



UOHSX003XF8D

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S319/2011/VZ-19630/2011/520/JHI

V Brně dne: 1. února 2012

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 16. 8. 2011 z moci úřední, jehož účastníky jsou:

- zadavatel – Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, IČ 00005886, Sokolovská 217/42, 190 22 Praha 9, za niž jedná Bc. Magdalena Češková, předsedkyně představenstva, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 31. 8. 2011 JUDr. Jiřím Brožem, CSc., advokátem, Advokátní kancelář BROŽ & PARTNER, Dykova 17, 101 00 Praha 10,
- vybraný uchazeč – KAR Hradec Králové, s. r. o., IČ 25962621, Na Ostrově 177, 537 01 Chrudim, za niž jedná Ing. Luboš Cekr, jednatel,

ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem – Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, IČ 00005886, Sokolovská 217/42, 190 22 Praha 9 – při zadávání veřejné zakázky „Dodávka náhradních dílů pro autobusy“, jejíž oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách zveřejněno dne 23. 9. 2010 na základě odeslání ze dne 14. 9. 2010 pod evidenčním číslem 60050221, opravný formulář byl zveřejněn dne 26. 10. 2010, do Úředního věstníku Evropské unie bylo oznámení odesláno dne 22. 9. 2010, rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, IČ 00005886, Sokolovská 217/42, 190 22 Praha 9 – se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že nedodržel postup stanovený v § 6 citovaného zákona, když zadávací dokumentace obsahovala diskriminační požadavek, resp. umožňovala podání nabídky pouze české právnické osobě, přičemž tento postup

mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel již uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem.

II.

Zadavatel – Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, IČ 00005886, Sokolovská 217/42, 190 22 Praha 9 – se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že odmítl námitky společnosti V.A.R. s. r. l. Ricambi Equivalenti Bus, C.so F.lli Cervi 23/2, 100 93 Collegno (TO), Itálie, směřující proti zadávací dokumentaci, jako neobsahující veškeré náležitosti podle § 110 odst. 7 citovaného zákona, ačkoliv stanovené náležitosti obsahovaly, a tyto nevyřídil podle § 111 odst. 1 citovaného zákona.

III.

Za spáchání správních deliktů uvedených v bodech I. a II. se zadavateli – Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, IČ 00005886, Sokolovská 217/42, 190 22 Praha 9 – podle § 120 odst. 2 písm. a) citovaného zákona o veřejných zakázkách, ukládá pokuta ve výši **500 000,- Kč (pět set tisíc korun českých)**.

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

ODŮVODNĚNÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), obdržel podnět k přezkoumání úkonů zadavatele – Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, IČ 00005886, Sokolovská 217/42, 190 22 Praha 9, za niž jedná Bc. Magdalena Češková, předsedkyně představenstva, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 31. 8. 2011 JUDr. Jiřím Brožem, CSc., advokátem, Advokátní kancelář BROŽ & PARTNER, Dykova 17, 101 00 Praha 10 (dále jen „zadavatel“) – učiněných při zadávání veřejné zakázky „Dodávka náhradních dílů pro autobusy“, jejíž oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách zveřejněno dne 23. 9. 2010 na základě odeslání ze dne 14. 9. 2010 pod evidenčním číslem 60050221, opravný formulář byl zveřejněn dne 26. 10. 2010, do Úředního věstníku Evropské unie bylo oznámení odesláno dne 22. 9. 2010. Podavatel podnětu mimo jiné poukazyval na skutečnost, že zadavatel nedodržel § 6 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona, když v zadávací dokumentaci v čl. 1 části 4 uvedl požadavek na znění rámcové smlouvy, že „Konsignant je českou právníčkou osobou zapsanou v obchodním rejstříku...“ a současně v bodu 8. zadávací dokumentace uvedl požadavek, že „Návrh smlouvy uvedený v části 4. této zadávací dokumentace nesmí uchazeč měnit nebo opravovat v neprospěch zadavatele“. Tato kombinace podmínek představovala podle podavatele podnětu faktické vyloučení zahraničních společností ze zadávacího řízení. Úřad si od zadavatele vyžádal dokumentaci o zadání předmětné veřejné zakázky. Z obdržené dokumentace Úřad zjistil tyto skutečnosti.

I. Zadávací řízení

2. Předmětem plnění veřejné zakázky jsou dodávky náhradních dílů pro všechny autobusy ve vlastnictví zadavatele dle aktuálních požadavků zadavatele, za ceny a v souladu s podmínkami stanovenými v zadávacích podmínkách a ve smlouvě. Dodavatel je podle zadavatele povinen mít náhradní díly uvedené v nákupním koši, který tvoří část 2. zadávací dokumentace, ve zřízených konsignačních skladech. Zadavatel stanovil v čl. 15. zadávací dokumentace kritérium pro zadání veřejné zakázky, a to nejnižší nabídkovou cenu rozdělenou do dílčích subkritérií:

Nabídková cena:	váha	100 %
○ Referenční nákupní koš	váha	80 %
○ Nahodilá objednávka	váha	20 %

3. V zadávací dokumentaci v čl. 1 části 4 uvedl zadavatel požadavek na znění rámcové smlouvy, že „Konsignant je českou právnickou osobou zapsanou v obchodním rejstříku...“. Zadavatel současně v bodu 8. zadávací dokumentace uvedl požadavek, že „Návrh smlouvy uvedený v části 4. této zadávací dokumentace nesmí uchazeč měnit nebo opravovat v neprospěch zadavatele“.
4. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 8. 2. 2011 vyplývá, že zadavatel obdržel nabídky celkem čtyř uchazečů. Jako nejvhodnější byla vybrána nabídka uchazeče KAR Hradec Králové, s. r. o., IČ 25962621, Na Ostrově 177, 537 01 Chrudim, za niž jedná Ing. Luboš Cekr, jednatel (dále jen „vybraný uchazeč“).

II. Námitky

5. Jelikož společnost V.A.R. s. r. l. Ricambi Equivalenti Bus, C.so F.lli Cervi 23/2, 100 93 Collegno (TO), Itálie (dále jen „stěžovatel“), považovala požadavky zadavatele uvedené v zadávací dokumentaci, konkrétně v čl. 1 části 4 a v bodu 8. zadávací dokumentace za diskriminační, podala zadavateli dne 11. 11. 2010 námitky. Ve svých námitkách stěžovatel uvedl, že získal zadávací dokumentaci k předmětné veřejné zakázce. Dále konstatoval, že „z tohoto titulu podáváme námitku, poněvadž jsme toho názoru, že se nemůžeme zúčastnit uvedené soutěže, a to z následujícího důvodu: Ve 4. části zadávací dokumentace (rámcová smlouva) uvádí zadavatel v kapitole 1.1, že účastníkem musí být česká právnická osoba. Zadavatel rovněž požaduje, aby zájemce v žádném případě neměnil text návrhu smlouvy. Společnost pocházející z jiné členské země Evropské unie, než z České republiky, je tedy vyloučena z účasti na veřejné soutěži. Jsme italská firma a z tohoto důvodu podáváme námitku. Žádáme proto, aby zadavatel veřejnou soutěž zrušil jakožto řízení, které je v rozporu s legislativou Evropské unie.“

III. Rozhodnutí o námitkách

6. Zadavatel svým rozhodnutím ze dne 18. 11. 2010 námitky stěžovatele odmítl, jelikož podle jeho vyjádření neobsahovaly uvedení újmy, jaká stěžovateli v důsledku domnělého porušení zákona hrozí. Námitky tedy podle zadavatele neobsahovaly veškeré náležitosti podle ustanovení § 110 odst. 7 zákona. Pro úplnost zadavatel uvedl, že změna s ohledem na přizpůsobení smlouvy podmínkám obou stran není změnou provedenou v neprospěch zadavatele. Takto provedená změna by pouze odrážela pravý stav, kdy je na jedné straně

smlouvy zadavatel a na druhé např. italská společnost. Ustanovení zadávací dokumentace v bodě 8. podle zadavatele pouze upozorňovalo uchazeče, aby tito neupravovali smlouvu ve svůj prospěch (např. snížením smluvních pokut, apod.). Zadavatel podle svého vyjádření „s ohledem na ustanovení zákona a příslušnou právní úpravu Evropské unie žádným způsobem neomezil okruh potenciálních zájemců o tuto veřejnou zakázku, čehož důkazem je i fakt, že nabídku k plnění této veřejné zakázky podali uchazeči z různých států Evropské unie, nikoliv pouze z České republiky.“

IV. Vyjádření zadavatele k obsahu podnětu

7. Zadavatel se k obsahu podnětu ze dne 11. 1. 2011 vyjádřil dopisem ze dne 18. 2. 2011. Ve svém vyjádření zopakoval svá tvrzení z rozhodnutí o odmítnutí námitek ze dne 18. 11. 2010 a dále uvedl, že námítka zájemce musí mimo jiné obsahovat i specifikaci újmy, která stěžovateli hrozí nebo vznikla, pokud námítka takovou specifikaci neobsahují, nemá jinou možnost a je povinen tyto námítka odmítnout. V případě, kdy stěžovatel podle zadavatele „čekal celou lhůtu k podání nabídek a námítka proti jejich znění podal až v den, kdy končila lhůta k podání námitek, zadavatel z tohoto chování stěžovatele skutečně nemohl zjistit, jaká újma mu hrozí nebo mohla hrozit, a to ani z údajného aktivního jednání stěžovatele, neboť právě absence tohoto aktivního jednání stěžovatele vedla zadavatele k závěru, že není tento zákonný předpoklad k podání námitek splněn. Kdyby se stěžovatel chtěl účastnit tohoto zadávacího řízení (a chtěl tak uplatnit újmu v nemožnosti účastnit se zadávacího řízení), zcela jistě by námítka, nebo v ideálním případě i žádost o dodatečné informace k zadávací dokumentaci podal dřív, než v poslední den lhůty pro podání nabídky. Tento jeho postup svědčí více o účelovosti podaných námitek než jeho skutečnou vůli zúčastnit se předmětného zadávacího řízení.“
8. Stěžovatel pak podle zadavatele v podnětu vznáší domněnku, že smluvní vztah se zahraničním partnerem je považován za rizikovější než vztah s partnerem sídlícím ve shodné jurisdikci. S tímto tvrzením stěžovatele zadavatel na základě svých podnikatelských zkušeností nesouhlasí, navíc podle svého vyjádření nevylučuje budoucí spolupráci se zahraničními subjekty. Výklad zadávacích podmínek stěžovatele je podle zadavatele „účelový, když, jak bylo uvedeno, úprava smluvních podmínek podle skutečného stavu nemůže být brána jako úprava smlouvy v neprospěch zadavatele. Připuštění zahraničních subjektů do zadávacího řízení je však řešena celou zadávací dokumentací, kdy se např. v rámci splnění kvalifikačních předpokladů výslovně uvádí a specifikuje, jakým způsobem tyto kvalifikační předpoklady prokazují zahraniční uchazeči (např. bod 7.1.3 Prokazování kvalifikace v případě zahraničních osob, bod 7.4.3. atd.).“ Zadavatel dále uvedl, že kdyby skutečně chtěl diskriminovat zahraniční subjekty a vyloučil je tak ze zadávacího řízení jen z důvodu uvedeného v navrhovaném znění smlouvy, tak by tento závěr nevedl pouze k diskriminaci zahraničních subjektů, ale i českých fyzických osob a sdružení, neboť ani tito by nesplnili podmínku české právnické osoby. Zadavatel podle svého vyjádření postupoval transparentně, nediskriminačně a objektivně.

V. Průběh správního řízení

9. Na základě posouzení obsahu podání, dokumentace a vyjádření zaslání zadavatelem získal Úřad pochybnosti, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem, když nespecifikoval

zadávací dokumentaci v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, resp. když umožňovala podání nabídky pouze české právnické osobě. Z uvedeného důvodu zahájil Úřad podle § 113 zákona správní řízení z moci úřední ve věci možného porušení § 6 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona. Současně Úřad zahájil správní řízení ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona zadavatelem tím, že v předmětné veřejné zakázce odmítl námitky stěžovatele proti zadávací dokumentaci, jako neobsahující veškeré náležitosti podle § 110 dost. 7 zákona, ačkoliv stanovené náležitosti obsahovaly, a tyto nevyřídil podle § 111 odst. 1 zákona.

10. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - vybraný uchazeč.
11. Zahájení správního řízení ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-S319/2011/VZ-12205/2011/520/JHI ze dne 16. 8. 2011, ve kterém je zároveň seznámil se zjištěnými skutečnostmi.
12. Úřad dále účastníkům řízení usnesením č. j. ÚOHS-S319/2011/VZ-12459/2011/520/JHI ze dne 16. 8. 2011 stanovil lhůtu, v níž mohli navrhopvat důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
13. Dnem 16. 8. 2011, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno jak zadavateli, tak vybranému uchazeči, bylo správní řízení zahájeno.
14. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S319/2011/VZ-12809/2011/520/JHI ze dne 16. 8. 2011 vydal Úřad z moci úřední podle § 117 dost. 1 písm. a) zákona, v návaznosti na § 61 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) předběžné opatření, jímž byl zadavateli uložen zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení, a to až do doby právní moci rozhodnutí.
15. Zadavatel podal dopisem ze dne 1. 9. 2011 rozklad proti rozhodnutí o předběžném opatření č. j. ÚOHS-S319/2011/VZ-12809/2011/520/JHI ze dne 16. 8. 2011. Ve svém rozkladu zadavatel uvedl, že smlouva na plnění předmětu veřejné zakázky nazvaná jako Smlouva o zřízení konsignačního skladu a Rámcová smlouva kupní byla s vybraným uchazečem již uzavřena, a to před samotným vydáním rozhodnutí nařizujícím zákaz uzavřít takovou smlouvu v zadávacím řízení. Citovaná smlouva byla oběmi smluvními stranami uzavřena již dne 8. 7. 2011.
16. Usnesením č. j. ÚOHS-S319/2011/VZ-14234/2011/520/JHI ze dne 7. 9. 2011 stanovil Úřad účastníkům řízení lhůtu, v níž mohli navrhopvat důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Současně Úřad účastníkům řízení oznámil, že vzhledem k uzavření smlouvy o zřízení konsignačního skladu a rámcové kupní smlouvy mezi zadavatelem a vybraným uchazečem je správní řízení nadále vedeno vedle možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona také ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona z důvodu porušení § 6 zákona, když zadávací dokumentace obsahovala diskriminační požadavek, resp. umožňovala podání nabídky pouze české právnické osobě, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a zadavatel již uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem.

17. Zadavatel se k podkladům rozhodnutí vyjádřil dopisem ze dne 13. 9. 2011. Ve svém vyjádření zopakoval svá tvrzení z vyjádření k obsahu podnětu ze dne 11. 1. 2011. Dále mimo jiné uvedl, že je povinností zadavatele řádně popsat a vymezit veškeré skutečnosti a náležitosti tak, aby nebylo sporu o tom, že se jedná o oprávněné a náležitě podané námitky. Pokud se dodavatel nezúčastní zadávacího řízení, může podle zadavatele podat námitky, jen pokud se prokáže, že mu postupem zadavatele vznikla újma či hrozí vznik újmy na jeho právech a současně měl zájem na získání veřejné zakázky.
18. Dále zadavatel uvedl, že dodavateli, který se neúčastnil zadávacího řízení v podobě zájemce či uchazeče, stěžímohla vzniknout újma a jen velmi výjimečně může hrozit vznik újmy. Totožná situace se ukazuje i v tomto případě, když stěžovatel nepodal námitky v průběhu lhůty k podání nabídek, ani žádost o dodatečné informace, což by nasvědčovalo tomu, že skutečně má zájem o podání nabídky v tomto zadávacím řízení, ale místo toho počkal na uplynutí lhůty k podání nabídek, aby mohl podat zcela nedůvodné námitky proti zadávací dokumentaci, přičemž podle zadavatele neprokázal újmu. Navíc, podle zadavatele zákonodárce v ustanovení § 120 odst. 1 písm. g) zákona sledoval ochranu uchazečů proti zcela výjimečným situacím a naprosto svévolnému postupu zadavatelů, k čemuž však v daném případě nedošlo.
19. Podle zadavatele je více než zřejmé, že změna s ohledem na přizpůsobení smlouvy podmínkám obou stran není v žádném případě změnou provedenou v neprospěch zadavatele. Svými požadavky nijak neomezil okruh potenciálních zájemců, když nabídku k plnění této veřejné zakázky podali i uchazeči z různých států Evropské unie (Francouzská republika, Slovenská republika), nikoliv pouze z České republiky, a to nejen právnické, ale i fyzické osoby. Zadavatel však podle svých slov tyto osoby nevyločil z důvodu, že se nejedná o české právnické osoby, což by nepochybně učinil, pokud by tuto podmínku skutečně měl v úmyslu nebo záměr jakýmkoliv způsobem aplikovat.

VI. Závěry Úřadu

20. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 6 zákona, když zadávací dokumentace obsahovala diskriminační požadavek, resp. umožňovala podání nabídky pouze české právnické osobě, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel již uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, a správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona tím, že odmítl námitky stěžovatele proti zadávací dokumentaci, jako neobsahující veškeré náležitosti podle § 110 odst. 7 zákona, ačkoliv stanovené náležitosti obsahovaly, a tyto nevyřídil podle § 111 odst. 1 zákona.

VII. Ke stanovení zadávacích podmínek

21. Podle § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
22. V zadávací dokumentaci v čl. 1 části 4 uvedl zadavatel požadavek na znění rámcové smlouvy, že „Konsignant je českou právnickou osobou zapsanou v obchodním rejstříku...“. Zadavatel současně v bodu 8. zadávací dokumentace uvedl požadavek, že „Návrh smlouvy uvedený

v části 4. této zadávací dokumentace nesmí uchazeč měnit nebo opravovat v neprospěch zadavatele“.

23. Podle zadavatele jeho požadavek směřoval k vyloučení změn smlouvy v oblasti smluvních pokut atd., Úřad však po přezkoumání předložené dokumentace o veřejné zakázce uvádí, že nikde v zadávacích podmínkách nebyl vysvětlen požadavek z čl. 8 zadávací dokumentace, jaké konkrétní změny nebo úpravy v „neprospěch zadavatele“ měl zadavatel při zpracování zadávací dokumentace na mysli, tedy jestli se týkají osoby smluvního partnera (zda je ve prospěch zadavatele uzavřít smlouvu se zahraničním partnerem), zda se to týká úpravy lhůt, smluvních pokut, práv a povinností stran. Bylo tedy jen na úvaze uchazeče, jak si tento požadavek vyloží.
24. Jak vyplývá z podaných námitek, požadavek zadavatele na osobu smluvního partnera v kontextu zadávacích podmínek byl diskriminační v tom smyslu, že pouze česká právnická osoba se mohla zúčastnit zadávacího řízení (resp. tento požadavek zadavatele nemohl být ve smlouvě změněn nebo upraven). Tato nejednoznačnost vedla k podání pouze čtyř nabídek, resp. neumožnila podat nejméně jednu další nabídku, ač o její podání měl uchazeč (v tomto případě stěžovatel), zájem.
25. Na výše uvedeném nic nemění fakt, že zadávacího řízení se zúčastnila jak zahraniční právnická osoba nebo i fyzická osoba. Důležitá je v tomto případě skutečnost, že jednání zadavatele mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že kdyby byly zadávací podmínky stanoveny jednoznačně (a tudíž nediskriminačně), nelze vyloučit, že by se zadávacího řízení zúčastnili i jiní dodavatelé, kteří mohli nabídnout výhodnější plnění.
26. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 6 zákona, když zadávací dokumentace obsahovala diskriminační požadavek, resp. umožňovala podání nabídky pouze české právnické osobě, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel již uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem.

VIII. K odmítnutí námitek

27. V ustanovení § 110 odst. 1 zákona je uvedeno, že při zadávání nadlimitních a podlimitních veřejných zakázek či v soutěži o návrh může kterýkoliv dodavatel, který má nebo měl zájem na získání určité veřejné zakázky a kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech, zadavateli podat zdůvodněné námitky.
28. Námitky lze podle § 110 odst. 2 zákona podat proti všem úkonům zadavatele a stěžovatel je musí doručit zadavateli do 15 dnů ode dne, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozví, nejpozději však do doby uzavření smlouvy.
29. Námitky proti zadávacím podmínkám musí stěžovatel podle § 110 odst. 3 zákona doručit zadavateli nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek.
30. Podle § 110 odst. 7 zákona se námitky podávají písemně. V námitkách musí stěžovatel uvést, kdo je podává, proti kterému úkonu zadavatele směřují a v čem je spatřováno porušení zákona. V námitkách podle odstavců 2, 3 a 5 citovaného ustanovení musí být uvedeno, jaká újma stěžovateli v důsledku domnělého porušení zákona hrozí nebo vznikla a čeho se stěžovatel domáhá. Jde-li o námitky podle odstavce 2, musí stěžovatel v námitkách uvést též

skutečnosti rozhodné pro stanovení okamžiku, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozvěděl. Námitky neobsahující náležitosti podle tohoto odstavce zadavatel odmítne a bezodkladně písemně uvědomí o této skutečnosti stěžovateli. Podání námitek řádně a včas je podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání postupu zadavatele ve stejné věci. Návrh na uložení zákazu plnění smlouvy podle § 114 odst. 2 může stěžovatel podat bez předchozího podání námitek.

31. Zadavatel podle § 111 odst. 1 zákona přezkoumá podané námitky v plném rozsahu a do 10 dnů od obdržení námitek odešle stěžovateli písemné rozhodnutí o tom, zda námitkám vyhovuje či nikoliv, s uvedením důvodu. Vyhoví-li zadavatel námitkám, uvede v rozhodnutí způsob provedení nápravy.
32. Podle čl. IV.3.4 oznámení o zakázce byla lhůta pro doručení nabídek 11. 11. 2010.
33. Stěžovatel ve svých námitkách ze dne 11. 11. 2010, směřujícím proti zadávacím podmínkám, které byly zadavateli doručeny dne 16. 11. 2010, konkrétně uvedl, že získal zadávací dokumentaci k předmětné veřejné zakázce. Dále konstatoval, že „z tohoto titulu podáváme námitku, poněvadž jsme toho názoru, že se nemůžeme zúčastnit uvedené soutěže, a to z následujícího důvodu:

Ve 4. části zadávací dokumentace (rámcová smlouva) uvádí zadavatel v kapitole 1.1, že účastníkem musí být česká právnická osoba. Zadavatel rovněž požaduje, aby zájemce v žádném případě neměnil text návrhu smlouvy. Společnost pocházející z jiné členské země Evropské unie, než z České republiky, je tedy vyloučena z účasti na veřejné soutěži. Jsme italská firma a z tohoto důvodu podáváme námitku. Žádáme proto, aby zadavatel veřejnou soutěž zrušil jakožto řízení, které je v rozporu s legislativou Evropské unie.“
34. Zadavatel námitkám stěžovatele rozhodnutím nevyhověl, jelikož podle jeho vyjádření neobsahoval uvedení újmy, jaká stěžovateli v důsledku domnělého porušení zákona hrozí. Námitky tak podle zadavatele neobsahovaly veškeré náležitosti podle ustanovení § 110 odst. 7 zákona.
35. Úřad na základě zjištěných skutečností uvádí, že hrozící či vzniklá újma nemusí být v námitkách vyjádřena konkrétní skutečností, neboť postačuje obecný poukaz na hrozící újmu, například i na skutečnost, že nabídka uchazeče nebude v důsledku porušení zákona zadavatelem vybrána jako nejvhodnější nebo, že se dodavatel nemůže zúčastnit zadávacího řízení z důvodu stanovení diskriminačních zadávacích podmínek. V případě dodavatele, který se nemůže zúčastnit zadávacího řízení, a který tak přichází o možnost zakázku získat, lze vznik újmy zcela jednoznačně spojovat s ušlým ziskem vyplývajícím z nemožnosti veřejnou zakázku realizovat. Stěžovatel ve svých námitkách jednoznačně uvedl, že se nemůže zúčastnit předmětného zadávacího řízení. Pro úplnost Úřad doplňuje, že stěžovatel dodržel zákonem stanovenou lhůtu pro podání námitek proti zadávací dokumentaci a jím podané námitky splnily všechny náležitosti vyžadované zákonem.
36. Zadavatel nadto v odmítnutí námitek uvádí jako jediný důvod odmítnutí fakt, že námitky neobsahují tvrzení o vzniklé či hrozící újmě. Toto odůvodnění se však nezakládá na pravdě, neboť námitky navrhovatele takové tvrzení obsahují včetně specifikace újmy, když stěžovatel uvedl, že z důvodu diskriminačně stanovených zadávacích podmínek je vyloučen z účasti

v zadávacím řízení a nemůže se tak ucházet o získání předmětné veřejné zakázky. Námitky tedy měly být vyřízeny v souladu se zákonem.

37. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že zadavatel se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona tím, že odmítl námitky navrhovatele proti zadávacím podmínkám jako neobsahující náležitosti podle § 110 odst. 7 zákona, ačkoliv stanovené náležitosti obsahovaly, a tyto námitky nevyřídil podle § 111 odst. 1 zákona.

IX. Uložení sankce

38. Podle ustanovení § 120 odst. 1 zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že:
- 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,
 - zruší zadávací řízení, aniž byly naplněny podmínky podle § 84
 - nepořídí nebo neuchová dokumentaci o veřejné zakázce podle § 109 a § 155, nebo
 - nesplní povinnost stanovenou v § 146 a v § 147 pro uveřejňování.
39. Zadavatel se při zadávání veřejné zakázky „Dodávka náhradních dílů pro autobusy“ dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 6 zákona, když zadávací dokumentace obsahovala diskriminační požadavek, resp. umožňovala podání nabídky pouze české právnické osobě, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel již uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, a správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona tím, že odmítl námitky stěžovatele proti zadávací dokumentaci, jako neobsahující veškeré náležitosti podle § 110 odst. 7 zákona, ačkoliv stanovené náležitosti obsahovaly, a tyto nevyřídil podle § 111 odst. 1 zákona.
40. Podle ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny veřejné zakázky nebo do 10 000 000,- Kč, pokud cena zakázky nebyla nabídnuta, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a) tohoto zákona.
41. Podle § 120 odst. 2 písm. b) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 10 000 000,- Kč, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. b), e), f) nebo g).
42. V souladu se zásadou absorpce v rámci správněprávního trestání Úřad ve správním řízení uloží pokutu podle přísněji trestného správního deliktu, proto se Úřad nejprve zabýval otázkou, jaký delikt je v šetřeném případě nejzávažnější, tj. za který je možno uložit nejpřísnější sankci.
43. Cenu veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu, a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, nelze s ohledem na skutečnost, že se podle čl. II.1.4 oznámení o zakázce jedná o uzavření rámcové smlouvy s jedním účastníkem na dobu 8 let, určit. V předmětném případě tedy horní hranice možné pokuty činí částku ve výši 10 000 000,- Kč, a to jak v případě konstatování správního deliktu spáchaného podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, tak v případě konstatování správního deliktu spáchaného podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona.
44. Podle § 121 odst. 2 zákona při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, se přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho

následkům, a k okolnostem, za nichž byl spáchán. 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.

45. V návaznosti na posledně citované ustanovení 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 podnětu, který obdržel dne 14. 1. 2011. Ke spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona došlo dne 8. 7. 2011, kdy zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na plnění předmětné veřejné zakázky, ke spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona došlo dne 18. 11. 2010, kdy zadavatel odmítnul námitky stěžovatele. Z uvedených údajů vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za žádný ze spáchaných správních deliktů nezanikla.
46. 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.
47. Zadavatel se dopustil správního deliktu tím, že dne 8. 7. 2011 uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem na předmětnou veřejnou zakázku, přičemž nedodržel postup pro zadání veřejné zakázky stanovený zákonem (konkrétně porušil jednu ze základních zásad – zákaz diskriminace), stejně jako nedodržel postup pro vyřízení námitek podle zákona. Úřad konstatuje, že porušení zákazu diskriminace, tedy jednu ze zásad, na kterých je zadávání veřejných zakázek založeno, je jedním z nejzávažnějších porušení zákona, jehož hlavním cílem je zajištění účinné konkurence a efektivní hospodářské soutěže. Výše uvedené porušení zákona vedlo k tomu, že diskriminačně stanovené zadávací podmínky měly vliv na okruh potenciálních dodavatelů, resp. mohly ovlivnit účast více dodavatelů v předmětném zadávacím řízení, a tedy vliv na výběr nejvhodnější nabídky. V důsledku uvedeného postupu zadavatele nelze vyloučit, že v případě, kdy by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, mohl obdržet i nabídky jiných dodavatelů (mimo jiné stěžovatele), kteří by mohli předložit ekonomicky výhodnější nabídky než vybraný uchazeč. Zadavatel dále pochybil při vyřízení námitek stěžovatele, které dne 18. 11. 2010 odmítl jako neobsahující újmu, ač tuto újmu obsahovaly, a nevyřídil je podle § 111 odst. 1 zákona. K výše uvedeným pochybením přihlédl Úřad při stanovení výše pokuty.
48. 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.
49. Vzhledem k nutnosti naplnění sankčních účinků, zejména předcházení budoucího porušování zákona, má Úřad za to, že nelze zcela minimalizovat výši sankčního postihu. Úřad při stanovení výše pokuty dále zohlednil skutečnost, že uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocítována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání.

50. Pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem – a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Po zvážení veškerých okolností šetřeného případu a uvážení všech argumentů pro i proti zadavateli, Úřad při určení výměry uložené pokuty posoudil její výši stanovenou v hodnotě 500 000,- Kč vzhledem k souvislostem případu a ve vztahu k výše uvedenému, a to zejména s ohledem na okolnosti, za nichž byl správní delikt spáchán, jako dostačující, přičemž z tohoto důvodu akcentoval ve vztahu k zadavateli právě preventivní účinek uložené sankce.
51. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu v Brně zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČ zadavatele.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů 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. Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, Sokolovská 217/42, 190 22 Praha 9
2. JUDr. Jiří Brož, CSc., advokát, Advokátní kancelář BROŽ & PARTNER, Dykova 17, 101 00 Praha 10
3. KAR Hradec Králové, s. r. o., Na Ostrově 177, 537 01 Chrudim

Vypraveno dne:

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