



UOHSX002W9SL

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S111/2010/VZ-11795/2010/540/DCh

V Brně dne: 21. října 2010

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 16. 4. 2010 z moci úřední, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Lesy České republiky, s.p., IČ 42196451, se sídlem Přemyslova 1106, 501 68 Hradec Králové, zast. na základě plné moci ze dne 22. 4. 2010 Mgr. Bohuslavem Hubálkem, advokátem, ČAK 9629, Advokátní kancelář Jansta Kostka spol. s r.o., IČ 28505913, se sídlem Těšnov 1/1059, 110 00 Praha 1,
- vybraný uchazeč – OFFICE DEPOT, s.r.o. IČ 64942503, se sídlem Floriánova 2461, 253 01 Hostivice, za niž jedná Ing. Petr Sýkora, jednatel,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných v nadlimitní veřejné zakázce „Dodávky kancelářského materiálu (rámcová smlouva)“, zadávané v otevřeném řízení, uveřejněné v informačním systému o veřejných zakázkách dne 28. 8. 2009 pod evidenčním číslem 60035589 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 27. 8. 2009 pod ev. č. 2009/S166-240187,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Lesy České republiky, s.p., IČ 42196451, se sídlem Přemyslova 1106, 501 68 Hradec Králové, se při zadávání veřejné zakázky „Dodávky kancelářského materiálu (rámcová smlouva)“ dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, neboť nedodržel postup

stanovený v ust. § 55 odst. 3 písm. c) cit. zákona, když v rámci ekonomického a finančního kvalifikačního kritéria dle ust. § 55 odst. 1 písm. c) cit. zákona vymezil minimální úroveň požadovaného obratu, která neodpovídá druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky, a smlouva již byla uzavřena, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného v bodu I. výroku tohoto rozhodnutí se podle § 120 odst. 2 písm. a) cit. zákona zadavateli – Lesům České republiky, s.p., ukládá pokuta

ve výši 300 000,- Kč (slovy tři sta tisíc korun českých).

Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

1. Zadavatel – Lesy České republiky, s.p., IČ 42196451, se sídlem Přemyslova 1106, 501 68 Hradec Králové, zast. na základě plné moci ze dne 22. 4. 2010 Mgr. Bohuslavem Hubálkem, advokátem, ČAK 9629, Advokátní kancelář Jansta Kostka spol. s r.o., IČ 28505913, se sídlem Těšnov 1/1059, 110 00 Praha 1 (dále jen „zadavatel“), uveřejnil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), v informačním systému o veřejných zakázkách dne 28. 8. 2009 pod evidenčním číslem 60035589 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 27. 8. 2009 pod ev. č. 2009/S166-240187 oznámení otevřeného zadávacího řízení za účelem zadání nadlimitní veřejné zakázky „Dodávky kancelářského materiálu (rámcová smlouva)“ (dále jen „šetřená veřejná zakázka“).
2. Ze zadávací dokumentace vyplývá, že předmětem veřejné zakázky je dodávka kancelářského materiálu v obvyklém sortimentu (kancelářské potřeby, kancelářská technika, úklidové a hygienické prostředky, občerstvení, kancelářský nábytek, propagační předměty) a poskytnutí doplňujících služeb (tisk vizitek, tisk tiskopisů, výroba razítek, potisk obálek, opatření propagačních předmětů logem), v rozsahu specifikovaném zadavatelem podle jeho potřeb v jednotlivých objednávkách (výzvách k poskytnutí plnění).
3. Zadavatel stanovil jako hodnotící kritérium nejnižší nabídkovou cenu.
4. Zadavatel v bodě 3.3.2. zadávací dokumentace v rámci požadavků na kvalifikaci dodavatelů uvedl, že k prokázání splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů předloží dodavatel mimo jiné údaj o obratu dosaženém dodavatelem s ohledem na předmět veřejné zakázky za poslední 3 účetní období, přičemž minimální úroveň stanovil tak, že obrat dosažený dodavatelem s ohledem na předmět veřejné zakázky neklesl v žádném z posuzovaných účetních období pod 100 milionů Kč.
5. Ve lhůtě pro podání nabídek obdržel zadavatel 5 nabídek. Z protokolu o otevírání obálek ze dne 7. 10. 2009 vyplývá, že ze zadávacího řízení nebyla vyřazena žádná nabídka.

6. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek vyplývá, že hodnotící komise vyloučila jednoho uchazeče pro nesplnění profesních a technických kvalifikačních předpokladů a hodnotila 4 nabídky. Jako nejvhodnější vybrala hodnotící komise nabídku uchazeče OFFICE DEPOT s.r.o., IČ 64942503, se sídlem Floriánova 461, 253 01 Hostivice (dále jen „vybraný uchazeč“). Zadavatel rozhodnutím ze dne 26. 10. 2009, které bylo ostatním uchazečům oznámeno dne 29. 10. 2009, rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky vybraného uchazeče.
7. Dne 10. 9. 2009 obdržel Úřad podnět k přezkoumání postupu zadavatele při zadávání šetřené veřejné zakázky, zejména v souvislosti s vymezením minimální úrovně ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů a technických kvalifikačních předpokladů. Úřad si proto od zadavatele vyžádal vyjádření k podanému podnětu a veškerou dokumentaci pořízenou v souvislosti s veřejnou zakázkou.
8. Po předběžném přezkoumání dokumentace k veřejné zakázce získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem při vymezení minimální úrovně ekonomického kvalifikačního kritéria „obrat za poslední 3 účetní období“ a z tohoto důvodu zahájil správní řízení z moci úřední.
9. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - vybraný uchazeč.
10. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č.j. ÚOHS-S111/2010/VZ-5122/2010/540/LZa ze dne 13. 4. 2010. Úřad dále účastníkům řízení usnesením č. j. ÚOHS-S111/2010/VZ-5123/2010/540/LZa z téhož dne stanovil lhůtu, v níž mohli navrhnout důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Výše uvedené oznámení o zahájení správního řízení bylo účastníkům řízení doručeno dne 16. 4. 2010 a tímto dnem bylo správní řízení zahájeno.
11. Dne 26. 4. 2010 faxem a následně dne 27. 4. 2010 poštou bylo Úřadu doručeno vyjádření zadavatele ze dne 26. 4. 2010. Zadavatel ve svém vyjádření uvádí, že požadovaný minimální objem ročního obratu není možné považovat za diskriminační či jinak odporující zákonu, a to především z důvodu specifického charakteru šetřené veřejné zakázky a specifických požadavků zadavatele. Dle tvrzení zadavatele lze v šetřené veřejné zakázce spatřovat dvě specifika. Prvním specifikem šetřené veřejné zakázky je místo jejího plnění, tj. všechny organizační jednotky zadavatele (cca 100), přičemž vybraný uchazeč bude dodávat předmět veřejné zakázky do všech těchto organizačních jednotek podle konkrétních požadavků zadavatele v objednávkách. Druhým specifikem je dle zadavatele doba plnění šetřené veřejné zakázky, přičemž, vzhledem k tomu, že jde o rámcovou smlouvu s dobou platnosti na 4 roky, nelze předpokládat, že budou poptávány stabilně stejné objemy zboží v pravidelných časových intervalech, neboť spotřeba kancelářského materiálu se může v každé organizační jednotce v průběhu roku lišit. Dle názoru zadavatele je naopak více pravděpodobné, že objednávky budou vybranému uchazeči přicházet nepravidelně a není vyloučeno, že se v jednom okamžiku sejdou objednávky na velké množství kancelářského materiálu pro více organizačních jednotek v různých částech ČR současně, kdy lhůta plnění je v rámcové smlouvě stanovena na jeden pracovní den. S ohledem na výše uvedená specifika zadavatel

formuloval požadavky na uchazeče tak, aby případné výkyvy v objemech objednávek v průběhu trvání rámcové smlouvy zásadním způsobem neovlivnily ekonomickou stabilitu vybraného uchazeče, aby byl vybraný uchazeč schopen obsluhovat současně všechny organizační jednotky zadavatele v krátkých lhůtách, aby byl schopen dostát svým závazkům z veřejné zakázky i v případě, že budou po tomto uchazeči požadovány dodávky od zákazníků odlišných od zadavatele, a aby splňoval další požadavky zadavatele stanovené v zadávací dokumentaci.

12. Zadavatel v této souvislosti odkazuje na předchozí rozhodovací praxi Úřadu, konkrétně na rozhodnutí čj. ÚOHS-S244/2004-153/715/2005-Kr ze dne 11. 2. 2005, podle kterého je pro „posouzení oprávněnosti stanovení minimálního obratu rozhodná souvislost s předmětem šetřené veřejné zakázky (viz § 30 odst. 3 zákona), zejména s jeho charakterem, výší plnění a dlouhodobou délkou závazku. Minimálním obratem zadavatel tedy stanoví předpokládanou „velikost firmy“, která bude provádět požadovanou službu, avšak musí tak učinit s ohledem na rozsah činnosti stanovený předmětem veřejné zakázky. Zadavatelem zvolený minimální obrat potom snižuje pravděpodobnost, že by k realizaci díla byl vybrán subjekt, jehož finanční situace je do značné míry závislá na realizaci předmětné veřejné zakázky.“ Zadavatel v návaznosti na výše uvedené uvádí, že prostřednictvím výše obratu lze do značné míry tyto vlastnosti dodavatele dovodit.
13. Současně zadavatel uvádí, že při stanovování minimální výše obratu jakožto kvalifikačního předpokladu nemůže být předpokládaná hodnota veřejné zakázky jediným určujícím faktorem. Dle tvrzení zadavatele totiž veřejná zakázka spočívající v jednorázové dodávce zboží na jedno konkrétní místo zcela jistě vyžaduje jiný typ dodavatele, než veřejná zakázka stejné hodnoty spočívající v nepravidelných objemech dodávek na cílová místa v rámci celé ČR po určitou dobu, kdy by měl být dodavatel ekonomicky silnější s dlouhodobou finanční stabilitou a schopen obsloužit i své ostatní zákazníky bez omezení dodávek zadavateli. Výše obratu stanovená zadavatelem v zadávacích podmínkách proto dle názoru zadavatele odpovídá velikosti dodavatele, který bude schopen plnit veřejnou zakázku řádně a včas.
14. Pokud jde o namítanou diskriminační povahu tohoto kvalifikačního předpokladu, zadavatel uvádí, že v termínu pro podání nabídek mu bylo doručeno celkem 5 nabídek, přičemž všichni uchazeči tento kvalifikační předpoklad splnili.
15. Zadavatel ve svém vyjádření dále uvádí 2 případy úspěšně dokončených zadávacích řízení na obdobný předmět plnění, jejichž zadávací dokumentací se při zadávání šetřené veřejné zakázky inspiroval, a které uvádí na podporu minimální výše stanoveného obratu v šetřené veřejné zakázce.
16. Z výše uvedených důvodů zadavatel navrhuje, aby Úřad správní řízení ve věci šetřené veřejné zakázky zastavil.
17. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o zadání veřejné zakázky, vyjádření zadavatele a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený zákonem, když v rámci ekonomického a finančního kvalifikačního kritéria dle ust. § 55 odst. 1 písm. c) cit. zákona vymezil minimální úroveň požadovaného obratu, která neodpovídá druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky, a smlouva již byla uzavřena, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

Výše obratu

18. Podle § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
19. Podle ust. § 55 odst. 1 zákona může veřejný zadavatel k prokázání splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů dodavatele požadovat předložení jednoho či více z těchto dokladů:
 - a) pojistnou smlouvu, jejímž předmětem je pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou dodavatelem třetí osobě,
 - b) poslední zpracovanou rozvahu podle zvláštních právních předpisů nebo určitou část takové rozvahy, nebo
 - c) údaj o celkovém obratu dodavatele zjištěný podle zvláštních právních předpisů, popřípadě obrat dosažený dodavatelem s ohledem na předmět veřejné zakázky, a to nejvýše za poslední 3 účetní období; jestliže dodavatel vznikl později nebo prokazatelně zahájil činnost vztahující se k předmětu veřejné zakázky později, postačí, předloží-li údaje o svém obratu za všechna účetní období od svého vzniku nebo od zahájení příslušné činnosti.
20. Ustanovení § 55 odst. 3 zákona stanoví, že ve vztahu k ekonomickým a finančním kvalifikačním předpokladům je veřejný zadavatel povinen v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení
 - a) stanovit rozsah požadovaných informací a dokladů,
 - b) uvést způsob prokázání splnění těchto kvalifikačních předpokladů a
 - c) vymezit minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky.
21. Zadavatel v informačním systému o veřejných zakázkách v bodě III.2.2 stanovil požadavek na údaj o obratu dosaženém s ohledem na předmět veřejné zakázky za poslední 3 účetní období. Minimální úroveň tohoto kvalifikačního předpokladu vymezil zadavatel tak, že dodavatel předloží čestné prohlášení s uvedením údaje o obratu, přičemž obrat dosažený dodavatelem s ohledem na předmět veřejné zakázky neklesl v žádném z posuzovaných účetních období pod 100 mil. Kč. V zadávací dokumentaci stanovil zadavatel tento požadavek v bodě 3.3.2.
22. K nastavení kvalifikačních kritérií Úřad konstatuje, že konkrétními kvalifikačními kritérii, která zadavatel stanovuje s ohledem na předmět veřejné zakázky, vymezuje zadavatel úroveň způsobilosti dodavatele splnit předmět veřejné zakázky. Z citovaných ustanovení zákona jednoznačně vyplývá, že požadavky zadavatele na kvalifikaci dodavatelů musí mít přímou souvislost s předmětem veřejné zakázky a musí vyjadřovat objektivně odůvodnitelné požadavky na způsobilost uchazečů k jejímu plnění. Stanovení nepřiměřených požadavků na způsobilost uchazečů zadavatele nepřipustně omezuje okruh potencionálních dodavatelů a znemožňuje jim zúčastnit se zadávacího řízení. Zadavatel může vymezit minimální úroveň ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů pouze takovým způsobem, aby byla přiměřená a odpovídala druhu, rozsahu a složitosti konkrétního předmětu veřejné zakázky. Zadavatel má pomocí požadavků na kvalifikaci ověřit způsobilost dodavatele provést

veřejnou zakázku, nikoliv vytvářet neodůvodněné překážky pro účast dodavatele v zadávacím řízení.

23. Pokud jde o argumentaci zadavatele k otázce oprávněnosti požadovat údaj o obratu jakožto relevantního ukazatele na ekonomickou sílu dodavatele a jeho odkaz na předchozí rozhodnutí Úřadu čj. ÚOHS-S244/2004-153/715/2005-Kr ze dne 11. 2. 2005, Úřad uvádí, že v uvedeném případě konstatoval, že z hlediska posouzení oprávněnosti stanovení minimálního obratu ve vztahu k realizaci veřejné zakázky je rozhodná souvislost požadovaného obratu s předmětem veřejné zakázky, zejména s jejím charakterem, výší plnění a délkou závazku. Minimálním obratem zadavatel vyjadřuje svůj požadavek na „velikost“ nebo-li ekonomickou sílu dodavatele, který je podle jeho názoru schopný realizovat požadovanou veřejnou zakázku, avšak musí tak učinit s ohledem na rozsah činnosti stanovený předmětem veřejné zakázky. Zadavatelem zvolený minimální obrat tak snižuje pravděpodobnost, že by k realizaci díla byl vybrán subjekt, jehož finanční situace je do značné míry závislá na realizaci předmětné veřejné zakázky. Citované rozhodnutí však není v rozporu se závěrem Úřadu učiněným v šetřeném případě, kdy Úřad při úvahách o přiměřenosti stanovení výše obratu rovněž přihlédl k charakteru šetřené veřejné zakázky, výši plnění a délce závazku, k čemuž uvádí následující.
24. V šetřeném případě činila předpokládaná hodnota veřejné zakázky 40 mil. Kč - tj. 10 mil Kč. za každý rok trvání rámcové smlouvy. Zadavatel požadoval minimální roční obrat za předcházející 3 účetní období ve výši 100 mil. Kč za každé účetní období, tj. desetkrát vyšší než je předpokládaná hodnota veřejné zakázky za rok. Dle tvrzení zadavatele důvodem pro takto stanovenou minimální úroveň tohoto ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu bylo najít takového partnera, který je ekonomicky silnější, vykazuje dlouhodobou finanční stabilitu a je schopen obsloužit i své ostatní zákazníky bez omezení dodávek zadavateli. Úřad uvádí, že požadavek zadavatele na získání silného a stabilního dodavatele služeb je sice zcela namístě, nicméně nelze připustit takové nastavení výše minimálního obratu, které by mělo za následek diskriminaci dodavatelů s nižším obratem, kteří by však byli schopni rovnocenně splnit předmět plnění. Vždy zde platí zásada přiměřenosti k charakteru předmětu veřejné zakázky.
25. Předmětem veřejné zakázky je rámcová smlouva na dodávky kancelářského materiálu po dobu 4 let. Z položkového rozpočtu vzorového koše pro zpracování nabídek, který je přílohou zadávací dokumentace, vyplývá, že jde o dodávky kancelářského materiálu obvyklého charakteru (kancelářský papír, etikety, formuláře, archivační pomůcky, obálky, psací potřeby, drobná kancelářská technika, úklidové prostředky, atd.), tj. nejedná se o obtížně získatelné dodávky, dodávky zohledňující nadstandardní požadavky na materiál či jeho vlastnosti, ani o dodávky, které jsou nezbytné pro zajištění samotné činnosti zadavatele (hospodaření a správa lesů). I v případě nastalé neschopnosti dodavatele k plnění je lze dočasně zajistit jiným způsobem (např. jednorázovým nákupem u jiného dodavatele), aniž by bylo fungování zadavatele významně omezeno nebo narušeno. Zároveň Úřad uvádí, že zadavatel hodlal v šetřené veřejné zakázce uzavřít rámcovou smlouvu. Podle ust. § 11 odst. 1 zákona se pro účely tohoto zákona rámcovou smlouvou rozumí „*písemná smlouva mezi zadavatelem a jedním či více uchazeči uzavřená na dobu určitou, která upravuje podmínky týkající se jednotlivých veřejných zakázek na dodávky, služby či stavební práce zadávaných po dobu platnosti rámcové smlouvy, zejména pokud jde o cenu a množství*“, tj. uzavřením rámcové smlouvy zadavatel hodlá po dobu její platnosti zadávat více jednotlivých (dílčích) veřejných zakázek na předem vymezený předmět plnění v případech, kdy předpokládá, že předmět

plnění bude požadovat opakovaně. S ohledem na vymezení předmětu šetřené veřejné zakázky v návaznosti na výše uvedené lze tedy konstatovat, že záměrem zadavatele bylo uzavřít více kupních smluv v rozsahu dílčích objemů plnění, které v součtu neměly překročit částku 40 mil. Kč za celé období platnosti rámcové smlouvy, nikoliv uzavřít kupní smlouvu jedinou, avšak zadavatel v rámci požadavků na kvalifikaci požadoval od uchazečů doložení výše obratu, která měla zaručovat, že uchazeči budou schopni zajistit dodávku v celkové výši předpokládané hodnoty šetřené veřejné zakázky jednorázově.

26. Obecně lze připustit argumentaci, že pokud by dodavatel dosahoval obratu stejného či menšího než je předpokládaná hodnota veřejné zakázky, mohla by nastat situace, kdy by takový dodavatel musel použít veškeré své prostředky k plnění jedné veřejné zakázky, čímž by se dostal do ekonomické závislosti na jednom zdroji příjmů a plnění veřejné zakázky by mohlo být ohroženo. Na druhé straně požadavek zadavatele na roční obrat uchazeče, který předpokládanou hodnotu veřejné zakázky přesahuje desetkrát, nelze v tomto případě označit za přiměřený, jelikož míra rizika spojeného s neplněním veřejné zakázky s ohledem na její předmět a rozsah je ve zjevném nepoměru s požadavkem zadavatele na úroveň ekonomické stability dodavatele kancelářského materiálu, přičemž tato skutečnost diskriminuje ostatní dodavatele na daném trhu, kteří jsou vzhledem ke svému předmětu činnosti a ekonomické síle (výši obratu) způsobilí předmět veřejné zakázky splnit, tj. nelze usuzovat, že pouze takový dodavatel, který dosahuje takto stanovené minimální hranice, je schopen veřejnou zakázku řádně a včas realizovat.
27. V daném případě lze tedy konstatovat, že s ohledem na předmět šetřené veřejné zakázky neexistuje významný rozdíl v „dostatečnosti“ ekonomické síly dodavatele majícího desetinásobný obrat k velikosti zakázky a dodavatele majícího obrat například pětinasobný. Argument zadavatele, že takto stanovený požadavek na obrat nebyl diskriminační či „šitý na míru“ konkrétnímu dodavateli, vzhledem k tomu, že v řádném termínu pro podání nabídek bylo zadavateli doručeno celkem 5 nabídek, přičemž všichni dodavatelé, kteří podali nabídky, tento kvalifikační předpoklad splnili, není přesvědčivý, a to vzhledem ke skutečnosti, že jak vyplývá z dokumentace o veřejné zakázce, zadávací dokumentaci si vyzvedlo 42 zájemců. Je totiž především v zájmu zadavatele, aby byla umožněna soutěž co nejširšímu počtu dodavatelů, neboť jen tak může zadavatel získat nejvhodnější nabídku na plnění veřejné zakázky. Úřad proto konstatuje, že při takto stanoveném kvalifikačním předpokladu (obrat 100 mil. Kč za každé z posledních tří účetních období) zadavatel nepřipustným způsobem omezil okruh potencionálních dodavatelů, aniž k tomu měl objektivní důvody.
28. V této souvislosti lze, pokud jde o přiměřenost stanovení výše obratu, též odkázat na předchozí rozhodovací praxi Úřadu v obdobných veřejných zakázkách, zejména na rozhodnutí Úřadu čj. ÚOHS-S244/2004-153/715/2005-Kr ze dne 11. 2. 2005, rozhodnutí Úřadu čj. ÚOHS-S110/2008/VZ-09642/2008/530/RP ze dne 24. 6. 2008 potvrzené druhostupňovým rozhodnutím čj. ÚOHS-R140/2008/VZ-116/2009/310/ASc ze dne 1. 4. 2009, rozhodnutí Úřadu čj. ÚOHS-S135/2008/VZ-12435/2008/530/BM ze dne 17. 7. 2008, rozhodnutí Úřadu čj. ÚOHS-S214/2008/VZ-18370/2008/510/Od ze dne 10. 9. 2008 potvrzené druhostupňovým rozhodnutím čj. ÚOHS-R173/2008/02-632/2009/310-ASc ze dne 19. 1. 2009, nebo rozhodnutí Úřadu čj. ÚOHS-S302/2009/VZ-4159/2009/510/IFa ze dne 23. 3. 2010. V otázce výkladu pojmu diskriminace lze odkázat rovněž na rozhodovací praxi Krajského soudu v Brně, který v rozsudku č. j. 62 Ca 9/2007 ze dne 11. 10. 2007, uvedl, že za skrytou formu nepřipustné diskriminace je třeba považovat i takový postup zadavatele, který znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových

kvalifikačních předpokladů, kdy požadovaná úroveň způsobilosti je zjevně nepřiměřená ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky.

29. S ohledem na výše uvedené dospěl Úřad k závěru, že zadavatel nestanovil ekonomické a finanční kvalifikační kritérium „údaj o obratu“ v souladu s ust. § 55 odst. 3 písm. c) cit. zákona, neboť minimální úroveň požadovaného obratu vymezil způsobem, který neodpovídá druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky, a smlouva již byla uzavřena, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Nelze totiž vyloučit, že v případě, kdy by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, mohl obdržet nabídky i od jiných dodavatelů. Z tohoto důvodu rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

Uložení pokuty

30. Podle ustanovení § 120 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb. se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že:
- a) nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu s uchazečem podle § 82,
 - b) zruší zadávací řízení, aniž byly splněny podmínky podle § 84,
 - c) nepořídí nebo neuchová dokumentaci o veřejné zakázce podle § 109 a 155, nebo
 - d) nesplní povinnost stanovenou v § 146 a v 147 pro uveřejňování.
31. V případě šetřené veřejné zakázky se zadavatel správního deliktu dopustil tím, že nedodržel postup stanovený v ust. § 55 odst. 3 písm. c) zákona, když v oznámení o zahájení zadávacího řízení v rámci ekonomického a finančního kvalifikačního kritéria dle § 55 odst. 1 písm. c) zákona vymezil minimální úroveň požadovaného obratu, která neodpovídá druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky, a smlouva již byla uzavřena, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Nelze totiž vyloučit, že v případě, kdy by zadavatel dodržel postup stanovený zákonem a ekonomické a finanční kvalifikační kritérium by vymezil dle zákona, mohl obdržet i nabídky jiných dodavatelů, kteří by mohli nabídnout výhodnější plnění než vybraný uchazeč. Jelikož zadavatel uzavřel smluvní vztah (rámcovou kupní smlouvu ze dne 26. 11. 2009) s vybraným uchazečem, aniž by dodržel postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, naplnil tak skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
32. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.
33. V návaznosti na posledně cit. ust. zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl z dokumentace, kterou obdržel dne 30. 9. 2009. Z uvedeného vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.
34. Podle ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky nebo do 10 000 000,- Kč, pokud cena zakázky nebyla nabídnuta, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a) tohoto zákona.

35. Podle ust. § 120 odst. 3 zákona se sazba pokuty podle odstavce 2 zvyšuje na dvojnásobek, jestliže se zadavatel dopustí správního deliktu podle odstavce 1 opakovaně. Správní delikt je spáchán opakovaně, pokud ode dne, kdy došlo ke spáchání jakéhokoliv posledního správního deliktu podle odstavce 1, neuplynulo 5 let.
36. S ohledem na citované ustanovení Úřad konstatuje, že zadavatel se dopustil správního deliktu opakovaně, jak vyplývá z rozhodnutí čj.: ÚOHS-S212/2008/VZ-16868/2008/510/MO ze dne 22. 8. 2008 potvrzené druhostupňovým rozhodnutím čj.: ÚOHS-R170,171/2008/VZ-2927/2009/310/ASc ze dne 13. 3. 2009, která nabyla právní moci dne 9. 4. 2009 na něž Úřad v této souvislosti odkazuje. V šetřeném případě se tak sazba pokuty zvyšuje na dvojnásobek, tj. do 10 % ceny zakázky.
37. Cena šetřené veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu, a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí 21 118 240,- Kč včetně DPH. Horní hranice možné pokuty (10 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí částku ve výši 2 111 824,- Kč.
38. 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.
39. Zároveň Úřad přihlédl ke skutečnosti, že zadavatel svým postupem znemožnil účast dalších případných dodavatelů a výrazně tak narušil soutěžní prostředí. Nezákonné omezení principu soutěže, na němž je zadávání veřejných zakázek založeno, je jedním z vůbec nejzávažnějších porušení zákona. V důsledku uvedeného postupu zadavatele nelze vyloučit, že v případě, kdy by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, mohl obdržet i nabídky jiných dodavatelů, kteří by mohli předložit ekonomicky výhodnější nabídky než vybraní uchazeči. Uvedený postup zadavatele tedy mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky.
40. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k nálezu Ústavního soudu č. 405 uveřejněnému ve Sbírce zákonů, částka 142/2002 Sb. Dle uvedeného nálezu je v případě ukládání pokut vyloučen takový zásah do majetku, v důsledku kterého by byla zničena majetková základna pro další podnikatelskou činnost, nepřipustné jsou takové pokuty, jež mají likvidační charakter. S ohledem na objem finančních prostředků, s nimiž zadavatel hospodaří, který se pohybuje řádově ve stovkách milionů korun (dle údaje z výroční zprávy za rok 2009 zveřejněné na internetových stránkách zadavatele www.lesy.cz hospodařil v loňském roce zadavatel s částkou 1 085, 644 mil. Kč), dospěl Úřad k závěru, že v případě uložení pokuty ve výši uvedené ve výroku II. tohoto rozhodnutí nelze hovořit o likvidačním charakteru pokuty. Uložená pokuta nemůže nijak ovlivnit finanční zdraví a stabilitu zadavatele.
41. Pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona zadavatelem, resp. k takovému jednání zadavatele, které je se zákonem v souladu a funkci represivní – kdy je zadavatel postihován v důsledku porušení povinností stanovených zákonem. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů Úřad při určení výměry uložené pokuty posoudil stanovenou výši pokuty vzhledem k souvislostem případu jako dostačující.
42. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť zadavatel již uzavřel s vybraným

uchazečem rámcovou kupní smlouvu na dodávky kancelářského materiálu a nápravy již tedy nelze dosáhnout. Z uvedených důvodů uložil Úřad pokutu ve výši uvedené ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

43. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu v Brně zřízeného u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČ zadavatele.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 7, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

Mgr. Kamil Rudolecký
místopředseda

Obdrží:

1. Mgr. Bohuslav Hubálek, advokát, Těšnov 1/1059, 110 00 Praha 1
2. OFFICE DEPOT, s.r.o., Floriánova 2461, 253 01 Hostivice

Na vědomí:

1. Lesy České republiky, s.p., Přemyslova 1106, 501 68 Hradec Králové

Vypraveno dne:

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