

Č. j.: 2R 77/05 – Hr

V Brně dne 9. února 2006

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 18.10.2005 **statutárním městem Zlín, zast. primátorem Mgr. Tomášem Úlehlou, se sídlem náměstí Míru 12, 761 40 Zlín**, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 19.9.2005 č. j. VZ/S127/05-154/4120/05-RP ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – **statutárního města Zlín, se sídlem náměstí Míru 12, 761 40 Zlín**, učiněných při zadání veřejných zakázek:

„Realizace II. etapy městského kamerového dohlížecího systému – centrum města Zlína“, formou výzvy ze dne 17.5.2001 jednomu zájemci k podání nabídky podle § 50 odst. 1 písm. d) zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb., zákona č. 39/2001 Sb. a zákona č. 142/2001 Sb., a

„Realizace III. etapy městského kamerového dohlížecího systému – centrum města Zlína“, formou výzvy ze dne 10.9.2002 jednomu zájemci k podání nabídky podle § 50 odst. 1 písm. d) zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb., zákona č. 39/2001 Sb., zákona č. 142/2001 Sb., zákona č. 130/2002 Sb., zákona č. 211/2002 Sb. a zákona č. 278/2002 Sb.,

jsem podle § 59 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění zákona č. 29/2000 Sb., zákona č. 227/2000 Sb. a zákona č. 226/2002 Sb., na základě návrhu zvláštní komise, ustavené podle § 61 odst. 2 téhož zákona rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. VZ/S127/05-154/4120/05-RP ze dne 19.9.2005

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

O d ů v o d n ě n í

I. Zadání veřejné zakázky a řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) si na základě obdrženého podnětu vyžádal dopisem ze dne 30.3.2005 od zadavatele – statutárního města Zlín, zast. primátorem Mgr. Tomášem Úlehlou, se sídlem náměstí Míru 12, 761 40 Zlín (dále jen „zadavatel“), dokumentaci o zadání veřejných zakázek:

„Realizace II. etapy městského kamerového dohlížecího systému – centrum města Zlína“, formou výzvy ze dne 17.5.2001 jednomu zájemci k podání nabídky podle § 50 odst. 1 písm. d) zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění platném v době zadání šetřených veřejných zakázek (dále jen „zákon“), a

„Realizace III. etapy městského kamerového dohlížecího systému – centrum města Zlína“, formou výzvy ze dne 10.9.2002 jednomu zájemci k podání nabídky podle § 50 odst. 1 písm. d) zákona,

2. Vzhledem k tomu, že po přezkoumání předložené dokumentace získal Úřad pochybnosti o správnosti úkonů zadavatele učiněných při zadání veřejných zakázek, zahájil ve věci správní řízení z vlastního podnětu, ve kterém jako účastníka správního řízení označil zadavatele. Oznámení o zahájení správního řízení obdržel zadavatel dne 22.7.2005 a tímto dnem bylo správní řízení zahájeno.

Prvostupňové rozhodnutí Úřadu

3. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 19.9.2005 rozhodnutí č. j. VZ/S127/05-154/4120/05-RP, kterým u obou veřejných zakázek konstatoval v postupu zadavatele porušení ustanovení § 3 odst. 1 zákona tím, že zadavatel postupoval formou výzvy jednomu zájemci o veřejnou zakázku, aniž by byly splněny podmínky pro zadání těchto zakázek podle ustanovení § 50 odst. 1 písm. d) zákona. Za zjištěné opětovné porušení zákona v případě druhé veřejné zakázky uložil Úřad zadavateli pokutu ve výši 5 000,- Kč.
4. V odůvodnění svého rozhodnutí Úřad uvádí, že ustanovení § 50 odst. 1 písm. d) zákona lze použít pouze tehdy, pokud by změna uchazeče nutila zadavatele pořizovat plnění veřejné zakázky s odlišnými technickými znaky, které by s sebou přinášelo technickou neslučitelnost nebo potíže při provozu a údržbě. Úřad přijal tvrzení zadavatele, že při zadávání předmětných veřejných zakázek byl již vázán technickými parametry a smluvními podmínkami k dříve nakoupené technologii výrobní značky ELBEX, která neumožňuje technickou slučitelnost mezi prvky jiných značek. Použití předmětného ustanovení zákona není spojeno se změnou technologie použité v původní veřejné zakázce, nýbrž se změnou uchazeče, který byl k realizaci původní veřejné zakázky vybrán. Úřad má za prokázané, že zadavateli byli před zadáním veřejné zakázky známi minimálně dva další dodavatelé technologie ELBEX, a nikoliv pouze vyzvaný uchazeč, a to společnosti Systém plus, s. r. o., Zlín a Gepard, s. r. o., Pardubice. Současně ještě předmětnou technologii v ČR dodávala firma ONTREXon s. r. o., Praha. K tvrzení zadavatele, že další dva uchazeči nenabídli oproti vyzvanému uchazeči CROSS Zlín

v původní veřejné zakázce komplexní plnění dle potřeb zadavatele, Úřad uvádí, že v šetřených veřejných zakázkách šlo o zcela nové veřejné zakázky a zadavatel nemůže předem rozhodovat o schopnosti toho či kterého uchazeče předložit adekvátní nabídku.

5. K rozhodnutí o uložení pokuty Úřad uvádí, že v případě první veřejné zakázky již uplynula objektivní tříletá lhůta podle ustanovení § 62 odst. 1 zákona pro její uložení. V případě druhé veřejné zakázky Úřad neposoudil porušení zákona zadavatele jako závažné, a to s ohledem na výši peněžitého závazku, který zadavateli v případě této veřejné zakázky vznikl, avšak současně Úřad uvádí, že se zadavatel v případě této veřejné zakázky dopustil porušení zákona opětovně, když stejného pochybení se dopustil i při zadání první veřejné zakázky. Proto uložil zadavateli pokutu ve výši 5 000,- Kč, když maximální možná výše pokuty činila 9 533,60 Kč.

II. Námitky rozkladu

6. Proti uvedenému rozhodnutí Úřadu podal zadavatel dne 18.10.2005 rozklad, ve kterém s odůvodněním napadeného rozhodnutí nesouhlasí a uvádí, že společnost ONTREXon jako výhradní dodavatel technologie ELBEX v ČR v rozhodné době nespolupracovala ani nedodávala společností, které zmiňuje Úřad v napadeném rozhodnutí jako další možné dodavatele uvedené technologie. Pro potvrzení této skutečnosti předkládá zadavatel kopii emailového dopisu od společnosti ONTREXon. Zadavatel dále uvádí, že k aplikaci technologie ELBEX je potřeba mít speciální technologii ke svařování optických vláken a tuto technologii zcela objektivně vlastní pouze vybraný uchazeč. Kamerový systém je napojen na metropolitní síť pomocí optických vláken a každé další připojení kamery představuje zásah do systému, který dle smlouvy spravuje společnost CROSS Zlín, tedy vybraný uchazeč. Každá další změna by pro zadavatele zcela jistě představovala potíže při provozu a údržbě. Zadavatel dále namítá uložení pokuty po uplynutí objektivní lhůty 3 let, neboť rozhodnutí mu bylo doručeno dne 30.9.2005 a k porušení zákona (uzavření smlouvy) došlo dne 25.9.2002.

Závěr rozkladu

7. Zadavatel navrhuje předsedovi Úřadu, aby napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání a rozhodnutí.

III. Řízení o rozkladu

8. Úřad si po obdržení rozkladu vyžádal od společnosti ONTREXon s. r. o., Praha, odpovědi na následující otázky:
 1. Byli jste v letech 2001 a 2002 schopni sami realizovat dodávku a instalaci městského kamerového dohlížecího systému, založeného na technologii ELBEX?
 2. Jsou Vám známy jiné subjekty schopné realizovat dodávku uvedenou v bodě 1 (např. byly s Vámi v té době v obchodním kontaktu)?
 3. Je Vám známo, že k aplikaci technologie ELBEX je nutná speciální technologie ke svařování optických vláken?
 4. Vlastníte takovou případnou technologii ke svařování optických vláken, případně jsou Vám známy i jiné subjekty disponující touto technologií?
9. Společnost ONTREXon s. r. o., Praha, v odpovědi na položené otázky uvedla ve svém dopise ze dne 13.12.2005, že sama by nebyla schopna realizovat předmět plnění

šetřených veřejných zakázek, neboť tyto aktivity pro ně uskutečňují proškolené montážní a servisní firmy. V době zadávání předmětných veřejných zakázek s touto společností spolupracoval větší počet firem, avšak dokumentace s konkrétními údaji již byla zlikvidována. Použití speciální technologie na svařování optických vláken při plnění předmětu šetřených veřejných zakázek vyplývá nikoliv ze systémových požadavků přístrojů ELBEX, ale ze způsobu řešení přenosu videosignálu od jednotlivých kamer do centra ke zpracování. Technologii ELBEX jde dle sdělení společnosti ONTREXon přizpůsobit všem typům přenosu. Na poslední otázku Úřadu tato společnost uvádí, že svařováním optických vláken se nezabývá, avšak tuto technologii využívá celá řada firem a není problém ji získat formou subdodávky.

10. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu zvláštní komisí a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem napadené rozhodnutí přezkoumal v celém rozsahu a s přihlédnutím k doporučení této komise dospěl k následujícímu závěru:
11. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. VZ/S127/05-154/4120/05-RP ze dne 19.9.2005 uložil zadavateli pokutu 5 000,- Kč za zjištěné opakované porušení zákona, postupoval správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se v plné míře ztotožnil.

IV. K námitkám rozkladu

Existence dalších potenciálních dodavatelů

12. Zadavatel nesouhlasí se závěrem napadeného rozhodnutí, že před zadáním předmětných veřejných zakázek nebyly splněny zákonné předpoklady dle ustanovení § 50 odst. 1 písm. d) zákona, tedy že vyzvaný uchazeč CROSS Zlín nebyl jediným uchazečem, který může poskytnout předmět plnění veřejné zakázky. V této souvislosti zadavatel z emailového vyjádření společnosti ONTREXon Praha dovozuje, že Úřadem zmiňovaní další potenciální dodavatelé předmětu plnění šetřené veřejné zakázky nedisponovali v době zadání šetřených veřejných zakázek technologií ELBEX. Zadavatel dále uvádí, že vyzvaný uchazeč jako jediný vlastní technologii na svařování optických vláken.
13. K tomu uvádím, že zadavatel při zadání šetřených veřejných zakázek měl kromě dodavatele původní veřejné zakázky společnosti CROSS Zlín vědomost minimálně o dalších dvou společnostech, které nabízely stejný operační systém, jako vyzvaný uchazeč. Zadavatel však přesto při zadání šetřených veřejných zakázek tyto společnosti neobeslal výzvami, a to z důvodu své nespokojenosti s kvalitou nabídek těchto společností v původní veřejné zakázce při realizaci I. etapy městského kamerového dohlížecího systému. Zadavatel tak použil ustanovení § 50 odst. 1 písm. d) zákona nikoliv za situace, kdy existuje pouze jediný potenciální uchazeč o veřejnou zakázku, ale za situace, kdy vycházel ze svých subjektivních pochybností o kvalitě případných nabídek od dalších potenciálních uchazečů a stejně tak postupoval na základě dobré zkušenosti s původním dodavatelem, jak vyplývá mimo jiné z jeho vyjádření ze dne 9.9.2005. Takový způsob subjektivního „předvýběru“ budoucích uchazečů o veřejnou zakázku je však v procesu zadávání veřejných zakázek nepřijatelný, když zadavatel je povinen umožnit všem potenciálním uchazečům podat jejich nabídku a posuzovat a hodnotit tyto nabídky až v rámci zadávacího procesu.

14. Domněnku o tom, že společnosti Systém plus, s. r. o., Zlín a Gepard, s. r. o., Pardubice nemohly v době zadání veřejné zakázky dodat technologii ELBEX, neboť v té době nespolupracovaly s jejím výhradním distributorem, vyslovuje zadavatel až v rámci řízení o rozkladu. K tomu uvádím, že společnost ONTREXon, s. r. o., Praha, ve svém písemném vyjádření Úřadu ze dne 13.12.2005 mimo jiné přiznává, že již nedisponuje dokumentací z let 2001 a 2002 a tedy nemůže potvrdit, zda v uvedeném období s dotčenými společnostmi spolupracoval. K tvrzení zadavatele tedy v tomto kontextu nelze přihlídnout.
15. Ze stejného vyjádření společnosti ONTREXon Praha pak rovněž vyplývá, že technologie svařování optických vláken je běžně využívána větším počtem subjektů a tvrzení zadavatele, že „tuto technologii zcela objektivně vlastní pouze“ vyzvaný uchazeč, proto nelze přijmout. Technický charakter předmětu plnění veřejné zakázky svou povahou neodůvodňoval použití výzvy jednomu zájemci, neboť technologií svařování optických vláken disponuje více subjektů a budoucí zhotovitel mohl dodat tuto technologii i formou subdodávky. Pokud zadavatel měl konkrétní požadavky na obsah a kvalitu nabídek, měl tyto požadavky formulovat v zadávací dokumentaci řádného zadávacího řízení, avšak nebyl oprávněn takto zásadním způsobem omezit okruh potenciálních uchazečů, a tedy i konkurenci podnikatelských subjektů jakožto základní nástroj pro dosažení nejnižší cenové nabídky.
16. Zadavatel v napadeném rozhodnutí rovněž uvádí, že změna dodavatele by představovala potíže při provozu a údržbě, neboť každé další připojení kamery představuje zásah do systému, který dle smlouvy spravuje vyzvaný uchazeč. K tomu uvádím, že ani tato skutečnost nemůže být považována za naplnění díkce ustanovení § 50 odst. 1 písm. d) zákona. Zadavatelem odkazované potíže při provozu a údržbě by musely vzniknout výhradně na základě odlišnosti technických znaků plnění, poskytovaného jiným dodavatelem, než je dodavatel původní veřejné zakázky. V šetřeném případě však zadavatel mohl získat plnění totožných technických znaků i od jiného než vyzvaného uchazeče, jak bylo prokázáno výše, a tedy o technické odlišnosti plnění nelze hovořit. Existenci jiných obchodně právních závazků s kategorií „technických znaků plnění“ zaměňovat nelze.

Dodržení lhůty podle ustanovení § 62 odst. 1 zákona

17. Zadavatel v rozkladu rovněž namítá, že napadené rozhodnutí bylo vydáno po uplynutí objektivní tříleté lhůty ve smyslu ustanovení § 62 odst. 1 zákona. K tomu pouze uvádím, že předmětná lhůta pro uložení sankce za zjištěné závažné či opětovné porušení zákona byla zachována. Zadavatel se zjištěného opakovaného porušení zákona dopustil dnem uzavření smlouvy o dílo na plnění předmětu veřejné zakázky „Realizace III. etapy městského kamerového dohlížecího systému – centrum města Zlína“, tedy dne 25.9.2002, a Úřad za toto zjištěné porušení zákona uložil zadavateli pokutu svým rozhodnutím ze dne 19.9.2005. V této souvislosti pak rovněž uvádím, že požaduje-li právní předpis, aby v určité lhůtě bylo rozhodnuto, nelze do tohoto požadavku zahrnovat i následné skutečnosti doručení či právní moci. Rozhodnout ve lhůtě tedy nemůže znamenat nic jiného, než ve lhůtě rozhodnutí vydat, a je tak rozhodné datum vydání rozhodnutí. Požadavek, aby v předmětné lhůtě bylo pravomocně rozhodnuto nebo dokonce doručeno, by výrazně zkrátil lhůtu pro rozhodování správního orgánu, popřípadě navíc právní moc závisela též na skutečnostech, které správní orgán nemůže ovlivnit. V tomto svém právním názoru vychází Úřad rovněž z ustálené soudní

rozhodovací praxe, např. z rozsudku Vrchního soudu v Olomouci ze dne 25.2.2002 č. j. 2A 11/2001.

V. Závěr

18. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
19. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

P o u č e n í

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 61 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., ve znění pozdějších předpisů, dále odvolat.

Ing. Martin Pecina, MBA
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Statutární město Zlín, se sídlem náměstí Míru 12, 761 40 Zlín, zast. Mgr. Tomášem Úlehlou,
2. spis.