznámení zadávacího řízení.

Z výše uvedených skutečností vyplývá, že zadavatel v rozporu s ustanovením § 40 odst. 1 zákona v oznámení užšího řízení nestanovil, jakým způsobem, resp. podle jakých kritérií, bude proveden výběr zájemců, kteří budou vyzváni k podání nabídky. Zájemci o veřejnou zakázku tedy nebyli s kritérii pro omezení jejich počtu předem seznámeni a nemohli tak reagovat odpovídajícím způsobem, tj. předložit své žádosti o účast v nejkratší možné lhůtě.

Svým postupem zadavatel způsobil, že v oznámení zadávacího řízení nebyly uvedeny skutečnosti, které jsou důležité pro rozhodnutí dodavatele o jeho účasti v zadávacím řízení podle ustanovení § 43 odst. 2 zákona. Zájemcům o účast v zadávacím řízení nebyla předem známa skutečnost, že pozdější doručení jejich žádosti o účast zadavateli bude zakládat větší pravděpodobnost odmítnutí jejich žádosti. V této souvislosti orgán dohledu zdůrazňuje, že i v případě zveřejnění výše popisovaného „časového hlediska“ výběru zájemců při omezení počtu v oznámení zadávacího řízení nelze takové kritérium akceptovat, neboť jím zadavatel de facto zkracuje lhůtu pro doručení žádostí o účast stanovenou v oznámení zadávacího řízení. V neposlední řadě je nutno poznamenat, že použité kritérium pro omezení počtu zájemců narušuje zásadu stejného zacházení se všemi zájemci v případě potencionálních zahraničních zájemců o účast.

Informace o omezení počtu zájemců a o kritériích pro jejich výběr musí být vzhledem k ustanovení § 43 odst. 2 zákona uvedena již v oznámení o příslušném zadávacím řízení. Dodatečné stanovení kritérií pro jejich výběr je vzhledem k požadavku transparentnosti zadávacího řízení nepřijatelné.

Právní úprava EU v souvislosti s výběrem zájemců, kteří budou vyzváni k podání nabídky, resp. k jednání v „omezených“ (dle našeho zákona „užších“) a negociačních řízení (dle našeho zákona „jednacích“ řízeních), uvádí (viz např. čl. 22 směrnice č. 93/37, o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce), že zadavatelé tyto zájemce vybírají mezi těmi kandidáty, kteří mají požadovanou kvalifikaci, a to na základě poskytnutých informací týkajících se osobního postavení dodavatele, jakož i informací a formalit nutných pro hodnocení minimálních podmínek ekonomické a technické povahy požadovaných v oznámení.

K charakteru kritérií pro omezení počtu zájemců v užším řízení orgán dohledu uvádí, že kritéria musí být stanovena a hodnocena s ohledem na základní principy zadávání veřejných zakázek tak, aby byl zachován rovný přístup ke všem zájemcům, princip nediskriminace a transparentnosti zadávacího řízení (§ 25 odst. 1 zákona). Kritéria pro omezení počtu zájemců musí mít objektivní charakter. Pro uvedený výklad svědčí rovněž rozhodovací praxe Evropského soudního dvora (dále též „ESD“), viz rozsudek č. C – 360/89 Evropská komise versus Italská republika, podle něhož byli zájemci vybíráni na základě regionu, ve kterém provozovali svou hlavní činnost, což ESD označil za diskriminační.

S odkazem na zásadu transparentnosti a zásadu stejného zacházení se všemi zájemci orgán dohledu konstatuje, že zadavatel v šetřeném případě nemusel využít předem nezveřejněné kritérium pro omezení počtu zájemců, omezil-li jejich počet maximálně na 7 a počet zájemců, kteří splnili kvalifikaci, byl roven 7.

Zadavatel v daném případě tím, že v oznámení užšího řízení neuvedl, podle jakých kritérií, bude proveden výběr zájemců, kteří budou vyzváni k podání nabídky, nesplnil povinnost stanovenou ustanovením § 40 odst. 1 zákona. Zadavatel současně tím, že neuvedl v oznámení zadávacího řízení skutečnosti, které jsou důležité pro rozhodnutí dodavatele o jeho účasti v zadávacím řízení, nesplnil povinnost stanovenou ustanovením § 43 odst. 2 zákona.

Odmítnutým zájemcům o účast zaslal zadavatel písemné oznámení ze dne 6.10.2004 o odmítnutí jejich žádostí o účast, přičemž jako důvod odmítnutí uvedl pouze „omezení počtu“. Zadavatel tím, že v písemném oznámení o omezení počtu zájemců neuvedl jako důvod jejich odmítnutí pozdější doručení žádostí, nesplnil povinnost stanovenou ustanovením § 40 odst. 2 zákona.

### **Způsob vyřízení námitek**

Podle ust. § 88 odst. 1 může zdůvodněné námítky v případě podlimitních veřejných zakázek podat kterýkoliv uchazeč nebo zájemce, který má nebo měl zájem na získání určité veřejné zakázky a kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele vznikla nebo hrozí vznik škody. Zadavatel je povinen ve smyslu § 88 odst. 3 zákona do 10 dnů od obdržení námitek odeslat stěžovateli písemné sdělení, zda námítkám vyhovuje či nikoliv a zdůvodnit způsob jejich vyřízení.

V šetřeném případě stěžovatel využil svého práva a dne 4.11.2004 podal zadavateli námítky, přičemž poslední den pro podání námitek byl 11.11.2004. Zadavatel po obdržení námitek podle svého sdělení přezkoumal jejich náležitosti a dne 10.11.2004 oznámil stěžovateli, že podání nepovažuje za námítky, neboť neobsahuje prokázání vzniku škody či hrozby škody důsledkem domnělého porušení zákona. Oznámení obdržel stěžovatel dne

12.11.2004. Na oznámení stěžovatel týž den reagoval e-mailovým podáním, v němž uvedl důvody hrozby vzniku škody a upozornil na protiprávní postup zadavatele, jehož povinností je v zákonem stanovené lhůtě odeslat stěžovateli sdělení, zda námitkám vyhovuje či nikoliv. Podání bylo písemně potvrzeno dopisem ze dne 18.11.2004, které zadavatel vyhodnotil jako opožděně podanou námitku a s tímto odůvodněním dopis vrátil stěžovateli. Smlouva na plnění veřejné zakázky byla uzavřena dne 12.11.2004.

S odkazem na výše popisované skutečnosti orgán dohledu konstatuje, že postup zadavatele při vyřizování námitek neodpovídal zákonné dikci ustanovení § 88 a je v rozporu se zásadou transparentnosti zadávacího řízení. Citované ustanovení zákona neklade žádné požadavky na formální náležitosti námitek. Ustanovení § 88 odst. 1 zákona ve vztahu k námitkám pouze stanovuje, že námitky musí být zdůvodněné a že jejich podání je podmínkou pro případné podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele. Ustanovení § 88 odst. 2 zákona obsahuje úpravu lhůt pro podání námitek.

Lze souhlasit s názorem zadavatele, že ust. § 88 odst. 1 zákona předpokládá, že námitku podává uchazeč nebo zájemce, který má nebo měl zájem na získání veřejné zakázky a kterému v důsledku domnělého porušení zákona vznikla nebo hrozí vznik škody. Současně je však nutno zdůraznit, že podmínky pro podání námitek se vztahují k osobě stěžovatele, oprávněně k podání námitek, nikoliv k náležitostem podaných námitek. Ustanovení § 88 odst. 1 zákona výslovně nestanoví, že nezbytnou náležitostí podaných námitek musí být uvedení a zároveň prokázání zájmu na získání zakázky a vzniku nebo hrozby vzniku škody.

Jedná-li se o zájemce o veřejnou zakázku nebo v šetřeném případě také o uchazeče o veřejnou zakázku, lze zájem na získání veřejné zakázky logicky předpokládat, neboť bez existujícího zájmu by stěžovatel nedoručil žádost o účast a následně nepředložil zadavateli nabídku. Ze skutečnosti, že jeho nabídka nebyla zadavatelem vybrána jako nejvýhodnější, lze odvodit vznik nebo možný vznik škody. V této situaci se požadavek zadavatele na prokázání skutečností o zájmu na získání veřejné zakázky a možném vzniku škody v podaných námitkách jeví formálním a nadbytečným, který snižuje právní jistotu stěžovatele a narušuje princip transparentnosti.

Ustanovení § 88 odst. 3 zákona upravuje postup zadavatele při vyřizování námitek jednoznačně a srozumitelně, když zadavateli stanoví povinnost námitky vyřídit do 10 dnů od jejich obdržení, resp. odeslat stěžovateli písemné a odůvodněné sdělení o způsobu jejich vyřízení, z něhož musí být zřejmé, zda zadavatel námitkám vyhovuje či nevyhovuje. Žádný jiný způsob vyřízení námitek zákon nepřipouští.

V daném případě zadavatel v rozporu s ust. § 88 odst. 3 zákona podané námitky fakticky nevyřídil a stěžovateli nesdělil, zda jeho námitkám vyhovuje či nikoliv. Svým postupem postavil stěžovatele do právně nejisté situace, kdy byl stěžovatel nucen v krátkém časovém okamžiku (de facto již po uplynutí lhůty pro podání námitek) vyřešit otázku, zda má reagovat na sdělení zadavatele a námitky doplnit, nebo zda mu již počala běžet lhůta pro případné podání návrhu k orgánu dohledu. Postup zadavatele, kdy stěžovateli vrátil doplnění námitek jako opožděné podání, aniž by podané námitky vyřídil zákonem stanoveným způsobem je v rozporu s řádným a transparentním průběhem zadávacího řízení.

Odkaz zadavatele na Směrnici Rady č. 92/13/EHK považuje orgán dohledu v souvislosti s daným případem za bezpředmětný, neboť citovaná přezkumná směrnice koordinuje použití právních a správních předpisů týkajících se zadávání veřejných zakázek



v oblastech vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací, tedy postup tzv. sektorových zadavatelů. K citovanému stanovisku Ministerstva pro místní rozvoj ČR orgán dohledu uvádí, že se jedná o vyjádření názoru jmenovaného subjektu nikoliv o obecně závazné a oficiální stanovisko. Argumentaci zadavatele, že stěžovatel nepodal návrh na přezkoumání postupu zadavatele, orgán dohledu rovněž nepovažuje za opodstatněnou s ohledem na skutečnost, že stěžovatel se podáním námitek přezkumu domáhal a zadavatel svým postupem uplatnění práva na přezkum znemožnil.

Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem orgán dohledu konstatuje, že zadavatel nevyřízením námitek zákonem stanoveným způsobem porušil povinnost stanovenou v ust. § 88 odst. 3 zákona.

### **Uzavření smlouvy před uplynutím lhůty 60 dnů**

Nevyhověl-li zadavatel podaným námitkám ve stanovené lhůtě, nesmí ve smyslu § 88 odst. 4 zákona do 60 dnů od jejich obdržení uzavřít smlouvu, jinak je smlouva neplatná.

Jak je uvedeno výše, zadavatel podaným námitkám nevyhověl, neboť obdržené podání nepovažoval za námítky ve smyslu zákona. Nevyhověním námitek byla naplněna podmínka pro aplikaci ust. § 88 odst. 4 zákona, kdy zadavateli vznikla zákonná povinnost neuzavírat smlouvu ve lhůtě do 60 dnů od obdržení námitek, a to pod sankcí neplatnosti takto uzavřené smlouvy.

Nevyhoví-li zadavatel námitkám, lze důvodně předpokládat, že stěžovatel využije svého práva a bude se domáhat nápravy podáním návrhu na zahájení přezkumného řízení u orgánu dohledu. Účelem stanovení zákazu uzavření smlouvy ve lhůtě 60 dnů je tedy především zamezení vzniku složitých obchodně-právních vztahů vyplývajících z uzavřených smluv, není-li jisté, že průběh či výsledek zadávacího řízení nebude opatřeními orgánu dohledu vedoucími k nápravě změn.

Zadavatel svým postupem neumožnil stěžovateli uplatnit právo na přezkum a dosáhnout řádným vyřízením námitek případné nápravy ze strany zadavatele. Nevyřízením námitek zákonem stanoveným způsobem a uzavřením smlouvy, aniž by vyčkal uplynutí lhůty 60 dnů od obdržení námitek, zadavatel současně stěžovateli znemožnil podat návrh k orgánu dohledu na přezkoumání postupu zadavatele při zadávání šetřené veřejné zakázky, čímž fakticky omezil možnost dosáhnout případné nápravy ze strany orgánu dohledu před uzavřením smlouvy.

V závislosti na uvedených skutečnostech orgán dohledu konstatuje, že zadavatel uzavřením smlouvy ve lhůtě kratší než 60 dnů od obdržení námitek, jimž nevyhověl, porušil povinnost stanovenou v ust. § 88 odst. 4 zákona, což zásadním způsobem narušilo transparentnost celého zadávacího řízení a uplatnění práva na přezkum.

### **Další zjištěné skutečnosti**

Minimální lhůta pro doručení žádostí o účast

Podle ust. § 43 odst. 3 zákona nesmí být lhůta pro doručení žádosti o účast, včetně požadovaných dokladů k prokázání kvalifikace zájemců o účast v užším řízení kratší než 37

dnů, v naléhavých případech ne kratší než 15 dnů. Běh lhůty pro podání žádosti o účast počíná běžet dnem následujícím po dni uveřejnění oznámení užšího řízení.

Ve smyslu ust. § 17 písm. k) zákona se naléhavým případem rozumí událost, kterou zadavatel nemohl předvídat a ani ji nezpůsobil.

V bodu 6.1 oznámení užšího řízení stanovil zadavatel lhůtu pro doručení žádostí o účast do 30.9.2004, což vzhledem ke zveřejnění oznámení na centrální adrese dne 15.9.2004 činí lhůtu 15 dnů odpovídající naléhavým případům. V bodu 6.1.1 oznámení zdůvodnil zadavatel zkrácení lhůty pro doručení žádostí mimořádným rozhodnutím o přidělení finančních prostředků na realizaci akce, což ve svém stanovisku k zahájenému správnímu řízení považuje za naléhavý případ.

V této souvislosti orgán dohledu konstatuje, že stanovení délky lhůty pro obdržení žádostí o účast v užším řízení významnou měrou ovlivňuje další průběh zadávacího řízení, neboť od její dostatečné délky se odvíjí počet finálně obdržených žádostí zájemců o účast a do jisté míry také jejich kvalita zpracování v závislosti na požadavcích zadavatele na doklady k prokázání kvalifikace. Z uvedeného důvodu je její délka (a to délka minimální) stanovena kogentním ustanovením § 43 odst. 3 zákona, přičemž význam dodržení tohoto ustanovení zdůraznil zákonodárce výrazy „nesmí být kratší“.

Z uvedeného vyplývá, že zadavatel při stanovení lhůty musí zadavatel dodržet alespoň její zákonem stanovenou délku 37 dnů, od níž se lze odchýlit pouze v mimořádných případech, které zákon definuje jako „naléhavé případy“.

Význam pojmu „naléhavý případ“ nelze ze strany zadavatele vykládat svévolně, ale vždy v kontextu s ust. § 17 písm. k) zákona. Ve smyslu citovaného ustanovení zákona se jedná o události výjimečné povahy, které si ve svém důsledku vyvolají mimořádné řešení vzniklé situace, odchylující se od obecných či standardních postupů souvisejících se zadáním veřejné zakázky. Konkrétně se může jednat o okolnosti „vis maior“ jako jsou např. přírodní katastrofy a živelné pohromy, náhlé nepředvídatelné havarijní situace nezpůsobené zadavatelem, hrozící neodvratitelná závažná škoda nebo škoda velkého rozsahu apod.

Definice naléhavého případu uvedená v ust. § 17 písm. k) zákona předpokládá, že událost zadavatel nemohl předvídat a ani ji nezpůsobil. Jazykovým výkladem citovaného zákonného ustanovení lze dospět k závěru, že v souvislosti s posouzením, je-li vzniklá situace naléhavým případem, musí vždy dojít ke kumulativnímu naplnění obou předpokládaných podmínek, tzn. musí se jednat o událost, kterou zadavatel nemohl předvídat a zároveň ji ani nezpůsobil. V šetřeném případě lze souhlasit s názorem zadavatele, že vzniklou situaci, kterou byla povinnost vyčerpat poskytnutou dotaci ve stanoveném termínu, zadavatel nezpůsobil, neboť se jedná o povinnosti vycházející z pravidel stanovených poskytovatelem dotace. Současně však nelze připustit argumentaci zadavatele, že tuto událost nemohl v dostatečném předstihu předvídat, byl-li předem obeznámen se záměrem svého zřizovatele dotaci případně poskytnout.

S odkazem na výše uvedené orgán dohledu konstatuje, že zadavatelem uváděný důvod pro zkrácení zákonem stanovené minimální délky lhůty pro doručení žádostí o účast nevykazuje znaky naléhavosti. Povinnost vyčerpat poskytnutou dotaci v termínu stanoveném jejím poskytovatelem není bezprostřední příčinou naléhavé potřeby zadavatele provést vestavbu a nástavbu Domova mládeže. Orgán dohledu však připouští složitost situace při

využívání systému čerpání dotací, přičemž přihlédl k argumentaci zadavatele v jeho stanovisku, k podlimitnímu charakteru veřejné zakázky a rovněž ke skutečnosti, že zadavatel i ve zkrácené lhůtě obdržel celkem devět žádostí o účast. Na základě výše uvedeného orgán dohledu konstatuje, že nedodržení lhůty pro doručení žádostí o účast v minimální délce 37 dnů není vzhledem k okolnostem šetřeného případu důvodem pro uložení pokuty.

#### Prokázání finanční a ekonomické způsobilosti

K prokázání finanční a ekonomické způsobilosti stanovil zadavatel v bodě 9.2 oznámení zadávacího řízení kritérium „pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu povolání (podnikatelské činnosti) – § 32 odst. 1 písm. d) zákona, doklad – kopie pojistné smlouvy“. Ustanovení § 32 odst. 2 zákona ukládá zadavateli povinnost stanovit v oznámení zadávacího řízení způsob prokázání finanční a ekonomické způsobilosti podle odstavce 1, který jako kogentní ustanovení vymezuje jejich prokázání vyčerpávajícím způsobem a nelze se od něj odchýlit. V této souvislosti orgán dohledu konstatuje, že pojem „výkon povolání“ a pojem „podnikatelská činnost“ nejsou obsahově totožné, a způsob prokázání finanční a ekonomické způsobilosti vymezený zadavatelem v oznámení zadávacího řízení tedy neodpovídá ust. § 32 odst. 1 písm. d) zákona.

Výše uvedený závěr orgánu dohledu koresponduje s obsahem vyjádření zadavatele ze dne 14.1.2005, podle kterého nelze uzavřít pojistnou smlouvu pro případ škody způsobené výkonem povolání pouze fyzickým osobám.

Doklad o pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou podnikatelskou činností nelze požadovat v rámci prokazování kvalifikace podle § 32 odst. 1 písm. d) zákona, které je ustanovením kogentním vztahujícím se k prokazování kvalifikace fyzických osob – podnikatelů. Ustanovení § 32 odst. 1 písm. d) zákona koresponduje s obdobným ustanovením článku 31 směrnice Rady 92/50/EHS ze dne 18. 6. 1992 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na služby. Ve směrnících na dodávky a stavební práce se předmětný požadavek, resp. žádný požadavek na pojištění dodavatelů nevyskytuje.

Na podkladě výše uvedených skutečností orgán dohledu konstatuje, že požadavek zadavatele, aby měl uchazeč po dobu plnění veřejné zakázky sjednáno platné pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu podnikatelské činnosti, nelze v rámci stanovení kvalifikačních kritérií uplatnit. V této souvislosti orgán dohledu dále uvádí, že kromě požadavků na kvalifikaci uchazečů může zadavatel v souladu s ustanovením § 48 odst. 3 zákona stanovit i požadavky jiné, které se však týkají přímo realizace veřejné zakázky. Není tedy vyloučeno, aby zadavatel v rámci požadavků pro realizaci veřejné zakázky (např. realizace stavby) požadoval pojištění této stavby. Podmínku pojištění by zadavatel v takovém případě měl vztáhnout k realizaci předmětu veřejné zakázky, nikoliv pouze k osobě uchazeče (jako je tomu u kvalifikačních kritérií), přičemž by měl konkretizovat, resp. vymezit své požadavky na toto pojištění. Uchazeči o veřejnou zakázku by pak mohli splnit požadavek různým způsobem, tzn. že pojistka sjednaná uchazečem by se nemusela týkat pouze konkrétního předmětu plnění (např. zmiňované stavby), ale mohla by být obecnějšího charakteru a tuto konkrétní akci v sobě zahrnovat.

Požadavek zadavatele na předložení dokladu o pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu podnikatelské činnosti v rámci kvalifikace orgán dohledu považuje za pochybení, kterým nebylo ovlivněno hodnocení nabídek, neboť zadavatel v rámci požadavku na předložení příslušného dokladu nestanovil minimální výši požadované pojistné částky a rovněž ji neposuzoval ani nehodnotil. Požadovaný doklad o pojištění odpovědnosti

za škodu předložili všichni zájemci a žádný z nich nebyl z důvodu jeho nepředložení odmítnut. Vzhledem k tomu, že uvedené pochybení v šetřeném případě neovlivnilo hodnocení nabídek, nebylo důvodem pro uložení pokuty.

V oznámení o zahájení správního řízení vyjádřil orgán dohledu pochybnosti o správnosti postupu zadavatele při posuzování úplnosti nabídky uchazeče Ing. Radima Kutry z hlediska požadovaného obsahu, když tuto nabídku vyhodnotil jako nejvýhodnější a se jmenovaným uchazečem uzavřel smlouvu na plnění, přestože předložený časový harmonogram neodpovídá podmínkám stanoveným v oznámení zadávacího řízení. Po obdržení zadávací dokumentace přezkoumal orgán dohledu namítanou skutečnost a s přihlédnutím ke stanovisku zadavatele k danému zjištění konstatuje, že zadavatel svým postupem ve vztahu k namítané skutečnosti neporušil povinnosti stanovené zákonem.

Ke zveřejňování údajů nad rámec informací stanovených v § 59 odst. 4 zákona orgán dohledu uvádí, že z předložených listinných podkladů (zejména protokolu o otevírání obálek s nabídkami) taková skutečnost nevyplývala a vzhledem k výroku tohoto rozhodnutí nepovažuje za nezbytné provádět v této věci další šetření. Z uvedeného důvodu a s odkazem na zásadu volného hodnocení důkazů nepovažoval orgán dohledu za účelné vyžádat si jako důkaz vyjádření dalších účastníků otevírání obálek, jak navrhoval zadavatel ve svém stanovisku. Ohledně skutečností namítaných v podnětu týkajících se vymezení hodnotících kritérií orgán dohledu konstatuje, že v postupu zadavatele neshledal porušení zákona.

V případě předmětné veřejné zakázky se zadavatel dopustil správního deliktu tím, že nedodržel postup stanovený tímto zákonem pro přidělení veřejné zakázky, resp. nesplnil povinnosti stanovené zákonem v § 40 odst. 1 v návaznosti na § 43 odst. 2 zákona a § 40 odst. 2 zákona, a dále v § 43 odst. 3 zákona a v § 88 odst. 3 v návaznosti na § 66 odst. 2 zákona, přičemž tento postup mohl ovlivnit hodnocení nabídek. Dodržení zákonem stanovené minimální lhůty pro podání žádostí o účast mohlo ovlivnit počet obdržených žádostí případných zájemců o účast. Zájemci, kteří splnili kvalifikaci a byli odmítnuti, aniž zadavatel předem stanovil kritéria pro jejich výběr, mohli nabídnout výhodnější podmínky než vybraný uchazeč. Pokud by zadavatel v písemném oznámení o omezení počtu zájemců uvedl pozdější doručení žádostí jako důvod jejich odmítnutí, mohli takto odmítnutí zájemci podat proti úkonu zadavatele námitky a dosáhnout nápravy před uzavřením smlouvy. Rovněž uchazeč, který námitky podal a které zadavatel nevyřídil zákonem stanoveným způsobem a uzavřel smlouvu na plnění veřejné zakázky, mohl dosáhnout nápravy před uzavřením smlouvy. Jelikož zadavatel uzavřel smlouvu s uchazečem vybraným na základě postupu, při němž nesplnil výše uvedené povinnosti, naplnil tak skutkovou podstatu správního deliktu podle ust. § 102 písm. b) zákona.

Vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele orgán dohledu uložil zadavateli pokutu, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

Před uložení pokuty orgán dohledu rovněž ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 105 odst. 3 zákona, že řízení o uložení pokuty za protiprávní jednání lze zahájit do 5 let ode dne, kdy bylo spácháno. V daném případě došlo k protiprávnímu jednání zadavatele již v okamžiku zveřejnění oznámení zadávacího řízení na centrální adrese, tj. dne 15. 9. 2004.

Podle § 102 odst. 2 zákona se uloží pokuta za správní delikty právnické osobě, která je zadavatelem, do výše 5 % ceny zakázky, jde-li o správní delikt podle písmene a), b) a d)

citovaného ustanovení zákona. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správních deliktů, za které může být zadavateli uložena pokuta, činí 7 287 919,- Kč. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny zakázky) tedy činí 364 395,95 Kč.

Podle § 105 odst. 1 zákona orgán dohledu v rámci správního uvážení ohledně výše pokuty přihlédne ke stupni závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Z hlediska přiměřenosti sankce vzal orgán dohledu v úvahu skutečnosti, že zadavatel předem neoznámil, podle jakých kritérií bude proveden výběr zájemců, kteří budou vyzváni k podání nabídky, a v oznámení zadávacího řízení tedy neuvedl skutečnosti, které jsou důležité pro rozhodnutí dodavatele o jeho účasti v zadávacím řízení, že v písemném oznámení o omezení počtu zájemců neuvedl důvod jejich odmítnutí a že svým postupem při vyřizování námitek a uzavřením smlouvy před uplynutím zákonem stanovené lhůty znemožnil stěžovateli dosáhnout nápravy. Nesplněním zákonem stanovených povinností tak zadavatel závažným způsobem porušil základní principy transparentnosti a nediskriminace při zadání předmětné veřejné zakázky.

Při úvahách o výši sankce a její přiměřenosti přihlédl orgán dohledu mimo jiné k osobě zadavatele, kterým je v šetřeném případě střední škola jako příspěvková organizace, jejímž základním účelem je poskytování vzdělání, nikoliv účel komerční, a tedy vytváření zisku. Při stanovení výše pokuty vzal orgán dohledu rovněž na vědomí, že se jedná o první zjištěné pochybení zadavatele při zadávání veřejných zakázek, přičemž byl současně veden úvahou, že uložení pokuty v dolní hranici možné sazby bude plnit i funkci preventivní, tj. předcházení nesplnění povinností stanovených zákonem v dalších případech zadávání veřejných zakázek.

Orgán dohledu posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěným správním deliktům zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť veřejná zakázka se nachází ve stádiu realizace a nápravy nelze dosáhnout.

Na základě výše uvedených skutečností orgán dohledu uložil zadavateli pokutu, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

#### 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 - odboru dohledu nad zadáváním veřejných zakázek v Brně, Joštova 8. Včas podaný rozklad má odkladný účinek

JUDr. Miroslav Šumbera  
vrchní ředitel

**Obdrží:**

Střední průmyslová škola stavební, Máchova 10, 757 01 Valašské Meziříčí, zast. Ing. Pavlem Dittlem

Mgr. Vlastimil Křesálek, JUSTITIA, s. r. o., 28. října 1142/168, 709 00 Ostrava, Mariánské Hory

Ing. Radim Kutra, , Radim KUTRA – MONTIM, IČO: 40428532, Mysločovice 117, 763 01 Zlín