



UOHSX00775C9

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0323/2015/VZ-19587/2015/521/KMz

Brno 24. července 2015

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném z moci úřední dne 2. 6. 2015, jehož účastníkem je

- zadavatel – město Kroměříž, IČO 00287351, se sídlem Velké náměstí 115/1, 767 01 Kroměříž, ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, cit. zadavatelem při zadávání veřejné zakázky „Informační systém v Kroměříži – městě památek UNESCO“ ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy k podání nabídek ze dne 31. 1. 2014 zveřejněné na profilu zadavatele téhož dne, přičemž oznámení o zadání zakázky bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 26. 3. 2014 pod ev. č. zakázky 484222 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 28. 3. 2014 pod ev. č. 2014/S 062-104545,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – město Kroměříž, IČO 00287351, se sídlem Velké náměstí 115/1, 767 01 Kroměříž – **se dopustil správního deliktu** podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že při zadávání veřejné zakázky „Informační systém v Kroměříži – městě památek UNESCO“ ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy k podání nabídek ze dne 31. 1. 2014 zveřejněné na profilu zadavatele téhož dne nedodržel postup stanovený v § 44 odst. 11 ve spojení s § 45 odst. 3 a § 6 odst. 1 citovaného zákona, neboť v zadávacích podmínkách, resp. v příloze dodatečných informací č. 3 ze dne 13. 2. 2014 v položkách „monitor + touchscreen“ a „PC“ stanovil požadavek na dodávku zboží užitím odkazu

na specifické označení zboží, které platí pro určitou osobu, popřípadě její organizační složku za příznačné (tj. uvedení výrobce Nexio u položky „monitor + touchscreen“ a uvedení konkrétního výrobce a typu počítače Lenovo IdeaCentre Q180 u položky „PC“), ačkoli pro takový postup nebyla splněna žádná z výjimek stanovených zákonem, čímž současně zadavatel stanovil technické podmínky tak, že určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu, a zároveň tím nedodržel zásadu zákazu diskriminace stanovenou v § 6 odst. 1 citovaného zákona, přičemž tímto postupem mohl podstatně ovlivnit výběr nejuvhodnější nabídky, a dne 24. 3. 2014 uzavřel s vybraným uchazečem – Pozemní stavitelství Zlín a.s., IČO 46900918, se sídlem Kúty 3967, 762 92 Zlín – smlouvu o dílo č. 2014/16/Ze-SML/023/2014 na plnění předmětu veřejné zakázky.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se zadavateli – město Kroměříž, IČO 00287351, se sídlem Velké náměstí 115/1, 767 01 Kroměříž – **ukládá** podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

pokuta ve výši 30 000,- Kč (třicet tisíc korun českých).

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

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – město Kroměříž, IČO 00287351, se sídlem Velké náměstí 115/1, 767 01 Kroměříž (dále jen „zadavatel“) – který je zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 2 písm. c) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), uveřejnil dne 31. 1. 2014 na svém profilu zadavatele výzvu k podání nabídek ve veřejné zakázce „Informační systém v Kroměříži – městě památek UNESCO“ zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení (dále jen „veřejná zakázka“). Součástí výzvy byla rovněž zadávací dokumentace.
2. Předmět plnění veřejné zakázky zadavatel vymezil v bodě 1.1. zadávací dokumentace následovně: *„[p]ředmětem veřejné zakázky jsou stavební práce. Účelem stavby je vybudování infosystémů a oddechových ploch v Kroměříži. Předmět veřejné zakázky je specifikován zadávací dokumentací, zejména její přílohou – projektovou dokumentací pro provádění stavby ‚Informační systém v Kroměříži-městě památek UNESCO‘ včetně výkazu výměr...“*. V článku 1.5. tamtéž klasifikoval zadavatel předmět veřejné zakázky jako stavební práce. Předpokládanou hodnotu veřejné zakázky stanovil zadavatel v článku 1.6. tamtéž ve výši 4 222 926 Kč bez DPH.
3. V příloze označené SO1.3. „Instalace informačních kiosků s dotykovou obrazovkou“ netextové části zadávací dokumentace zadavatel uvedl, že *„[i]nformační systém (IS) v Kroměříži navazuje na přechodí projekty, zejména na již realizovanou trasu UNESCO... Součástí IS budou informační panely s dotykovými obrazovkami.“* Zadavatel tamtéž vymezil požadavky na instalaci informačních kiosků s dotykovou obrazovkou.
4. Dodatečnými informacemi k zadávací dokumentaci číslo 3 ze dne 13. 2. 2014 (dále jen „dodatečné informace“) zadavatel v reakci na dotaz směřující k upřesnění záložního zdroje,

softwaru, elektroměru a připojení informačních kiosků uvedl, že „[b]ližší specifikace informačního kiosku je v příloze těchto dodatečných informací (Specifikace_panel.pdf), včetně SW, záložního zdroje s příkonem 350W, pro provoz 10h bez vnějšího napájení s kapacitou 200Ah. Elektroměr bude součástí každého informačního panelu, pro měření po dobu napájení z veřejného osvětlení. Osazení patky je ve výkazu výměr objektu S001 položka č.8, na kterou se provede montáž. Součástí výkazu výměr je příloha, která pojednává o připojení infokiosku kabelem VO z nejbližšího stožáru VO a je zahrnuta v předané dokumentaci. Položky 12 a 13 jsou pasivní panely viz obrazová příloha technické zprávy. Požadavky na informační kiosek jsou dány požadavky Národního památkového ústavu.“

V předmětné příloze těchto dodatečných informací byly následující informace:

Informační kiosek		ks
stojan		
panel na výšku 26-32“	ocelový plech, komaxit	3
nerezová podstava do betonu	příplatek	3
stříška pro venkovní kiosek	příplatek	3
příplatek	Přídavná skříň UPS	3
monitor + touchscreen		
26“ LCD	26“ Nexio NJ infra dotekový – vandal odolný – venkovní	3
periferie		
	Proudový chránič – pouze u venkovní verze kiosku	3
	Termostat – vytápění kiosku	3
příplatek	UPS, kapacita 200 Ah, hmotnost 55 kg	3
příplatek	elektroměr na DIN lištu	3
PC		
Lenovo IdeaCentre Q180	Intel Atom D2700 (1M Cache,2.13 GHz), 2 GB DDR3 paměť, grafická karta AMD Radeon HD6450 (512 MB), 500GB disk, bez mechaniky, Wi-fi, GLAN, USB 2.0 a 3.0, VGA, HDMI, OS Windows 7 Home Premium 64bit	3
SW		
kioskový browser	WebTouch - 1.3.6x cz (standard ver. A)	3
ostatní - instalace		
instalace		9
doprava		96
Celkem		

26“ LCD doteková obrazovka

rozměry v x h x š (mm): 1850 x 430 x 515

rám je z ocelového plechu

přístup k počítači, monitoru uzamykatelnými dvířky

stupeň krytí IP 20 B, IEC 529: 1989

povrchová úprava a barevné provedení dle výběru (komaxit, autolak)

počítač je ve skříni kiosku

5. Dne 24. 3. 2014 uzavřel zadavatel na plnění předmětu veřejné zakázky smlouvu o dílo č. 2014/16/Ze-SML/023/2014 (dále jen „smlouva o dílo“) s vybraným uchazečem – Pozemní stavitelství Zlín a.s., IČO 46900918, se sídlem Kúty 3967, 762 92 Zlín.

II. POSTUP ÚŘADU PŘED ZAHÁJENÍM SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

6. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), který je podle § 112 zákona příslušný k výkonu dohledu nad postupem zadavatelů při zadávání veřejných zakázek a soutěži o návrh, obdržel dne 3. 3. 2015 podnět k přezkoumání postupu zadavatele při zadávání předmětné veřejné zakázky.
7. V rámci šetření podnětu si Úřad vyžádal od zadavatele vyjádření k podnětu a dokumentaci o předmětné veřejné zakázce. Po přezkoumání předložených podkladů získal Úřad pochybnost, zda zadavatel vymezením technických podmínek specifikujících informační kiosky v rámci Souboru dodatečných informací číslo 3 ze dne 13. 2. 2014 postupoval v souladu s § 44 odst. 11 ve spojení s § 45 odst. 3 a § 6 odst. 1 zákona, konkrétně zda neodkázal na specifická označení zboží a služeb, které platí pro určitou osobu, popřípadě její organizační složku za příznačné, a to v případě specifikace monitoru a specifikace PC, a zda tedy technické podmínky specifikující informační kiosky nebyly stanoveny tak, aby určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely neodůvodněné překážky hospodářské soutěže, a zda se svým postupem nedopustil diskriminace potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku a zda se tedy svým postupem nedopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Z tohoto důvodu Úřad zahájil správní řízení z moci úřední.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

8. S ohledem na shora uvedené pochybnosti oznámil Úřad zadavateli, který je dle § 116 zákona jediným účastníkem správního řízení, přípisem č. j. ÚOHS-S0323/2015/VZ-13007/2015/521/KMz ze dne 2. 6. 2015 zahájení správního řízení z moci úřední.
9. Dnem 2. 6. 2015, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno zadavateli, bylo podle § 113 zákona ve spojení s § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), předmětné správní řízení zahájeno.
10. Úřad dále usnesením č. j. ÚOHS-S0323/2015/VZ-13008/2015/521/KMz ze dne 2. 6. 2015 určil zadavateli lhůtu, v níž byl oprávněn navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko.
11. Dne 10. 6. 2015 obdržel Úřad vyjádření zadavatele z téhož dne.

Vyjádření zadavatele

12. Zadavatel předně uvádí, že dle § 44 zákona je zadávací dokumentace soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek, které vymezují předmět veřejné zakázky. Bez dalšího lze tedy vyvodit, že dodatečné informace jsou součástí zadávací dokumentace. Zadavatel nepopírá, že v příloze dodatečných informací odkázal na specifická označení zboží nebo služeb. Dle názoru zadavatele se na tento případ vztahuje výjimka uvedená v § 44 odst. 11 zákona. Zadavatel dále uvádí, že při tvorbě zadávací dokumentace (v položce 15 NAB 8915 výkazu výměr) „postupoval v souladu se zákonnými ustanoveními, které určují,

jakým způsobem se vymezují technické podmínky. Zadavatel ve výkazu výměr stanovil technické podmínky objektivně tak, že vyjadřovaly účel využití požadovaného plnění dle § 45 odst. 1 zákona. Nicméně, a to plyne i z žádosti o dodatečné informace, uchazeč požadoval upřesnění technických podmínek stanovených ve výkazu výměr. Proto vydal zadavatel dodatečné informace a proto se také zadavatel uchýlil ke stanovení technických podmínek pomocí specifického označení zboží a služeb. Zadavatel míní, že jakýkoli pokus o vymezení technických podmínek jiným způsobem by vedlo opět k nejasnostem a dalším žádostem o upřesnění technických podmínek ze strany uchazečů.“ Zadavatel v této souvislosti podotýká, že v čl. 2.3. textové části zadávací dokumentace v souladu s § 44 odst. 11 zákona výslovně umožnil pro plnění veřejné zakázky použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení. Zadavatel je toho názoru, že tím, že dodatečné informace jsou součástí zadávací dokumentace, vztahuje se tento článek i na ně.

13. *Zadavatel se také domnívá, že „odkazy na specifická označení zboží nebo služby byly odůvodněny předmětem veřejné zakázky ve smyslu § 44 odst. 11 zákona. V dodatečných informacích zadavatel mj. uvádí, že „Požadavky na informační kiosek jsou dány požadavky Národního památkového ústavu“ (dále jen „NPÚ“). V této souvislosti si zadavatel dovoluje upozornit, že požadavky NPÚ byly především požadavky na kompatibilitu nabízeného řešení se stávajícím řešením informačních kiosků. Ve městě Kroměříž je na různých místech používáno právě takové řešení, jako zadavatel požadoval v rámci předmětné veřejné zakázky. Vzhledem k tomu, že jde o památkovou zónu UNESCO, zadavatel je zcela nepochybně oprávněn požadovat jednotný vizuální i funkční celek“.* K tomuto zadavatel odkazuje na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S320/2008/VZ-716/2009/510/HOd ze dne 26. 1. 2009.
14. *Zadavatel dále poukazuje na kulturní význam veřejné zakázky. V objektu SO 1 v Popisu investičního záměru zadavatel také uvedl následující popis: „[t]yto informační systémy dovedou návštěvníky města k významným památkám a dominantním objektům města Kroměříže“.* Zadavatel dále zmiňuje úzkou souvislost s předešlými projekty, z nichž plyne požadavek NPÚ na kompatibilitu nového se stávajícím, souvislost dle zadavatele lze najít i ve Specifické výzvě k předkládání projektových žádostí v rámci Regionálního operačního programu Střední Morava v prioritní ose 3 Cestovní ruch. Návaznost na přechodí projekty zmiňuje i Technická zpráva k objektu SO1. 3-01 v bodě 1. Specifikaci informačního kiosku z předešlých, již realizovaných projektů zadavatel uvádí v Technické zprávě pro veřejnou zakázku „Úprava nástupní plochy před Květnou zahradou – Kroměříž“, která je přílohou vyjádření, a současně zadavatel přikládá vzorovou fotodokumentaci takového kiosku. Na základě výše uvedeného zadavatel dovozuje patrnost nutné kompatibility předmětného řešení.
15. *K položce „monitor + touchscreen“ zadavatel konkrétně uvádí, že „zde zcela odmítá jakékoli výše uvedené pochybnosti Úřadu, protože je tento požadavek řádně odůvodněn požadavky NPÚ, a to zejména z vizuálního hlediska“.*
16. *Následně k položce „PC Lenovo IdeaCentre Q180“ zadavatel uvádí, že „návaznost a kompatibilita se týká všech aspektů informačních kiosků, tedy nejen aspektu vizuálního. Dále je třeba dodržet kompatibilitu se stávajícím technickým řešením zejména z podstatných důvodů, jako je servis informačních kiosků, jejich opravy, případně pořizování náhradních dílů, apod.“*

17. Zadavatel dodává, že „svým postupem v zadávacím řízení nemohl zvýhodnit žádného z uchazečů, neboť se v případě uvedených obchodních názvů jedná o zcela běžně dostupné zboží, navíc svým rozsahem jde o marginální část projektu. Uvedený postup také nemohl mít jakýkoliv vliv na pořadí nabídek případně na účast potencionálních dodavatelů v zadávacím řízení.“
18. Závěrem svého vyjádření zadavatel uvádí, že je přesvědčen, že se nedopustil porušení jakéhokoli ustanovení zákona, že technické podmínky a zadávací dokumentace obecně byly stanoveny v souladu se zákonem, nezaručovaly určitým dodavatelům konkurenční výhodu ani nevytvářely neodůvodněné překážky pro omezení hospodářské soutěže a zadavatel se tak svým postupem nemohl dopustit diskriminace potenciálních uchazečů. Zadavatel proto navrhuje, aby Úřad řízení zastavil.

Další průběh správního řízení

19. Usnesením č. j. ÚOHS-S0323/2015/VZ-14412/2015/521/KMz ze dne 15. 6. 2015 Úřad stanovil zadavateli lhůtu, v níž se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Dne 18. 6. 2015 Úřad obdržel vyjádření zadavatele, ve kterém zadavatel Úřadu sdělil, že již vyjádřil veškeré své názory a doložil veškeré v současnosti známé a možné důkazy a dále se již vyjadřovat nebude.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

20. Úřad přezkoumal na základě § 112 a násl. ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce a vyjádření zadavatele, konstatuje, že se zadavatel při zadávání šetřené veřejné zakázky dopustil správního deliktu. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující skutečnosti.

Relevantní ustanovení zákona

21. Podle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
22. Podle § 44 odst. 3 písm. b) zákona zadávací dokumentace musí obsahovat alespoň technické podmínky (§ 45) nebo zvláštní technické podmínky (§ 46a), je-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky.
23. Podle § 44 odst. 11 zákona není-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky či nemá-li sektorový zadavatel na zboží či službu, která je součástí veřejné zakázky, uzavřenou rámcovou smlouvu dle tohoto zákona, nesmí zadávací podmínky, 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 § 45 a 46 dostatečně přesný a srozumitelný. V případě stavebních prací lze takový odkaz připustit, pouze pokud nepovede k neodůvodněnému omezení hospodářské soutěže. Zadavatel v takových případech vždy výslovně umožní pro plnění veřejné zakázky použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení.

24. Podle § 45 odst. 2 zákona se technickými podmínkami v případě veřejné zakázky na stavební práce 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 na stavební práce popsán jednoznačně a objektivně způsobem vyjadřujícím účel použití zamýšlený zadavatelem.
25. Podle § 45 odst. 3 zákona technické podmínky nesmí být stanoveny tak, aby určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely neodůvodněné překážky hospodářské soutěže. Odůvodňuje-li to předmět veřejné zakázky, zohlední zadavatel při stanovení technických podmínek požadavky přístupnosti osob se zdravotním postižením nebo dostupnosti pro všechny uživatele.
26. Podle § 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.

K vymezení technických podmínek

27. V přezkoumávané věci zadavatel nerozporuje, že příloha dodatečných informací obsahovala specifické označení zboží, a to v případě položky „monitor + touchscreen“ (označení konkrétního výrobce – pozn. Úřadu) a „PC“ (označení konkrétního výrobce a rovněž konkrétního typu PC – pozn. Úřadu). Zásadní otázkou, kterou se Úřad zabýval, proto byla skutečnost, zda takový postup zadavatele byl odůvodněn předmětem veřejné zakázky či zda by byl popis předmětu veřejné zakázky postupem podle § 45 a 46 dostatečně přesný a srozumitelný.
28. Úřad předně připomíná, že zadavatel podle § 44 odst. 1 zákona odpovídá za správnost a úplnost zadávacích podmínek, k čemuž také Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 9 Afs 30/2010-182 ze dne 16. 11. 2010 judikoval, že *„zadávací dokumentace je nejvýznamnějším dokumentem v rámci zadávacího řízení. Za jeho zpracování je plně odpovědný zadavatel a je povinen ho zpracovat dostatečně kvalitně a s patřičnou odborností tak, aby na jeho základě bylo možno podat odpovídající a především vzájemně porovnatelné nabídky.“* Pro účely zákona se podle § 17 písm. l) zákona zadávacími podmínkami, jak sám uvádí zadavatel, rozumí mj. jiné dokumenty obsahující vymezení předmětu veřejné zakázky, tj. také dodatečné informace k zadávací dokumentaci o veřejné zakázce. Úřad taktéž souhlasí se zadavatelem ohledně toho, že podmínky stanovené v zadávací dokumentaci se vztahují i na dodatečné informace.
29. Při stanovení zadávacích podmínek vymezuje zákon určitá pravidla, kterými je zadavatel povinen se řídit. Kromě obecných zásad zadávání veřejných zakázek zakotvených v § 6 zákona, které by měly být aplikovány u všech úkonů souvisejících s daným zadávacím řízením, musí být konkrétně technické podmínky stanoveny objektivně a jednoznačně způsobem vyjadřujícím účel využití požadovaného plnění (jak je uvedeno v § 45 odst. 1 resp. odst. 2 zákona) a naopak nesmí být stanoveny tak, aby určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely neodůvodněné překážky hospodářské soutěže (jak je uvedeno v § 45 odst. 3 zákona).

30. Ustanovení § 44 odst. 11 zákona dále při stanovení zadávacích podmínek obecně zakazuje použití požadavků nebo odkazů na specifické zboží nebo službu v zadávacích podmínkách. Prolomení uvedeného zákazu je možné pouze z následujících důvodů:
- je-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky (z povahy věci nelze umožnit obdobná řešení),
 - popis předmětu veřejné zakázky by nebyl dostatečně přesný a srozumitelný, zadavatel vždy výslovně umožní použití jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení,
 - v případě stavebních prací pokud takový odkaz nepovede k neodůvodněnému omezení hospodářské soutěže, zadavatel vždy výslovně umožní použití jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení.

K této otázce se vyjádřil také Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Ca 30/2010-53 ze dne 4. 8. 2011, kde judikoval, že *„[j]akkoli zadavatelem deklarovaná formální otevřenost zadávacího řízení může být z tohoto pohledu zmařena v důsledku dopadu specifických formulací použitých zadavatelem při sestavování zadávací dokumentace, které budou přímo nebo nepřímo zvýhodňovat jednoho nebo více dodavatelů před ostatními, a to stanovením či doporučením konkrétního zboží či konkrétních materiálů, kterých má být při plnění veřejné zakázky použito“*. Na základě výše uvedeného lze shrnout, že zadavatel je proto povinen v zadávací dokumentaci specifikovat předmět plnění veřejné zakázky pomocí obecných parametrů, jiný postup zákon umožňuje pouze v taxativně vymezených případech uvedených v § 44 odst. 11 zákona. Zároveň však zadavatel musí u posledně dvou uvedených případů umožnit použití obdobného řešení.

31. V přezkoumávané věci zadavatel v příloze dodatečných informací použil odkaz v případě položek „monitor + touchscreen“ a „PC“ na specifické označení zboží, které platí pro určitou osobu, popřípadě pro její organizační složku, za příznačné (podrobně viz bod 4. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Zadavatel zdůvodňuje uvedený postup nutností kompatibility již stávajícího řešení s novým řešením a zároveň požadavkem NPÚ. K tomuto Úřad konstatuje, že nutnost kompatibilního řešení předmětu veřejné zakázky s již realizovaným řešením patří nepochybně mezi důvody, za kterých je možné aplikovat výjimku uvedenou v § 44 odst. 11 zákona, tj. že postup zadavatele je odůvodněn předmětem veřejné zakázky, nelze se na něj však odkazovat bez dalšího.
32. Úřad k argumentům zadavatele v první řadě uvádí, že při zadávání veřejných zakázek je rozhodné znění zákona. Pokud se tedy zadavatel dovolává požadavků NPÚ, nejsou tyto požadavky z pohledu Úřadu relevantní, neboť Úřad zkoumá soulad postupů zadavatele právě se zákonem. S ohledem na skutečnost, že za tvorbu zadávací dokumentace, jakožto i za průběh zadávacího řízení zodpovídá zadavatel (viz výše), je úkolem zadavatele, aby požadavky kladené na poptávaný předmět plnění veřejné zakázky jinými správními orgány či obdobnými institucemi „převtělil“ do zadávacích podmínek tak, aby neodporovaly ustanovením zákona. Nad to Úřad dodává, že s ohledem na poslání NPÚ (viz např. <http://www.npu.cz/pro-odborniky/narodni-pamatkovy-ustav/>), je zřejmé, že jeho požadavky budou v případě instalace zcela nového objektu v památkové zóně směřovat spíše na jeho vizuální podobu a nikoliv na stroj umístěný uvnitř objektu, jenž jeho vizuální podobu nikterak neovlivňuje (leda že by tento byl z historického hlediska významným a byl

např. rekonstruován, nebo byla vytvářena jeho přesná replika, což v daném případě nenastalo). Argumentace zadavatele by tedy mohla být přílehlavá pouze v případě monitoru (touchscreenu), neboť ten tvoří svrchní část kiosku, ovšem vzhledem k jeho povaze je možné požadavky na vizuální stránku zajistit i bez odkazu na konkrétního výrobce (viz dále).

33. Ohledně položky „monitor + touchscreen“ Úřad konstatuje, že tuto položku bylo možné obecně definovat pomocí požadovaných rozměrů (např. výška x hloubka x šířka, úhlopříčka, výška od země, minimální rozlišení touchscreen apod.). Tímto způsobem mohla být zajištěna vizuální shoda stávajícího řešení s poptávaným, aniž by byla porušena zákonná ustanovení, a zároveň by zadavatel dostal podmínkám uloženým NPÚ. Stejně tak položku „PC“ bylo možné obecně definovat pomocí jednotlivých parametrů hardware (např. uvedením požadavků na velikosti operační paměti apod.), které by splňovaly zákonnou podmínku zákazu specifického označení. Jestliže zadavatel uvádí, že u stávajícího technického řešení je nutno dodržet kompatibilitu z důvodu servisu a oprav, jedná se z pohledu Úřadu spíše o náročnější postup při administraci případných oprav, nikoli však o situaci, kdy by použití odkazu na specifické označení zboží bylo odůvodněno předmětem veřejné zakázky. Na základě výše uvedeného Úřad neshledal, že by použití odkazu na specifické označení zboží bylo odůvodněno předmětem veřejné zakázky.
34. K odkazu zadavatele na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S320/2008/VZ-716/2009/510/HOd ze dne 26. 1. 2009 Úřad konstatuje, že předmětem veřejné zakázky „SW centrálního úložiště“ ve věci šetřené ve správním řízení vedeném pod sp. zn. S320/2008/VZ, byla dle popisu zadavatele ve Věstníku veřejných zakázek *„dodávka, instalace a podpora provozu aplikačního software pro centrální úložiště elektronických receptů a souvisejících uživatelských rozhraní. Předmětem zakázky je dodávka úložiště, dodávka uživatelských rozhraní, dodávka technické dokumentace, údržba a podpora systému po dobu 3 let“*. V přezkoumávané věci zadavatel použil konkrétní odkaz na monitor a PC informačního kiosku, tedy na hardware, nikoli software. Úřad uvádí, že je nutné zohlednit individuální okolnosti přezkoumávaného případu, neboť zajištění kompatibility stávajícího softwaru s poptávaným softwarem, tj. počítačových programů, bývá zpravidla náročnějším procesem, než zajištění kompatibility hardware, tj. jednotlivých součástí daného zařízení. V nyní zkoumaném případě jsou navíc stavěny samostatné informační kiosky, které nebudou se stávajícími informačními kiosky nikterak hardwarově propojeny, tudíž požadavek na kompatibilitu ve smyslu nutného propojení a spolupráce – jak tomu bylo v zadavatelem odkazovaném případě – není nijak odůvodněn. Maximálně by bylo možno uvažovat – se zřetelem ke shora již uvedenému – o „vizuální kompatibilitě“ s případnými dosud instalovanými informačními kiosky, na tu však nemá počítač umístěný uvnitř kiosku žádný vliv (viz též bod 32. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Lze tedy shrnout, že zadavatelem odkazované rozhodnutí není vzhledem k přezkoumávané věci zcela přílehlavé.
35. Uchazeč o předmětnou veřejnou zakázku se konkrétně dotazoval v souvislosti s informačním kioskem na záložní zdroj, specifikaci SW, elektroměr a připojení infokabelů. Z tohoto dotazu nevyplývá, že by uchazeč požadoval upřesnění monitoru nebo hardware informačního kiosku. Úřad proto nemůže akceptovat zadavatelovu argumentaci, že jiný způsob vymezení technických podmínek v případě položek „monitor + touchscreen“ a „PC“ by nebyl dostatečně přesný a srozumitelný, a tak ani z tohoto důvodu nelze přisvědčit, že byl naplněn důvod pro postup podle § 44 odst. 11 zákona.

36. Poslední výjimka (viz bod 30. odůvodnění tohoto rozhodnutí) se týká stavebních prací. Byť se v případě informačních kiosků jedná o poskytnutí dodávek nezbytných k provedení předmětu dané veřejné zakázky, je i na takové dodávky hleděno jako na stavební práce, a to s ohledem na znění § 9 odst. 2 zákona, podle kterého je veřejnou zakázkou na stavební práce také zakázka, jejímž předmětem je rovněž poskytnutí dodávek či služeb nezbytných k provedení předmětu veřejné zakázky dodavatelem. Na daný případ by tedy bylo možné při splnění zákonem stanovených požadavků aplikovat výjimku z obecného zákazu použití požadavků nebo odkazů na specifické zboží nebo službu v zadávacích podmínkách týkající se stavebních prací, tedy že takový odkaz lze připustit, pouze pokud nepovede k neodůvodněnému omezení hospodářské soutěže, přičemž zadavatel v takových případech vždy výslovně umožní pro plnění veřejné zakázky použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení.
37. K aplikaci výjimek obsažených v zákoně Úřad v obecné rovině uvádí, že tyto je nezbytné vykládat vždy restriktivně, a to s ohledem na jejich následky, kterými je nepříznivé ovlivnění hospodářské soutěže. Rovněž tedy výše uvedenou výjimku je nutné vykládat restriktivně. Nelze připustit takový výklad, že je-li umožněno použití požadavků nebo odkazů na specifické zboží nebo službu v zadávacích podmínkách týkajících se stavebních prací, je možné při připuštění použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení automaticky užívat takové požadavky či odkazy bez dalšího. Jednak zákonodárce v textu předmětného ustanovení jednoznačně vymezil podmínku, že takový odkaz je možné připustit, pouze pokud nepovede k neodůvodněnému omezení hospodářské soutěže, jednak je nezbytné zohlednit *ratio legis*, tedy úmysl zákonodárce, tj. účel, kterého chtěl zákonodárce inkorporací předmětné výjimky dosáhnout.
38. Co se týká úmyslu zákonodárce, uvádí Úřad, že předmětná výjimka pro stavební práce byla do zákona inkorporována zákonem č. 55/2012 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a to s účinností od 1. 4. 2012 (dále jen „novela“). Z důvodové zprávy k novele poté vyplývá, že předmětná výjimka byla do zákona zahrnuta s ohledem na aplikační praxi, kdy *„[v] případě veřejné zakázky na stavební práce je součástí zadávací dokumentace i projekt ke stavbě. S ohledem na běžnou praxi jsou již v projektu vyznačeny přímo konkrétní materiály či dílčí části projektů. Zadavatel je podle dosavadního znění zákona postaven před povinnost upravit konkrétní názvy tak, aby odpovídaly požadavkům zákona na obecné charakteristiky. Na základě změny by zadavatel mohl použít projektovou dokumentaci včetně vymezených názvů, nicméně by musel výslovně v zadávací dokumentaci připustit pro plnění veřejné zakázky použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení.“*¹ Z výše uvedeného lze tedy dovést, že úmyslem zákonodárce bylo zohlednit situace, kdy zadavatel učiní součástí zadávacích podmínek rovněž např. projektovou dokumentaci (či jiné obdobné podklady) obsahující z pohledu zákona jinak nepřipustné odkazy. S ohledem na skutečnost, že odkaz je možné připustit, pouze pokud nepovede k neodůvodněnému omezení hospodářské soutěže, musí vždy existovat důvod, proč je v zadávacích podmínkách nezbytné použití takového odkazu či obchodního názvu (takovým důvodem může být např. nezbytnost na straně projektanta uvažovat konkrétní technické řešení).

¹ viz Důvodová zpráva k zákonu č. 55/2012 Sb., změna zákona o veřejných zakázkách dostupná v Systému ASPI

39. V daném případě ze zadávací dokumentace (viz části projektové dokumentace označené „SO1.3 – Instalace informačních kiosků s dotykovou obrazovkou“) nevyplývá, že by projektant definoval požadavky na PC a monitor, resp. touchscreen, způsobem odpovídajícím vymezení zadavatele v rámci dodatečných informací. Zadavatel tedy nebyl žádnou vnější okolností „nucen“ vymezit požadavky na PC a touchscreen odkazem na konkrétní výrobky, resp. výrobce. Takovou vnější okolností nebyla ani žádost o dodatečné informace, kterou bylo možno zodpovědět v obecné, a přesto dostatečně vypovídající rovině (viz též bod 33. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
40. Určením konkrétního typu monitoru a hardwaru zadavatel zároveň stanovil technické podmínky tak, že dodavatelům nebo výrobcům disponujícím konkrétně poptávaným plněním poskytl konkurenční výhodu oproti těm, kteří byli schopni dodat dané zboží jiného typu, aniž by to mělo vliv na funkčnost nebo vizuální stránku v porovnání s již stávajícími informačními kiosky. Nelze ani zohlednit argument zadavatele, že se v případě uvedených obchodních názvů jedná o zcela běžně dostupné zboží, neboť někteří dodavatelé se mohou orientovat na produkty konkurenčních společností, které mohou být rovněž zcela běžně dostupným zbožím. Z hlediska konstatování správního deliktu je rovněž lhostejno, o jak velkou část projektu se jedná, neboť i problémy s dostupností marginální části projektu mohou zapříčinit nemožnost podání nabídky dodavateli jinak schopnými předmět veřejné zakázky splnit.
41. S ohledem na konkrétní okolnosti přezkoumávaného případu tedy bylo uvedení předmětných odkazů zcela bezdůvodné, přičemž mohlo vést k omezení hospodářské soutěže a jako takové ho nemůže Úřad aprobovat ani při zohlednění výjimky obsažené v § 44 odst. 11 věta třetí a čtvrtá zákona. Svým postupem zadavatel rovněž mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť není vyloučeno, že by při zákonném vymezení technických podmínek dostal rovněž nabídky od jiných uchazečů, přičemž někteří z těchto potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku mohli nabídnout pro zadavatel výhodnější plnění.
42. Vzhledem k tomu, že v přezkoumávané věci Úřad neshledal, že by byl postup zadavatele odůvodněn alespoň jedním ze zákonem předvídaných důvodů, nebylo možno přihlídnout k tomu, že uchazeči mohli nabídnout obdobné řešení informačního kiosku (tato skutečnost byla ovšem relevantním podkladem při zvažování výše pokuty – viz dále).
43. Úřad shrnuje, že zadavatel je oprávněn definovat podmínky předmětu plnění veřejné zakázky tak, aby splňovaly jím požadované potřeby. Technická specifikace však musí být vždy stanovena v souladu se zákonem, nesmí se jednat o excesivní požadavky, které nejsou odůvodnitelné. S ohledem na výše uvedené Úřad dospěl k závěru, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 44 odst. 11 ve spojení s § 45 odst. 3 a § 6 odst. 1 zákona, neboť v zadávacích podmínkách, resp. v příloze dodatečných informací č. 3 ze dne 13. 2. 2014 v položkách „monitor + touchscreen“ a „PC“ stanovil požadavek na dodávku zboží užitím odkazu na specifické označení zboží, které platí pro určitou osobu, popřípadě její organizační složku za příznačné (tj. uvedení výrobce Nexio u položky „monitor + touchscreen“ a uvedení konkrétního výrobce a typu počítače Lenovo IdeaCentre Q180 u položky „PC“), ačkoli pro takový postup nebyla splněna žádná z výjimek stanovených zákonem, čímž současně zadavatel stanovil technické podmínky tak, že určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu, a zároveň tím nedodržel zásadu zákazu diskriminace stanovenou v § 6 odst. 1 citovaného zákona, přičemž tímto postupem mohl podstatně

ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dne 24. 3. 2014 uzavřel s vybraným uchazečem – Pozemní stavitelství Zlín a.s., IČO 46900918, se sídlem Kúty 3967, 762 92 Zlín –smlouvu o dílo na plnění předmětu veřejné zakázky.

K uložení pokuty

44. Úřad posoudil postup zadavatele a vzhledem ke zjištěným skutečnostem přistoupil k uložení pokuty, neboť zadavatel svým postupem naplnil skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona (viz výše).
45. Podle § 121 odst. 3 zákona účinného v době spáchání správního deliktu 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. Úřad dodává, že předmětné ustanovení bylo s účinností ode dne 6. 3. 2015 novelizováno, tudíž podle § 121 odst. 3 zákona účinného v době vydání tohoto rozhodnutí odpovědnost právnické osoby za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezačal řízení do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán.
46. S ohledem na posledně citovaného ustanovení Úřad před uložení pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. V předmětné věci se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl na základě podnětu, který obdržel dne 28. 1. 2015. Na základě tohoto podnětu úřad zahájil správní řízení z moci úřední dne 2. 6. 2015. Ke spáchání správního deliktu došlo dne 24. 3. 2014, kdy zadavatel uzavřel smlouvu o dílo na plnění předmětu veřejné zakázky. Z uvedených údajů je zřejmé, že povinnost zadavatele za spáchaný správní delikt nezanikla.
47. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) uloží pokuta do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit.
48. Z odstavce III. čl. 1. smlouvy o dílo vyplývá, že celková cena s DPH byla sjednána ve výši 4 063 873 Kč. Horní hranice pokuty, která může být uložena až do 10 % ceny zakázky, tak činí po zaokrouhlení 406 387 Kč.
49. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, přihlídnou k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
50. Hlavním kritériem, které je dle citovaného ustanovení rozhodné pro určení výměry pokuty, je závažnost správního deliktu. Jde o obecnou kategorii poměřující rozsah dopadu konkrétního deliktního jednání na specifický právem chráněný zájem s přihlédnutím k významu tohoto chráněného zájmu. Zákon pak demonstrativním výčtem vymezuje, co lze pod pojem závažnost správního deliktu podřadit (způsob jeho spáchání, jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchán).
51. Pokud jde o způsob spáchání správního deliktu, Úřad především uvádí, že za nejzávažnější stupeň intenzity porušení zákona považuje postup zadavatele spočívající v úplné ignoraci ustanovení zákona, neboť takový postup výrazně omezuje soutěžní prostředí, které je základním předpokladem dosažení efektivního vynakládání veřejných prostředků (coby hlavního účelu zákona). V daném případě došlo postupem zadavatele k nezákonnému

postupu již při vymezení zadávacích podmínek. Nezákoně vymezení zadávacích podmínek je deliktem závažným, neboť zadávací řízení ovlivňuje již od samého počátku. V daném případě je nutné konstatovat, že nastavení zadávacích podmínek vedlo bezdůvodně k zásadnímu omezení hospodářské soutěže, když došlo ke zvýhodnění určitých, zadavatelem přímo označených výrobků, aniž by k tomu byl dán dle zákona důvod.

52. V rámci posouzení závažnosti správního deliktu Úřad jako polehčující okolnost zohlednil skutečnost, že zadavatel porušil zákon pouze v dílčí části předmětné veřejné zakázky. Význam této polehčující okolnosti lze demonstrovat na skutečnosti, že celková cena s DPH za předmět plnění veřejné zakázky činí dle smlouvy o dílo 4 063 873 Kč, přičemž dle výkazu výměr k objektu SO1 činí cena tří informačních kiosků celkem 349 800 Kč. Cena za informační kiosky tvoří zaokrouhleně 8,61 % z celkové ceny předmětu plnění. Jako polehčující okolnost Úřad zohlednil rovněž tu skutečnost, že zadavatel v čl. 2.3. textové části zadávací dokumentace umožnil v případě existence odkazu na obchodní firmy atd. rovněž použití jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení, čímž zmírnil negativní dopady nezákoně vymezených požadavků na „monitor + touchscreen“ a „PC“ u informačních kiosků.
53. Žádné další přitěžující ani polehčující okolnosti Úřad v postupu zadavatele neshledal.
54. Při posuzování výše uložené pokuty Úřad vychází z předpokladu, že pokuta uložená zadavateli za spáchání správního deliktu má obecně plnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní, tj. postih za porušení povinností stanovených zákonem, a funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Funkce represivní i preventivní jsou spolu neoddělitelně spjaty, Úřad proto v šetřeném případě uložil pokutu v takové výši, aby účinně postihla jednání zadavatele, a zároveň, aby zadavatele do budoucna od podobného jednání odradila. Obdobně se vyjádřil i Krajský soud v rozsudku č. j. 62 Af 46/2011-78 ze dne 6. 12. 2012, ve kterém uvedl, že konkrétní forma postihu musí působit natolik silně, aby od podobného jednání odradila i jiné nositele obdobných povinností (preventivní funkce) a zároveň musí být postih dostatečně znatelný v zadavatelově materiální sféře, aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl ovšem pro zadavatele likvidačním. Úřad při stanovení výše pokuty tedy dále zohlednil skutečnost, že uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocítována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání. Peněžitá sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do sféry porušitele, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinam. Kromě toho může zadavatel, nemůže-li uhradit pokutu z rozpočtových zdrojů, využít jiné právní nástroje, např. ty, které vyplývají z pracovního práva a odpovědnosti konkrétní osoby za protiprávní stav. Pokuta uložená zadavateli tak naplňuje dostatečně obě funkce.
55. Při stanovení výše pokuty Úřad rovněž přihlédl k ekonomické situaci zadavatele, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. Z rozpočtu zadavatele na rok 2015² vyplývá, že zadavatel hospodaří s objemem finančních prostředků ve výši 491 845 000 Kč. Na základě uvedených skutečností Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze vzhledem k uvedeným finančním prostředkům zadavatele považovat za likvidační.

² veřejně dostupný na http://www.mesto-kromeriz.cz/fileadmin/user_upload/2015_05_28.pdf

56. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech výše uvedených hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech skutečností Úřad uložil pokutu ve výši 30 000 Kč, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
57. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710. Jako variabilní symbol zadavatel uvede své identifikační číslo.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 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. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží

město Kroměříž, Velké náměstí 115/1, 767 01 Kroměříž

Vypraveno dne

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