



UOHSX004SL70

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.:ÚOHS-S666/2012/VZ-630/2013/531/SPo

V Brně dne 11. 2. 2013

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 16. 10. 2012 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel – Obec Velehrad, IČO 002 91 536, se sídlem Hradištská 231, 687 06 Velehrad, 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 při zadání veřejné zakázky „**Stavba společenského domu Velehrad**“ ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném odesláním výzvy zájemcům k podání nabídky dne 29. 12. 2009 dle ustanovení § 26 odst. 1 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, na kterou byla dne 23. 2. 2010 uzavřena smlouva o dílo se společností STAMOS, spol. s.r.o., IČO 136 94 758, se sídlem Otakarova 108, 686 01 Uherské Hradiště,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Obec Velehrad, IČO 002 91 536, se sídlem Hradištská 231, 687 06 Velehrad – se dopustil správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že při zadávání veřejné zakázky „Stavba společenského domu Velehrad“ porušil zákaz stanovený ustanovením § 44 odst. 9 citovaného zákona o veřejných zakázkách, když v zadávací dokumentaci použil ke specifikaci podstatné části předmětu veřejné zakázky odkazy na specifické označení zboží, které platí pro určitou osobu za příznačné, ačkoliv to nebylo odůvodněno předmětem veřejné zakázky, přičemž tento postup

mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a na veřejnou zakázku byla dne 23. 2. 2010 uzavřena smlouva o dílo.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. se zadavateli - Obec Velehrad, IČO 002 91 536, se sídlem Hradištská 231, 687 06 Velehrad – podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **ukládá**

pokuta ve výši 10 000,- Kč (deset 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“), který je podle ustanovení § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), příslušný k dohledu nad dodržováním tohoto zákona, obdržel dne 3. 10. 2012 podnět týkající se postupu zadavatele - Obec Velehrad, IČO 002 91 536, se sídlem Hradištská 231, 687 06 Velehrad (dále jen „zadavatel“) – při zadání veřejné zakázky

- **„Stavba společenského domu Velehrad“** zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení, jehož formulář „Oznámení o zadání zakázky“ byl v Informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněn dne 5. 3. 2010 pod evidenčním číslem zakázky 60042419.

Předkladatel podnětu napadá, že zadavatel u předmětné veřejné zakázky, která byla zadána v zjednodušeném podlimitním řízení dle ustanovení § 38 zákona, pochybil v rámci zadávací dokumentace, neboť výkaz výměr obsahoval ve zvýšené míře názvy výrobců či výrobků, čímž mělo dojít k diskriminaci ve veřejné zakázce a k porušení ustanovení § 44 odst. 9 zákona.

2. Úřad si na základě skutečností uvedených v podnětu vyžádal přípisem ze dne 10. 10. 2012 pod č. j. ÚOHS-P1005/2012/VZ-19105/2012/710/SPO od zadavatele veškerou dokumentaci související se zadáním předmětné veřejné zakázky a jeho vyjádření k obsahu podnětu. Z obdržené dokumentace Úřad zjistil následující skutečnosti.

I. Zadávací řízení

3. Zadavatel v zadávací dokumentaci stanovil, že předmětem plnění veřejné zakázky je provedení díla, tj. realizace stavby „Stavba společenského domu Velehrad“ dle podmínek a stavebně technických údajů uvedených v projektové dokumentaci. Stavba měla sestávat z vlastní stavby včetně přípojky vody, kanalizace, elektro a vrtu pro tepelné čerpadlo.
4. Zadavatel zadal předmětnou veřejnou zakázku ve zjednodušeném podlimitním řízení, zahájeném písemnou výzvou k podání nabídek podle ustanovení § 38 odst. 1 zákona, odeslanou dne 29. 12. 2009 pěti zájemcům a souběžně uveřejněnou na úřední desce zadavatele.

5. Zadavatel určil v části f) zadávací dokumentace jako hodnotící kritérium ekonomickou výhodnost nabídky, přičemž pro hodnocení nabídek stanovil dílčí kritéria a jejich váhy následovně:
- nabídková cena 60%,
 - záruční doba za stavební práce (uvedená v měsících) 30%,
 - smluvní pokuta za nedodržení termínu dokončení stavby 10%.
6. Ve lhůtě pro podání nabídek byly zadavateli doručeny 4 nabídky.
7. Dne 15. 1. 2010 provedla hodnotící komise jmenovaná zadavatelem otevírání obálek. Dne 20. 1. 2010 proběhlo posouzení a hodnocení nabídek, přičemž žádná z podaných nabídek nebyla zadavatelem vyřazena. Dne 20. 1. 2010 zadavatel na základě doporučení hodnotící komise rozhodl o výběru nejhodnější nabídky předložené uchazečem STAMOS, spol. s.r.o., IČO 136 94 758, se sídlem Otakarova 108, 686 01 Uherské Hradiště (dále jen „vybraný uchazeč“). Zadavatel s vybraným uchazečem uzavřel dne 23. 2. 2010 smlouvu o dílo. Celková konečná cena zakázky činila 19 795 762 Kč bez DPH.
8. V rámci šetření předmětné veřejné zakázky Úřad ze zadávací dokumentace zjistil, že součástí výkazu výměr specifikujícího předmět veřejné zakázky jsou i položky obsahující odkazy na konkrétní obchodní firmy, názvy a specifická označení zboží. Konkrétně se jedná o položky, které Úřad uvádí níže formou přehledné tabulky, přičemž výčet takto specifikovaných položek není úplný, jedná se o nejpodstatnější a nejjednoznačnější příklady.

| Číslo (kód) položky | Název položky | m.j. | výměra |
|---------------------|--|----------------|--------|
| 311238115R00 | Zdivo POROTHERM 30 | m ² | 109,79 |
| 31123821R00 | Zdivo POROTHERM 40 | m ² | 584,94 |
| 311238218R00 | Zdivo POROTHERM 44 | m ² | 126,11 |
| 317168132R00 | Překlad POROTHERM vysoký 23,8/7/150 cm | ks | 13,00 |
| 317168112R00 | Překlad POROTHERM plochý 11,5/7,1/125 cm | ks | 5,00 |
| 317168117R00 | Překlad POROTHERM plochý 11,5/7,1/250 cm | ks | 3,00 |
| 317168131R00 | Překlad POROTHERM vysoký 23,8/7/125 cm | Ks | 4,00 |
| 342248109R00 | Příčky POROTHERM P+D na MVC 5tl. 8 cm | m ² | 197,83 |
| 342248112R00 | Příčky POROTHERM P+D na MVC 5tl. 11,5 cm | m ² | 190,29 |
| 622311014ROO | Soklová lišta hliník KZS Baumit tl. 150 cm | m | 116,78 |
| 622311524RU1 | Zateplovací systém Baumit, sokl, XPS tl. 150 mm s mozaikovou omítkou 5,5 kg/m ² | m ² | 58,39 |

| Číslo (kód) položky | Název položky | m.j. | výměra |
|---------------------|---|----------------|----------|
| 622421401RU1 | Zateplovací systém Baumit, Orsil TF tl. 50 mm se silikátovou omítkou 2,5 kg/m ² | m ² | 73,22 |
| 622421407RU1 | Zateplovací systém Baumit, Orsil TF tl. 150 mm se silikátovou omítkou 2,5 kg/m ² | m ² | 654,62 |
| 642952110RT4 | Dodávka zárubně Sapeli 197 x 80/7 - 19 | ks | 4 |
| 642952220RT3 | Dodávka zárubně Sapeli 197 x 180/7 - 19 | ks | 2 |
| 61193651.A | Lišta soklová 20 x 40 mm MDF – CLASSEN buk | m | 80,30 |
| 648991113R00 | Dodávky parapetní desky plast bílá š. 250 mm systém DACEUNICK | m | 74,18 |
| 711212002RT3 | Stěrka hydroizolační těsnící hmotou Mepalastic (fa Mapei), pružná hydroizolace | m ² | 305,22 |
| 63148114 | Deska ORSTROP 1200 x 600 mm tl. 140 mm | m ² | 402,14 |
| 63148115 | Deska ORSTROP 1200 x 600 mm tl. 160 mm | m ² | 402,14 |
| 63151434 | Deska z minerální plsti ORSIL N tl. 20 mm | m ² | 788,82 |
| 765901131R00 | Fólie podstřešní paropropustná Tyvek Solid | m ² | 670,11 |
| 781419705R00 | Příplatek za spárovací hmotu – plošně včetně spárovadla KNAUF | m ² | 251,28 |
| 783681003R00 | Nátěr polyuret. Dřevěných podlah Polyurex N | m ² | 314,61 |
| 783782205R00 | Nátěr tesařských konstrukcí Bochemitem QB 2x | m ² | 1 818,29 |
| 784191101R00 | Penetrace podkladu univerzální Primalex 1 x | m ² | 2 402,62 |
| 784195112R00 | Malba tekutá Primalex standard, bílá 2 x | m ² | 2 402,62 |
| 784452211R00 | Malba sádkartonových stěn Primalex Standart | m ² | 390,42 |
| | Tepelné čerpadlo Nibe Fighter 1333 – 30 | ks | 1 |
| 05 | Kombifix pro záv. WC včetně tlačítka | ks | 10 |
| 06 | Kombifix pro závěsné WC včetně pneu tlačítka pro inv. | ks | 2 |
| | HAGER instalační Relé | | |
| | HAGER jističe, charakteristika B, vypínací schopnosti 6kA, 1-pólové | ks | 14 |
| | HAGER jističe, charakteristika B, vypínací schopnosti 6kA, 3-pólové | ks | 13 |
| | HAGER proudové chrániče – reagující na stříd. Proud, 4 – polové, 30mA/250A | kus | 1 |
| | Osouseč rukou Stiebel Eltron | ks | 8 |

| Číslo (kód) položky | Název položky | m.j. | výměra |
|---------------------|--|------|--------|
| | Kabelový žlab MARS včetně dílů a příslušenství | m | 20 |
| | Ovládač kompletní TANGO | ks | 24 |
| | Zásuvka NN, TANGO | ks | 166 |

II. Řízení před správním orgánem

9. Na základě posouzení obsahu podnětu a dokumentace zaslané zadavatelem získal Úřad pochybnosti o tom, zda zadavatel při stanovení technických kvalifikačních předpokladů neporušil ustanovení § 44 odst. 9 zákona tím, že součástí zadávací dokumentace, konkrétně výkazu výměr jsou i položky obsahující odkazy na obchodní firmy, názvy a specifická označení zboží. Z uvedeného důvodu zahájil Úřad správní řízení z moci úřední vedené pod sp. zn. S666/2012/SPo.
10. Účastníkem správního řízení je podle ustanovení § 116 zákona zadavatel.
11. Zahájení správního řízení ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem oznámil Úřad zadavateli dopisem č. j. ÚOHS-S666/2012/VZ-21598/2012/531/SPo ze dne 29. 11. 2012, ve kterém účastníka řízení seznámil se zjištěnými skutečnostmi, které budou podkladem pro rozhodnutí. Současně Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S666/2012/VZ-22966/2012/531/SPo ze dne 5. 12. 2012 stanovil účastníku řízení lhůtu, v níž mohl navrhnout důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
12. Dnem 6. 12. 2012, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno zadavateli, bylo podle ustanovení § 113 zákona zahájeno správní řízení.
13. Ke zjištěním Úřadu uvedeným v oznámení o zahájení správního řízení se zadavatel vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 10. 12. 2012 doručeném Úřadu dne 14. 12. 2012, ve kterém zadavatel odkazuje také na své písemné vyjádření ze dne 16. 10. 2012.

Vyjádření zadavatele

14. Zadavatel ve svém vyjádření úvodem sděluje, že použitím konkrétních názvu stavebních materiálů výrobků měl v úmyslu stanovit určitý standard a kvalitu pro výstavbu daného objektu a dodává, že v zadávací dokumentaci části b) Technické podmínky uvedl: „*Pokud jsou ve výkazu výměr uvedené konkrétní materiály nebo výrobky od konkrétního výrobce z důvodu určení technického a uživatelského standardu, umožňuje zadavatel použití i jiných kvalitativně a technicky obdobných řešení.*“ Zadavatel je proto názoru, že touto formulací v zadávací dokumentaci umožnil při plnění předmětné veřejné zakázky použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení, a tedy nepostupoval v rozporu se zákonem a diskriminačně a uchazeči měli možnost nabídnout ve svých nabídkách i jiné výrobky, než byly uvedeny ve výkazu výměr, obdobného charakteru.
15. Zadavatel dále uvádí, že dokumentaci pro zadání veřejné zakázky včetně výkazu výměr zpracoval pro zadavatele autorizovaný architekt. Projektant byl upozorněn na nutnost dodržet při zpracování výkazu výměr podmínky uvedené v ustanovení § 44 odst. 9 zákona.

Zadavatel ani zástupce zadavatele nejsou odborně způsobilí posoudit, zda názvy výrobků či výrobců jsou použité v rozporu se zákonem.

16. Zadavatel doložil svoje stanovisko vyjádřením projektanta, který použití konkrétních názvů dotčených položek odůvodňuje následovně:

- Použití zdicího systému POROTHERM – zdivo, příčky, překlady:
 - Projektant uvedením obchodního názvu porotherm předpokládá použití keramických zdicích tvarovek odpovídajícím pevnostním a rozměrových vlastností uvedených v příslušných položkách, které požaduje statik projektu, kde označení porotherm uvádí celou přípustnou škálu materiálu jemu podobných.
 - Projektant se přiklání k využití originálního materiálu porotherm z důvodu jeho garantované přesnosti a tepelně izolačních vlastností.
- Zateplovací systém Baumit sokl XPS, zateplovací lišta Baumit ORSIL TF, soklovaná lišta hliník KZS BAUMIT:
 - Navržený kontaktní zateplovací systém vychází z výpočtu tepelného auditu a je specifikován s izolací s podélnými vlákny o $\lambda=0,038$ w/m/K. Tyto parametry splňuje např. systém Baumit, ORSIL TF. Sokl XPS upřesňuje, že na zateplení soklu se použije extrudovaný polystyrén a ne soklové desky.
- Dřevěné obložkové zárubně SAPELI a parapet DECEUNICK:
 - Projektant uvedením názvu SAPELI určil standard. Vychází z požadavku architekta na konkrétní vzhled a velmi dobrou kvalitu dílenského zpracování v přijatelné cenové úrovni. Parapety DECEUNICK určují standard vnitřních parapetů komůrkového profilu z tvrdého PVC s ochrannou fólií pro zvýšenou odolnost proti poškrábání materiálu. Rozměrová řada DECEUNICK nabízí širokou škálu barev a montážních hloubek včetně potřebných koncových krytek.
- Stěrka MAPEI a lak PENETRAL, Hydroizolace – použití těžkých asfaltových pásů Bitatagit 30 mineral V60, S30 a Foalbil AL S40:
 - Projektantem byl vybrán MAPEI z důvodu systémového řešení celé konstrukce. Ta se skládá ze systémové penetrace, samotné izolační hmoty Mepalastic a z koutových těsnících prvků MAPEI FLEX BAND, které jsou obecně známé pro těsnící hmoty firmy FA MAPEI. Celý systém určuje celkovou garanci provedení hydroizolačních stěrek budovy. Název lak PENETRAL se nedá vyložit jako název, jde o technickou zkratku výrobku penetrační asfaltový lak.
 - Projektant reaguje na střední radonové riziko deklarované měřením na stavbě a na riziko vzniku prostředí tlakové vody v suterénu budovy. Proto navrhuje výrobcem doporučenou kombinaci těchto dvou materiálů v kombinaci s penetračním nátěrem. Materiál Bitatagit slouží jako podkladní levná vrstva pro nanesení dostatečného množství asfaltových materiálů

a Foalbit slouží jako hlavní izolace objektu. Jedná se o cenově výhodné řešení, kde je zbytečné vyhledávat dražší výrobky.

- Pás modifikovaný asfaltový GLASTEK 40 special mineral:
 - Tento materiál určuje standard materiálu, vyrobeného z SBS modifikovaného asfaltu s nosnou vložkou ze skleněné tkaniny plošné hmotnosti 200g/m², horní povrch je opatřen jemným separačním posypem, spodní povrch má separační PE fólii.
- Tepelná izolace deska OSTROP a deska z minerální plsti ORSIL N:
 - Tepelná deska OSTROP upřesňuje, že tepelné izolace bude mít $\lambda=0,038\text{w/m/K}$. Izolace ORSIL N určuje, že izolace bude mít vlastnosti pro zlepšení kročejové a vzduchové neprůzvučnosti pod těžké plovoucí podlahy.
- Podstřešní paropropustná fólie TYVEK SOLID:
 - Tento materiál určuje podstřešní difúzní fólii pro konstrukci dvouplášťové odvětrávané střechy, kde je fólie v přímém kontaktu s izolantem, to tvoří tzv. celoplošnou superdifúzní fólii střechy. Jelikož jde o třetí větrnou oblast, je nezbytné provést slepení fólie systémovými pásky, které firma TYVEK nabízí ve velmi dobré kvalitě.
- Distanční prvky ŽELEH UTH 12 pro ukládání armatur železobetonových konstrukcí a nosníky ISOPRO IRQ10 a IRQ20:
 - Vychází ze statiky objektu, tyto nosníky byly konkrétně navrženy hlavním statikem projektu. Při použití jiných výrobků je nutno revidovat statiku objektu.
- Lišta soklová 20 x 40 mm CLASSEN MDF buk:
 - Lišta je doplněk k laminátové podlaze. Obchodní název výrobku určuje standard výrobku v požadovaném odstínu a rozměrový profil 20 x 40 mm tvar použité soklové lišty.
- Spárovací hmota KNAUF k vnitřním obkladům:
 - Určuje standard provedení vodotěsné spárovací hmoty.
- Nátěr polyuretanový dřevěných podlah Polyurex N a nátěr tesařských konstrukcí BOCHEMIT QB:
 - Určuje standard laku pro vysoce odolné nátěry dřevěných podlah a podobných materiálů v interiérech s vysokou chemickou odolností. Určuje také standard provedení fungicidní a insekticidní ochrany dřeva proti hmyzu, houbám a plísním.
- Penetrace podkladu, tekutá malba a malba sádrokartonů materiálem PRIMALEX:
 - Určuje standard požadované stupně bělosti maleb.
- Splachovací nádrže KOMBIFIX (GEBERIT):

- V době návrhu objektu nebyl na trhu k dispozici jiný typ systému závěsného podmínkového splachovače v požadované kvalitě.
- Čerpadlo NIBE FIGHTER:
 - Systém UT a VZT vyžaduje vysokou kompatibilitu jednotlivých komponentů. Hlavně pro řešení atypických budov není možno uvádět všechny komponenty obecně, nebyla by zajištěna jejich správná funkčnost.
- Zatrubkování trubkami MONOFLEX (KOPOS), zásuvky a vypínače TANGO a osoušeč rukou STIEBEL ELTRON:
 - Název MONOFLEX (KOPOS) je běžný výraz projektantů silnoproudých rozvodů. Název materiálu určuje, že jde o plastové chráničky pro kabelové rozvody pod omítku.
 - Komponenty TANGO jsou jmenovány na základě požadavku architekta na vzhled koncové kompletace elektro kvůli jejich tvaru, barevným možnostem a to vše v přijatelné cenové úrovni.
 - Osoušeč rukou STIEBEL ELETRON, Systém ZTI vyžaduje vysokou kompatibilitu jednotlivých komponentů. Hlavně pro řešení atypických budov není možno uvádět všechny komponenty obecně, nebyla by zajištěna jejich správná funkčnost.

17. Zadavatel dále přílohou svého vyjádření zaslal Úřadu vyjádření všech uchazečů, kteří podali nabídky, ve kterém shodně sdělují, že předmětnou zadávací dokumentaci nepovažovali za diskriminační. Pokud zadávací dokumentace obsahovala požadavky nebo odkazy na obchodní názvy firem nebo označení původu, chápali to jako vymezení kvalitativního standardu u jednotlivých položek, což je z pohledu stavební firmy obvyklá praxe, přičemž navíc zadavatel připustil použití i jiných kvalitativně a technicky obdobných řešení.

III. Závěry správního orgánu

18. Úřad přezkoumal na základě ustanovení § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, přičemž po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace, včetně obsahu zadávací dokumentace a smlouvy, a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při uzavírání této smlouvy nepostupoval v souladu se zákonem, tak jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

IV. Relevantní ustanovení zákona

19. Podle ustanovení § 6 zákona zadavatel je povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

20. Podle ustanovení § 44 odst. 1 zákona je zadávací dokumentace soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele, vymezujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Za její správnost a úplnost odpovídá zadavatel.

21. Podle ustanovení § 44 odst. 4 zákona musí zadávací dokumentace na stavební práce obsahovat kromě náležitostí obsažených v odstavci 3

- a. příslušnou dokumentaci podle zvláštního právního předpisu nebo jinou technickou dokumentaci zpracovanou do podrobností, které specifikují předmět veřejné zakázky v rozsahu nezbytném pro zpracování nabídky,
 - b. soupis stavebních prací, dodávek a služeb s výkazem výměr, a to rovněž v elektronické podobě.
22. Podle ustanovení § 44 odst. 9 zákona, není-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky, nesmí zadávací dokumentace, zejména technické podmínky, obsahovat požadavky nebo odkazy na obchodní firmy, názvy nebo jména a příjmení, specifická označení zboží a služeb, které platí pro určitou osobu, popřípadě její organizační složku, za příznačné, patenty na vynálezy, užité vzory, průmyslové vzory, ochranné známky nebo označení původu, pokud by to vedlo ke zvýhodnění nebo vyloučení určitých dodavatelů nebo určitých výrobků. Takový odkaz lze výjimečně připustit, není-li popis předmětu veřejné zakázky provedený postupem podle ustanovení §§ 45 a 46 zákona dostatečně přesný a srozumitelný. Zadavatel v takovém případě umožní při plnění veřejné zakázky použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení.
23. Podle § 45 odst. 2 až 4 zákona se v případě veřejné zakázky na stavební práce technickými podmínkami rozumí souhrn všech technických popisů, které vymezují požadované technické charakteristiky a požadavky na stavební práce, a současně dodávky a služby související s těmito stavebními pracemi, jejichž prostřednictvím je předmět veřejné zakázky popsán jednoznačně a objektivně způsobem, vyjadřujícím účel použití zamýšlený zadavatelem. Technické podmínky nesmí být stanoveny tak, aby určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely neodůvodněné překážky hospodářské soutěže. Zadavatel formuluje technické podmínky jedním ze způsobů uvedených v § 46 odst. 1, 2, 4 a 5 zákona.
24. Podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.

V. K výroku I. tohoto rozhodnutí

25. Jak vyplývá z ustanovení § 44 odst. 9 zákona, pokud to není odůvodněno předmětem veřejné zakázky, nesmí zadávací dokumentace obsahovat odkazy nebo specifická označení, pokud by to vedlo ke zvýhodnění nebo vyloučení určitých dodavatelů nebo určitých výrobků. Takový odkaz nebo název lze připustit pouze výjimečně v případě, že by vymezení předmětu veřejné zakázky provedené technickým popisem nebylo dostatečné nebo srozumitelné. Jedině v tom případě, že nelze tímto obecným způsobem předmět plnění dostatečně specifikovat, může v zadávací dokumentaci zadavatel např. odkázat na určitý konkrétní typ výrobků nebo značky pro bližší určení standardu jakosti a dalších vlastností výrobků. V takovém případě zadavatel musí pro plnění veřejné zakázky umožnit použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení.
26. Citované ustanovení zákona je transpozicí čl. 23 odst. 8 směrnice č. 2004/18/ES Evropského parlamentu a Rady o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby, podle kterého technické specifikace nesmějí – pokud to není

odůvodněno předmětem veřejné zakázky – odkazovat na určitou výrobu nebo zdroj nebo na konkrétní postup nebo na obchodní značku, patenty, typy nebo určitý původ či výrobu, což by mělo za důsledek zvýhodnění nebo vyloučení určitých podniků nebo určitých výrobků. Takový odkaz je výjimečně povolen, pokud není možný dostatečně přesný a srozumitelný popis předmětu zakázky podle odst. 3 a 4 téhož článku směrnice; takový odkaz musí být doprovázen slovy „nebo stejného druhu“.

Z výše uvedeného vyplývá, že položky zadávací dokumentace, které specifikují předmět veřejné zakázky:

- a. mohou obsahovat odkaz nebo název, je-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky; z logiky věci je zřejmé, že zadavatel v takovém případě u těchto položek nepřipouští obdobné řešení,
- b. výjimečně, pokud zadavatel není schopen tyto položky specifikovat pomocí technických podmínek ve smyslu ustanovení §§ 45 a 46 zákona, mohou obsahovat odkaz nebo název, zadavatel v takovém případě musí u těchto položek připustit obdobná řešení,
- c. v ostatních případech zadavatel musí k jejich specifikaci použít pouze technické podmínky ve smyslu ustanovení §§ 45 a 46 zákona, odkaz nebo název v takovém případě použít nemůže, protože by to jinak vedlo nebo mohlo vést ke zvýhodnění nebo vyloučení určitých podniků nebo výrobků, zadavatel v této souvislosti nemůže jako „obezličku“ připustit ani obdobné řešení, neboť to je podle zákona vázáno pouze na situaci popsanou pod bodem 2. (pozn. obdobně to platí i pro uvozování názvu nebo odkazu pomocí „např., apod.,...“)

27. Obecný zákaz obsažený v ustanovení § 44 odst. 9 zákona je tedy možné prolomit za situace, kdy použití takového odkazu je odůvodněno zvláštnostmi předmětu veřejné zakázky, tedy kdy specifika plnění, které je veřejnou zakázkou, vylučují obecný popis technických parametrů a specifikaci, tj. kdy předmět plnění nelze dostatečně určitě, jasně a srozumitelně popsat bez takových konkrétních označení. Pouze v takovém případě je možné do zadávací dokumentace uvést specifická označení výrobků a výrobců. V souladu s obecnými zásadami zadávacího řízení uvedeným v ustanovení § 6 zákona a s ohledem na možnou přezkoumatelnost úkonu zadavatele je však nutné, aby zadavatel oprávněnost této objektivní neschopnosti či nemožnosti nejlépe v zadávací dokumentaci řádně zdůvodnil a doložil.

28. V šetřeném případě zadávací dokumentace obsahuje názvy a odkazy na konkrétní výrobky a materiály tak, jak je uvedeno výše v tabulce. Úřad k této skutečnosti konstatuje, že použití těchto forem specifikací není v tomto případě zdůvodněno předmětem veřejné zakázky, přičemž zadavatel nikde v zadávací dokumentaci a ani později ve správním řízení neuvedl takový důvod, kterým by svůj postup ospravedlnil. Naopak sám zadavatel v zadávací dokumentaci a posléze ve svém vyjádření ze dne 8. 11. 2012 sděluje, že v zadávací dokumentaci jsou konkrétní materiály a výrobky od konkrétního výrobce užity za účelem určení technického a uživatelského standardu, přičemž je možné použití i jiných kvalitativně a technicky obdobných řešení, což dokládá absenci důvodů pro použití výhradně dodávek a materiálů označených odkazy nebo názvy v zadávací dokumentaci v souladu se zákonem.

29. Úřad dále sděluje, že v šetřeném případě nepřichází v úvahu ani uplatnění druhé výjimky z obecného zákazu podle ustanovení § 44 odst. 9 zákona, tj. situace, kdy by předmět veřejné zakázky resp. jeho jednotlivé části byl natolik specifický, že by ho zadavatel nebyl schopen popsat pomocí technických podmínek ve smyslu ustanovení §§ 45 a 46 zákona. Zadavatel ve výkazu výměr použil konkrétní názvy materiálů a výrobků jako POROTHERM, Baunit, Sapeli, Orsil, Primalex, ačkoliv jde podle názoru Úřadu o běžné stavební materiály a výrobky, které jsou technicky popsatelné způsobem požadovaným zákonem, tj. např. druhem materiálu, rozměrem, pevnostními, tepelně či akusticky izolačními vlastnostmi, fyzikálními veličinami, barvou atd., natolik jednoznačně, že nebyl důvod specifikovat je v zadávací dokumentaci konkrétními názvy. K vymezení požadovaného standardu měl tedy zadavatel použít technické podmínky uvedené v ustanoveních §§ 45 a 46 zákona, jelikož standardem obecně v tomto smyslu nemůže být konkrétní výrobek nebo materiál. Zadavatel tedy tím, že použil pro specifikaci jednotlivých položek konkrétní názvy a odkazy, porušil ustanovení § 44 odst. 9 zákona.
30. Argumentace zadavatele, že v zadávací dokumentaci umožnil použití i jiných obdobných řešení, je v šetřeném případě zcela irrelevantní, neboť tato povinnost zadavatele je v souladu s dikcí ustanovení § 44 odst. 9 zákona vázána pouze na situaci, kdy by popis předmětu veřejné zakázky provedený dle ustanovení §§ 45 a 46 zákona nebyl dostatečně přesný a srozumitelný.
31. Úřad je dále názoru, že skutečnost, že zadavatel v rozporu s § 44 odst. 9 zákona použil v zadávací dokumentaci odkazy na specifická označení zboží, měla – bez ohledu na to, že zadavatel v zadávací dokumentaci připustil také navržení jiných, technicky a kvalitativně srovnatelných řešení – za následek, že uchazeči byli „navedeni“ ke zpracování svých nabídek za použití materiálů a výrobků, na které zadavatel ve výkazu výměr odkázal. Skutečnost, že všichni uchazeči zpracovali své nabídky v dané části předmětu veřejné zakázky totožně a v souladu s odkazy použitým zadavatelem ve výkazu výměr, svědčí právě o tom, že uchazeči byli zadávací dokumentací v tomto směru ovlivněni a vedeni snahou vyhovět požadavkům zadavatele postupovali podle položkového návodu, i když by byli možná schopni nabídnout technicky a kvalitativně srovnatelná řešení.
32. Úřad v souvislosti s výše uvedeným dále odkazuje na rozhodnutí Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 30/2010-53 ze dne 4. 8. 2011 ve kterém tamní soud uvedl, že *„jestliže existují jiná technicky a kvalitativně srovnatelná řešení, než na která zadavatel odkázal, která mohou být i levnějšími, pak znevýhodnění jsou ti uchazeči (dodavatelé), kteří by srovnatelnou alternativu byli schopni nabídnout, avšak vedeni snahou vyhovět žalobcovým požadavkům postupovali podle položkového návodu, jak plynul ze zadávací dokumentace, výkazu výměr, oproti těm, kteří bez takového návodu podávali nabídku podle své vlastní úvahy, vedeni pouze technickými specifikacemi.“*
33. Důsledkem výše popsaného pochybení zadavatele bylo, že zadavatel obdržel nabídky obsahující v části předmětu veřejné zakázky, která byla vymezena odkazy nebo názvy, pouze jedno z možných plnění. Pokud by v zadávací dokumentaci žádné konkrétní názvy použity nebyly, nelze vyloučit, že by některý z uchazečů ve své nabídce navrhl řešení s pomocí jiných, resp. levnějších výrobků, než těch, na které zadavatel v zadávací dokumentaci odkazuje, a nelze rovněž vyloučit, že by takto zpracovaná nabídka mohla obsahovat pro zadavatele výhodnější cenu, která byla v šetřeném případě dílčím kritériem

s největší váhou 60 %, než jaké vyplynuly z nabídek zpracovaných v předmětné části předmětu plnění pouze v omezeném spektru z celkové nabídky všech materiálů a zboží na trhu.

34. Úřad dále u šetřeného případu rovněž zohlednil fakt, že položky výkazu výměr specifikované názvy nebo odkazy tvořily z nabídky vybraného uchazeče cca 15 % z celkového finančního objemu veřejné zakázky vyjádřené nabídkovou cenou vybraného uchazeče. Nejedná se tedy ve vztahu k celkové ceně veřejné zakázky pouze o marginální, ale o její významnou část. Úřad je proto názoru, že pokud se konkrétní odkazy uváděné zadavatelem projevují v nabídce vybraného uchazeče z 15 %, tak i v případě, že nabídková cena nebyla jediným hodnotícím kritériem, ale pouze dílčím, avšak s váhou 60 %, mohlo to výběr nejvhodnější nabídky podstatně ovlivnit, tj. fakticky mohla být vybrána nabídka jiného uchazeče. Nejde totiž o výjimečný, izolovaně a okrajově použitý odkaz bez podstatného vlivu na výběr nejvhodnější nabídky.
35. Úřad dále sděluje, že argumentace zadavatele, že projektant byl upozorněn na nutnost dodržet při zpracování výkazu výměr podmínky uvedené v zákoně a že on sám není odborně způsobilý posoudit, zda názvy výrobků či výrobců jsou použité v rozporu se zákonem, je zcela irelevantní, a to z důvodu, že zadavateli nelze odejmout odpovědnost za spáchání správního deliktu, tedy odpovědnost zadavatele za správnost zadávací dokumentace. Odpovědnost za postup při zadávání veřejné zakázky leží plně na zadavateli, jde o zodpovědnost objektivní, přičemž rozhodující je způsobený důsledek, tzn. v tomto případě možné podstatné ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky.
36. Skutečnost, že v průběhu zadávacího řízení nepožádal žádný z uchazečů o dodatečnou informaci k zadávacím podmínkám a neuplatnil námitky, není rozhodující pro určení toho, zda zadávací řízení proběhlo korektně v souladu se zákonem. Taky skutečnost, že uchazeči, kteří podali nabídku, nepokládali předmětnou zadávací dokumentaci za diskriminační a chápali ji pouze jako vymezení kvalitativního standardu u jednotlivých položek, neznamena, že takto koncipována zadávací dokumentace nemohla mít potenciál ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a to i v případě, kdyby k takovému ovlivnění prokazatelně fakticky nedošlo. Zákonná konstrukce správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona totiž v sobě zahrnuje prvek jisté pravděpodobnosti, kdy za správní delikt označuje nejen jednání, jehož důsledkem je skutečné prokazatelné ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, ale i jednání, které zakládá pouze potenciální možnost takového ovlivnění.
37. Na základě výše uvedených skutečností a po zhodnocení všech okolností, zejména vzhledem k tomu, že již byla uzavřena smlouva a zadavatel se dopustil závažného porušení zákona, rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.
38. Úřad k uvedenému dále doplňuje, že při posuzování šetřené věci, a to jak z věcného hlediska, tak i v otázce stanovení výše sankce, jak je uvedeno dále, přihlédl ve smyslu ustanovení § 2 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, i k pravomocnému rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S20/2009-2812/2009/510/KČe ze dne 27. 3. 2009, které bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R47/2009/VZ-1114/2010/310/JSI ze dne 1. 2. 2010 (viz sbírka rozhodnutí sekce veřejných zakázek na www.uohs.cz, a k výše uvedenému rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 30/2010-

53 ze dne 4. 8. 2011, ve kterých se Úřad, resp. Krajský soud v Brně, problematikou ustanovení § 49 odst. 9 zákona zabýval v souvislostech obdobného konkrétního případu.

VI. Uložení sankce

39. Podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.
40. Úřad v průběhu správního řízení zjistil, že zadavatel porušil při zadávání výše uvedené veřejné zakázky zákaz stanovený v ustanovení § 44 odst. 9 zákona tím, že v zadávací dokumentaci použil ke specifikaci části předmětu veřejné zakázky obchodní názvy stavebních materiálů, ačkoliv to nebylo odůvodněno předmětem veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a na tuto veřejnou zakázku byla dne uzavřena dne 21. 12. 2010 smlouva o dílo.
41. Podle ustanovení § 121 odst. 3 zákona odpovědnost právnické osoby za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezačal řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.
42. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v ustanovení § 121 odst. 3 zákona. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl na základě podnětu, který obdržel dne 3. 10. 2012. Ke spáchání správního deliktu došlo dne 23. 2. 2010, kdy zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu o dílo. Správní řízení bylo zahájeno 6. 12. 2012, z čehož tedy vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla a nedošlo k uplynutí lhůty vymezené zákonem pro zahájení správního řízení.
43. Podle ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky, nebo do 10 000 000,- Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a), c) nebo d) zákona.
44. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu tím, že uzavřel s vybraným uchazečem dne 23. 2. 2010 smlouvu o dílo, za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí celkem částku 19 795 762,- Kč bez DPH (23 754 915,- Kč vč. DPH). Horní hranice možné pokuty (5 % ceny veřejné zakázky) tedy činí částku ve výši 1 187 745,-Kč.
45. Vzhledem k zjištěnému správnímu deliktu zadavatele Úřad přistoupil k uložení pokuty, neboť veřejná zakázka je již realizována a nápravy tedy nelze dosáhnout jinak.
46. Podle ustanovení § 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.
47. Co se týče způsobu spáchání správního deliktu, nelze zadavateli odejmout odpovědnost za jeho spáchání, tedy odpovědnost zadavatele za správnost zadávací dokumentace tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.
48. V souvislosti s následky spáchání správního deliktu Úřad uvádí, že svým postupem při zadávání veřejné zakázky mohl zadavatel podstatně ovlivnit efektivitu celého zadávacího

řízení, přičemž nelze vyloučit, že pokud by nepoužil odkazy na specifická označení zboží, mohl obdržet nabídky od širšího okruhu dodavatelů, které mohly být výhodnější a navrhopat lepší řešení než nabídka vybraného uchazeče, se kterým zadavatel uzavřel smlouvu. Nemohl tak dostat naplnění elementárního účelu zákona, kterým je zajistit efektivní vynakládání veřejných prostředků v rámci hospodářské soutěže za dodržení základních zásad uvedených v § 6 zákona.

49. Při určení výše pokuty zadavateli přihlédl však Úřad k polehčujícím okolnostem, za které považuje skutečnost, že zadavatel nebyl při vytváření zadávací dokumentace veden snahou diskriminovat potencionální dodavatele a takto je vyloučit z účasti v zadávacím řízení a že zadavatel neměl v úmyslu vyhnout se postupu podle zákona, o čemž svědčí i skutečnost, že zadavatel v zadávací dokumentaci umožnil použití i jiných kvalitativně a technicky obdobných řešení. Úřad zohlednil i skutečnost, že úkony zadavatele nebyly v šetřeném případě důvodem pro to, aby vyzvaní zájemci nemohli podat nabídku.
50. Úřad dále za další polehčující okolnost ve prospěch zadavatele považuje skutečnost, že v době vytváření zadávací dokumentace k předmětné veřejné zakázce nebylo k zákazu stanovenému v ustanovení § 44 odst. 9 zákona vydané ještě žádné stanovisko Úřadu obsažené v pravomocném rozhodnutí, na základě kterého by mohl zadavatel zhodnotit vlastní postup při zadání předmětné veřejné zakázky. Obdobně i odborná literatura dostupná v době tvoření zadávací dokumentace hovoří o této problematice nejednoznačně, když například uvádí, že *„praxe zejména v případě zakázek na stavební práce, kde předmět zakázky sestává ze stovek či tisíců dílčích položek, ukazuje problematičnost a náročnost dodržení základního požadavku odstavce 9, a proto se zejména v těchto případech připouští alternativní řešení uvedením konkrétního výrobku za podmínky, že bude výslovně připuštěno použití ekvivalentního řešení.“* (viz Neruda R., Raus D. *Zákon o veřejných zakázkách – komentář*. Praha: Linde, 2007, s. 350). Úřad při své úvaze o výši pokuty zohlednil tedy i fakt, že v případě šetřené zakázky bylo uvedenému požadavku vyhověno.
51. 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 nálezu Ústavního soudu č. Pl. ÚS 3/02 ze dne 13. 8. 2002. 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. Ze schváleného rozpočtu zadavatele za rok 2011 umístěné na jeho internetových stránkách Úřad zjistil, že rozpočet zadavatele činil 13 100 000,- Kč. Vzhledem k této skutečnosti Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel v rámci svého rozpočtu disponuje, považovat za likvidační.
52. 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 funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů zadavatele Úřad při stanovení výše uložené pokuty preferoval s ohledem na výše uvedené polehčující okolnosti preventivní charakter uložené sankce a stanovenou výši pokuty posoudil vzhledem k souvislostem případu jako dostačující

a možnostem zadavatele přiměřenou. Proto Úřad zadavateli uložil pokutu ve výši 10 000,- Kč, tj. u dolní hranice zákonné sazby.

53. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu v Brně u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO zadavatele.
54. Na základě výše uvedených skutečností a po zhodnocení všech okolností Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

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

Obec Velehrad, IČO 002 91 536, se sídlem Hradištská 231, 687 06 Velehrad

Vypraveno dne

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