



UOHSX0046D76

PŘESEDNA PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R258/2011/VZ-6502/2012/310/HBa

V Brně dne: 17. dubna 2012

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 21. 11. 2011 doručeném Úřadu dne 22. 11. 2011 zadavatelem –

- **městem Ústěk**, IČ 00264571, se sídlem Mírové náměstí 83, 411 45 Ústěk, ve správním řízení zastoupeným na základě plné moci ze dne 22. 8. 2011 prof. JUDr. Zbyňkem Kiesewetterem, DrSc., advokátem, ev. č. ČAK 0844, se sídlem Zavadilova 1888/22, 160 00 Praha 6,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 7. 11. 2011 č. j. ÚOHS-S204/2011/VZ-14442/2011/540/IMa, ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem v podlimitní veřejné zakázce „**Městský hrad Ústěk – 3. etapa**“ zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy ze dne 2. 4. 2007,

jehož dalším účastníkem je

- vybraný uchazeč – **Tomáš Hlaváček**, IČ 11452072, s místem podnikání Křížová 73/21, 412 01 Litoměřice,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 7. 11. 2011 č.j. ÚOHS-S204/2011/VZ-14442/2011/540/IMa

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

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**“)¹, obdržel podnět k přezkoumání postupu zadavatele – města Ústěk, IČ 00264571, se sídlem Mírové náměstí 83, 411 45 Ústěk (dále jen „**zadavatel**“), při zadávání podlimitní veřejné zakázky „Městský hrad Ústěk – 3. etapa“ zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy ze dne 2. 4. 2007 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Z předložené dokumentace bylo zjištěno, že zadavatel ve výzvě zájemcům k podání nabídky na předmětnou veřejnou zakázku ze dne 2. 4. 2007, která byla na úřední desce zadavatele vyvěšena dne 3. 4. 2007 a sejmuta dne 30. 4. 2007, v poslední kapitole obsahující ostatní ustanovení stanovil, že „výzvy se mohou zúčastnit pouze uchazeči, kteří byli zadavatelem vyzváni k účasti ve výzvě“.
3. Z protokolu o otevírání obálek ze dne 27. 4. 2007 vyplývá, že zadavatel obdržel nabídky pouze od pěti subjektů, které výzvou ze dne 2. 4. 2007 vyzval k účasti v zadávacím řízení. Žádný z dalších zájemců v předmětném zadávacím řízení svou nabídku nepodal. Z protokolu rovněž vyplývá, že zadavatel v průběhu otevírání obálek vyřadil 4 nabídky z důvodu nesplnění podmínek zadání. Následně tak zadavatel jako nejvhodnější nabídku vybral nabídku vybraného uchazeče – Tomáš Hlaváček, podnikatel, IČ 11452072, místem podnikání Křížová 73/21, 412 01 Litoměřice (dále jen „**vybraný uchazeč**“). Poté, co se všichni vyloučení uchazeči vzdali práva na odvolání, uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem dne 8. 6. 2007 smlouvu o dílo na realizaci veřejné zakázky.
4. Na základě výše uvedeného získal Úřad pochybnosti, zda zadavatel při stanovení podmínek zadání postupoval v souladu s ust. § 6 zákona, když ve výzvě stanovil, že předmětného zadávacího řízení se mohou zúčastnit pouze uchazeči, kteří byli zadavatelem vyzváni k účasti v soutěži. Proto zahájil Úřad správní řízení z moci úřední.

¹ Pokud je dále v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné v době provedení úkonu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže nebo v době provedení úkonů jednotlivých účastníků řízení.

5. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení, kterými jsou dle § 116 zákona zadavatel a vybraný uchazeč, dopisem č. j. ÚOHS-S204/2011/VZ-8940/2011/540/IMa ze dne 3. 6. 2011, ve kterém účastníky řízení seznámil se zjištěnými skutečnostmi. Dne 6. 6. 2011, 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.
6. Zadavatel se k věci vyjádřil tak, že neporušil základní zásady uvedené v ust. § 6 zákona, neboť výzva byla zveřejněna transparentním způsobem na obvyklém místě a byla všem zájemcům dána možnost vyžádat si zadávací dokumentaci a zadávacího řízení se zúčastnit. Dále zadavatel uvádí, že byl připraven dokumentaci uchazečům poskytnout a přijaté nabídky hodnotit, neboť zákon jinou možnost ani nepřipouští. Toto pak dle zadavatele vyplývá i ze skutečnosti, že byla vyvěšena výzva na úřední desce. Závěrem zadavatel konstatuje, že nebyla vznesena žádná námitka k průběhu a výsledkům zadávacího řízení a že v průběhu zadávacího řízení postupoval v souladu se zásadami uvedenými v ust. § 6 zákona.
7. Vybraný uchazeč, kterému bylo oznámení o zahájení správního řízení rovněž doručeno, se v dané lhůtě k podkladům rozhodnutí nevyjádřil.

II. Napadené rozhodnutí

8. Dne 7. 11 2011 vydal Úřad rozhodnutí, č. j. ÚOHS-S204/2011/VZ-14442/2011/540/IMa (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým vyslovil, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 6 zákona, když ve výzvě k zahájení zadávacího řízení stanovil, že zadávacího řízení „Městský hrad Úštěk – 3. etapa“ se mohou zúčastnit pouze uchazeči, kteří byli zadavatelem vyzváni k podání nabídky, a tím tak v rozporu se zákonem omezil počet možných uchazečů o veřejnou zakázku, přičemž tím mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dne 8. 6. 2007 uzavřel smlouvu o dílo s vybraným uchazečem. Za spáchání tohoto správního deliktu mu byla uložena podle ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokuta ve výši 100 000 Kč splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci napadeného rozhodnutí.
9. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že případ dle § 112 a násl. zákona přezkoumal a dospěl k závěru, že zadavatel nepostupoval v souladu se zákonem.
10. Tím, že zadavatel ve výzvě stanovil podmínku, že zadávacího řízení se mohou zúčastnit pouze uchazeči, kteří byli zadavatelem vyzváni k účasti ve výzvě, omezil v rozporu s § 6 a § 38 zákona okruh uchazečů, kteří by se mohli zúčastnit zadávacího řízení.
11. K uvedené podmínce zadavatele Úřad dále uvádí, že zákon sice v § 38 stanoví minimální počet zájemců, které je zadavatel povinen vyzvat k účasti v tomto řízení, avšak současně v odstavci 2 citovaného ustanovení zákona ukládá zadavateli povinnost výzvu vhodným způsobem uveřejnit, čímž má být umožněno, aby na zveřejněný text výzvy mohli reagovat i neoslovení dodavatelé. Svou nabídku tedy mohou podat ve zjednodušeném podlimitním řízení nejen zájemci, kteří byli zadavatelem přímo osloveni k podání nabídky, ale i ti, kteří se o výběrovém řízení dozví např. z úřední desky zadavatele. Pokud pak takovýto zájemce podá svou nabídku, je zadavatel povinen ji přijmout a následně postupovat vůči všem uchazečům

stejně (tedy nediskriminačně). Zadávací podmínky vymezené zadavatelem v šetřeném případě je nutné považovat za diskriminační, neboť zjevně brání v účasti v zadávacím řízení těm zájemcům, kteří se o výzvě k podání nabídek dozvěděli na základě jejího zveřejnění ve smyslu ust. § 38 odst. 2 zákona. Takový postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit i výběr nejvhodnější nabídky. Nelze totiž vyloučit, že by v případě neuvedení této podmínky zadavatel neobdržel ještě výhodnější nabídku od uchazeče, který nebyl zadavatelem vyzván k podání nabídky. Uvedením podmínky výzvy, že nabídku mohou podat pouze vyzvaní uchazeči, se zadavatel dopustil porušení § 6 zákona. Tento postoj vychází z rozhodovací praxe Úřadu.

12. V návaznosti na výrok o správním deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona uložil Úřad pokutu dle § 120 odst. 2 písm. a) zákona, tedy při spodní hranici sazby, kdy za přitěžující okolnost považoval fakt, že porušení, jehož se zadavatel dopustil, patří kvůbec nejzávažnějším porušením zákona o veřejných zakázkách, a přihlédl k rozpočtu zadavatele jakož i k dalším aspektům podstatným pro uložení sankce.

III. Námitky rozkladu

13. Proti napadenému rozhodnutí, doručenému právnímu zástupci zadavatele dne 9. 11. 2011, podal zadavatel rozklad ze dne 21. 11. 2011, který byl Úřadu doručen dne 22. 11. 2011.
14. V rozkladu setrval zadavatel na svých stanoviscích uváděných již v jeho vyjádření. Zadavatel považuje za nesprávné, že se Úřad zabýval anonymním podnětem, který zadavatel navíc považuje za účelový.
15. Dle zadavatele je ve věci rozhodující, že vypsání zadávacího řízení bylo veřejnosti známo, toto bylo uveřejněno na úřední desce zadavatele, žádný uchazeč nebyl odmítnut, přičemž zadavatel byl připraven ve shodě se zásadou rovného zacházení poskytnout dokumentaci i jiným než vyzvaným uchazečům. Zadavatel považuje za problematické i přitěžující okolnosti, které jsou v napadeném rozhodnutí uvedeny. Dle zadavatele nezná zpracovatel napadeného rozhodnutí místní podmínky města a historickou pravdu jeho vývoje. Tyto dvě okolnosti vylučují konkurenční prostředí, které napadené rozhodnutí předpokládá.
16. Zadavatel dává v rozkladu na zvážení, zda není na místě použít výjimku z působnosti zákona ve smyslu § 18 s přihlédnutím ke spolufinancování téhož projektu z finančního základu EHP/Norsko. Za této situace je neadekvátní použití § 120 odst. 1 písm. a) zákona, když mělo být přihlíženo také k ustanovení § 121 ods. 1 zákona z hlediska odpovědnosti zadavatele.
17. Závěrem nelze dle zadavatele přehlédnout, že k inkriminovanému jednání došlo za jiného složení zastupitelstva a orgánů města, přesto tomu neodpovídá označení osob jednajících za zadavatele, když je tuto skutečnost nutno zohlednit i v rozhodnutí, a to ve smyslu ustanovení § 120 odst. 2 zákona.

IV. Závěr rozkladu

18. Závěrem zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí přezkoumal a nově rozhodl ve shodě s argumentací uvedenou v rozkladu.

V. Řízení o rozkladu

19. Vzhledem k tomu, že Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí v rámci autoremedury, vyzval k vyjádření vybraného uchazeče coby dalšího účastníka řízení a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.
20. Vybraný uchazeč se k rozkladu vyjádřil podáním ze dne 14. 12. 2011 doručeným Úřadu dne 15. 12. 2011 tak, že se připojil k rozkladu a neměl dalších připomínek.

VI. Stanovisko předsedy Úřadu

21. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí ustavenou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal v celém rozsahu soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy, jakož i správnost napadeného rozhodnutí, tu však toliko v rozsahu námitek uplatněných v rozkladu, popřípadě vyžadoval-li to veřejný zájem, přičemž jsem dospěl k následujícímu závěru.
22. Úřad tím, že konstatoval nedodržení postupu dle § 6 zákona a shledal zadavatele vinným správním deliktem dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tak, jak je uvedeno ve výroku I. napadeného rozhodnutí, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Taktéž jsem neshledal nezákonnost postupu při ukládání pokuty dle § 120 odst. 2 písm. a) zákona. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se v plné míře ztotožnil. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

VII. K námitkám rozkladu

23. Zadavatel v rozkladu v první řadě namítá, že by se Úřad neměl zabývat podnětem, jehož oznamovatel není znám, neboť se může jednat o účelový podnět s politickým podtextem. K této námitce je nutno říct, že otázka anonymity podavatele podnětu není pro posouzení zákonnost postupu zadavatele v zadávacím řízení podstatná. Řízení ve věci bylo řádně zahájeno dle § 113 zákona z moci úřední a spekulace nad povahou podnětu nejsou ve věci relevantní. K tomuto je dále možno podotknout, že řízení je navíc zahájeno až oznámením o zahájení správního řízení, teprve od tohoto okamžiku je třeba vést správní spis a podnět ani

součástí správního spisu není (k tomu viz např. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 15. 12. 2006 č. j. 62 Ca 13/2006-64).

24. Zadavatel v rozkladu dále uvádí, že vyhlášení zadávacího řízení bylo veřejnosti známo, neboť výzva k podání nabídky byla vyvěšena na úřední desce, zadavatel byl připraven všem případným uchazečům poskytnout zadávací dokumentaci a žádného potencionálního uchazeče předem nevyloučil. Zadavatel proto postupoval transparentně a nediskriminačně.
25. Tato námitka rozkladu byla vypořádána v napadeném rozhodnutí, když je obdobou argumentu předneseného zadavatelem již v rámci vyjádření v průběhu prvostupňového řízení. Se způsobem, kterým se s ní Úřad vypořádal, se ztotožňuji.
26. Předmětem správního řízení nebyla skutečnost, že by výzva k podání nabídek nebyla řádným způsobem uveřejněna, a tato skutečnost nebyla v řízení ani sporná.
27. Zjednodušené podlimitní řízení se blíží jednacímú řízení bez uveřejnění a jsou oslovováni výzvou konkrétně určení zájemci. Je faktem, že až do 14. 9. 2010, kdy nabyla účinnosti novela zákona č. 179/2010 Sb., absentovalo v zákoně ustanovení § 38 odst. 6, které výslovně stanoví povinnost zadavatele přijmout a hodnotit nabídku dodavatele, který nebyl vyzván způsobem podle § 38 odst. 1 zákona.
28. Přesto však při výkladu ustanovení § 38 nelze odhlédnout od jeho odstavce druhého, který zadavateli ukládá povinnost uveřejnit vhodným způsobem písemnou výzvu po celou dobu trvání nabídek. Z uvedeného ustanovení je nutno dovodit, že právo podat nabídku není omezeno pouze na původní okruh vyzvaných zájemců. Proto není možné omezit ve výzvě okruh uchazečů tak, jak to učinil zadavatel, tedy zúžit okruh uchazečů na ty, kteří byli k podání nabídky zadavatelem vyzváni.
29. Na tomto závěru nic nemění současné tvrzení zadavatele, že byl připraven postupovat nediskriminačně i vůči nevyzvaným uchazečům. Je zřejmé, že omezení okruhu uchazečů přímo v zadávacích podmínkách ovlivnilo nebo přinejmenším mohlo ovlivnit rozhodnutí případných uchazečů, zda se účastnit řízení, kde nesplňují základní zadavatelovu podmínku účastenství. V této souvislosti zjevně není vyloučeno, že zadavatel právě v důsledku formulace zadávacích podmínek neobdržel žádnou jinou nabídku než nabídky vyzvaných uchazečů.
30. Pokud zadavatel vyslovuje nesouhlas s uváděnými přitěžujícími okolnostmi a uvádí, že zpracovatel napadeného rozhodnutí nezná místní podmínky města a historickou pravdu vývoje rekonstrukčního zadání, nelze se k této nespécifické námitce konkrétně vyjádřit, přičemž obecně není pochyb o tom, že v případě, že čím vyššímu počtu uchazečů je umožněna účast v zadávacím řízení, tím pravděpodobnější je možnost získat výhodnější nabídku.
31. Zadavatel v rozkladu dává na zvážení, zda nejsou v jeho případě důvody pro aplikaci výjimky ze zákona ve smyslu § 18 zákona. Tento návrh je opět velmi obecné povahy a není zřejmé,

která okolnost by aplikaci § 18 zákona umožňovala, když zadavatel sám se žádné konkrétní výjimky nedovolává.

32. Co se týká aplikace ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, tuto považuji za naprosto adekvátní. Zadavatel v daném případě nedodržel postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, konkrétně se dopustil porušení § 6 zákona, čímž mohl ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a na veřejnou zakázku uzavřel smlouvu.
33. Pokud má zadavatel zato, že vynaložil veškeré nezbytné úsilí, které by jej z odpovědnosti za delikt ve smyslu § 121 odst. 1 zákona vyvinilo, pak toto jeho tvrzení zůstává opět jen obecnou proklamací a ze zjištěného skutkového stavu takovému závěru nic nenasvědčuje. Ani z obsahu čestných prohlášení vybraného účastníka a bývalého starosty zadavatele, na která zadavatel v rozkladu odkazuje, není patrna žádná skutečnost, z níž by bylo možno dovodit, že zadavatel vynaložil veškeré úsilí, aby napravit nedostatek zadávací dokumentace.

VIII. Závěr

34. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
35. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. JUDr. Zbyněk Kiesewetter, Dr.Sc., Zavadilova 22, 160 00 Praha 6
2. Tomáš Hlaváček, Křížová 73/21, 412 01 Litoměřice

Vypraveno dne:

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