



UOHSX003RYPH

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S204/2011/VZ-14442/2011/540/IMa

V Brně dne 7. listopadu 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 6. 6. 2011 z moci úřední, jehož účastníky jsou

- zadavatel – město Ústěk, IČ 00264571, se sídlem Mírové náměstí 83, 411 45 Ústěk, zast. Pavlem Kundrátem, starostou, ve správním řízení zastoupen 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,
- vybraný uchazeč – Tomáš Hlaváček, podnikatel, IČ 11452072, s místem podnikání Křížová 73/21, 412 01 Litoměřice,

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,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – město Ústěk, IČ 00264571, se sídlem Mírové náměstí 83, 411 45 Ústěk, 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. § 6 citovaného zákona, když ve výzvě k zahájení zadávacího řízení stanovil, že zadávacího řízení „Městský hrad Ústěk – 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 - Tomášem Hlaváčkem, podnikatelem, IČ 11452072, s místem podnikání Křížová 73/21, 412 01 Litoměřice.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se podle ust. § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavateli – městu Ústěk, IČ 00264571, se sídlem Mírové náměstí 83, 411 45 Ústěk, **ukládá pokuta ve výši 100 000,- Kč** (slovy sto tisíc korun českých).

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

ODŮVODNĚNÍ

Zadávací řízení

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 – města Ústěk, IČ 00264571, se sídlem Mírové náměstí 83, 411 45 Ústěk, zast. Pavlem Kunderátem, starostou, ve správním řízení zastoupen 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 (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“). Na základě obdrženého podnětu si Úřad vyžádal vyjádření ke skutečnostem uvedeným v podnětu a příslušnou dokumentaci.
2. Z předložené dokumentace Úřad zjistil následující skutečnosti. 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, bylo v poslední kapitole obsahující ostatní ustanovení stanoveno: *„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 nejhodnější 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.

Průběh správního řízení

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.

S ohledem na výše uvedené důvody zahájil Úřad správní řízení z moci úřední.

5. Účastníky správního řízení podle ust. § 116 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - vybraný uchazeč.
6. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-S204/2011/VZ-8940/2011/540/IMa ze dne 3. 6. 2011, ve kterém účastníky řízení seznámil se zjištěnými skutečnostmi. Úřad dále účastníkům řízení usnesením č. j. ÚOHS-S204/2011/VZ-8944/2011/540/IMa z téhož dne stanovil lhůtu, v níž mohli navrhopvat důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
7. Dne 6. 6. 2011, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno prvním z účastníků řízení, bylo podle ust. § 113 odst. 1 zákona zahájeno správní řízení z moci úřední.
8. Dne 13. 6. 2011 obdržel Úřad vyjádření zadavatele. Zadavatel ve vyjádření uvádí, 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.
9. Vybranému uchazeči bylo oznámení o zahájení správního řízení a usnesení k zahájení správního řízení odesláno dne 6. 6. 2011, v místě podnikání si předmětnou dokumentaci uloženou dne 7. 6. 2011 nevyzvedl, a bylo mu tedy v souladu s ust. § 24 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, doručeno dne 17. 6. 2011. Vybraný uchazeč se v dané lhůtě k podkladům rozhodnutí nevyjádřil.

Závěry Úřadu

10. 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, 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 podmínce uvedené ve výzvě, že zadávacího řízení se mohou zúčastnit pouze uchazeči, kteří byli zadavatelem vyzváni k účasti v soutěži

11. Podle ust. § 6 zákona ve znění účinném ke dni zahájení zadávacího řízení je zadavatel povinen při postupu podle zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
12. Podle ust. § 38 odst. 1 zákona ve zjednodušeném podlimitním řízení vyzývá veřejný zadavatel písemnou výzvou nejméně 5 zájemců k podání nabídky a k prokázání splnění kvalifikace.

13. Podle ust. § 38 odst. 2 zákona písemnou výzvou podle odstavce 1 uveřejní veřejný zadavatel vhodným způsobem po celou dobu trvání lhůty pro podání nabídek.
14. S ohledem na výše citovaná ustanovení zákona a základní zásady postupu zadavatele stanovené v ust. § 6 zákona (transparentnost, rovné zacházení, zákaz diskriminace) lze konstatovat, že každý dodavatel má právo účastnit se zadávacího řízení (tj. i zjednodušeného podlimitního řízení).
15. Tím, že zadavatel ve výzvě stanovil podmínku, že zadávacího řízení se mohou zúčastnit pouze uchazeči, kteří byli zadavatelem vyzváni k účasti ve výzvě, omezil zadavatel okruh uchazečů, kteří by se mohli zúčastnit zadávacího řízení.
16. Vzhledem k obligatornímu obsahu výzvy k podání nabídek a povinnosti zadavatele uveřejnit tuto výzvu vhodným způsobem po celou dobu trvání lhůty pro podání nabídek, má každý dodavatel (tedy nejen ti dodavatelé, kteří byli zadavatelem vyzváni k podání nabídky) možnost získat informace o poskytování zadávací dokumentace, a tudíž má i právo o zadávací dokumentaci požádat a následně případně podat nabídku. Zadavatel nemůže odmítnout nabídku dodavatele pouze z důvodu, že nebyl vyzván k jejímu podání. V opačném případě by se jednalo o nedovolenou diskriminaci.
17. K uvedené podmínce zadavatele Úřad dále sděluje, že zákon sice stanoví ve svém ust. § 38 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 ust. § 6 zákona.
18. K námitce zadavatele, že v případě, pokud by nabídku podal některý z nevyzvaných uchazečů, byla by tato nabídka rovněž akceptována, Úřad uvádí, že tato námitka není relevantní, neboť dodavatelé po seznámení se s podmínkami zadávacího řízení nemohli počítat s tím, že jejich nabídka bude akceptována, tudíž neinvestovali finanční prostředky do přípravy nabídky, protože dle podmínek zadání by jejich nabídka byla s ohledem na výše uvedené ze zadávacího řízení vyřazena. Tvzení zadavatele je rovněž nutno považovat za účelové z toho důvodu, že v daném zadávacím řízení žádnou nabídku od nevyzvaného uchazeče neobdržel.
19. V této souvislosti lze odkázat např. na rozhodnutí Úřadu č.j. S312/2007/VZ-23287/2007/530/Va ze dne 19. 12. 2007, které nabylo právní moci dne 11. 1. 2008, kde je mj. rovněž konstatováno, že zadavatel postupoval v rozporu s ust. § 6 zákona, když ve výzvě stanovil podmínku, že daného zadávacího řízení se mohou zúčastnit pouze uchazeči, kteří byli

vyzváni k podání nabídky. K danému případu se pak vztahuje i stanovisko Úřadu zveřejněné na internetových stránkách Úřadu (Veřejné zakázky, Výkladová stanoviska a metodiky) „*Poskytování zadávací dokumentace, podávání nabídek dodavatelů, které zadavatel nevyzval k podání nabídek – zjednodušené podlimitní řízení*“, kde je ve vztahu ke zjednodušenému podlimitnímu řízení uvedeno, že zadavatel nemůže odmítnout nabídku dodavatele pouze z důvodu, že nebyl vyzván k jejímu podání.

20. Pokud by zadavatel ve výzvě předmětnou podmínku neuvedl, mohl obdržet i nabídky od uchazečů, které výzvou ze dne 2. 4. 2007 nevyzval k podání nabídky. Zadavatel v průběhu zadávacího řízení obdržel nabídky pouze od uchazečů, které vyzval k podání nabídky, přičemž z pěti takto obdržených nabídek komise pro otevírání obálek čtyři vyřadila již v průběhu otevírání obálek. V případě, že by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, mohl obdržet nabídky i od dalších uchazečů, kteří by byli schopni předložit nabídku obsahující všechny náležitosti uvedené v zákoně a zadávací dokumentaci.
21. Vzhledem k tomu, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ust. § 6 zákona, když ve výzvě k zahájení zadávacího řízení stanovil, že předmětného zadávacího řízení 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 tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K uložení sankce

22. 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.
23. V šetřeném případě se zadavatel dopustil správního deliktu tím, že nedodržel postup stanovený v ust. § 6 zákona, když ve výzvě k zahájení zadávacího řízení stanovil, že předmětného zadávacího řízení se mohou zúčastnit pouze uchazeči, kteří byli zadavatelem vyzváni k podání nabídky, a tím tak v rozporu se zákonem omezil počet možných uchazečů. Zadavatel tak naplnil skutkovou podstatu správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
24. Podle ust. § 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.
25. 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 30. 8. 2010. K uzavření smlouvy s vybraným uchazečem došlo dne 8. 6. 2007. Z uvedených údajů tedy vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.
26. 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 8. 6. 2007 celkem 11 511 124,70,- Kč. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky včetně DPH) tedy činí částku ve výši 575 556,- Kč.

27. 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.
28. Jako přitěžující okolnost vzal Úřad v úvahu tu skutečnost, že postup zadavatele v předmětném zadávacím řízení podstatným způsobem narušil hospodářskou soutěž a konkurenční prostředí mezi dodavateli, neboť právě k zajištění konkurence mezi dodavateli slouží zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace. Nezákonné omezení principu soutěže, na němž je zadávání veřejných zakázek založeno, je jedním z vůbec nejzávažnějších porušení zákona. V důsledku uvedených skutečností nelze vyloučit, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, mohl obdržet nabídky i od dalších dodavatelů, kteří by mu mohli nabídnout nižší cenu požadovaného plnění.
29. Jako k další přitěžující okolnosti pak Úřad přihlédl i ke skutečnosti, že předmět veřejné zakázky tvořily stavební práce v předpokládané hodnotě 11 000 000 Kč včetně DPH. V této kategorii veřejných zakázek za běžných okolností probíhá tvrdý konkurenční boj mezi jednotlivými dodavateli a zadavatel tak mohl obdržet podstatně výhodnější nabídku. Vzhledem k tomu, že podmínka, že zadávacího řízení se mohou zúčastnit pouze vyzvaní dodavatelé, byla uvedena již ve výzvě ze dne 2. 4. 2007, mohli vyzvaní dodavatelé s touto skutečností omezující soutěžní prostředí počítat již při tvorbě nabídky a nabídkovou cenu tak na základě těchto informací navýšit v neprospěch zadavatele.
30. 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 2011 činí 53 204 000,- Kč a plánované rozpočtové výdaje činí 50 335 000,- Kč (viz rozpočty uveřejněné na internetových stránkách zadavatele http://www.mesto-ustek.cz/urad_rozpocet.html). Vzhledem k tomu, že rozpočet zadavatele se pohybuje v řádu desítek milionů korun, Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel v rámci svého rozpočtu disponuje, považovat za likvidační.
31. 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. Úřad v daném případě upřednostnil preventivní funkci pokuty a uložil pokutu ve výši 100 tis. Kč, což je při spodní hranici možné výše pokuty. 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.

32. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, jak je uvedeno ve výroku II. rozhodnutí, neboť zadavatel již uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu a nápravy tedy nelze dosáhnout.
33. 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.
34. 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.
35. 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

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

1. prof. JUDr. Zbyněk Kiesewetter, DrSc., advokát, Zavadilova 1888/22, 160 00 Praha 6
2. město Ústěk, Mírové náměstí 83, 411 45 Ústěk
3. Tomáš Hlaváček, Křížová 73/21, 412 01 Litoměřice

Vypraveno dne:

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