

Toto rozhodnutí bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu č.j. ÚOHS R116/2009/VZ-2305/2010/310/PMo ze dne 16.2.2010, obě rozhodnutí nabyla právní moci dne 25.2.2010



UOHSX001ASKF

Č. j. ÚOHS-S121/09-7765/2009/510/KČe

V Brně dne 22. července 2009

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 19.5.2009 z moci úřední, jehož účastníky jsou

- zadavatel město Rousínov, IČ 00292281, se sídlem Sušilovo náměstí 84/56, 683 01 Rousínov, zastoupené Ing. Františkem Havířem, starostou,
- vybraný uchazeč KALÁB-stavební firma, spol. s r. o., IČ 49436589, se sídlem Vídeňská 849/15, 639 00 Brno, za níž jedná Ing. Jiří Kaláb, jednatel,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) citovaného zákona zadavatelem ve veřejné zakázce „Modernizace Mateřské školy Rousínov“ zadané ve zjednodušeném podlimitním řízení, zahájeném odesláním písemné výzvy ze dne 15.4.2008 k podání nabídky 7 zájemcům, na základě jehož výsledků zadavatel uzavřel dne 6.6.2008 smlouvu o dílo č. 01/08/341 se společností KALÁB-stavební firma, spol. s r. o., Brno, **rozhodl takto:**

I.

Zadavatel město Rousínov se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že

- I.1. porušil zákaz stanovený v § 44 odst. 9 téhož zákona, když v zadávací dokumentaci použil k vymezení části předmětu veřejné zakázky odkazy na specifické označení zboží, které platí pro určitou osobu za příznačné, ačkoliv to nebylo odůvodněno předmětem veřejné zakázky, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek,

- I.2. nedodržel postup stanovený v § 76 odst. 1 téhož zákona při posouzení nabídky uchazeče KALÁB-stavební firma, spol. s r. o., Brno, tím, že hodnotící komise nevyřadila nabídku jmenovaného uchazeče, z důvodu nesplnění požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách, přičemž tento postup podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, neboť nabídka jmenovaného uchazeče byla zadavatelem vybrána jako ekonomicky nejvýhodnější,

a uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného v bodě I. výroku se zadavateli městu Rousínov podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **ukládá pokuta ve výši 40 000,-- Kč** (čtyřicet tisíc korun českých), která je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízeného u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-24825621/0710, konstantní symbol 1148, variabilní symbol 1210950001.

Odůvodnění

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „Úřad“ a „zákon“), obdržel podnět Státního fondu životního prostředí ČR k prošetření postupu města Rousínov, IČ 00292281, se sídlem Sušilovo náměstí 84/56, 683 01 Rousínov, zastoupeného Ing. Františkem Havířem, starostou (dále jen „zadavatel“), při zadání veřejné zakázky „Modernizace Mateřské školy Rousínov“ ve zjednodušeném podlimitním řízení, na jehož základě zadavatel uzavřel dne 6.6.2008 smlouvu se společností KALÁB-stavební firma, spol. s r. o., IČ 49436589, se sídlem Vídeňská 849/15, 639 00 Brno, za niž jedná Ing. Jiří Kaláb, jednatel (dále jen „vybraný uchazeč“ nebo „KALÁB“), v ceně díla 8 905 803,-- Kč bez DPH a 10 597 906,-- Kč vč. DPH. Úřad s obsahem podnětu seznámil zadavatele a současně si od něj vyžádal stanovisko a dokumentaci k veřejné zakázce. Úřad po posouzení předložených podkladů zahájil správní řízení z moci úřední. Důvodem byla skutečnost, že zadavatel v zadávací dokumentaci použil ke specifikaci části předmětu veřejné zakázky odkazy na označení výrobků nebo materiálů, která jsou pro určité osoby příznačné, ačkoliv to zřejmě nebylo odůvodněno předmětem veřejné zakázky, a rovněž postup zadavatele při posouzení a hodnocení nabídek.

Účastníky řízení jsou podle § 116 zákona

- zadavatel,
- vybraný uchazeč.

Úřad zahájení správního řízení oznámil jeho účastníkům dopisem ze dne 15.5.2009, ve kterém je seznámil s předběžnými výsledky šetření a současně jim usnesením stanovil lhůty, ve kterých se mohli v řízení vyjádřit. Dnem 19.5.2009, kdy bylo oznámení doručeno prvnímu účastníkovi řízení, bylo podle § 113 odst. 1 zákona správní řízení z moci úřední zahájeno.

Zadavatel se ke skutečnostem uvedeným v oznámení o zahájení řízení vyjádřil dopisem ze dne 25.5.2009, ve kterém uvedl, že v projektové dokumentaci a výkazu výměr byly obsaženy názvy některých výrobků (projektová dokumentace byla zpracována

v 11/2005). Zadavatel proto v zadávací dokumentaci uvedl pod bodem 9.3.4., že „uchazeč není oprávněn měnit obsah výkazu výměr, vyjma odkazů na obchodní firmy, obchodní názvy výrobků a služeb, musí však vyplnit všechny části tak, aby součet jednotlivých částí odpovídal celkové nabídkové ceně“ a pod bodem 10.3., že „v zadávací dokumentaci jsou uvedeny některé odkazy na obchodní firmy, názvy nebo jména, specifická označení výrobků, tyto jsou však použity pouze k dostatečnému, přesnému a srozumitelnému určení specifikací jednotlivých komponentů zařízení a prvků, uchazeč je oprávněn navrhnout a použít kvalitativně a technicky obdobné řešení, které nesníží užžitnou hodnotu a kvalitu díla“. Tím bylo dáno, že uchazeč mohl použít libovolný výrobek, musel pouze dodržet kvalitativní podmínky. Zadavatel tedy nepreferoval některý výrobek nebo některé výrobce. Podle názoru zadavatele to dokládá i skutečnost, že dva ze tří uchazečů, kteří splnili předpoklady výběrového řízení, předložili v nabídkách jiné materiály a výrobky než byly uvedeny v projektové dokumentaci. Označením zadavatel chtěl výrobky specifikovat s ohledem na jejich vlastnosti, na jejich dodání však netrval. Označením výrobku názvem jsou podle názoru zadavatele dány jednoznačně parametry a orientace uchazeče je tak jednodušší, než v případě vypsání technických podmínek. Zadavatel dále uvádí, že označení některých výrobků je pouze obecným názvem a daný výrobek vyrábí i více výrobců pod stejným označením (např. Perbitagit, Foalbit nebo Styrodur). Doplněním zadávací dokumentace ve výše uvedeném smyslu proto zadavatel podle svého názoru splnil podmínky zákona. Zadavatel konstatuje, že při samotné realizaci díla byly použity i jiné materiály, než byly uvedeny v projektové dokumentaci. Ve věci minimálních dob záruk zadavatel sdělil, že vybraný uchazeč v nabídce uvedl, že poskytne na dílo záruku po dobu 60 měsíců, s výhradou maleb, kde uvádí záruku 24 měsíců, a nátěrů, kde uvádí záruku 36 měsíců. Zadavatel namítá, že vnitřní malby nejsou předmětem zakázky a vnější nátěry se týkají pouze marginální položky (nátěr elektroskříně v hodnotě 534,-- Kč). Ve věci termínů dokončení jednotlivých částí díla zadavatel konstatoval, že vybraný uchazeč požadované termíny uvedl v nabídce v harmonogramu prací, který je součástí návrhu smlouvy o dílo, čímž splnil podmínky zadání. V následně podepsané smlouvě jsou tyto termíny uvedeny i v textu. Ve věci sankčních podmínek při neplnění smluvních závazků zadavatel konstatoval, že vybraný uchazeč neuvedl konkrétně penalizaci za dílčí termíny dokončení jednotlivých etap, resp. některé další sankční podmínky, přičemž ani další dva uchazeči neměli všechny relevantní sankční podmínky v nabídkách uvedeny. Zadavatel tuto skutečnost řešil při hodnocení nabídek tím, že „neuvedené penalizace byly posuzovány nulovým počtem bodů“. V této souvislosti odkazuje na záznamy z hodnocení daného kritéria. Zadavatel dále doložil doklad o vyvěšení výzvy na úřední desce zadavatele v době od 17.4.2008 do 7.5.2008.

Vybraný uchazeč se ke skutečnostem uvedeným v oznámení o zahájení řízení ve stanovené lhůtě ani později nevyjádřil.

Úřad přezkoumal na základě § 112 zákona postup zadavatele v zadávacím řízení a po zhodnocení všech podkladů konstatuje, že zadavatel v šetřeném případě nedodržel postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky a dopustil se správního deliktu. K tomu uvádí následující rozhodné skutečnosti.

Zadavatel předmětnou veřejnou zakázku zadal ve zjednodušeném podlimitním řízení, zahájeném písemnou výzvou ze dne 15.4.2008 k podání nabídek. Výzva byla odeslána téhož dne sedmi zájemcům, a souběžně uveřejněna na úřední desce zadavatele. Jako základní hodnotící kritérium zadavatel stanovil ekonomickou výhodnost nabídky, přičemž jako dílčí hodnotící kritéria uvedl: celková nabídková cena vč. DPH (váha 75 %), sankční podmínky při neplnění smluvních závazků (váha 15 %) a celková délka provedení díla ve dnech

(váha 10 %). Z dokumentace o veřejné zakázce (dále jen „dokumentace“) je zřejmé, že zadavatel ve lhůtě pro podání nabídek obdržel 5 nabídek, přičemž 2 nabídky byly z důvodu nesplnění požadavků uvedených v zadávacích podmínkách (nedoložení nabídkového rozpočtu v elektronické podobě) komisí vyřazeny. Na základě posouzení a následného hodnocení zbývajících nabídek zadavatel vybral jako nejvhodnější nabídku uchazeče KALÁB s nabídkovou cenou 8 905 803,00 Kč bez DPH a 10 597 906,00 Kč vč. DPH, se kterým uzavřel dne 6.6.2008 smlouvu o dílo.

Ad I.1. výroku – odkazy na obchodní firmy, názvy a specifická označení zboží, použité zadavatelem v zadávací dokumentaci

Podle § 44 odst. 1 zákona je zadávací dokumentace soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele, vymezujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Za její správnost a úplnost odpovídá zadavatel. Podle § 44 odst. 9 zákona není-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky, nesmí zadávací dokumentace, zejména technické podmínky, obsahovat požadavky nebo odkazy na obchodní firmy, názvy nebo jména a příjmení, specifická označení zboží a služeb, které platí pro určitou osobu, či její organizační složku za příznačné, patenty na vynálezy, užité vzory, průmyslové vzory, ochranné známky nebo označení původu, pokud by to vedlo ke zvýhodnění nebo vyloučení určitých dodavatelů nebo určitých výrobků. Takový odkaz lze výjimečně připustit, není-li popis předmětu veřejné zakázky provedený postupem podle § 45 a § 46 zákona dostatečně přesný a srozumitelný. Zadavatel v takovém případě umožní pro plnění veřejné zakázky použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení.

Podle § 45 odst. 2 až 4 zákona se v případě veřejné zakázky na stavební práce technickými podmínkami rozumí souhrn všech technických popisů, které vymezují požadované technické charakteristiky a požadavky na stavební práce, a současně dodávky a služby související s těmito stavebními pracemi, jejichž prostřednictvím je předmět veřejné zakázky popsán jednoznačně a objektivně způsobem, vyjadřujícím účel použití zamýšlený zadavatelem. Technické podmínky nesmí být stanoveny tak, aby určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely neodůvodněné překážky hospodářské soutěže. Zadavatel formuluje technické podmínky jedním ze způsobů uvedených v § 46 odst. 1, 2, 4 a 5 zákona.

Zadavatel v zadávací dokumentaci, resp. ve výzvě k podání nabídek (dále jen „výzva“), předmět veřejné zakázky popsal jako stavební úpravy (modernizace) stávajícího objektu mateřské školy s tím, že podrobnější technické a kvalitativní podmínky jsou uvedeny v zadávací projektové dokumentaci (projekt pro realizaci stavby), zpracované RP Complet spol. s r. o., Brno. Pod bodem 9.3.2.1. je ve výzvě uvedeno, že „uchazeč je povinen zpracovat položkový rozpočet oceněním výkazu výměr, který je přílohou zadávací dokumentace. Jednotlivé části položkového rozpočtu musí být zpracovány co do členění a co do podrobností zcela dle členění a podrobností uvedených v příloženém výkazu výměr“. Ve výzvě pod bodem 9.3.4. je dále uvedeno, že „uchazeč není oprávněn měnit obsah výkazu výměr, vyjma odkazů na obchodní firmy, obchodní názvy výrobků a služeb, musí však vyplnit všechny části tak, aby součet jednotlivých částí odpovídal celkové nabídkové ceně“. Pod bodem 9.3.5. výzvy je dále uvedeno, že „v případě, že bude ze strany uchazeče jakýmkoliv způsobem upraven objednatelům předaný výkaz výměr, nebude nabídka přijata do hodnocení“. Pod bodem 10.3. výzvy je dále uvedeno, že „v zadávací dokumentaci jsou uvedeny některé odkazy na obchodní firmy, názvy nebo jména a příjmení, specifická označení výrobků a služeb. Tyto jsou použity pouze k dostatečnému, přesnému a

srozumitelnému určení specifikací jednotlivých komponentů zařízení a prvků. Uchazeč je oprávněn navrhnout a použít kvalitativně a technicky obdobná řešení, která nesníží užitnou hodnotu a kvalitu díla“.

Úřad z dokumentace dále zjistil, že součástí výkazu výměr jsou i položky, obsahující odkazy na obchodní firmy, názvy a specifická označení zboží, resp. ochranné známky. Jedná se konkrétně o položky, uvedené dále formou přehledné tabulky u stavebního objektu SO 01 Mateřská škola.

Číslo položky	název položky	m.j.	výměra
---------------	---------------	------	--------

Oddíl 6. Úpravy povrchu, podlahy, osazení

11	KZS stěn budov s deskami z desek minerálních vláken Orsil NF tl. 140 mm	m ²	249,0
----	---	----------------	-------

Oddíl 711. Izolace proti vodě

38	izolace proti vodě podpovrchové vodě a tlakové vodě vodorovná SCHOMBURG	m ²	58,4
39	izolace proti vodě podpovrchové vodě a tlakové vodě svislá SCHOMBURG	m ²	69,3

Oddíl 712. Povlakové krytiny

44	textilie netkaná MOKRUTEX SI 300g/m ² ,	m ²	1 344,3
46	pás těžký asfaltový PERBITAGIT	m ²	1 344,3
48	pás těžký asfaltový FOALBIT AL S 40,	m ²	1 344,3
50	armovaná folie ALKORPLAN tl. 1,2 mm	m ²	1 286,0

Oddíl 713. Izolace tepelné

56	polystyrén stabilizovaný STYRODUR 1250 x 600 mm	m ³	199,3
----	---	----------------	-------

Jak vyplývá z ustanovení § 44 odst. 9 zákona, pokud to není odůvodněno předmětem veřejné zakázky, nesmí zadávací dokumentace obsahovat odkazy nebo specifická označení (dále jen „odkaz“ nebo „název“), pokud by to vedlo ke zvýhodnění nebo vyloučení určitých dodavatelů nebo určitých výrobků. Takový odkaz nebo název lze dále připustit výjimečně v případě, že by vymezení předmětu veřejné zakázky provedené technickým popisem nebylo dostatečně přesné a srozumitelné. V takovém případě zadavatel musí pro plnění veřejné zakázky umožnit použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení. Uvedené ustanovení zákona je transpozicí čl. 23 odst. 8 směrnice č. 2004/18/ES Evropského parlamentu a Rady o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby, podle kterého technické specifikace nesmějí – pokud nejsou odůvodněny předmětem zakázky – odkazovat na určitou výrobu nebo zdroj nebo na konkrétní postup nebo na obchodní značky, patenty, typy nebo určitý původ či výrobu, což by mělo za důsledek zvýhodnění nebo vyloučení určitých podniků nebo určitých výrobků. Takový odkaz je výjimečně povolen, pokud není možný dostatečně přesný a srozumitelný popis předmětu zakázky podle odst. 3 a 4 téhož článku směrnice; takový odkaz musí být doprovázen slovy „nebo stejného druhu“.

Z textů obou právních norem vyplývá, že zadávací dokumentace, resp. její součásti a položky (viz § 44 odst. 4 zákona), vymezující předmět veřejné zakázky:

1. je-li to odůvodněno jejich předmětem, mohou obsahovat odkaz nebo název; zadavatel v takovém případě u těchto položek nemusí – pokud to není možné – připustit technicky a kvalitativně obdobné řešení,
2. výjimečně, pokud je zadavatel není schopen specifikovat pomocí technických podmínek ve smyslu §§ 45 a 46 zákona, mohou obsahovat odkaz nebo název, zadavatel v takovém případě musí vždy u těchto položek umožnit (připustit) obdobná řešení,
3. v ostatních případech zadavatel musí k jejich specifikaci použít technické podmínky ve smyslu §§ 45 a 46 zákona, odkaz nebo název v takovém případě použít nemůže, protože by to vedlo nebo mohlo vést ke zvýhodnění nebo vyloučení určitých podniků nebo výrobků, a to ani v případě, pokud by zadavatel připustil použití „obdobných řešení“, neboť to je podle zákona vázáno na situaci popsanou pod bodem 2.

Vycházejí ze zásady transparentnosti zadávacího řízení uvedené v § 6 zákona, resp. s ohledem na možnost případného přezkumu úkonů zadavatele, Úřad konstatuje, že specifikaci předmětu veřejné zakázky postupy uvedenými pod body 1. a 2. musí být zadavatel také schopen (nejlépe v dokumentaci o veřejné zakázce) odůvodnit a doložit.

V šetřeném případě zadávací dokumentace, resp. výkaz výměr, obsahuje jednotlivé položky, specifikované názvy nebo odkazy na konkrétní výrobky a materiály, tak jak je uvedeno výše v přehledné tabulce. Úřad k této skutečnosti konstatuje že použití těchto forem specifikací nebylo předmětem veřejné zakázky odůvodněno, neboť zadavatel takový důvod nikde v dokumentaci ani později ve správním řízení neuvedl ani nedoložil. Naopak v zadávací dokumentaci v souvislosti s těmito položkami připustil obdobná řešení, viz „uchazeč není oprávněn měnit obsah výkazu výměr, vyjma odkazů na obchodní firmy, obchodní názvy výrobků a služeb.“ Dále zde uvedl, že „v zadávací dokumentaci jsou uvedeny některé odkazy na obchodní firmy nebo názvy. Tyto jsou použity pouze k dostatečnému, přesnému a srozumitelnému určení specifikací jednotlivých komponentů zařízení a prvků. Uchazeč je oprávněn navrhnout a použít kvalitativně a technicky obdobná řešení, která nesníží užitnou hodnotu a kvalitu díla“. Pozn. V této souvislosti však působí nejednoznačně podmínka zadavatele, že „v případě, že bude ze strany uchazeče jakýmkoliv způsobem upraven objednatelům předaný výkaz výměr, nebude nabídka přijata do hodnocení“ (viz bod 9.3.5. výzvy).

Nejedná se také ani o situaci, kdy by zadavatel nebyl schopen předmět veřejné zakázky, resp. jeho jednotlivé části (položky), popsat pomocí technických podmínek ve smyslu §§ 45 a 46 zákona. Jednotlivé části stavby, specifikované ve výkazu výměr pomocí položek označených odkazy nebo názvy, jsou běžné stavební dodávky a materiály, technicky popsatelné způsobem uvedeným v §§ 45 a 46 zákona (jedná se zejména o tepelně-izolační materiály a izolace proti vodě). Zadavatel tedy měl technické podmínky formulovat jedním ze způsobů uvedených v § 46 odst. 1, 2, 4 a 5 zákona. Technickou podmínkou v tomto smyslu nemůže být „označení výrobku názvem, čímž jsou dány jednoznačné parametry, což je jednodušší než v případě vypsání technických podmínek“, jak ve svém stanovisku ze dne 25.5.2009 uvádí zadavatel. K námitkám zadavatele, že označení některých výrobků je pouze obecným názvem a daný výrobek vyrábí i více výrobců pod stejným označením (např. Perbitagit, Foalbit nebo Styrodur) Úřad uvádí, že produkty Styrodur jsou chráněny ochrannou známkou, v případě asfaltových pásů hydroizolačních (Foalbit nebo Perbitagit) se jedná o obchodní názvy výrobků (viz § 44 odst. 9 zákona), nahraditelné technicky podobnými nebo stejnými výrobky od různých výrobců i prodejců. Zadavatel z uvedených důvodů proto neměl v šetřeném případě s ohledem na předmět veřejné zakázky důvod použít pro specifikaci jednotlivých položek výkazu výměr názvy nebo odkazy. Tím, že tak v zadávací dokumentaci učinil, porušil zákaz stanovený v § 44 odst. 9 zákona.

Důsledkem této skutečnosti v šetřeném případě bylo, že zadavatel obdržel nabídky obsahující v části předmětu veřejné zakázky vymezeném odkazy nebo názvy pouze jedno z možných plnění (3 z uchazečů použili v nabídkách materiály a výrobky v souladu se specifikací použitou zadavatelem ve výkazu výměr, 2 z uchazečů v nabídkách předmětné položky uvedli bez konkrétního označení). Není přitom vyloučeno, že někteří uchazeči, ovlivnění požadavkem zadavatele – specifikací výkazu výměr (k tomu také viz již výše citovaný bod 9.3.5. výzvy „v případě, že bude ze strany uchazeče jakýmkoliv způsobem upraven objednatelům předaný výkaz výměr, nebude nabídka přijata do hodnocení“), nabídli plnění přesně podle výkazu výměr, ačkoliv by v případě specifikace předmětu veřejné zakázky formou technických podmínek mohli nabídnout i jiná možná adekvátní plnění, čímž by zadavatel při obdobném účinku mohl dosáhnout výhodnějších podmínek, než jaké vyplynuly z nabídek, zpracovaných v části předmětu plnění pouze v omezeném spektru z celkové nabídky všech materiálů a dodávek, které poskytuje trh.

Úřad pro posouzení míry možného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky vzal v této souvislosti dále v úvahu i skutečnost, že položky výkazu výměr, specifikované názvy nebo odkazy, tvořily z nabídky vybraného uchazeče cca 1,647 mil. Kč, tj. cca 19 % z celkového finančního objemu veřejné zakázky, vyjádřené nabídkovou cenou vybraného uchazeče (8,905 mil. Kč bez DPH). Ve vztahu k celkové ceně veřejné zakázky se tedy u položek označených ve výkazu výměr názvy nejednalo o zanedbatelnou část plnění, kterou by bylo možné z hlediska posouzení míry možného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky pominout. K argumentům zadavatele, že při samotné realizaci díla byly použity i jiné materiály, než byly uvedeny v projektové dokumentaci, Úřad konstatuje, že tyto skutečnosti v šetřeném případě dokládají reálnost úvahy Úřadu o možnosti záměny položek označených odkazy nebo názvy jinými dodávkami nebo materiály, bez následků na předmět veřejné zakázky, a současně to dokazuje, že použití těchto odkazů a názvů nebylo předmětem veřejné zakázky odůvodněno. K uvedenému Úřad doplňuje, že zákon označuje za správní delikt nejen jednání, které prokazatelně ovlivnilo zadávací řízení, ale i takové jednání, které pouze mělo potenciál takového ovlivnění, aniž nutně k tomuto ovlivnění prokazatelně došlo, tedy tzv. ohrožovací jednání, k jehož dovršení postačuje pouhé nenaplnění zájmu chráněného zákonem. Úvaha Úřadu nad případnými následky úkonů zadavatele je proto v této souvislosti legální součástí správního uvážení Úřadu a je pojmovou součástí skutkové podstaty spáchání správního deliktu.

Vycházející z výše uvedeného tedy Úřad konstatuje, že postup zadavatele při vymezení předmětu veřejné zakázky v zadávací dokumentaci mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a uzavřením smlouvy s uchazečem vybraným postupy, při kterých zadavatel výše uvedeným způsobem porušil zákaz daný zákonem, proto byla naplněna skutková podstata správního deliktu ve smyslu § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

Ad I.2. výroku – úplnost nabídky vybraného uchazeče

Podle § 17 písm. l) zákona se zadávacími podmínkami rozumí veškeré požadavky zadavatele uvedené v oznámení o zahájení zadávacího řízení, zadávací dokumentaci či jiných dokumentech, obsahujících vymezení předmětu veřejné zakázky. Podle § 76 odst. 1 zákona posoudí hodnotící komise nabídky uchazečů z hlediska splnění zákonných požadavků a požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách a z hlediska toho, zda uchazeč nepodal nepřijatelnou nabídku podle § 22 odst. 1 písm. d) zákona. Nabídky, které tyto požadavky nesplňují, musí být vyřazeny. Podle odst. 6 téhož ustanovení zákona vyloučí

veřejný zadavatel uchazeče, jehož nabídka byla při posouzení nabídek hodnotící komisí vyřazena, bezodkladně z účasti v zadávacím řízení. Uvedené Úřad doplňuje o konstatování, že podle § 74 odst. 1 zákona činí-li hodnotící komise ve vztahu k dodavatelům úkony podle zákona platí, že tyto úkony činí jménem zadavatele. Pokud tedy v rozhodnutí Úřad konstatuje porušení zákona komisí pro posouzení a hodnocení nabídek, platí, že tak učinil zadavatel.

Zadavatel ve výzvě pod bodem 3.1 výslovně stanovil (bod 3.1.3), že požaduje, aby „vnitřní prostory školy byly dokončeny v těchto termínech:

- 1. NP a I.PP část A do 20.7.2008,
- 2. NP část A do 27.7.2008,
- 2. NP část B do 1.8.2008,
- 1. NP část B do 8.8.2008,
- ostatní vnitřní prostory části A, B do 15.8.2008“.

Podle bodu 3.3 výzvy jsou „lhůty splnění dodávky uvedené v bodě 3.1 v nabídce závazné a maximální, při uzavírání smlouvy o dílo budou uvedeny v návrhu smlouvy o dílo v následujícím znění - zhotovitel se zavazuje dokončit dílo v celém rozsahu a předat jej objednateli nejpozději do dd.mm.rrrr.“ Podle bodu 3.4 výzvy „bude každý termín uvedený v bodě 3.1.3 ve smlouvě o dílo uveden s možností penalizace“.

Vybraný uchazeč v nabídce v této souvislosti pod bodem 3.3. návrhu smlouvy pouze uvedl, že se „zavazuje zhotovit dílo do 26.9.2008“ a pod bodem 9.1. návrhu smlouvy, že „v případě prodloužení s provedením díla ve smlouvené lhůtě zaplatí zhotovitel objednateli smluvní pokutu ve výši 2 tis. Kč za každý den prodloužení“. Součástí nabídky vybraného uchazeče je dále prohlášení o celkové době provedení díla v 94 dnech a časový harmonogram prací, který obsahuje i dílčí termíny dokončení vnitřních částí školy v souladu s požadavkem zadavatele, uvedeným v této souvislosti ve výzvě. Návrh smlouvy v nabídce vybraného uchazeče (viz obsah smlouvy, resp. jednotlivá smluvní ujednání) však na uvedený harmonogram neodkazuje. Smlouva o dílo uzavřená zadavatelem s vybraným uchazečem pod bodem 3.2 smlouvy již předmětné dílčí termíny, označené ve smlouvě jako „dílčí termíny plnění díla“, výslovně uvádí. V čl. 9 uzavřené smlouvy Smluvní pokuty je však pod bodem 9.1 pouze ustanovení, uvedené již v návrhu smlouvy v nabídce, tj. že „v případě prodloužení zhotovitele s provedením díla ve smlouvené lhůtě, zaplatí zhotovitel objednateli smluvní pokutu ve výši 2 tis. Kč za každý den prodloužení.“ Podle bodu 3.3. a 3.4. uzavřené smlouvy se zhotovitel zavazuje zhotovit dílo do 26.9.2008, přičemž provedením díla se rozumí: předání díla, podepsání posledního zápisu o předání a převzetí díla, předání dokladů ke kolaudačnímu řízení, provedení zaškolení obsluhy, vystavení dokladů o likvidaci odpadů a předání atestů a dokladů o předepsaných zkouškách a revizích.

Z uvedených zjištění vyplývá, že vybraný uchazeč v nabídce (v návrhu smlouvy) nesplnil požadavek zadavatele uvedený ve výzvě, že každý dílčí termín dokončení vnitřních prostor (viz bod 3.1.3 výzvy) bude ve smlouvě o dílo uveden samostatně a s možností penalizace (sankční ujednání a smluvní pokuty za prodloužení s termíny jednotlivých vnitřních prostor).

Zadavatel dále ve výzvě stanovil, že nabídky budou hodnoceny podle ekonomické výhodnosti podle dílčích hodnotících kritérií:

- celková nabídková cena, vč. DPH s váhou 75%,
- sankční podmínky při neplnění smluvních závazků s váhou 15% a
- celková délka provedení díla ve dnech s váhou 10%.

V souvislosti s dílčím kritériem „sankční podmínky při neplnění smluvních závazků“ zadavatel ve výzvě uvedl, že bude hodnotit:

- a) sankční ujednání a smluvní pokuty za prodlení s termíny jednotlivých vnitřních prostor a celkového termínu,
- b) sankční ujednání s termíny splatnosti faktur,
- c) sankční ujednání s termíny nástupu na odstranění vad i s termíny odstranění vad,
- d) způsob úhrady smluvních pokut,
- e) popis a podmínky majetkových sankcí, vyplývající z budoucího vztahu objednatele a dodavatele,
- f) způsob zajištění splnění smluvního závazku, vyplývajícího z předmětu smlouvy po dobu provádění díla.

Komise pro posouzení a hodnocení nabídek v této souvislosti ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 12.5.2008, resp. v příložených hodnotících tabulkách použitých pro hodnocení jednotlivými členy komise, v souvislosti s hodnocením nabídky vybraného uchazeče uvedla (obsahově je toto hodnocení u všech členů komise stejné) následující:

sankční podmínky za prodlení s termíny jednotlivých vnitřních prostor	neuveďeno
způsob úhrady smluvních pokut	neřeší – obchodním zákoníkem a právními předpisy
popis a podmínky majetkových sankcí vyplývajících z budoucího vztahu objednatele a dodavatele	neřeší – obchodním zákoníkem a právními předpisy
způsob zajištění splnění smluvního závazku vyplývajícího z předmětu smlouvy o dílo po dobu provádění díla	neřeší – obchodním zákoníkem a právními předpisy

Jak je z nabídky vybraného uchazeče, resp. z hodnotících tabulek členů komise zřejmé, vybraný uchazeč v nabídce neuvedl v souvislosti s hodnocenými aspekty dílčího hodnotícího kritéria „sankční podmínky“, uvedenými výše pod body a), d), e) a f) žádné relevantní skutečnosti (k tomu také viz předchozí část odůvodnění, týkající se úplnosti nabídky vybraného uchazeče). Jak vyplývá z předmětných hodnotících tabulek, z hodnocených nabídek (tj. z nabídek vybraného uchazeče, uchazeče podnikajícího pod firmou Jan Látal - LAWSTAV, soukromý stavební podnik Vyškov a uchazeče podnikajícího pod firmou Pavel Čáslava - Čáslava - Stav Brno) pouze uchazeč Jan Látal - LAWSTAV uvedl v souvislosti s hodnocenými aspekty dílčího hodnotícího kritéria „sankční podmínky“ všechny zadavatelem požadované údaje. Zadavatel tuto situaci „řeší“ tím, že uchazeči Jan Látal – LAWSTAV přidělil v rámci hodnocení tohoto dílčího kritéria 100 bodů, uchazeči Pavel Čáslava - Čáslava - Stav 60 bodů a vybranému uchazeči 30 bodů.

Úřad na základě uvedených zjištění konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 76 odst. 1 zákona tím, že hodnotící komise po posouzení nabídky vybraného uchazeče z hlediska splnění požadavků zadavatele uvedených v zadávací dokumentaci jeho nabídku nevyřadila a zadavatel uchazeče nevyločil, ačkoliv z výše uvedených důvodů jeho nabídka nespĺňovala požadavky zadavatele uplatněné v zadávací dokumentaci (výzvě). Tento postup podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, neboť zadavatel nabídku uchazeče KALÁB následně vybral jako nejvhodnější. Stejný postup měl zadavatel uplatnit i v případě

uchazeče Pavel Čáslava - Čáslava – Stav. Postup zadavatele spočívající v tom, že neúplnost nabídky ve smyslu § 76 odst. 1 zákona řešil tím způsobem, že „neuvezené penalizace byly posuzovány nulovým počtem bodů“, není v souladu s citovaným ustanovením zákona, resp. obecně se zásadou stejného zacházení v zadávacím řízení uvedenou v § 6 zákona. Úřad v této souvislosti pro srovnání připomíná zejména skutečnost, že dva z uchazečů, kteří podali nabídky, byli zadavatelem vyloučeni pouze z toho důvodu, že „nesplnili podmínky zadávacího řízení tím, že nepředložili položkový rozpočet v elektronické podobě, tak jak byl zadavatelem požadován ve výzvě“ (viz rozhodnutí zadavatele ze dne 6.5.2008).

Vycházejí z výše uvedeného Úřad konstatuje, že postup zadavatele při posuzování nabídek podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky a uzavřením smlouvy s uchazečem vybraným postupem, při kterých zadavatel výše uvedeným způsobem porušil postup daný zákonem, proto byla naplněna skutková podstata správního deliktu ve smyslu § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

Pro úplnost provedení šetření Úřad konstatuje, že zadavatel v zadávacích podmínkách stanovil, že „minimální doba záruky za jakost u stavebních prací (HSV + PSV + M) musí činit 60 měsíců, přičemž tuto záruční dobu uvede uchazeč do předloženého návrhu smlouvy o dílo“. Vybraný uchazeč v návrhu smlouvy, v této souvislosti uvedl, že „poskytne objednateli na realizované dílo záruku po dobu 60 měsíců, s výhradou... maleb 24 měsíců a vnějších nátěrů 36 měsíců“. Úřad v této věci akceptoval vysvětlení zadavatele, odkazující na marginální objem těchto položek v předmětu veřejné zakázky u vnějších nátěrů. Vnitřní malby nebyly předmětem veřejné zakázky a uchazeč uvedl záruční dobu v této spojitosti v návrhu smlouvy zřejmě pouze omylem.

Uložení pokuty

Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu s uchazečem podle § 82 zákona. V šetřeném případě se zadavatel správního deliktu dopustil tím, že:

- podle bodu I. 1. výroku porušil zákaz stanovený v § 44 odst. 9 zákona, když v zadávací dokumentaci použil ke specifikaci části předmětu veřejné zakázky odkazy na specifické označení zboží, ačkoliv to nebylo odůvodněno předmětem veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť není vyloučeno, že při nabídce obsahující jiná možná adekvátní plnění, mohl při obdobném účinku dosáhnout výhodnějších podmínek,
- podle bodu I. 2. výroku tím, že nedodržel postup stanovený v § 76 odst. 1 zákona při posouzení nabídky vybraného uchazeče když, hodnotící komise nevyřadila jeho nabídku z důvodu nesplnění požadavků zadavatele, uvedených v zadávacích podmínkách, přičemž tento postup podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, neboť tato nabídka byla zadavatelem vybrána jako ekonomicky nejvýhodnější.

Jelikož zadavatel uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, aniž by výše uvedeným způsobem dodržel postupy stanovené zákonem pro zadání veřejné zakázky, naplnil tak v obou případech skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky nebo do 10 mil. Kč, pokud cena zakázky nebyla nabídnuta, jde-li o správní delikt

podle odst. 1 písm. a) citovaného ustanovení zákona. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu, činí v šetřeném případě 10 597 906,-- Kč vč. DPH. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí po zaokrouhlení částku ve výši 529 895,30 Kč.

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. Při zvažování výše výměry pokuty Úřad vycházel ze skutečnosti, že v šetřeném případě zadavateli nelze co do způsobu jeho spáchání odejmout odpovědnost za spáchání správního deliktu, neboť za úplnost a správnost zadávací dokumentace, resp. i za úkony hodnotící komise, je zadavatel podle zákona odpovědný (viz § 44 odst. 1, resp. § 74 odst. 1 zákona). Co se týče následků spáchání správního deliktu, nedodržení postupů stanovených v zákoně v souvislosti s vymezením předmětu veřejné zakázky v zadávací dokumentaci mohlo mít v šetřeném případě přímý vliv na zvýhodnění nebo vyloučení určitých dodavatelů nebo výrobků ve vztahu k předmětu plnění veřejné zakázky. Nedodržení postupů stanovených v zákoně v souvislosti s posouzením nabídek uchazečů pak nepochybně ovlivnilo výběr nejvhodnější nabídky, resp. transparentnost celého zadávacího řízení, neboť zadavatel jako nejvhodnější vybral nabídku, která nesplňovala požadavky zadavatele uplatněné v zadávací dokumentaci. Při posouzení závažnosti spáchání správního deliktu vzal Úřad v úvahu skutečnost, že zatímco úkony hodnotící komise, by bylo možné v průběhu zadávacího řízení napravit novým posouzením a hodnocením nabídek, v souvislosti s vymezením předmětu veřejné zakázky v zadávací dokumentaci, by však zřejmě připadalo v úvahu pouze zrušení zadání veřejné zakázky. V obou případech se tedy jednalo o porušení zákona mající podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky, které by vyžadovalo uložení nápravného opatření v případě, že by ještě nebyla uzavřena smlouva.

Úřad při určení výměry pokuty vycházel z premisy, že uložená pokuta má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem a funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k chování, které je se zákonem v souladu. Po zvážení všech výše uvedených zjištění a argumentů Úřad při stanovení výše uložené pokuty preferoval preventivní charakter uložené sankce (zde zejména přihlédl ve smyslu § 2 odst. 4 správního řádu k pravomocnému rozhodnutí Úřadu ve věcně obdobném správním řízení č.j. S203/2008/VZ, viz sbírka rozhodnutí sekce veřejných zakázek www.compet.cz) a stanovenou výši pokuty proto posoudil v souvislostech šetřeného případu jako přiměřenou a dostačující, a to zejména s ohledem na důvod, pro který byl podnět, na jehož základě bylo toto správní řízení zahájeno, k Úřadu podán, tj. posouzení souladu úkonů zadavatele v předmětném zadávacím řízení se zákonem, vyžádané ze strany poskytovatele dotace na realizaci veřejné zakázky. Jako polehčující okolnost ve prospěch zadavatele Úřad zohlednil rovněž skutečnost, že zadavatel – byť při specifikaci předmětu veřejné zakázky použil neodůvodněně odkazy na specifická označení výrobků – současně však tuto podmínku „zmínil“ tím, že v zadávacích podmínkách připustil „kvalitativně a technicky obdobná řešení, která nesníží užitnou hodnotu a kvalitu díla.“ Úřad při stanovení výše pokuty přihlédl rovněž i k ekonomické situaci odpovědného subjektu (viz náleží Ústavního soudu č. 405 uveřejněný ve Sbírce zákonů, částka 142/2002 Sb.). Z návrhu rozpočtu zadavatele na rok 2009 umístěného na jeho internetových stránkách Úřad zjistil, že návrh rozpočtu zadavatele obsahuje na straně příjmů i výdajů částky ve výši cca 92,603 mil. Kč. Vzhledem k této skutečnosti Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel v rámci rozpočtu disponuje, považovat za likvidační.

Před uložením pokuty Úřad ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona, a to, že 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. V šetřeném případě došlo ke spáchání správního deliktu uzavřením smlouvy dne 6.6.2008, z čehož vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.

Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu přistoupil k uložení pokuty, neboť veřejná zakázka byla již realizována a nápravy nelze dosáhnout.

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, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl úřad zaslat jeden stejnopis.

Mgr. Pavel Herman
ředitel sekce veřejných zakázek

Obdrží:

Město Rousínov, Sušilovo náměstí 84/56, 683 01 Rousínov

KALÁB-stavební firma, spol. s r. o., Vídeňská 849/15, 639 00 Brno

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce

