



UOHSX004R690

PŘESEDÁ ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R281/2012/VZ-1905/2013/310/DBa

Brno 1. února 2013

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 9. 10. 2012 (doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 10. 10. 2012) podaném zadavatelem –

- **Lesy České republiky, s.p.**, IČ 42196451, se sídlem Přemyslova 1106/19, 501 68 Hradec Králové, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 1. 3. 2012 Mgr. Jakubem Kotrbou, advokátem, Advokátní kancelář Jansta, Kostka spol. s r.o., se sídlem Těšnov 1/1059, 110 00 Praha 1,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S338/2012/VZ-17932/2012/520/JHI ze dne 24. 9. 2012, ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavatelem tím, že v nadlimitní veřejné zakázce „**Dodávky osobních ochranných pracovních prostředků (rámcová smlouva)**“, zadávané v otevřeném zadávacím řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 14. 5. 2010 pod ev. č. 60045006, nevymezil předmět veřejné zakázky v souladu s ustanovením § 44 odst. 1 zákona v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, přičemž dne 25. 10. 2010 uzavřel rámcovou smlouvu s vybraným uchazečem CANIS PLUS s.r.o., IČ 26846641, se sídlem U Skály 70/62, 725 26 Ostrava, jsem podle § 152 odst. 5 písm. a) 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 č. j. ÚOHS-S338/2012/VZ-17932/2012/520/JHI ze dne 24. 9. 2012

r u š í m

a věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

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 podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹, k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel dne 8. 11. 2011 podnět k přezkoumání úkonů zadavatele – Lesy České republiky s.p., IČ 42196451, se sídlem Přemyslova 1106/19, 501 68 Hradec Králové (dále jen „**zadavatel**“), učiněných při zadávání nadlimitní veřejné zakázky „Dodávky osobních ochranných pracovních prostředků (rámcová smlouva)“ (dále jen „**veřejná zakázka**“), zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 14. 5. 2010 pod ev. č. 60045006.
2. V podnětu stěžovatel upozorňuje na možné porušení (obcházení) zákona zadavatelem při zadávání veřejné zakázky. Úřad si od zadavatele vyžádal dokumentaci o zadání veřejné zakázky.
3. Předmětem plnění veřejné zakázky je podle čl. 2 zadávací dokumentace „*dodávka osobních ochranných pracovních prostředků v obvyklém sortimentu (pracovní oděvy, pracovní obuv, pracovní rukavice, ochranné pracovní pomůcky) a poskytnutí doplňujících služeb (opatření vybraných předmětů logem), vše za podmínek stanovených závazným návrhem rámcové smlouvy, který je přílohou č. 2 této zadávací dokumentace, v rozsahu specifikovaném zadavatelem podle jeho potřeb v jednotlivých objednávkách.*“ Z čl. 2 zadávací dokumentace dále vyplývá, že zadavatel je oprávněn v průběhu plnění veřejné zakázky „*objednávat zboží v plné šíři sortimentu uvedeného uchazečem v příloze č. 1 rámcové smlouvy Ceník kompletního sortimentu.*“
4. V čl. 7.1 zadávací dokumentace jsou stanoveny požadavky na způsob zpracování nabídkové ceny. Zadavatel uvedl, že „*pro hodnocení nabídek bude využita nabídková cena (bez DPH) stanovená uchazečem za vzorový koš ve složení uvedeném v příloze č. 4 této zadávací*

¹ Pozn.: Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu § 26 zákona v návaznosti na § 158 odst. 1 a 2 zákona.

dokumentace. Vzorový koš byl sestaven na základě vyhodnocení dosavadních nákupních potřeb zadavatele v oblasti nákupu ochranných pracovních oděvů, obuvi a pomůcek a zahrnuje nejvýznamnější dosud nakupované položky. Údaje o odhadované spotřebě uvedené v tabulce pro jednotlivé položky zahrnuté do vzorového koše vycházejí z vyhodnocení nákupů provedených v minulých letech, vztahují se k období jednoho roku a slouží pro výpočet nabídkové ceny. Reálná množství zboží, odebraná na základě rámcové smlouvy uzavřené v tomto zadávacím řízení, se mohou od uvedených předpokládaných množství lišit, to však nemůže mít vliv na jednotkovou cenu za předmět plnění.“

5. V čl. 9.2 zadávací dokumentace zadavatel uvádí: „Příloha č. 1 rámcové smlouvy Ceník kompletního sortimentu bude zpracována v elektronické podobě ve formátu MS Office nebo kompatibilním (na datovém nosiči CD nebo DVD), v českém jazyce, ve dvou provedeních (po jednom pro originál nabídky a kopii nabídky). Nosič bude označen názvem uchazeče, názvem veřejné zakázky a popisem „Příloha č. 1 rámcové smlouvy – Ceník kompletního sortimentu.“ Obsahem přílohy č. 1 rámcové smlouvy Ceník kompletního sortimentu bude kompletní elektronický katalog (s kompletním sortimentem osobních ochranných pracovních prostředků nabízených uchazečem – tedy nikoliv v rozsahu položek vzorového koše zboží) s uvedením speciálních cen platných pro zadavatele ve všech položkách katalogu. Katalog bude pro každou položku obsahovat označení a popis zboží, katalogové číslo, speciální cenu pro zadavatele bez DPH, vyobrazení zboží, nabízené velikosti a další informace.“
6. Zadavatel v čl. 11 zadávací dokumentace stanovil jako základní hodnotící kritérium pro zadání veřejné zakázky ekonomickou výhodnost nabídky s těmito dílčími hodnotícími kritérii:
 - Nabídková cena (váha 70 %),
 - Výše uplatnitelného náhradního plnění (váha 20 %),
 - Funkční a estetické vlastnosti předmětů (váha 10 %).
7. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 26. 8. 2010 Úřad zjistil, že zadavatel obdržel nabídky celkem pěti uchazečů, přičemž jako nejvýhodnější byla vybrána nabídka uchazeče CANIS PLUS s.r.o., IČ 26846641, se sídlem U Skály 70/62, 725 26 Ostrava (dále jen „**vybraný uchazeč**“).
8. Přílohou č. 1 nabídky vybraného uchazeče byl DVD nosič označený „CANIS PLUS s.r.o. DODÁVKY OOPP PŘÍLOHA č. 1 RÁM. SML. CENÍK KOMPLETNÍHO SORTIMENTU“, tak, jak požadoval zadavatel v zadávací dokumentaci.
9. Zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem dne 25. 10. 2010 rámcovou smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky (dále jen „**rámcová smlouva**“).
10. Na základě posouzení obsahu podání, dokumentace a vyjádření zadavatele k podnětu získal Úřad pochybnosti, zda se zadavatel nedopustil spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, když nevymezil předmět veřejné zakázky v souladu s ustanovením § 44 odst. 1 zákona v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, resp. když poptával plnění nespécifikované v předmětu plnění zadávacího řízení a v nabídce vybraného uchazeče.
11. Zahájení správního řízení ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem oznámil Úřad zadavateli dopisem č. j. ÚOHS-S338/2012/VZ-10992/2012/520/JHI ze dne 13. 6. 2012,

ve kterém ho zároveň seznámil se zjištěnými skutečnostmi. Současně Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S338/2012/VZ-11043/2012/520/JHI z téhož dne zadavateli stanovil lhůtu, v níž mohl navrhnout důkazy a činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Dnem 14. 6. 2012, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno zadavateli, bylo správní řízení zahájeno.

II. Napadené rozhodnutí

12. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 24. 9. 2012 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S338/2012/VZ-17932/2012/520/JHI (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým ve výroku I. rozhodl, že zadavatel se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 44 odst. 1 zákona, jelikož v zadávací dokumentaci nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, když poptával plnění nspecifikované v předmětu plnění zadávacího řízení a v nabídce vybraného uchazeče, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel již uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem. Součástí smlouvy jsou i plnění na dodávky, které nebyly předmětem zadávacího řízení. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. uložil zadavateli pokutu podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona ve výši 1 000 000,- Kč.
13. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad odkázal na § 44 odst. 1 zákona a na čl. 2, čl. 7.1 a čl. 9.2 zadávací dokumentace. Dále Úřad konstatoval, že nelze-li rozsah potřeb zadavatele stanovit naprosto přesně (tj. zadavatel nezná přesné množství dodávek), je vždy nezbytné, aby zadavatel v podmínkách zadání určil alespoň předpokládaný rozsah plnění veřejné zakázky a dobu trvání smlouvy tak, aby uchazeči mohli v nabídkách předložit nabídkovou cenu. V takovém případě pak může zadavatel v podmínkách zadání veřejné zakázky stanovit, že uchazeč bude předmět plnění veřejné zakázky realizovat podle skutečných potřeb zadavatele a že fakturování a placení bude prováděno podle skutečně provedené práce, dodávek nebo služeb, aby vztah mezi zadavatelem a uchazečem při plnění veřejné zakázky odpovídal realitě. To znamená, že zadavatel, nezná-li přesně množství dodávek, které bude v průběhu plnění veřejné zakázky odebírat, definuje v zadávací dokumentaci pouze „model“ dodávek na základě předpokládaného celkového množství. Nicméně, je vždy nezbytné, aby množství bylo jedinou „neznámou proměnnou“, neboť předmět zakázky, tj. specifikace toho, oč se soutěží (poptávaný sortiment), musí být přesně vymezeno.
14. Z výše uvedeného vyplývá, že zadavatel v zadávací dokumentaci konkretizoval dodávky zboží pouze ve vztahu k vyžádaným vzorkům a vzorovému koši, prostřednictvím něhož se hodnotila nabídková cena. Sám zadavatel uvedl, že vzorový koš obsahuje nejvýznamnější nakupované položky, ne tedy všechny. Nikde jinde v zadávacích podmínkách však nebyl stanoven předmět veřejné zakázky, tedy kompletní sortiment, který zadavatel následně poptával na základě uzavřené rámcové smlouvy. Tento závěr Úřadu je potvrzen již samotnou dikcí zadávací dokumentace, kde z čl. 9.2 vyplývá, že „Příloha č. 1 rámcové smlouvy – Ceník kompletního sortimentu“ bude podkladem pro jednotlivé objednávky zadavatele na základě uzavřené rámcové smlouvy. Zadavatel tedy stanovení předmětu veřejné zakázky nechal na libovůli uchazečů, když ve vzorovém koši vyznačil pouze zhruba pětinu poptávaného sortimentu (228 položek), a následně poptával zboží ze sortimentu uvedeného v příloze nabídky vybraného uchazeče, tedy zboží, které nebylo zadavatelem v zadávacích

podmínkách převážně konkretizováno ani požadováno, dohromady cca 1000 položek, o které de facto neproběhla soutěž, neboť nabídkové ceny těchto položek nebyly hodnoceny.

15. Toto jednání zadavatele mohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť pokud by zadavatel vymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky (tedy všechny později poptávané položky), mohl obdržet nabídky od více dodavatelů, kteří obchodují s poptávaným sortimentem. Tím, že vymezil pouze vzorový koš (pro potřeby hodnocení nabídek), mohl u dodavatelů vzbudit dojem, že objednávky zadavatele se budou týkat pouze a především sortimentu uvedeného ve vzorovém koši, což by při detailním rozepsání kompletního poptávaného sortimentu zadavatelem nebylo ani tak na závadu, na rozdíl od předmětného zadávacího řízení, kdy dodavatelé neměli možnost získat žádné další indicie, co bude předmětem jednotlivých objednávek zadavatele. Takto zkráceně konkretizovaný (resp. nevymezený) předmět veřejné zakázky (pouze prostřednictvím vzorového koše) mohl způsobit, že poptávané plnění přestalo být pro potenciální dodavatele zajímavé, a proto nepodali v zadávacím řízení nabídku.
16. Výše uvedené pochybení zadavatele bylo umocněno skutečností, že zadavatel poptával nejen zboží neuvedené v zadávacích podmínkách, ale i zboží neuvedené v Příloze č. 1 rámcové smlouvy vybraného uchazeče – **Ceník kompletního sortimentu (dále jen „Ceník kompletního sortimentu vybraného uchazeče“)**, tedy v rozporu s nabídkou vybraného uchazeče. Zadavatel tedy na základě jednotlivých objednávek poptával nevysoutěžené zboží (nespecifikované v zadávacích podmínkách a nabídce vybraného uchazeče). Celková částka takto objednaného a následně vyfakturovaného zboží byla v celkové hodnotě cca 10 mil. Kč bez DPH, což je vzhledem k předpokládané hodnotě veřejné zakázky (11 mil. Kč) nezanedbatelná částka. Výše uvedené vyplývá z jednotlivých faktur, které vybraný uchazeč zadavateli vystavil za zboží objednané na základě předmětné rámcové smlouvy. Z těchto faktur vyplývá, že zadavatel mimo jiné objednával a proplácel zboží, které nebylo uvedeno v Ceníku kompletního sortimentu vybraného uchazeče tvořícího součást nabídky vybraného uchazeče (např. položky: bunda zimní s membránou 1500-38, kalhoty lesy 1500-38, kalhoty lesy 1500-39, spodky Devold 2501 a tričko Devold 2501), ani ve vzorovém koši, zadavatel tedy s těmito objednávkami v zadávacích podmínkách nepočítal.
17. Zadavatel ve svém vyjádření uvedl, že se jednalo pouze o záměnu v označení zboží, dle jeho názoru byl veškerý objednaný sortiment obsažen v Ceníku kompletního sortimentu vybraného uchazeče. Podle názoru Úřadu se toto tvrzení zadavatele nezakládá na pravdě. Z nabídky vybraného uchazeče, konkrétně z přiloženého DVD nosiče označeného „CANIS PLUS s.r.o. DODÁVKY OOPP PŘÍLOHA č. 1 RÁM. SML. CENÍK KOMPLETNÍHO SORTIMENTU“ lze získat informace o nabízeném zboží (sortimentu). Zboží uvedené v odstavci 16. tohoto rozhodnutí není nikde v Ceníku kompletního sortimentu vybraného uchazeče uvedeno, neshoduje se tedy nejen označení (jak tvrdil zadavatel), ale i cena, zjednodušeně řečeno, v nabídce vybraného uchazeče není žádná položka, která by se jak cenou, nebo označením shodovala se zbožím objednaným a následně zadavatelem proplaceným.
18. Zadavatelem ve správním řízení předložená (dne 2. 7. 2012) část Ceníku kompletního sortimentu vybraného uchazeče, obsahující objednané a proplacené zboží (pouze jinak označené), se v žádném případě neshoduje s Ceníkem kompletního sortimentu vybraného uchazeče, který tvoří součást nabídky vybraného uchazeče. Z důkazu předloženého

zadavatelem vyplývá, že zadavatel (či vybraný uchazeč) vložil ve složce „ODĚVY“ mezi podsložky „Speciální oděvy“ a „Kožené zástěry a doplňky“ další podsložku označenou „Speciální komodity LESY ČR“, což je v rozporu s Ceníkem kompletního sortimentu vybraného uchazeče obsaženého v nabídce vybraného uchazeče. Zadavatel v rámci správního řízení předložil Úřadu upravený Ceník kompletního sortimentu vybraného uchazeče obsahující všechno zboží, které zadavatel objednal a následně vybranému uchazeči proplatil, nicméně tento upravený Ceník kompletního sortimentu vybraného uchazeče nekoresponduje s nabídkou vybraného uchazeče, zadavatel tedy poptával zboží neuvedené v nabídce vybraného uchazeče.

19. V části odůvodnění zabývající se uložením sankce Úřad nejprve odkázal na relevantní ustanovení zákona. Úřad dále uvedl, že 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. 2 zadávací dokumentace jedná o uzavření rámcové smlouvy s jedním účastníkem na dobu 2 let, určit, protože smluvní vztah doposud trvá. V předmětném případě tedy horní hranice možné pokuty činí částku ve výši 10 000 000,- Kč.
20. Úřad dále konstatoval, že nevymezení předmětu veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky je jedním z nejzávažnějších porušení zákona. Nevymezení předmětu veřejné zakázky, resp. jeho zkrácené vymezení pouze vzorovým košem (pro účely hodnocení) mohlo mít vliv na okruh potenciálních dodavatelů, resp. mohlo ovlivnit účast dodavatelů v předmětném zadávacím řízení, a v důsledku toho ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Lze tedy oprávněně předpokládat, že v případě, kdy by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, mohl obdržet i nabídky jiných dodavatelů, kteří by mohli předložit ekonomicky výhodnější nabídky než vybraný uchazeč, pokud by ze zadávací dokumentace získali větší (úplné) povědomí o předmětu veřejné zakázky.
21. Dle Úřadu se uložená pokuta nemůže jevit jako vysoká, neboť s ohledem na značnou výši maximální hranice pokuty za zadavatelem spáchaný správní delikt, tj. 10 000 000,- Kč, je pokuta 1 000 000,- Kč uložena v dolní hranici zákonné sazby. Při stanovení výše pokuty Úřad přihlédl i k ekonomické situaci zadavatele. Úřad při stanovení výše pokuty dále zohlednil skutečnost, že uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocitována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání.
22. 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. 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 1 000 000,- 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.

III. Námitky rozkladu

23. Proti napadenému rozhodnutí obdržel Úřad v zákonné lhůtě dne 10. 10. 2012 rozklad zadavatele. Zadavatel má v první řadě za to, že výrok I. napadeného rozhodnutí je nesrozumitelný a nelogický, a jednání, které je v tomto výroku popsáno, není správním deliktem. Předně zadavatel uvádí, že § 44 odst. 1 zákona nestanoví jakýkoli postup, tudíž ani postup, který by mohl být zadavatelem porušen. Dále není dle zadavatele vůbec zřejmé, jak by mohla skutečnost, že zadavatel „*poptával plnění nespecifikované v předmětu plnění zadávacího řízení a v nabídce vybraného uchazeče*“ implikovat, že zadavatel „*v zadávací dokumentaci nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky.*“
24. Zadavatel dále nesouhlasí se závěry Úřadu, dle kterých zadavatel nedostatečným způsobem vymezil předmět veřejné zakázky. Zadavatel v rozkladu uvádí, že zcela jednoznačně vymezil předmět veřejné zakázky v souladu s požadavky uvedenými v § 44 odst. 1 zákona, tj. v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Všichni uchazeči tak mohli podat a také podali nabídky, které bylo možné objektivně porovnat. Zadavatel uvádí, že položky kompletního sortimentu uchazečů, které nebyly součástí vzorového koše, neměly jakýkoliv vliv na hodnocení nabídek, tudíž ani na výběr nejvhodnější nabídky. Zadavatel má tedy za to, že nebyl naplněn tento znak skutkové podstaty správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
25. Zadavatel dále uvádí, že praxe, kdy je pro účely hodnocení nabídek sestaven vzorový koš nejčastěji nakupovaných položek s tím, že na základě smluvních podmínek upravených v rámcové smlouvě je možné objednávat položky kompletního sortimentu z ceníku vybraného uchazeče, je u obdobných veřejných zakázek zcela běžná a jedině možná. Není totiž objektivně možné, aby zadavatelé provedli zcela vyčerpávající výčet všech konkrétních položek, které bude nutné nakoupit. Nemožnost sestavit takový zcela vyčerpávající seznam osobních ochranných pracovních prostředků je navíc v případě zadavatele dána specifickou povahou činností vykonávaných zadavatelem, resp. jeho zaměstnanci. Na podporu tvrzení, že je zcela obvyklá praxe, kdy je pro účely hodnocení nabídek sestaven vzorový koš a následně realizovány objednávky kompletního sortimentu, zadavatel uvádí osm obdobných veřejných zakázek různých zadavatelů.
26. Zadavatel se dále domnívá, že měl-li Úřad za to, že zadavatel v rámci dílčích veřejných zakázek (objednávek podle rámcové smlouvy) poptával a nakupoval zboží, které nebylo předmětem veřejné zakázky, pak měl své závěry o spáchání správního deliktu konstatovat pouze ve vztahu k těmto dílčím veřejným zakázkám, resp. pouze ve vztahu k nákupům zboží, které nebylo předmětem veřejné zakázky. Úřad dle zadavatele pochybil, pokud údajné deliktní jednání konstatoval ve vztahu k veřejné zakázce jako celku. Vytýkané pochybení zadavatele Úřad v napadeném rozhodnutí konkretizuje pouze k položkám „*bunda zimní s membránou 1500-38, kalhoty lesy 1500-38, kalhoty lesy 1500-39, spodky Devold 2501 a tričko Devold 2501*“. Žádné další pochybení zadavatele Úřad konkrétně neuvedl, přičemž však spáchání správního deliktu konstatoval a pokutu za správní delikt uložil ve vztahu k celé veřejné zakázce. Takový postup, kdy Úřad správní delikt skutkově vymezí pouze uvedením příkladu pochybení zadavatele, avšak spáchání správního deliktu konstatoje i ve vztahu k jinému jednání, které však již konkrétně nespecifikuje, přičemž sankci uloží i za takové konkrétně nespecifikované jednání, je zcela nepřípustný, nezákonný a v rozporu se zásadami

správního trestání. Ani případné dílčí nesrovnalosti mezi Ceníkem kompletního sortimentu vybraného uchazeče předloženým v nabídce a ceníkem, který byl přílohou rámcové smlouvy (viz odstavec 29. napadeného rozhodnutí), dle zadavatele neznamenaají, že by se zadavatel dopustil správního deliktu tak, jak je vymezen ve výroku I. napadeného rozhodnutí.

27. Z konstrukce deliktního jednání tak, jak jej popisuje Úřad, dle zadavatele vyplývá, že zadavatel se měl dopustit jednání spočívajícího v „*poptávání plnění nespecifikovaného v předmětu plnění zadávacího řízení a v nabídce vybraného uchazeče*“ dne 25. 10. 2010. Zadavatel však objednávky na základě rámcové smlouvy realizoval průběžně po uzavření rámcové smlouvy, přičemž dne 25. 10. 2010 žádné plnění nepoptával. Jednání, které bylo Úřadem kvalifikováno jako správní delikt, se tak zadavatel nedopustil.
28. Zadavatel dále uvádí, že tvrzení Úřadu, že „*zadavatel poptával nejen zboží neuvedené v zadávacích podmínkách, ale i zboží neuvedené v příloze 1. rámcové smlouvy*“, je zcela nepravdivé, neboť zadavatel objednával pouze zboží, které bylo uvedeno v ceníku kompletního sortimentu, který byl přílohou rámcové smlouvy. Nesrovnalosti mezi objednávkami a fakturami byly způsobeny pouze nesprávným kódovým označením zboží na fakturách vystavených vybraným uchazečem.
29. K nezákonnosti výroku II. napadeného rozhodnutí zadavatel v rozkladu uvádí, že má za to, že cenu veřejné zakázky lze stanovit zcela přesně a jednoznačně. Cena veřejné zakázky je dána součtem všech plateb za dodané zboží objednané podle rámcové smlouvy. Na možnost určení této ceny dle zadavatele nemá žádný vliv skutečnost, že smluvní vztah založený rámcovou smlouvou dosud trvá. Postup Úřadu byl nejen v rozporu se zákonem, ale rovněž v neprospěch zadavatele. Pokud by Úřad při stanovení základu pro výpočet pokuty vycházel ze skutečné ceny veřejné zakázky, tj. z částky 28 700 119,- Kč, pak by maximální hranice pokuty byla 1 435 006,- Kč. Pokud pak Úřad z maximální částky 10 000 000,- Kč, ze které vycházel při uložení pokuty, uložil pokutu ve výši 10 % z této částky, pak by z maximální hranice pokuty 1 435 006,- Kč uložil pokutu ve výši 143 500,- Kč.
30. Zadavatel dále v rozkladu namítá, že Úřad neměl při stanovení výše pokuty vycházet ani z celkové ceny veřejné zakázky, ale pouze z ceny odpovídající součtu cen dílčích veřejných zakázek, v rámci kterých se zadavatel měl dle Úřadu dopustit porušení zákona, tedy z ceny plnění, které zadavatel poptával a které nebylo specifikováno „*v předmětu plnění zadávacího řízení a v nabídce vybraného uchazeče*“.
31. Nezákonnost napadeného rozhodnutí dále zadavatel spatřuje v jeho absolutní nepřezkoumatelnosti, pokud jde o úvahy týkající se výše uložené pokuty. Z odůvodnění napadeného rozhodnutí není dle zadavatele vůbec zřejmé, jakým způsobem vzal Úřad při uložení pokuty v potaz otázku závažnosti správního deliktu, jaký vliv na výši pokuty měl konkrétní způsob spáchání správního deliktu a jeho následky, ani jakým způsobem se do výše pokuty promítly konkrétní okolnosti, za nichž byl správní delikt spáchán. Není tedy zřejmé, proč právě pokuta v uložené výši odpovídá konkrétním okolnostem posuzovaného případu.
32. Zadavatel dále v rozkladu uvádí, že Úřad nezmínil žádnou konkrétní okolnost, která by svědčila o tom, že postup zadavatele ovlivnil či mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky podstatným způsobem, přičemž znakem skutkové podstaty podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona je ovlivnění podstatné.

33. Úřad dle zadavatele nijak nezohlednil okolnost, že zadavatel veřejnou zakázku zadával poprvé bez předchozích zkušeností s centralizovaným nákupem osobních ochranných pracovních prostředků. Úřad dále nijak nezohlednil, že zadavatel uzavřel rámcovou smlouvu pouze na 2 roky, nikoliv na 4 roky, jak umožňuje zákon. Úřad měl dále dle zadavatele zohlednit jako polehčující okolnost to, že způsob vymezení předmětu veřejných zakázek, tak jak ho vymezil zadavatel, je u obdobných veřejných zakázek v praxi zcela běžný a taková praxe nebyla Úřadem dosud nijak sankcionována.
34. S ohledem na výše uvedené zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil, neboť zadavatel se správního deliktu nedopustil, event. aby napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

IV. Řízení o rozkladu

35. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 správního řádu a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

36. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
37. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S338/2012/VZ-17932/2012/520/JHl ze dne 24. 9. 2012 rozhodl tak, jak je výše uvedeno, nerozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, na základě kterých jsem rozhodl zrušit rozkladem napadené rozhodnutí a vrátit věc Úřadu k novému projednání. Současně je v tomto rozhodnutí vysloven závazný právní názor, kterým je Úřad při dalším projednání věci vázán.

V. K námitkám rozkladu

38. Přezkoumal jsem výrok I. napadeného rozhodnutí a musím dát za pravdu zadavateli a konstatovat, že tento výrok ve vztahu k popsánému deliktu skutečně není srozumitelný. Úřad ve výroku I. napadeného rozhodnutí uvedl, že zadavatel „*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 § 44 odst. 1 citovaného zákona, jelikož v zadávací dokumentaci nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, když poptával plnění nespécifikované v předmětu plnění zadávacího řízení a v nabídce vybraného uchazeče, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel již uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem CANIS PLUS s.r.o., IČ 26846641, U Skály 70/62, 725 26 Ostrava. Součástí smlouvy jsou i plnění na dodávky, které nebyly předmětem zadávacího řízení.*“ Musím přisvědčit zadavateli, že část věty „*poptával plnění nespécifikované v předmětu plnění zadávacího řízení a v nabídce vybraného uchazeče*“ neimplikuje, že zadavatel „*v zadávací dokumentaci nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky*“. K nesrozumitelnosti

výroku I. přispívá i samostatná věta „*Součástí smlouvy jsou i plnění na dodávky, které nebyly předmětem zadávacího řízení.*“ na konci tohoto výroku.

39. Z odůvodnění napadeného rozhodnutí a ze správního spisu pak vyplývá, že Úřad do výroku I. napadeného rozhodnutí v podstatě zahrnul dva zcela odlišné správní delikty. Jednak správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, kterého se měl zadavatel dopustit tím, že nedodržel postup stanovený v § 44 odst. 1 zákona, jelikož v zadávací dokumentaci nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, když v zadávací dokumentaci stanovil, že součástí nabídky bude ceník kompletního sortimentu osobních ochranných pracovních prostředků nabízených uchazečem, aniž by dopředu konkrétně vyznačil, o jaké osobní ochranné pracovní prostředky se má jednat (s výjimkou vzorového koše pro účely hodnocení nabídek uvedeného v příloze č. 4 zadávací dokumentace). Zadruhé správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, kterého se měl zadavatel dopustit tím, že nedodržel postup stanovený v § 82 odst. 2 zákona, když uzavřel rámcovou smlouvu v rozporu s návrhem rámcové smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče.
40. Považuji za nutné objasnit skutkový stav ohledně Ceníku kompletního sortimentu vybraného uchazeče, neboť v napadeném rozhodnutí není tento skutkový stav zcela jednoznačně popsán. Ze správního spisu vyplývá, že Ceník kompletního sortimentu vybraného uchazeče, který je přílohou č. 1 uzavřené rámcové smlouvy, obsahuje podsložku „Speciální komodity LESY ČR“, která obsahuje položky, které se cenou a popisem shodují s položkami bunda zimní s membránou 1500-38, kalhoty lesy 1500-38, kalhoty lesy 1500-39, spodky Devold 2501 a tričko Devold 2501. Podsložka „Speciální komodity LESY ČR“ a v ní uvedené položky však nejsou obsaženy v Ceníku kompletního sortimentu vybraného uchazeče, který byl součástí nabídky vybraného uchazeče. Z uvedeného vyplývá, že zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem rámcovou smlouvu v rozporu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče. V důsledku toho položky, které byly „navíc“ přidány do Ceníku kompletního sortimentu vybraného uchazeče, který byl přílohou uzavřené rámcové smlouvy, v podstatě nebyly předmětem žádného zadávacího řízení. Dle zjištění Úřadu byly takto nakoupeny položky v celkové hodnotě cca 10 mil. Kč, což je vzhledem k celkové ceně nakoupeného zboží dle rámcové smlouvy ke dni 29. 2. 2012 (v rozkladu zadavatel uvádí částku 28 700 119,- Kč) nezanedbatelná částka.
41. S ohledem na výše uvedené se tedy domnívám, že je v šetřené věci nezbytné rozlišovat pochybení zadavatele spočívající v tom, že nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, když umožnil uchazečům, aby sami vyznačili předmět plnění rámcové smlouvy (uchazeči tak mohli v podstatě učinit předmětem plnění rámcové smlouvy cokoliv), a pochybení zadavatele spočívající v tom, že neuzavřel rámcovou smlouvu v souladu s návrhem rámcové smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče.
42. V novém rozhodnutí je nezbytné, aby Úřad tyto dva výše uvedené správní delikty oddělil do samostatných výroků a v tomto smyslu i upravil odůvodnění nového rozhodnutí. Výroky nového rozhodnutí Úřad formuluje tak, aby byly srozumitelné a jednoznačným způsobem identifikovaly skutek, kterým se zadavatel dopustil správního deliktu. V souvislosti s tímto odkazují na judikaturu správních soudů upravující otázku specifikace skutku ve výroku rozhodnutí. Zejména se jedná o usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu

(dále jen „**NSS**“) ze dne 15. 1. 2008, č. j. 2 As 34/2006 - 73 (publikováno pod č. 1546/2008 Sb. NSS), ve kterém NSS uvedl, že „*Výrok rozhodnutí o jiném správním deliktu musí obsahovat popis skutku uvedením místa, času a způsobu spáchání, popřípadě i uvedením jiných skutečností, jichž je třeba k tomu, aby nemohl být zaměněn s jiným.*“

43. Nad rámec důvodů pro zrušení napadeného rozhodnutí upozorňuji na skutečnost, že dne 25. 10. 2012 skončil uplynutím doby dvou let smluvní vztah založený rámcovou smlouvou. V současné době je tedy již možné určit celkovou cenu veřejné zakázky. V novém rozhodnutí Úřad tuto skutečnost vezme v úvahu při vymezení horní hranice pokuty dle § 120 odst. 2 písm. a) zákona.

VI. Závěr

44. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že nastaly důvody pro zrušení napadeného rozhodnutí, jsem rozhodl tak, jak je ve výroku uvedeno. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže je při svém rozhodování vázán právním názorem vysloveným v tomto rozhodnutí.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

1. Mgr. Jakub Kotrba, advokát, Advokátní kancelář Jansta, Kostka spol. s r.o., Těšnov 1/1059, 110 00 Praha 1

Vypraveno dne

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