



UOHSX00746PC

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S207/2015/VZ-18671/2015/543/JNe

Brno: 20. 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 dne 9. 4. 2015 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel - Statutární město Zlín, IČO 00283924, se sídlem náměstí Míru 12, 761 01 Zlín, ve správním řízení zastoupený na základě plné moci ze dne 15. 12. 2014 Mgr. Zuzanou Tinhoferovou, advokátkou, se sídlem Staňkova 557/18a, 602 00 Brno,

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 zadávání veřejné zakázky „Rekonstrukce podchodu na náměstí Práce ve Zlíně“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 4. 10. 2012 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 5. 10. 2012 pod ev. č. 223019 ve znění následných oprav a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 10. 10. 2012 pod ev. č. 2012/S 195-320576 ve znění následných oprav,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel - Statutární město Zlín, IČO 00283924, se sídlem náměstí Míru 12, 761 01 Zlín - se při zadávání veřejné zakázky „Rekonstrukce podchodu na náměstí Práce ve Zlíně“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 4. 10. 2012 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 5. 10. 2012 pod ev. č. 223019 ve znění následných oprav a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 10. 10. 2012 pod ev. č. 2012/S 195-320576 ve znění následných oprav, dopustil spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 76 odst. 1 citovaného zákona v návaznosti na ustanovení § 6 odst. 1 citovaného zákona porušením zásady transparentnosti a zákazu diskriminace, když nevyřadil nabídku vybraného uchazeče - OHL ŽS, a.s., IČO 46342796, se sídlem Burešova 938/17, 602 00 Brno - z další účasti v zadávacím řízení z důvodů nesplnění požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách na ocenění položky č. 33 – aktualizace výkazu výměr částkou 9.500,- Kč bez DPH a položky č. 34 – projektová dokumentace částkou 20.000,- Kč bez DPH, přičemž tento postup zadavatele podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, a na veřejnou zakázku byla zadavatelem dne 16. 9. 2013 uzavřena smlouva s vybraným uchazečem - OHL ŽS, a.s., IČO 46342796, se sídlem Burešova 938/17, 602 00 Brno.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. rozhodnutí se zadavateli - Statutární město Zlín, IČO 00283924, se sídlem náměstí Míru 12, 761 01 Zlín - podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ukládá

pokuta ve výši 90 000,- Kč (devadesát tisíc korun českých).

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

ODŮVODNĚNÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), obdržel dne 1. 12. 2014 podnět k přezkoumání postupu zadavatele - Statutární město Zlín, IČO 00283924, se sídlem náměstí Míru 12, 761 01 Zlín, ve správním řízení zastoupený na základě plné moci ze dne 15. 12. 2014 Mgr. Zuzanou Tinthoferovou, advokátkou, se sídlem Staňkova 557/18a, 602 00 Brno (dále jen „zadavatel“) - při zadávání veřejné zakázky „Rekonstrukce podchodu na náměstí Práce ve Zlíně“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 4. 10. 2012 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 5. 10. 2012 pod ev. č. 223019 ve znění následných oprav a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 10. 10. 2012 pod ev. č. 2012/S 195-320576 ve znění následných oprav (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Na základě uvedeného podnětu si Úřad vyžádal od zadavatele příslušnou dokumentaci o předmětné veřejné zakázce a stanovisko ke skutečnostem uvedeným v podnětu.

I. Zadávací řízení

3. Jak vyplývá z bodu II. 1. 5 oznámení o zahájení zadávacího řízení, byly předmětem veřejné zakázky stavební práce spočívající v rekonstrukci podchodu na náměstí Práce ve Zlíně, přičemž podle bodu II. 2. 1. oznámení o zahájení zadávacího řízení byla předpokládaná hodnota stavebních prací 56 590 897,- Kč bez DPH.
4. Z protokolu o posouzení nabídek ze dne 2. 7. 2013 bylo zjištěno, že zadavatel obdržel 19 nabídek na plnění veřejné zakázky s tím, že hodnotící komise následně vyřadila podle § 76 odst. 1 zákona 5 nabídek uchazečů ze zadávacího řízení pro nesplnění zadávacích podmínek. Z protokolu o posouzení nabídek bylo dále zjištěno, že nabídka č. 6 - uchazeče OHL ŽS, a.s., IČO 46342796, se sídlem Burešova 938/17, 602 00 Brno (dále jen „vybraný uchazeč“) - dle posouzení hodnotící komise „splnila zákonné požadavky a požadavky zadavatele uvedené v zadávacích podmínkách a uchazeč nepodal nepřijatelnou nabídku podle § 22 odst. 1 písm. d) ZVZ“. Hodnotící komise dále konstatovala, že „zkontrolovala nabídku v podrobnostech soupisu stavebních prací a výkazu výměr v souladu s § 76 odst. 1 ZVZ“.
5. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 2. 7. 2013 vyplývá, že hodnotící komise na základě hodnotícího kritéria „Nabídková cena“ s váhou kritéria 90 % a hodnotícího kritéria „Doba plnění“ s váhou kritéria 10 % jako nejvhodnější nabídku vybrala nabídku vybraného uchazeče. Na předmětnou veřejnou zakázku byla s vybraným uchazečem dne 16. 9. 2013 uzavřena smlouva o dílo. Z bodu II. 2. 1) Oznámení o zadání zakázky vyplývá, že celková hodnota zakázky činila 34 893 413,- Kč bez DPH.

II. Průběh správního řízení

6. Po předběžném přezkoumání zadávací dokumentace získal Úřad pochybnost, zda zadavatel dodržel postup stanovený v § 76 odst. 1 zákona, když nevyřadil nabídku vybraného uchazeče z důvodů nesplnění požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách na ocenění položky č. 33 – aktualizace výkazu výměr částkou 9.500,- Kč bez DPH a položky č. 34 – projektová dokumentace částkou 20.000,- Kč bez DPH, přičemž tento postup ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky a uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku, a proto Úřad zahájil správní řízení z moci úřední vedené pod sp. zn. ÚOHS - S207/2015/VZ.
7. Účastníkem správního řízení je podle § 116 zákona zadavatel.
8. Zahájení správního řízení oznámil Úřad zadavateli přípisem č. j. ÚOHS-S207/2015/VZ-8722/2015/542/JVo ze dne 9. 4. 2015, který zadavatel obdržel dne 9. 4. 2015, a tímto dnem bylo správní řízení zahájeno.
9. Úřad dále zadavateli usnesením č. j. ÚOHS-S207/2015/VZ-8725/2015/542/JVo ze dne 9. 4. 2015 určil lhůtu, v níž mohl navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko.
10. Usnesením č. j. ÚOHS-S207/2015/VZ-10587/2015/543/JNe ze dne 29. 4. 2015 určil Úřad zadavateli lhůtu, v níž se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
11. Ke zjištění Úřadu, uvedeným v oznámení o zahájení správního řízení, se zadavatel vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 21. 4. 2015 doručeném Úřadu téhož dne.

III. Vyjádření zadavatele ze dne 21. 4. 2015

12. Zadavatel ve svém vyjádření předně odkazuje na své předchozí podání učiněné v rámci šetření podnětu č.j. ÚOHS-P1165/2014/VZ, které bylo Úřadu doručeno dne 18. 12. 2014. V tomto vyjádření zadavatel uvedl shodná stanoviska a závěry, které jsou obsaženy i ve vyjádření zadavatele ze dne 21. 4. 2015.
13. Zadavatel úvodem konstatuje, že pro posouzení toho, zda v zadávacím řízení pochybil, jak je uváděno v oznámení o zahájení správního řízení, je třeba mít najisto postaveno, zda je zadavatel oprávněn v zadávacích podmínkách požadovat fixní položky. Zadavatel upozorňuje, že problematika fixních položek je v současné době Úřadem řešena a odkazuje na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R297/2013/VZ-19268/2014/321/TNo, v rámci kterého bylo zrušeno rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S6/2012/VZ-16825/2013/514/JNv, kdy předseda Úřadu ve svém rozhodnutí věc vrátil k novému projednání, přičemž stanovil, aby Úřad vyhodnotil, zda stanovení části předmětu plnění fixními cenami je či není v souladu se zákonem.
14. Zadavatel ve vyjádření dále konstatuje, že je v souladu se zákonem oprávněn stanovit nejvyšší přípustnou cenu plnění některé z požadovaných položek, přičemž tato skutečnost je pro posouzení šetřeného případu stěžejní. V rámci šetřeného plnění zadavatel požadoval fixně (pevnou částkou) nacenit standardní a na relevantním trhu běžné položky, přičemž výše fixní ceny není podhodnocena oproti běžným tržním cenám. Zadavatel konstatuje, že byl v šetřeném případě oprávněn stanovit nejvýše přípustnou cenu plnění v předmětných položkách č. 33 a č. 34. K diskuzi o zákonnosti fixních položek zůstává podle zadavatele otevřeno pouze to, zda zadavatel pochybil, když neumožnil soutěž v rozsahu 0 až stanovená fixní cena dané položky bez tohoto hraničního bodu (tedy nikoliv 0 – nekonečno). Lze tak dle tvrzení zadavatele shrnout, že stanovení fixní položky v míře, která je na relevantním trhu obvyklá, není pochybení zadavatele, které by bylo způsobilé omezit okruh relevantních dodavatelů.
15. Zadavatel dále konstatuje k obsahu zadávací dokumentace a obsahu nabídek, že požadoval v rozpočtu „REKONSTRUKCE_PODCHODU_ DPS_SO02_ OŠETŘENÍ_ MOST _ VV“ nacenit položku č. 33 – aktualizace výkazu výměr pevnou částkou ve výši 9 500,- Kč bez DPH a položku č. 34 – projektová dokumentace pevnou částkou ve výši 25 000,- Kč bez DPH.
16. Zadavatel dále uvádí, že vybraný uchazeč ve své nabídce nacenil ve výše uvedeném rozpočtu položku č. 34 – projektová dokumentace částkou ve výši 12 500,- Kč bez DPH. Na základě provedeného hodnocení byla jako nejvýhodnější nabídka vybrána nabídka vybraného uchazeče s nabídkovou cenou 34 893 413,- Kč bez DPH (nejnižší nabídková cena a nejvýhodnější doba plnění). Druhá v pořadí se umístila nabídka uchazeče Zlínstav a.s. s nabídkovou cenou 37 465 966,- Kč bez DPH, tedy rozdíl v nabídkové ceně vybraného uchazeče a uchazeče druhého v pořadí činil 2 572 553,- Kč bez DPH.
17. Zadavatel ve svém vyjádření uvádí, že pokud by Úřad dospěl k závěru, že zadavatel pochybil, když stanovil uváděné položky fixně, je poté nezbytné porovnat míru, v jaké byli uchazeči, kteří podali nabídku, omezení v soutěži a hodnotu vyjádřenou rozdílem nabídkových cen mezi druhou nejvýhodnější nabídkou a nabídkou vybraného uchazeče. Za předpokladu, že hodnota potencionálního omezení v soutěži nedosahuje rozdílu nabídkových cen uchazeče, se kterým byla uzavřena smlouva a uchazeče, který se při hodnocení nabídek umístil za tímto uchazečem, lze podle zadavatele konstatovat, že jeho pochybení při stanovení fixní položky nemělo v konkrétním případě vliv na výběr nejvhodnější nabídky.

18. Zadavatel ve vyjádření předjímá, že pokud by Úřad dospěl k závěru, že zadavatel nepochybil, když stanovil uváděné ceny předmětných položek fixně, lze konstatovat, že vybraný uchazeč postupoval při zpracování nabídky v souladu s rozhodovací praxí Soudního dvoru Evropské unie (dále jen "SDEU"), neboť zadavateli nabídl zjevně a bez jakýchkoli pochybností výhodnější nabídku a zadavatel nebyl dle rozhodovací praxe SDEU oprávněn předmětnou nabídku ze zadávacího řízení vyřadit. Zadavatel v předmětných položkách neshledal mimořádně nízkou nabídkovou cenu a nabídka vybraného uchazeče byla způsobilá hodnocení.
19. Zadavatel ve vyjádření konstatuje, že je zjevné, že zadavatel buď postupoval v souladu se zákonem a rozhodnutími SDEU, která jsou pro Českou republiku závazná, nebo zadavatel vzhledem k zákonné možnosti stanovit maximální cenu předmětných položek v dané výši, k charakteru konkrétních fixních položek a rozdílu nabídkových cen vybraného uchazeče a uchazeče druhého v pořadí pochybil bez vlivu na výběr nejvhodnější nabídky.
20. Závěrem svého vyjádření zadavatel sděluje, že vybral nabídku nejvhodnější, přičemž pokud by zadavatel nabídku vybraného uchazeče vyřadil ze zadávacího řízení, byla by veřejná zakázka realizována uchazečem, který se umístil jako druhý v pořadí, tudíž s vyšší nabídkovou cenou, čímž by došlo k ne hospodárnému využití veřejných finančních prostředků. Zadavatel se domnívá, že nepřidělení očekávaných finančních prostředků ze strany poskytovatele dotace bylo důvodem zahájení správního řízení u Úřadu, neboť daná problematika fixních položek nebyla dosud jednoznačně řešena. Zadavatel je přesvědčen, že nedošlo z jeho strany k porušení zákona a navrhuje, aby bylo správní řízení dle § 117a zákona zastaveno.

IV. Závěry Úřadu

21. Úřad přezkoumal na základě ustanovení § 112 a následujících zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, vyjádření zadavatele a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ustanovení § 76 odst. 1 zákona v návaznosti na ustanovení § 6 odst. 1 zákona porušením zásady transparentnosti a diskriminace, když nevyřadil nabídku vybraného uchazeče z další účasti v zadávacím řízení z důvodů nesplnění požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách na ocenění položky č. 33 – aktualizace výkazu výměr částkou 9.500,- Kč bez DPH a položky č. 34 – projektová dokumentace částkou 20.000,- Kč bez DPH, přičemž tento postup zadavatele podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, a dne 16. 9. 2013 uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na plnění předmětné veřejné zakázky. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

V. Relevantní ustanovení zákona

22. Podle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
23. Podle § 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 správnost a úplnost zadávacích podmínek odpovídá zadavatel.
24. Podle § 44 odst. 3 písm. g) zákona zadávací dokumentace musí obsahovat alespoň podmínky a požadavky na zpracování nabídky.

25. Podle § 76 odst. 1 zákona hodnotící komise posoudí nabídky uchazečů z hlediska splnění zákonných požadavků a požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách a z hlediska toho, zda uchazeč nepodal nepřijatelnou nabídku podle § 22 odst. 1 písm. d). Nabídky, které tyto požadavky nespĺňují, musí být vyřazeny. Jestliže nedošlo k vyřazení všech variant nabídky, nepovažuje se nabídka za vyřazenou. Ke zjevným početním chybám v nabídce, zjištěným při posouzení nabídek, které nemají vliv na nabídkovou cenu, hodnotící komise nepřihlíží. V případě veřejné zakázky na stavební práce, jejíž zadávací dokumentace obsahuje příslušnou dokumentaci podle § 44 odst. 4 písm. a), posoudí hodnotící komise nabídky v podrobnostech soupisu stavebních prací, dodávek a služeb a výkazu výměr.
26. V § 76 odst. 6 zákona je mimo jiné uvedeno, že uchazeče, jehož nabídka byla při posouzení nabídek hodnotící komisí vyřazena, vyloučí zadavatel bezodkladně z účasti v zadávacím řízení.

VI. Skutečnosti vyplývající z dokumentace o veřejné zakázce

27. Zadavatel dne 22. 2. 2013 uveřejnil dodatečné informace k zadávacím podmínkám č. 15, ve kterých mimo jiné uvedl: „*Položka č. 33 – aktualizace výkazu výměr a položka č. 34 – projektová dokumentace byly nově doplněny do výkazu výměr objektu SO 02 OŠETŘENÍ MOSTU. Změny ve VV jsou vyznačeny žlutě. Tento upravený VV poskytuje zadavatel uchazečům jako přílohu těchto dodatečných informací. Zadavatel dále tímto požaduje, aby uchazeči do výkazu výměr objektu SO 02 OŠETŘENÍ MOSTU nacenily položku č. 33 a položku č. 34 pevně stanovenou částkou:*

Položka č. 33 – aktualizace výkazu výměr 9.500,- Kč bez DPH

Položka č. 34 – projektová dokumentace 20.000,- Kč bez DPH“.

28. Z protokolu o posouzení nabídek ze dne 2. 7. 2013 vyplývá, že hodnotící komise posoudila nabídky, zda mimo jiné splňují zákonné požadavky a požadavky zadavatele uvedené v zadávacích podmínkách, zkontrolovala nabídky v podrobnostech soupisu stavebních prací a výkazu výměr podle § 76 odst. 1 zákona a dále zkontrolovala, zda jsou ve výkazu výměr oceněny všechny položky tak, jak požadoval zadavatel v zadávacích podmínkách. U nabídky vybraného uchazeče hodnotící komise konstatovala, že nabídka splňuje uvedené požadavky, přičemž zjištěné hodnocení nabídky vybraného uchazeče je zaevidováno následovně:

- nabídka splňuje zákonné požadavky a požadavky zadavatele uvedené v zadávacích podmínkách a uchazeč nepodal nepřijatelnou nabídku podle § 22 odst. 1 písm. d) zákona - ANO,
- hodnotící komise zkontrolovala nabídku v podrobnostech soupisu stavebních prací a výkazu výměr v souladu s § 76 odst. 1 zákona - ANO,
- jsou ve výkazu výměr oceněny všechny položky tak, jak požadoval zadavatel v zadávacích podmínkách - ANO,
- nabídka byla vyřazena dle § 76 odst. 1 zákona – NE,
- znění žádosti o písemné vysvětlení nabídky dle § 76 odst. 3 zákona – NE,
- znění žádosti o písemné zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny dle § 77 odst. 1 zákona – NE,

- znění žádosti o prokázání poskytnutí veřejné podpory v souladu s právními akty Evropské unie v souladu s § 77 odst. 5 zákona – NE.

29. Dne 24. 7. 2013 rozhodl zadavatel o výběru nejvhodnější nabídky vybraného uchazeče, přičemž dne 16. 9. 2013 uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu o dílo. Dle bodu 7 „Cena díla a fakturace“ vyplývá, že nabídková cena činila 34 893 413,- Kč bez DPH, tedy 42 221 029,- Kč s DPH.

K postupu zadavatele při posouzení nabídky vybraného uchazeče

30. Úřad nejprve obecně konstatuje, že zadávací dokumentace je rozhodujícím podkladem, na jehož základě dodavatelé zpracovávají své nabídky, a proto zákon ukládá zadavateli vymezit prostřednictvím zadávací dokumentace veškeré podrobnosti předmětu veřejné zakázky nezbytné k tomu, aby dodavatelé mohli řádně zpracovat své nabídky. Základem zadávací dokumentace je co nejpřesnější vymezení předmětu veřejné zakázky provedené natolik podrobným způsobem, který na jedné straně umožní sestavení nabídky, a na straně druhé není diskriminační. Zadávací dokumentace musí být transparentní, dostatečně konkrétní a srozumitelná tak, aby na jejím základě mohla proběhnout korektní soutěž, v jejímž rámci bude vybrána ta nejvhodnější nabídka. Požadavek jednoznačnosti a přesnosti plyne i z obecné zásady transparentnosti zakotvené v ustanovení § 6 odst. 1 zákona. Zároveň musí obsahovat požadavky v takovém rozsahu, aby si jakýkoliv potenciální dodavatel po seznámení se se zadávací dokumentací dokázal udělat představu, co je předmětem plnění veřejné zakázky a zda se daného zadávacího řízení zúčastní. Za správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá ze zákona zadavatel, který posléze posuzuje a hodnotí nabídky právě podle požadavků, které sám stanovil.
31. Úřad v zadávací dokumentaci zjistil, že dle bodu 21. „Další části zadávací dokumentace – přílohy“ byla její přílohou č. 3 „Projektová dokumentace a výkaz výměr včetně rekapitulace stavby“. Zadavatel dne 22. 2. 2013 uveřejnil dodatečné informace k zadávacím podmínkám č. 15 (bod 27 odůvodnění), kterými stanovil, aby uchazeči ve svých nabídkách nacenili položku č. 33 aktualizace výkazu výměr a položku č. 34 projektová dokumentace pevně stanovenou částkou - položka č. 33 - aktualizace výkazu výměr 9.500,- Kč bez DPH a položka č. 34 - projektová dokumentace 20.000,- Kč bez DPH.
32. Z předložené nabídky vybraného uchazeče Úřad zjistil, že v rámci výkazu výměr ocenil vybraný uchazeč položku č. 33 – Ostatní požadavky – aktualizace výkazu výměr částkou 2 500,- Kč bez DPH a položku č. 34 – Ostatní požadavky – projektová dokumentace částkou 12 500,- Kč bez DPH.
33. Úřad ke zjištěným skutečnostem konstatuje, že hodnotící komise akceptovala při posuzování nabídek nabídku vybraného uchazeče a konstatovala mimo jiné, že jsou v nabídce oceněny ve výkazu výměr všechny položky dle požadavků zadavatele, přičemž uvedená skutečnost se nezakládala na pravdě, neboť vybraný uchazeč ocenil dvě zadavatelem fixně stanovené položky jinou cenou, čímž zadavatel postupoval v rozporu s § 76 odst. 1 zákona v návaznosti na ustanovení § 6 odst. 1 zákona, neboť porušil zásadu transparentnosti a zákazu diskriminace, jelikož nabídku vybraného uchazeče měl vyřadit z další účasti v zadávacím řízení z důvodů nesplnění požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách na ocenění položky č. 33 a položky č. 34.

34. Úřad k uvedenému konstatuje, že předložené nabídky uchazečů musí splňovat veškeré požadavky uložené zákonem a požadavky zadavatele obsažené v zadávacích podmínkách, protože pouze takové nabídky jsou v procesu hodnocení vzájemně porovnatelné. Splnění zadávacích podmínek v nabídkách uchazečů je tedy předpokladem pro korektní hospodářskou soutěž, v jejímž rámci má být zadavatelem vybrána nejvhodnější nabídka.
35. V šetřeném případě hodnotící komise neposoudila nabídku vybraného uchazeče v souladu s § 76 odst. 1 zákona, přehlédla či nezjistila ocenění položek č. 33 a 34 ve výkazu výměr vybraného uchazeče a v rozporu s obsahem nabídky vybraného uchazeče konstatovala, že ve výkazu výměr jsou oceněny všechny položky tak, jak požadoval zadavatel v zadávacích podmínkách. Pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem a vyřadil by nabídku uchazeče, která nespĺnila zadavatelem stanovené podmínky v zadávací dokumentaci (v návaznosti na nacenění položek č. 33 a 34), tento uchazeč by musel být vyloučen ze zadávacího řízení, což se v daném případě nestalo.
36. K posouzení nabídek uchazečů i z hlediska aplikace zásad dle § 6 odst. 1 zákona Úřad konstatuje, že požadavek transparentnosti je považován za nesplněný v případě, že jsou v zadavatelově postupu shledány takové prvky, které by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným, nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele. Jak je uvedeno v rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 45/2010-159 ze dne 15. 9. 2010, je tento závěr rovněž v plném souladu s výkladem zásady transparentnosti ze strany Soudního dvora Evropské unie, neboť stanovisko generální advokátky Stix-Hackl ve věci Coname, které shrnuje dosavadní judikaturu Soudního dvora Evropské unie k problému zásady transparentnosti, mimo jiné uvádí, že princip transparentnosti představuje vůdčí zásadu pro celé zadávací řízení, a k tomu patří rovněž například přezkoumatelnost rozhodnutí zadavatele a obecně objektivní postup během zadávacího řízení. Za netransparentní lze dle rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 62 Ca 77/2008-45 ze dne 4. 11. 2010 tedy považovat jakékoli jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost zadávacího řízení.
37. Jak vyplývá z výše uvedených skutečností, v šetřeném případě zadavatel postupoval netransparentně, jelikož není zřejmé, proč ponechal v tomto řízení k hodnocení nabídku, která měla být vyřazena z důvodu jejího vypracování v rozporu se zadávacími podmínkami. Současně byl v daném případě postup zadavatele i diskriminační, neboť tímto způsobem zadavatel zvýhodnil vybraného uchazeče, když ho ponechal v zadávacím řízení a následně jeho nabídku vybral jako nejvhodnější.
38. Pro úplnost Úřad dodává, že se zabýval názory zadavatele uvedenými v jeho vyjádření ze dne 21. 4. 2015 týkajícími se „fixních položek“ a efektivního čerpání finančních prostředků a docílení výběru ekonomicky nejvýhodnější nabídky. Jak vyplývá z kompetencí Úřadu uvedených v § 112 zákona, Úřad nepřezkoumává, zda zadavatel při vynakládání finančních prostředků postupoval v souladu se zásadami hospodárnosti a nezabývá se ani přezkumem efektivity čerpání financí. Avšak těchto cílů je nepřímým dosahováno zajištěním právě formalizovaného procesu zadávání veřejných zakázek podle zákona, tj. zajištěním „fair“ podmínek celého zadávacího řízení. Zadavatel se dále ve svém vyjádření odkazoval i na rozhodnutí SDEU, která však Úřad shledal k šetřené věci jako nepřiléhavá, jelikož v nich řešené skutečnosti mají odlišný skutkový děj a z nich vyplývající závěry nelze analogicky aplikovat na daný případ, resp. přezkoumávané skutkové okolnosti (nesplnění zadávacích podmínek) nelze

považovat za případ slevy, jak o něm zadavatel referuje, proto závěry vyplývající z těchto rozsudků nemohly být zohledněny při přezkoumávání postupu zadavatele v šetřeném případě.

39. Úřad závěrem uvádí, že postup zadavatele v šetřeném zadávacím řízení měl vliv na výběr nejvhodnější nabídky, neboť právě nabídka vybraného uchazeče, který měl být vyloučen ze zadávacího řízení, byla zadavatelem vybrána jako nejvhodnější nabídka. Úřad s ohledem na výše uvedené konstatuje, že zadavatel nepostupoval v souladu se zákonem, když nedodržel postup stanovený v ustanovení § 76 odst. 1 zákona v návaznosti na ustanovení § 6 odst. 1 zákona porušením zásady transparentnosti a zákazu diskriminace, když nevyřadil nabídku vybraného uchazeče z další účasti v zadávacím řízení z důvodů nesplnění požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách na ocenění položky č. 33 – aktualizace výkazu výměr částkou 9.500,- Kč bez DPH a položky č. 34 – projektová dokumentace částkou 20.000,- Kč bez DPH, přičemž tento postup zadavatele podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky. Na tuto veřejnou zakázku byla zadavatelem dne 16. 9. 2013 uzavřena smlouva s vybraným uchazečem. Proto Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

VII. K uložení sankce

40. Úřad posoudil postup zadavatele v šetřeném zadávacím řízení a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť smlouva na předmět plnění veřejné zakázky již byla uzavřena a nápravy již nelze dosáhnout.
41. 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.
42. V případě šetřené veřejné zakázky se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 76 odst. 1 zákona v návaznosti na ustanovení § 6 odst. 1 zákona porušením zásady transparentnosti a zákazu diskriminace, když nevyřadil nabídku vybraného uchazeče z další účasti v zadávacím řízení z důvodů nesplnění požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách na ocenění položky č. 33 – aktualizace výkazu výměr částkou 9.500,- Kč bez DPH a položky č. 34 – projektová dokumentace částkou 20.000,- Kč bez DPH, přičemž tento postup zadavatele podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky. Na tuto veřejnou zakázku byla zadavatelem dne 16. 9. 2013 uzavřena smlouva.
43. Podle § 121 odst. 3 zákona (novelizovaného znění zákona, které je v daném případě pro zadavatele příznivější) odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezhájil řízení do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán.
44. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložení pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona dozvěděl z podnětu, jenž Úřad obdržel dne 1. 12. 2014. Ke spáchání správního deliktu došlo dne 16. 9. 2013, kdy byla s vybraným uchazečem uzavřena smlouva. Správní řízení bylo zahájeno dne 9. 4. 2015. Z uvedených údajů vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.

45. Podle ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 10 % ceny zakázky nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a), c) nebo d) zákona.
46. Cena veřejné zakázky, při níž se zadavatel dopustil správního deliktu uvedeného v bodu I. výroku tohoto rozhodnutí činí 34 893 413,- Kč bez DPH, tedy 42 221 029,- Kč s DPH. V uvedeném případě je horní hranice možné pokuty (10 % ceny veřejné zakázky) 4 222 103,- Kč.
47. Podle § 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.
48. Ke stanovení výměry pokuty Úřad nejprve uvádí, že hlavním kritériem, které je dle § 121 odst. 2 zákona 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). Při zvažování závažnosti správního deliktu Úřad zohlednil následující skutečnosti.
49. Úřad k okolnostem, za nichž byl uvedený správní delikt spáchán, uvádí, že zadavatel ponechal v zadávacím řízení nabídku vybraného uchazeče, přestože nemohl mít pochybnost o tom, že tato nabídka nesplnila zadávací podmínky, což Úřad považuje za přitěžující okolnost. Úřad dále konstatuje, že postupem zadavatele došlo k zásadnímu narušení hospodářské soutěže, neboť v šetřené veřejné zakázce byla jako nejvhodnější vybrána nabídka dodavatele, který měl být vyloučen za zadávacího řízení, což Úřad při stanovení výše pokuty taktéž posoudil jako přitěžující okolnost, jelikož důsledkem pochybení v postupu zadavatele byl závažný zásah do konkurenčního prostředí v daném tržním odvětví.
50. Úřad však jako k významné polehčující okolnosti přihlédl ke skutečnosti, že byl vybrán uchazeč, který byl kvalifikován pro plnění předmětné veřejné zakázky a nabídl nejnižší nabídkovou cenu, přičemž jako nejnižší by jeho nabídková cena zůstala, i pokud by nacenil jednotlivé položky ve své nabídce správně (tedy podle stanovených zadávacích podmínek). S ohledem na uvedené nelze dovodit, že by v daném případě došlo k nevhodnému využití veřejných prostředků. Úřad však současně dodává, že tato okolnost neměla vliv na skutečnost, že vybraný uchazeč měl být ze zadávacího řízení pro nesplnění zadávacích podmínek vyloučen, tudíž tato okolnost nemohla zhojit nezákonnost v postupu zadavatele, jelikož zadavatel při svém jednání naplnil skutkovou podstatu správního deliktu, jak Úřad dovodil výše.
51. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci odpovědného subjektu, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. V této souvislosti Úřad odkazuje na nález Ústavního soudu č. Pl. ÚS 3/02.
52. Úřad tedy při stanovení pokuty vzal v potaz skutečnosti vyplývající z veřejně dostupných internetových stránek zadavatele (www.zlin.eu), přičemž objem prostředků rozpočtu na rok 2015 je plánovaný ve výši 1 249 313 000,- Kč. Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel v rámci svého hospodaření disponuje, považovat za nepřiměřeně zasahující ekonomickou podstatu zadavatele (a v tomto

smyslu nespravedlivou). S ohledem na zjištěný stav rozpočtu zadavatele nemůže mít uložená pokuta pro zadavatele likvidační charakter, proto Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze v tomto ohledu považovat za likvidační.

53. Pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu.
54. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů Úřad stanovenou výši pokuty 90 000,- Kč vzhledem k souvislostem případu posoudil jako dostačující. Uložená pokuta plní zejména preventivní funkci. Je však současně třeba mít na paměti, že uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocitována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu.
55. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke spáchání správního deliktu zadavatelem přistoupil k uložení pokuty, neboť tím, že zadavatel již uzavřel smlouvu na plnění předmětu šetřené veřejné zakázky, nelze v šetřeném případě dosáhnout nápravy jinak. Z uvedeného důvodu uložil Úřad pokutu ve výši uvedené ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
56. 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, 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 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:

Mgr. Zuzana Tinhoferová, advokátka, Staňkova 557/18a, 602 00 Brno

Vypraveno dne:

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