



UOHSX003G8WJ

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S348/2010/VZ-3184/2011/540/IMa

V Brně dne 11. března 2011

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle ust. § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 4. 10. 2010 z moci úřední, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Pardubický kraj, IČ 70892822, se sídlem Komenského náměstí 125, 532 11 Pardubice, zast. Mgr. Radko Martínkem, hejtmanem,
- vybraný uchazeč – OLSPOL s.r.o., IČ 27466701, se sídlem T. G. Masaryka 30, 568 02 Svitavy, za níž jedná Ladislav Oliva, jednatel,

ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem v podlimitní veřejné zakázce „Resocializační centrum pro matky s dětmi, Kojenecký ústav a dětský domov Svitavy“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v Informačním systému o veřejných zakázkách zveřejněno dne 29. 6. 2009 pod ev. č. 60033149,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Pardubický kraj, IČ 70892822, se sídlem Komenského náměstí 125, 532 11 Pardubice, se dopustil správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že nedodržel postup stanovený v ust. § 79 odst. 2 v návaznosti na ust. § 81 odst. 1 citovaného zákona, když v zadávacích podmínkách stanovil, že základním hodnotícím kritériem pro hodnocení nabídek bude nejnižší nabídková cena včetně daně z přidané hodnoty, avšak nabídky hodnotil podle hodnotícího kritéria nejnižší nabídková cena bez daně z přidané hodnoty, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a na tuto veřejnou zakázku byla dne 31. 8. 2009 uzavřena smlouva.

II.

Zadavatel – Pardubický kraj, IČ 70892822, se sídlem Komenského náměstí 125, 532 11 Pardubice, se dopustil správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že nedodržel postup stanovený v ust. § 76 odst. 1 citovaného zákona, když nevyřadil nabídky uchazečů, které byly nabídkami nepřijatelnými podle ust. § 22 odst. 1 písm. d) citovaného zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a na tuto veřejnou zakázku byla dne 31. 8. 2009 uzavřena smlouva.

III.

Za spáchání správních deliktů uvedených ve výroku I. a II. se podle ust. § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavateli – Pardubickému kraji, IČ 70892822, se sídlem Komenského náměstí 125, 532 11 Pardubice, **ukládá pokuta ve výši 20 000,- Kč** (slovy dvacet tisíc korun českých).

Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu Brno.

ODŮVODNĚNÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) jako orgán příslušný dle ust. § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), obdržel podnět k přezkoumání postupu zadavatele – Pardubického kraje, IČ 70892822, se sídlem Komenského náměstí 125, 532 11 Pardubice, zast. Mgr. Radko Martínkem, hejtmanem (dále jen „zadavatel“), při zadávání podlimitní veřejné zakázky „Resocializační centrum pro matky s dětmi, Kojenecký ústav a dětský domov Svitavy“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v Informačním systému o veřejných zakázkách zveřejněno dne 29. 6. 2009 pod ev. č. 60033149 (dále jen „veřejná zakázka“).

Na základě obdrženého podnětu si Úřad vyžádal vyjádření ke skutečnostem uvedeným v podnětu a příslušnou dokumentaci.

2. Z předložené dokumentace Úřad zjistil následující skutečnosti. Zadavatel zadal veřejnou zakázku v otevřeném řízení, přičemž v zadávací dokumentaci, jež tvoří přílohu č. 2 zprávy pro 14. řádné jednání Rady Pardubického kraje konané dne 25. 6. 2009, v bodě 5. stanovil, že základním kritériem pro hodnocení nabídek bude nejnižší nabídková cena včetně daně z přidané hodnoty (dále jen „DPH“).

3. Zadávací dokumentace k předmětné veřejné zakázce byla poskytnuta 16 zájemcům a ve lhůtě pro podání nabídek obdržel zadavatel nabídky 9 uchazečů. Dne 20. 7. 2009 provedla hodnotící komise jmenovaná zadavatelem otevírání obálek. Dne 21. 7. 2009 proběhlo posouzení a hodnocení nabídek a dne 30. 7. 2008 zadavatel na základě doporučení hodnotící komise rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky předložené uchazečem OLSPOL s.r.o., IČ 27466701, se sídlem T. G. Masaryka 30, 568 02 Svitavy, za niž jedná Ladislav Oliva, jednatel (dále jen „vybraný uchazeč“).

4. V rámci šetření veřejné zakázky Úřad zjistil, že ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 21. 7. 2009 je uveden následující seznam nabídek jednotlivých uchazečů včetně jejich nabídkových cen:

Pořadí	Obchodní firma/název/jméno, příjmení dodavatele/zájemce	Nabídková cena bez DPH (Kč)	Nabídková cena vč. DPH (Kč)
1	RGS-Stavební společnost, s.r.o. Lukavice 163, 516 03 Lukavice IČ: 27471748	5 723 649,-	6 811 142,-
2	EKOZIS spol. s r.o. Na Křtaltě 980/21, 789 01 Zábřeh IČ: 41031024	4 432 422,-	4 863 792,-
3	Tost.cz, s.r.o. Havlíčková 408, 584 01 Ledec nad Sázavou IČ: 25956019	5 408 257,-	5 895 000,-
5	B & J Holding, a.s. Fredova 82/27 190 00 Praha 9 IČ: 28173279	4 350 496,-	5 177 089, 84,-
6	STATING s.r.o. Na Spravedlnosti 1306, 517 41 Kostelec nad Orlicí, IČ: 25963864	3 958 467,-	4 329 032,-
8	OLSPOL s.r.o. T.G.Masaryka 30, 568 02 Svitavy IČ: 27466701	3 807 749, 69,-	4 531 222,-
9	S T A V E R s.r.o. Žižkova 393, 538 54 Luže IČ: 64788831	4 212 003,-	4 591 083,-

5. Z výše uvedeného seznamu je patrné, že nejvhodnější nabídku dle kritéria uvedeného v zadávací dokumentaci, tedy nabídková cena včetně DPH, předložila společnost STATING s.r.o., IČ 25963864, se sídlem Na spravedlnosti 1306, 51 741 Kostelec nad Orlicí, za niž jedná Ing. Pavel Hurych, jednatel (dále jen "STATING s.r.o."), jejíž nabídková cena včetně DPH byla ve výši 4 329 032,- Kč. Nabídka vybraného uchazeče s nabídkovou cenou ve výši 4 531 222 Kč vč. DPH se umístila jako druhá nejvhodnější.
6. V další části zprávy o posouzení a hodnocení nabídek je však uvedena další tabulka, označená jako pořadí nabídek, kde jsou jednotlivé nabídky seřazeny dle nabídkové ceny bez DPH. V této tabulce je nabídka společnosti STATING s.r.o. s nabídkovou cenou 3 958 467 Kč bez DPH ohodnocena jako druhá nejvhodnější a nabídka vybraného uchazeče s nabídkovou cenou ve výši 3 807 749, 69 Kč bez DPH jako celkově nejvhodnější. Z nabídek jednotlivých uchazečů vyplývá, že nabídková cena vybraného uchazeče byla tvořena s uplatněním základní sazby daně z přidané hodnoty, zatímco nabídková cena společnosti STATING s.r.o. byla tvořena zčásti uplatněním snížené sazby a zčásti uplatněním základní sazby DPH.

7. Následně zadavatel s vybraným uchazečem uzavřel dne 31. 8. 2009 smlouvu o dílo na realizaci předmětu veřejné zakázky, přičemž ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek nebylo uvedeno, z jakého důvodu hodnotící komise nehodnotila dle nabídkové ceny včetně DPH, jak bylo uvedeno v zadávacích podmínkách, nýbrž dle nabídkové ceny bez DPH.
8. Na základě výše uvedeného získal Úřad pochybnosti, zda zadavatel při hodnocení nabídek postupoval v souladu s ust. § 78 odst. 1 v návaznosti na ust. § 79 odst. 2, když hodnotící komise nehodnotila jednotlivé nabídky dle kritéria, které zadavatel uvedl v zadávací dokumentaci, a zda zadavatel rozhodl v souladu s ust. § 81 odst. 1 zákona.

Na základě výše uvedených důvodů zahájil Úřad správní řízení z moci úřední.

9. Účastníky správního řízení podle ust. § 116 zákona jsou:

- zadavatel,
- vybraný uchazeč.

10. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-S348/2010/VZ-13589/2010/540/IMa ze dne 1. 10. 2010, ve kterém účastníky řízení seznámil se zjištěnými skutečnostmi. Úřad dále účastníkům řízení usnesením č. j. ÚOHS-S348/2010/VZ-13837/2010/540/IMa ze dne 1. 10. 2010 stanovil lhůtu, v níž mohli navrhopvat důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
11. Dne 4. 10. 2010, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno prvnímu z účastníků řízení, bylo podle ust. § 113 odst. 1 zákona zahájeno správní řízení z moci úřední.
12. Dne 13. 10. 2010 obdržel Úřad vyjádření zadavatele. V úvodu svého vyjádření uvádí, že způsob hodnocení *nejnižší nabídková cena včetně DPH* byl v zadávacím řízení zvolen především kvůli tomu, aby již při samotném hodnocení bylo na první pohled zřejmé, jak vysokou celkovou částku bude třeba z rozpočtu na zabezpečení předmětné veřejné zakázky vynaložit. Dle zadavatele se jednalo o jednu z prvních veřejných zakázek, u kterých byla jako hodnotící kritérium použita nejnižší nabídková cena včetně DPH, přičemž dosavadní praxe byla taková, že se hodnotilo zásadně bez DPH.
13. K samotnému průběhu hodnocení pak zadavatel uvádí, že souhrou několika okolností došlo k tomu, že se během přípravy zadávacího řízení upravovaly zadávací podmínky (soutěž na cenu s DPH), což se následně neodrazilo ve všech dokumentech uložených ve spisu. Jednalo se o formulář zadávací dokumentace, který obsahuje způsob hodnocení nabídek bez DPH, což bylo dle zadavatele důvodem, proč hodnotící komise přistoupila k tomuto způsobu hodnocení nabídek. Hodnotící komise, vzhledem k tomuto nezměněnému stavu obdržela formulář, kde hodnotícím kritériem je *nejnižší nabídková cena bez DPH*, ačkoliv dle upravených podmínek zadání byla hodnotícím kritériem *nejnižší nabídková cena včetně DPH*, následně hodnotila nabídkové ceny bez DPH. Učinila tak omylem, nikoliv úmyslně a postupovala v dobré víře, že hodnotí správným způsobem. Rovněž v dokumentaci veřejné zakázky (zpráva o posuzování a hodnocení nabídek, protokol o jednání hodnotící komise, oznámení zadavatele o nejvhodnější nabídce a oznámení o zadání zakázky) je uveden způsob hodnocení nabídek dle nabídkových cen bez DPH a ceny zde uvedené jsou taktéž bez DPH.
14. Dále zadavatel ve svém vyjádření uvádí, že použitý způsob hodnocení nabídek nikoho nepoškodil, neboť uchazeči ve svých nabídkách měli uplatnit DPH v souladu s platnou

legislativou a tudíž všichni shodně, na což byli uchazeči v zadávací dokumentaci upozorněni. Nabídky by tedy měly být porovnatelné v cenách bez DPH i v cenách včetně DPH. Z tohoto důvodu by podle zadavatele hodnocení nabídek dle nabídkové ceny včetně DPH či bez DPH nemělo mít vliv na pořadí nabídek. V daném případě však zadavatel následně zjistil, že jednotlivými uchazeči byla použita odlišná sazba DPH, přičemž výše DPH je stanovena zákonem, zadavatel tedy nepředpokládal, že by mohlo k takovéto situaci dojít. Zadavatel dále uvádí, že soutěž o nejnižší DPH již z principu není možná.

15. Zadavatel rovněž sděluje, že na základě výše uvedených skutečností došlo se zhotovitelem k dohodě o uzavření dodatku upravujícího sazbu DPH u jednotlivých položek podle zákona. Tímto postupem došlo ke snížení celkové smluvní ceny díla na nejnižší úroveň i z pohledu všech hodnocených nabídek. Dle zadavatele tak bylo dosaženo nejnižší možné celkové ceny díla a postup zadavatele byl z tohoto hlediska nejen nejvýše úsporný k veřejným prostředkům, ale rovněž neodporuje základnímu účelu zákona zajistit výběr nejvýhodnější nabídky při dodržení zásad transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Případně dovozované pochybení tak bylo následným postupem zadavatele zhojeno.
16. Dále zadavatel konstatuje, že nesprávně stanovené DPH ze strany uchazečů v jejich jednotlivých nabídkách sice zřejmě mělo být posouzeno ve fázi posuzování nabídek jako podání nabídek nepřijatelných dle ust. § 76 odst. 1 v návaznosti na ust. § 22 odst. 1 písm. d) zákona a tyto nabídky zřejmě měly být vyřazeny, tento formální postup by však byl jednoznačně ke škodě veřejných prostředků a nemohl být ani aplikován z důvodu posuzování nabídek v cenách bez DPH.
17. Dne 20. 12. 2010 Úřad obdržel doplnění vyjádření zadavatele ze dne 13. 10. 2010. Zde zadavatel uvádí, že obdržel posudek auditorské společnosti, ze kterého vyplývá, že u všech dodavatelů, kteří použili pouze základní sazbu DPH, došlo k nerespektování zákona č. 235/2004 Sb., o dani z přidané hodnoty, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o DPH“). Zadavatel realizovaným postupem odstranil toto znevýhodnění a uvedl i otázku DPH do souladu se zákonem o DPH, a to způsobem, který nikoho nepoškodil, transparentně a nediskriminačně.
18. Dále zadavatel v doplnění svého vyjádření uvádí, že předmětné stavební práce nedosáhly finančního limitu stanoveného pro podlimitní veřejné zakázky a mohly tudíž být zadány jako veřejná zakázka malého rozsahu. V takovém případě tedy nemusely být dodrženy procesní postupy formálního zadávacího řízení dle zákona.
19. V průběhu správního řízení získal Úřad rovněž pochybnosti o tom, zda zadavatel postupoval v souladu s ust. § 76 odst. 1 zákona, když nevyřadil nabídky, které byly nabídkami nepřijatelnými podle ust. § 22 odst. 1 písm. d) zákona. Tuto skutečnost oznámil účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-S348/2010/VZ-1972/2011/540/IMa ze dne 4. 2. 2011 a usnesením č. j. ÚOHS-S348/2010/VZ-1980/2011/540/IMa ze dne 4. 2. 2011 stanovil lhůtu, v níž se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

Jak vyplývá z nabídek jednotlivých uchazečů i z vyjádření společnosti AV-AUDITING spol. s r.o., IČ 49285220, se sídlem Tolarova 317, 533 51 Pardubice (dále jen „posudek AV-AUDITING“), které tvořilo přílohu vyjádření zadavatele ze dne 20. 12. 2010, obdržel zadavatel v zadávacím řízení nabídky, které byly v rozporu s právním předpisem upravujícím DPH.

20. V dané lhůtě se žádný z účastníků správního řízení k nově oznámeným skutečnostem nevyjádřil.
21. Úřad přezkoumal na základě ust. § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace k výběrovému řízení, včetně obsahu uzavřených smluv, vyjádření předložených účastníky správního řízení a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel nepostupoval v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

K hodnocení nabídek dle stanovených hodnotících kritérií

22. Ustanovení § 6 zákona stanoví, že zadavatel je povinen při postupu podle zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
23. Podle ust. § 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 správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá zadavatel.
24. Podle ust. § 78 odst. 1 zákona jsou základním hodnotícím kritériem pro zadání veřejné zakázky ekonomická výhodnost nabídky, nebo nejnižší nabídková cena. Dle ust. § 79 odst. 1 zákona hodnocení nabídek provede hodnotící komise podle hodnotících kritérií uvedených v dokumentech podle ust. § 78 odst. 6 zákona, přičemž v ust. § 79 odst. 2 zákona je dále uvedeno, že při hodnocení nabídkové ceny je rozhodná její výše bez DPH, nestanoví-li zadavatel v zadávacích podmínkách jinak.
25. Podle § 81 odst. 1 zákona zadavatel rozhodne o výběru nejvhodnější nabídky toho uchazeče, jehož nabídka byla podle hodnotících kritérií vyhodnocena jako ekonomicky nejvýhodnější, nebo jako nabídka s nejnižší nabídkovou cenou.
26. V bodě 5. zadávací dokumentace k šetřené veřejné zakázce, stejně tak v oddíle VI. bodě VI. 3 oznámení o zakázce uveřejněném v Informačním systému o veřejných zakázkách, zadavatel výslovně stanovil, že základním kritériem pro hodnocení nabídek bude nejnižší nabídková cena včetně DPH.
27. Jak vyplývá ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 21. 7. 2009 a ze smlouvy o dílo uzavřené mezi zadavatelem a vybraným uchazečem, nepostupoval zadavatel v souladu s hodnotícími kritérii, která stanovil v zadávací dokumentaci předmětného zadávacího řízení.
28. Z tabulky (vytvořené na základě zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 21. 7. 2009), která je uvedena v bodě 4. tohoto odůvodnění vyplývá, že nejvhodnější nabídku dle kritéria uvedeného v zadávací dokumentaci, tedy nabídková cena včetně DPH, předložila společnost STATING s.r.o., jejíž nabídková cena včetně DPH byla ve výši 4 329 032,- Kč. Nabídka vybraného uchazeče s nabídkovou cenou ve výši 4 531 222 Kč vč. DPH se umístila jako druhá nejvhodnější.
29. K argumentaci zadavatele, že hodnotící komise hodnotila nabídky dle nabídkových cen bez DPH z toho důvodu, že se během přípravy zadávacího řízení upravovaly podmínky, což se však následně neodrazilo ve všech dokumentech uložených ve spisu, Úřad uvádí, že dle ust. § 44 odst. 1 zákona za správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá zadavatel. Skutečnost, že hodnotící komise nebyla informována o tom, že základním hodnotícím kritériem byla

zadavatelem stanovena nabídková cena včetně DPH, nemůže mít vliv na skutečnost, že nebylo postupováno v souladu s hodnotícími kritérii stanovenými v zadávací dokumentaci.

30. K další námitce zadavatele, že použitý způsob hodnocení nikoho nepoškodil, neboť uchazeči ve svých nabídkách měli uplatnit DPH v souladu s platnou legislativou a všichni shodně, Úřad uvádí, že odpovědnost za údaje uvedené v nabídce nese každý dodavatel sám. Pokud se sám uchazeč chybně sestavenou nabídkou poškodil, nelze po zadavateli požadovat, aby po uzavření smlouvy o dílo s vybraným uchazečem následně uzavíral dodatek k této smlouvě, kterým by byla změněna celková cena předmětu veřejné zakázky, která byla rovněž jediným hodnotícím kritériem. K tomu Úřad podotýká, že ve vzorovém návrhu smlouvy o dílo v nabídce vybraného uchazeče byla uvedena cena za předmět plnění veřejné zakázky včetně DPH.

Jak vyplývá z tabulky uvedené v bodě 4. tohoto odůvodnění, a rovněž z podstaty tohoto případu, postup zadavatele mohl mít vliv na výběr nejhodnější nabídky.

31. Pokud zadavatel nerozhodl o výběru nejhodnější nabídky dle předem stanovených hodnotících kritérií, nelze tento postup považovat za učiněný v souladu s ust. § 6 zákona, především pak se zásadou transparentnosti.

32. K námitce zadavatele, že předmětnou veřejnou zakázku vyhlásil nikoliv jako zakázku malého rozsahu, ačkoliv dle zadavatele do této kategorie spadala, nýbrž v rámci otevřeného zadávacího řízení, Úřad uvádí, že dle ust. § 12 odst. 3 zákona se veřejnou zakázku malého rozsahu rozumí veřejná zakázka, jejíž předpokládaná hodnota nedosáhne v případě veřejné zakázky na dodávky nebo veřejné zakázky na služby 2 000 000,- Kč bez DPH nebo v případě veřejné zakázky na stavební práce 6 000 000,- Kč bez DPH. S ohledem na to, že v oznámení o zakázce uveřejněném v Informačním systému o veřejných zakázkách v bodě II.2.1 zadavatel uvedl předpokládanou hodnotu veřejné zakázky bez DPH ve výši 6 517 651,- Kč, nelze předmětnou veřejnou zakázku považovat za zakázku malého rozsahu a zadavatel byl povinen ji zadat v některém ze zadávacích řízení dle zákona.

33. Vzhledem k tomu, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ust. § 79 odst. 2 v návaznosti na ust. § 81 odst. 1 zákona, když zadavatel v zadávacích podmínkách stanovil, že základním hodnotícím kritériem pro hodnocení nabídek bude nejnižší nabídková cena včetně DPH, avšak zadavatel rozhodl o výběru nejhodnější nabídky podle hodnotícího kritéria nejnižší nabídková cena bez DPH, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K hodnocení nabídek dle přijatelnosti

34. Podle ust. § 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 ust. § 22 odst. 1 písm. d) zákona. Nabídky, které tyto požadavky nesplňují, musí být vyřazeny. Jestliže nedošlo k vyřazení všech variant nabídky, nepovažuje se nabídka za vyřazenou.

35. Podle ust. § 22 odst. 1 písm. d) zákona jsou nepřijatelnými nabídkami nabídky, které jsou v rozporu s platnými právními předpisy.

36. Jak vyplývá z nabídek jednotlivých uchazečů i z posudku AV-AUDITING, který tvořil přílohu vyjádření zadavatele ze dne 20. 12. 2010, obdržel zadavatel v zadávacím řízení nabídky, které byly v rozporu s právním předpisem upravujícím DPH.

37. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 20. 12. 2010 uvádí, že v posudku AV-AUDITING bylo konstatováno, že u všech dodavatelů, kteří použili pouze základní sazbu DPH, došlo k nerespektování zákona o DPH.
38. Jak dále vyplývá z posudku AV-AUDITING, nabídky některých uchazečů uvádí buď sníženou, nebo základní sazbu DPH a nevychází tak ze skutečného obsahu investice, kdy se na část realizace projektu uplatňuje snížená sazba a na část realizace projektu základní sazba DPH. Nabídka, ve které je uvedena pouze základní sazba, získává výhodu, která vyplývá z nerespektování současného znění zákona o DPH. Uplatnění správných sazeb DPH u stavebně montážních prací je dle zákona o DPH věcí dodavatelů. Ze závěru posudku pak vyplývá, že nabídky všech dodavatelů nerespektují současné znění zákona o DPH.
39. K námitce zadavatele uvedené ve vyjádření ze dne 13. 10. 2010, že nesprávně stanovené DPH ze strany uchazečů v jejich jednotlivých nabídkách mělo být sice posouzeno jako podání nabídek nepřijatelných, avšak tento striktně formální postup by jednoznačně byl ke škodě veřejných prostředků, Úřad uvádí, že právě proto, že proces zadávání veřejných zakázek je považován za přísně formální, jsou zadavatelé úzce vázáni ustanoveními zákona a proces uvážení zadavatelů v otázkách majících vliv na výběr nejvhodnější nabídky je pak omezen na minimum.

Zadavatel je také v souladu s ust. § 6 zákona povinen při postupu podle zákona dodržovat zásadu transparentnosti, přičemž postup, který zadavatel zvolil, není možno považovat za transparentní, neboť významně ovlivnil a zkreslil průběh zadávacího řízení.

K námitce zadavatele, že pokud bylo hodnoceno dle kritéria *nejnižší nabídková cena bez DPH*, nemá správnost stanovení DPH vliv na nepřijatelnost nabídky, Úřad uvádí, že na posouzení nabídek, zda jsou v souladu s platnými právními předpisy či nikoliv, nemá vliv skutečnost, že jsou jednotlivé nabídky posuzovány dle hodnotícího kritéria nabídková cena včetně DPH nebo nabídková cena bez DPH. Při posuzování nepřijatelnosti nabídky je rozhodující soulad nabídky s platnými právními předpisy.

40. Jak vyplývá z ust. § 82 odst. 2 zákona, zadavatel uzavře smlouvu v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče. Ke dni rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky a k datu uzavření smlouvy (smlouva o díla mezi zadavatelem a vybraným uchazečem byla uzavřena dne 31. 8. 2009) pak zadavatel nemohl mít jistotu, že vybraný uchazeč přistoupí na podmínky nového znění smlouvy a bude ochoten dodat ke smlouvě uzavřít (ačkoliv dne 5. 11. 2009 byl nakonec dodatek s vybraným uchazečem vedoucí ke snížení celkové ceny za předmět plnění veřejné zakázky uzavřen). V takovém případě by se jednalo o nevhodné vynakládání veřejných prostředků, neboť jak vyplývá z posudku AV-AUDITING (citace) „*nabídky ostatních účastníků výběrového řízení, kteří uvedli pro celou dodávku této investiční akce základní sazbu DPH, jsou v porovnání s dodavatelem uvádějícím sníženou sazbu znevýhodněni, ale především zdražují celkovou cenu investice pro Pardubický kraj, který v tomto případě nemůže daň z přidané hodnoty uplatnit na vstupu DPH jakožto nárok na odpočet plátce*“ (konec citace). Pokud by zadavatel veškeré nepřijatelné nabídky ze zadávacího řízení vyřadil, případně celé zadávací řízení v souladu se zákonem zrušil a následně zahájil nové, mohl na předmět plnění veřejné zakázky uzavřít smlouvu, která by pro něj ke dni uzavření smlouvy byla výhodnější, než kterou uvedl vybraný uchazeč ve své nabídce před podpisem dodatku č. 1, neboť již při rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky by zadavatel mohl vybrat nabídku, která

je v souladu s platnými právními předpisy, a nemusel by tak spoléhat na to, zda vybraný uchazeč s ním v budoucnu uzavře dodatek k původní smlouvě.

41. Vzhledem k tomu, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ust. § 76 odst. 1 zákona, když nevyřadil nabídky, které byly nabídkami nepřijatelnými pro rozpor se zákonem o DPH podle ust. § 22 odst. 1 písm. d) zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

K uložení sankce

42. Podle ust. § 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 ust. § 82 zákona.
43. V šetřeném případě se zadavatel správního deliktu dle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona dopustil tím, že nedodržel postup stanovený v ust. § 79 odst. 2 v návaznosti na ust. § 81 odst. 1 zákona, když zadavatel v zadávací dokumentaci stanovil, že základním hodnotícím kritériem pro hodnocení nabídek bude nejnižší nabídková cena včetně DPH, avšak zadavatel vybral nejvhodnější nabídku podle hodnotícího kritéria nejnižší nabídková cena bez DPH, což v daném případě podstatně ovlivnilo výběr nejvhodnější nabídky. Zadavatel dále nedodržel postup stanovený v ust. § 76 odst. 1 zákona, když nevyřadil nabídky, které byly nabídkami nepřijatelnými podle ust. § 22 odst. 1 písm. d) zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel tak naplnil skutkovou podstatu správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
44. Podle ust. § 121 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezačal řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.
45. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v ust. § 121 odst. 3 zákona. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl z podnětu, který obdržel dne 9. 3. 2010. K uzavření smlouvy s vybraným uchazečem došlo dne 31. 8. 2009. Z uvedených údajů tedy vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikty nezanikla.
46. Podle ust. § 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 ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu, a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí dle smlouvy o dílo uzavřené dne 31. 8. 2009 celkem 4 531 222,- Kč. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí částku ve výši 226 561,- Kč.
47. Podle ust. § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
48. Jako polehčující okolnost Úřad vzal v úvahu především tu skutečnost, že zadavatel s vybraným uchazečem dne 5. 11. 2009 uzavřel dodatek č. 1, kterým cena za celkové plnění předmětu veřejné zakázky byla snížena na nejnižší úroveň ze všech obdržených nabídek i dle hodnotícího kritéria *nejnižší nabídková cena včetně DPH* a stanovena v souladu se zákonem o DPH.

49. Jako další polehčující okolnost vzal Úřad v úvahu tu skutečnost, že zadavatel zadal předmětnou veřejnou zakázku v otevřeném řízení a zveřejnil ji v Informačním systému o veřejných zakázkách a v Úředním věstníku Evropské unie, díky čemuž se hospodářské soutěže o veřejnou zakázku mohlo zúčastnit více subjektů, než pokud by zadavatel pro zadání předmětné veřejné zakázky využil např. zjednodušeného podlimitního řízení.
50. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci zadavatele, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně "nespravedlivá". V této souvislosti Úřad odkazuje na nález Ústavního soudu č. 405 uveřejněný 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. Nepřípustné jsou takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Z hlediska výše pokuty vzal Úřad v úvahu také ekonomické poměry zadavatele, jehož plánované roční rozpočtové příjmy v roce 2010 činily 3 406 962 529,- Kč a plánované rozpočtové výdaje činily 3 795 856 480,- Kč a na rok 2011 plánované roční rozpočtové příjmy zadavatele činí 3 036 780 220,- Kč a plánované rozpočtové výdaje činí 2 898 326 930,- Kč (viz rozpočty uveřejněné na internetových stránkách zadavatele <http://www.pardubickykraj.cz/>). Vzhledem k tomu, že rozpočet zadavatele se pohybuje v řádu jednotek miliard korun, Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel v rámci svého rozpočtu disponuje, považovat za likvidační.
51. Pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má vedle represivní funkce – postihu za porušení povinností stanovených zákonem, splnit také funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů Úřad při určení výměry uložené pokuty posoudil stanovenou výši pokuty vzhledem k souvislostem případu jako dostačující.
52. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, jak je uvedeno ve výroku III. rozhodnutí, neboť zadavatel již uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu a nápravy tedy nelze dosáhnout.
53. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu Brno zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – identifikační číslo zadavatele.
54. Pro úplnost Úřad uvádí, že podle čl. II bodu 1 zákona č. 417/2009 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony, se zadávání veřejných zakázek, soutěže o návrh a řízení o přezkoumání úkonů zadavatele Úřadem zahájené přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona dokončí podle dosavadních právních předpisů.
55. Podle čl. II bodu 2 zákona č. 417/2009 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony, se v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, která byla zahájena po dni nabytí účinnosti tohoto zákona a která na zadávání veřejných zakázek nebo soutěž o návrh podle čl. II bod 1 navazují, postupuje dle dosavadních právních předpisů.

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:

Pardubický kraj, Komenského náměstí 125, 532 11 Pardubice

OLSPOL s.r.o., IČ 27466701, se sídlem T. G. Masaryka 30, 568 02 Svitavy

Vypraveno dne:

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