



UOHSX005X532

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S165/2014/VZ-10966/2014/522/ABt

Brno 23. května 2014

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 14.3.2014 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel – Armádní servisní, příspěvková organizace, IČO 60460580, se sídlem Podbabská 1589/1, 160 00 Praha 6,

ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) citovaného zákona v souvislosti s porušením ust. § 47 citovaného zákona, když v oznámení o zakázce klasifikoval službu, která byla předmětem veřejné zakázky „Zajištění provozu vybraných energetických zařízení určených k výrobě a rozvodu tepla“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 18.9.2009 pod ev. č. 60036357 a následně opraveno dne 27.10.2009 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 22.9.2009 pod ev. č. 2009/S182-261969, CPV kódem č. 9839000-3 – Jiné služby,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Armádní servisní, příspěvková organizace, IČO 60460580, se sídlem Podbabská 1589/1, 160 00 Praha 6 – se při zadávání veřejné zakázky „Zajištění provozu vybraných energetických zařízení určených k výrobě a rozvodu tepla“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 18.9.2009 pod ev. č. 60036357 a následně opraveno dne 27.10.2009 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 22.9.2009 pod ev. č. 2009/S182-261969, dopustil správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, když v oznámení

o zakázce, které bylo uveřejněno jak v informačním systému veřejných zakázek, tak v Úředním věstníku Evropské unie, klasifikoval službu, která byla předmětem výše uvedené veřejné zakázky, podle referenční klasifikace platné pro veřejné zakázky kódem č. 9839000-3 – Jiné služby, přestože tento kód neodpovídá předmětu veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel již uzavřel dne 29.1.2010 smlouvu s vybraným uchazečem – STAEG, spol. s r.o, IČO 25520059, se sídlem Průmyslová 738/8F, 682 01 Vyškov.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se zadavateli - Armádní servisní, příspěvková organizace, IČO 60460580, se sídlem Podbabská 1589/1, 160 00 Praha 6 – **ukládá** podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

pokuta ve výši 400.000,- Kč (čtyři sta tisíc korun českých).

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

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel - Armádní servisní, příspěvková organizace, IČO 60460580, se sídlem Podbabská 1589/1, 160 00 Praha 6 (dále jen „zadavatel“), uveřejnil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), v informačním systému o veřejných zakázkách dne 18.9.2009 pod ev. č. 60036357 a následně opravil dne 27.10.2009 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejnil dne 22.9.2009 pod ev. č. 2009/S182-261969 oznámení otevřeného zadávacího řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Zajištění provozu vybraných energetických zařízení určených k výrobě a rozvodu tepla“ (dále jen „veřejná zakázka“).
2. V čl. II.1.5. oznámení o zakázce zadavatel klasifikoval předmět veřejné zakázky podle referenční klasifikace platné pro veřejné zakázky CPV kódem č. 9839000-3 – Jiné služby (dále jen „CPV kód „Jiné služby““) a uvedl, že předmětem plnění veřejné zakázky je poskytnutí služby při zabezpečení provozu vybraných energetických zařízení určených k výrobě a rozvodu tepla v rozsahu povinností obsluhy.
3. Z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 3.11.2009 vyplývá, že zadavatel obdržel 6 nabídek.
4. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 25.11.2009 vyplývá, že dvě z podaných nabídek byly hodnotící komisí vyřazeny, ze zbývajících nabídek byla jako nejvhodnější vybrána nabídka uchazeče STAEG, spol. s r.o., IČO 25520059, se sídlem Průmyslová 738/8f, 682 01 Vyškov (dále jen „vybraný uchazeč“). Zadavatel rozhodl o výběru nabídky uvedeného uchazeče dne 25.11.2009.
5. Dne 29.1.2010 byla mezi zadavatelem a vybraným uchazečem uzavřena Smlouva na zajištění provozu vybraných energetických zařízení určených k výrobě a rozvodu tepla (dále jen „smlouva na realizaci veřejné zakázky“). Celková cena za celý předmět smlouvy byla v čl. IV smlouvy stanovena ve výši 354 412 120,- Kč bez DPH (421 750 423,- Kč včetně DPH).

II. SPRÁVNÍ ŘÍZENÍ

6. Dne 14.3.2014 zahájil Úřad správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona v souvislosti s porušením ust. § 47 zákona, když při vymezení předmětu plnění nepoužil odpovídající CPV kód.
7. Úřad při zahájení správního řízení z moci úřední vycházel z právních závěrů vyplývajících z rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 7 Afs 98/2012-171 ze dne 26.9.2013, který ve vztahu k postupu zadavatele při zadávání předmětné veřejné zakázky, jenž byl Úřadem přezkoumáván ve správním řízení vedeném pod sp. zn. S8,11/2010/VZ, konstatoval, že zadavatelem použitý CPV kód „Jiné služby“ je pro označení předmětu dané veřejné zakázky nevhodný, neboť nemá žádnou vazbu na předmět veřejné zakázky, a ani žádný ze specifičtějších CPV kódů, které pod tento obecný CPV kód spadají, předmět veřejné zakázky ani zčásti nevystihuje, a použitím předmětného CPV kódu tak mohlo dojít k omezení možných účastníků veřejné zakázky, kteří nemohli včas vyhlášení veřejné zakázky zaregistrovat a uplatnit své nabídky.
8. Zahájení správního řízení z moci úřední oznámil Úřad účastníkovi řízení dopisem č. j. ÚOHS-S165/2014/VZ-5549/2014/522/ABt ze dne 13.3.2014 a usnesením č. j. ÚOHS-S165/2014/VZ-5560/2014/522/ABt z téhož dne mu stanovil lhůtu, v níž byl oprávněn navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko, a lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
9. Zadavatel v rámci správního řízení žádný návrh neučinil a vyjádření k věci nepodal.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

10. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve vzájemných souvislostech a po zhodnocení skutkového stavu, při respektování právních závěrů vyplývajících z rozsudku Nejvyššího správního soudu, konstatuje, že zadavatel při označení předmětu veřejné zakázky CPV kódem „Jiné služby“ nepostupoval v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.
11. Podle § 47 zákona je zadavatel povinen při vymezení předmětu veřejné zakázky v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení použít klasifikaci zboží, služeb a stavebních prací podle referenční klasifikace platné pro veřejné zakázky na základě přímo použitelného předpisu Evropských společenství.
12. V oznámení o zakázce byl předmět veřejné zakázky vymezen jako „poskytnutí služby při zabezpečení provozu vybraných energetických zařízení určených k výrobě a rozvodu tepla v rozsahu povinností obsluhy“. Tomuto vymezení odpovídá i obsah smlouvy na realizaci veřejné zakázky uzavřené dne 29.1.2010 mezi zadavatelem a vybraným uchazečem, podle níž spočívá závazek vybraného uchazeče v provádění obsluhy a údržby stanovených tepelných zařízení, přičemž mezi povinnosti vybraného uchazeče patří zejména obsluha tepelných zařízení s cílem ekonomické výroby a rozvodu tepla, vedení provozní evidence, přebírání paliv, provádění běžné údržby zařízení.

13. Zadavatel v čl. II.1.5. oznámení o zakázce označil předmět veřejné zakázky CPV kódem č. 98390000-3 – Jiné služby.
14. Úřad v obecné rovině konstatuje, že účelem referenční klasifikace platné pro veřejné zakázky je kromě popisu veřejné zakázky i sjednocení klasifikace, která umožňuje dodavatelům z různých zemí se snadněji orientovat v zadávacích řízeních uveřejněných nejen v informačním systému veřejných zakázek, ale zejména v Úředním věstníku Evropské unie. Klasifikace předmětu veřejné zakázky podle CPV kódu má sloužit k identifikaci veřejné zakázky tak, aby dodavatel měl možnost posoudit, zda daná veřejná zakázka spadá do jeho zájmové oblasti a zda má zpracovat nabídku. Jelikož tato klasifikace je základním údajem pro vyhledávání relevantních veřejných zakázek, měl by zvolený CPV kód maximálně odpovídat předmětu veřejné zakázky. Důsledkem nesprávné klasifikace může být diskriminace potenciálních uchazečů, kteří byli uvedeni v omyl právě chybným CPV kódem, přičemž u zahraničních dodavatelů je právě CPV kód jediným srozumitelným a rozlišujícím vodítkem v databázi veřejných zakázek.
15. Úřad se tedy v rámci přezkumu postupu zadavatele při stanovení CPV kódu v předmětném zadávacím řízení zaměřil zejména na posouzení, zda pro zadavatelem poptávaný předmět veřejné zakázky neexistuje příhodnější CPV kód či skupina CPV kódů, pod který by bylo možno předmět dané veřejné zakázky podřadit.
16. Z vymezení předmětu veřejné zakázky uvedeného v oznámení o zakázce, jakož i z obsahu smlouvy na plnění veřejné zakázky vyplývá, že poptávaná služba se vztahuje k zařízením vyrábějícím energii a že podstatnými znaky poptávané služby jsou zejména zabezpečení provozu těchto zařízení a obsluhy a údržby zařízení.
17. Ve společném slovníku pro veřejné zakázky, který je přílohou č. 1 nařízení Komise (ES) č. 213/2008 ze dne 28.11.2007, kterým se mění nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 2195/2002 o společném slovníku pro veřejné zakázky (CPV) a směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES a 2004/18/ES o postupech při zadávání zakázek, pokud jde o přezkum CPV, jsou uvedeny mimo jiné následující CPV kódy:
 - kód 71314000-2 – Energetické a související služby
 - kód 98511000-8 – Služby provozních pracovníků
 - kód 50000000-5 – Opravy a údržby
18. Ze slovního označení uvedených CPV kódů vyplývá, že každý z nich se vztahuje alespoň k některému z výše uvedených znaků předmětu veřejné zakázky. Oproti tomu zadavatelem použitý CPV kód „Jiné služby“ nenesou žádnou odpovídající informaci o charakteru poptávaného plnění. Vazbu na poptávané plnění nemá přitom ani žádný ze specifitějších kódů spadajících pod obecný CPV kód „Jiné služby“, neboť předmětem veřejné zakázky není ani okrajově služba spočívající ve „vyřazování zařízení z provozu“, v poskytování „stěhovacích služeb“, „křeččovských služeb“, „čalounických služeb“, „zámečnických služeb“, či v „ladění hudebních nástrojů“.
19. Z uvedených skutečností vyplývá, že přestože ve Společném slovníku pro veřejné zakázky existují CPV kódy, které zadavatelem poptávaný předmět veřejné zakázky vystihují přiléhavěji, zadavatel je nevyužil, a pro specifikaci poptávaných služeb použil CPV kód „Jiné služby“, u něhož nelze najít vazbu na žádný z podstatných znaků poptávaného plnění.

V důsledku popsaného postupu zadavatele přitom mohlo dojít k omezení možných uchazečů o veřejnou zakázku, neboť ti z nich, kteří vyhledávají relevantní veřejné zakázky právě podle CPV kódů, se o dané veřejné zakázce právě z důvodu jejího označení nesprávným CPV kódem nemuseli vůbec dozvědět. V daném případě tedy mohlo dojít k narušení konkurenčního prostředí a ve výsledku i k narušení hospodářské soutěže o danou veřejnou zakázku.

20. Úřad proto konstatuje, že zadavatel svým postupem porušil § 47 zákona, když klasifikoval službu, která byla předmětem veřejné zakázky „Zajištění provozu vybraných energetických zařízení určených k výrobě a rozvodu tepla“, podle referenční klasifikace platné pro veřejné zakázky CPV kódem č. 9839000-3 – Jiné služby, přestože tento kód neodpovídá předmětu veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť v jeho důsledku mohlo dojít k omezení informovanosti možných uchazečů o dané veřejné zakázce a tudíž i ke snížení počtu nabídek podaných do zadávacího řízení. Není tedy vyloučeno, že kdyby zadavatel označil předmět veřejné zakázky příslušným CPV kódem, mohl obdržet více nabídek, z nichž by některá mohla být výhodnější než nabídka vybraného uchazeče.
21. S ohledem na výše uvedené Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

Uložení sankce

22. Podle § 120 odst. 1 písm. a) 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.
23. Zadavatel se dopustil správního deliktu tím, že nedodržel postup stanovený v § 47 zákona, když klasifikoval službu, která byla předmětem dané veřejné zakázky, CPV kódem „Jiné služby“, přestože tento kód neodpovídá předmětu veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
24. Jelikož zadavatel uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem na základě postupu, při němž nedodržel postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, naplnil tak skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
25. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky nebo do 10 000 000 Kč, pokud cena zakázky nebyla nabídnuta, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a) zákona.
26. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí celkem 421 750 423,- Kč včetně DPH. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí 21 087 521,- Kč.
27. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, 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.
28. Před uložením pokuty tedy Úřad ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona k uložení pokuty. V daném případě došlo ke spáchání správního deliktu uzavřením

smlouvy dne 29.1.2010, z čehož je zřejmé, že odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.

29. 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 okolnostem, za nichž byl spáchán.
30. Z hlediska přiměřenosti vzal Úřad v úvahu následující skutečnosti.
31. Zadavatel tím, že v oznámení o zakázce použil pro označení poptávané služby nesprávný CPV kód, mohl omezit okruh možných uchazečů o veřejnou zakázku. Ve vztahu k závažnosti správního deliktu tak nelze než uvést, že se v daném případě jedná o delikt závažný, neboť uvedeným postupem zadavatele mohlo dojít k významnému omezení základního účelu procesu zadávání veřejné zakázky, kterým je zajištění spravedlivé soutěže o cenu.
32. Přestože zadavatel veřejnou zakázku zadal v zadávacím řízení a nepostupoval tedy při jejím zadání zcela mimo režim zákona, nelze konstatovat, že by jeho nezákonný postup zůstal bez následků, neboť porušením § 47 zákona mohlo dojít k významnému omezení konkurenčního prostředí v daném zadávacím řízení, v důsledku čehož mohlo dojít k nehospodárnému využití veřejných prostředků.
33. Za polehčující okolnost Úřad v daném případě považuje skutečnost, že v předmětném zadávacím řízení bylo podáno šest nabídek, a byla tedy zachována alespoň určitá míra soutěže. Úřad k této okolnosti přihlédl při posuzování způsobu spáchání správního deliktu a při zvažování výše sankce. Jak ale vyplývá z odůvodnění tohoto rozhodnutí, důsledkem pochybení zadavatele mohlo být omezení soutěžního prostředí, které je považováno za jedno z nejzávažnějších pochybení v procesu zadávání veřejných zakázek. Úřad proto k uvedené polehčující okolnosti uvádí, že ji nelze považovat za okolnost, která by byla schopna „zhojit“ popsané porušení zákona.
34. Při posuzování výše uložené pokuty vycházel Úřad z premisy, že 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. Úřad si je vědom, že tyto dvě funkce nelze úplně oddělit, přesto však po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů akcentoval v předmětném případě zejména preventivní charakter uložení sankce.
35. Úřad současně stanovil výši sankčního postihu tak, aby nedošlo k bagatelizaci následků za spáchání správního deliktu, neboť uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocíťována jako újma, neboť uložení nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání.
36. S ohledem na výše uvedené se Úřad rozhodl uložit pokutu ve výši 400.000,- Kč tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí. Vzhledem k výši horní hranice zákonné sazby, podle které mohl Úřad uložit pokutu ve výši až 21 087 521,- Kč, Úřad posoudil stanovenou výši pokuty jako dostačující a naplňující současně preventivní i represivní charakter uložení sankce.
37. Úřad dodává, že při určení výše pokuty vzal Úřad v úvahu i ekonomickou situaci zadavatele, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně

„nespravedlivá“. Z dokumentu označeného „Přehled o rozpočtu nákladů a výnosů státních příspěvkových organizací a další doplňující údaje – hlavní činnost “ ze dne 20.9.2013, vyplývá, že rozpočet zadavatele na rok 2014 činí 958 851 827,- Kč, zadavatel tedy hospodaří s finančními prostředky v řádech stovek milionů korun. S ohledem na tuto skutečnost Úřad konstatuje, že v daném případě nelze považovat stanovenou výši pokuty za likvidační ani za nepřiměřeně zasahující ekonomickou podstatu zadavatele (a v tomto smyslu nespravedlivou).

38. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť již došlo k uzavření předmětné smlouvy, a nápravy tak nelze dosáhnout jiným způsobem než uložení sankce. Z uvedeného důvodu uložil Úřad pokutu ve výši uvedené ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
39. 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 – IČO zadavatele.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 7, 604 55 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

Armádní servisní, příspěvková organizace, Podbabská 1589/1, 160 00 Praha 6

Vypraveno dne

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