

Toto rozhodnutí bylo v části II. výroku změněno rozhodnutím předsedy Úřadu č.j. ÚOHS-R47/2009/VZ-1114/2010/310/JSI ze dne 1.2.2010. Obě uvedená rozhodnutí nabyla právní moci dne 4.2.2010.



Č. j. ÚOHS-S20/09-2812/2009/510/KČe

V Brně dne 27. března 2009

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 28.1.2009 z moci úřední, jehož účastníky jsou

- zadavatel statutární město Plzeň - městský obvod Plzeň 1, IČ 075370, se sídlem Alej Svobody 822/60, PSČ 323 00 Plzeň, zastoupený Jiřím Uhlíkem, starostou,
- vybraný uchazeč Václav Klaus - STAVOS, s. r. o., IČ 27960919, se sídlem PSČ 330 08 Zruč-Senec 375, za niž jedná Václav Klaus, jednatel,

ve věci přezkoumání zákonnosti úkonů zadavatele statutárního města Plzeň - městského obvodu Plzeň 1 ve veřejné zakázce „Stavební úpravy 90. MŠ v Plzni, Západní ul. č. or. 7 Plzeň“ zadané ve zjednodušeném podlimitním řízení, zahájeném odesláním písemné výzvy ze dne 21.1.2008 k podání nabídky 5 zájemcům, na základě jehož výsledků zadavatel uzavřel dne 13.6.2008 smlouvu o dílo č. 05014032008 se společností Václav Klaus - STAVOS, s. r. o., **rozhodl** podle § 112 odst. 2 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **takto:**

I.

Zadavatel statutární město Plzeň - městský obvod Plzeň 1 se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že porušil zákaz stanovený v § 44 odst. 9 citovaného zákona o veřejných zakázkách, když v zadávací dokumentaci použil ke specifikaci podstatné části předmětu veřejné zakázky odkazy na specifické označení zboží, které platí pro určitou osobu za příznačné, ačkoliv to nebylo odůvodněno předmětem veřejné zakázky, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek, a uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem.

II.

Za spáchání tohoto správního deliktu se zadavatelí statutárnímu městu Plzeň - městskému obvodu Plzeň 1 podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných

zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **ukládá pokuta ve výši 50 000,- Kč** (padesát tisíc korun českých), která je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízeného u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-24825621/0710, konstantní symbol 1148, variabilní symbol 0200950001.

Odůvodnění

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „Úřad“ a „zákon“), obdržel podnět Státního fondu životního prostředí ČR k prošetření postupu statutárního města Plzně - městského obvodu Plzeň 1, IČ 075370, se sídlem Alej Svobody 822/60, PSČ 323 00 Plzeň, zastoupeného Jiřím Uhlíkem, starostou (dále jen „zadavatel“), při zadání veřejné zakázky „Stavební úpravy 90. MŠ v Plzni, Západní ul. č. or. 7 Plzeň“ ve zjednodušeném podlimitním řízení, na jehož základě zadavatel uzavřel dne 13.6.2008 smlouvu o dílo č. 05014032008 se společností Václav Klaus - STAVOS, s. r. o., IČ 27960919, se sídlem PSC 330 08 Zruč-Senec 375, za niž jedná Václav Klaus, jednatel (dále jen „STAVOS“). Úřad s jeho obsahem seznámil zadavatele a současně si od něj vyžádal stanovisko a dokumentaci k veřejné zakázce. Úřad po jejich posouzení zahájil správní řízení z moci úřední. Důvodem byla skutečnost, že zadavatel v zadávací dokumentaci použil ke specifikaci části předmětu veřejné zakázky odkazy na označení výrobků nebo materiálů, která jsou pro určité osoby příznačné, ačkoliv to zřejmě nebylo odůvodněno předmětem veřejné zakázky.

Účastníky řízení jsou podle § 116 zákona

- zadavatel,
- vybraný uchazeč STAVOS.

Úřad zahájení správního řízení oznámil účastníkům dopisem ze dne 27.1.2009, ve kterém je seznámil s předběžnými výsledky šetření a současně jim usnesením stanovil lhůty, ve kterých se mohli v řízení vyjádřit. Dnem 28.1.2009, kdy bylo oznámení doručeno prvnímu účastníkovi řízení, bylo podle § 113 odst. 1 zákona správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele z moci úřední zahájeno.

Zadavatel se ke skutečnostem uvedeným v oznámení o zahájení řízení vyjádřil dopisem ze dne 18.7.2008, ve kterém uvedl, že zadávací dokumentace obsahuje ustanovení, že pokud se v ní vyskytnou obchodní názvy výrobků, příp. jiná označení mající vztah ke konkrétnímu dodavateli, jedná se o vymezení požadovaného standardu a uchazeč je oprávněn navrhnout jiné, technicky a kvalitativně srovnatelné řešení. V nabídce pak musí na tuto skutečnost upozornit, uvést kde jiné řešení použil a prokázat vymezením technických parametrů, že jím navržené materiály jsou technicky a kvalitativně srovnatelné nebo lepší. Toto řešení musí být odsouhlaseno zadavatelem a projektantem. Každému uchazeči tak byla podle názoru zadavatele ponechána možnost, aby zvolil jiné materiály nebo výrobky. Ve výkazu výměr je také ve většině případů uvedeno před označením materiálu předložka „např.“. V některých případech je sice název materiálu určen přímo, to však neznamena, že by uchazeč nemohl zvolit jiný materiál. Vítězný uchazeč byl s tímto srozuměn a přímo potvrdil, že použije též položky jiného označení, než uvedené ve výkazu výměr, budou-li výhodnější pro realizaci stavby. Označení několika položek výkazu výměr názvy nemělo podle názoru zadavatele žádný vliv na výsledek zadávacího řízení. Nabídku podalo 5 vyzvaných zájemců a nikdo z nich nebyl vyloučen. Podle názoru zadavatele tak nebyl diskriminován žádný výrobce nebo dodavatel, neboť uchazeč mohl volit jakýkoliv výrobek technicky a kvalitativně srovnatelný. Účelem uvedení několika názvů položek bylo odkázat příkladem na položku

určitého typu s tím, že si dodavatel následně vybere jednu z položek daného typu, což neznamená vždy položku jmenovanou.

Účastník řízení STAVOS se ke skutečnostem uvedeným v oznámení o zahájení řízení vyjádřil dopisem ze dne 3.2.2009, ve kterém uvedl, že se ve výkazu výměr sice nachází několik označení výrobků, ale před realizací stavebních oprav byl několikrát zadavatelem upozorněn, že konkrétní výrobky a materiály označené názvem nejsou směrodatné. Zadavatel při jednáních připustil použití i podobných výrobků jiných značek, vycházející z ustanovení zákona a zadávací dokumentace, která připouští použití jiných srovnatelných výrobků, kdy ve výkazu výměr bylo většinou před názvy uvedeno „např.“, což připouští více možností. Účastník řízení dále uvádí, že se během realizace stavby několikrát odchýlil od konkrétních výrobků z výkazu výměr, když použil jiné, kvalitativně srovnatelné, jako např. zdivo z pórobetonových tvárníc H + H, vnitřní omítky CEMIX, zdivo a příčky HELUZ, ocelové zábradlí s nástřikem barvy RAL, asfaltové šindele MONARCH DYNASTY, trouby WAVIN EKOPLASTIK nebo izolace potrubí PAROC.

Úřad přezkoumal na základě § 112 zákona postup zadavatele v zadávacím řízení a po zhodnocení všech podkladů konstatuje, že zadavatel v šetřeném případě nedodržel postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky a dopustil se správního deliktu. K tomu uvádí následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení zákona

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 její správnost a úplnost odpovídá zadavatel. Podle § 44 odst. 9 zákona není-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky, nesmí zadávací dokumentace, zejména technické podmínky, obsahovat požadavky nebo odkazy na obchodní firmy, názvy nebo jména a příjmení, specifická označení zboží a služeb, které platí pro určitou osobu, či 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 zákona dostatečně přesný a srozumitelný. Zadavatel v takovém případě umožní pro plnění veřejné zakázky použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení.

Podle § 45 odst. 2 až 4 zákona se v případě veřejné zakázky na stavební práce technickými podmínkami rozumí souhrn všech technických popisů, které vymezují požadované technické charakteristiky a požadavky na stavební práce, a současně dodávky a služby související s těmito stavebními pracemi, jejichž prostřednictvím je předmět veřejné zakázky popsán jednoznačně a objektivně způsobem, vyjadřujícím účel použití zamýšlený zadavatelem. Technické podmínky nesmí být stanoveny tak, aby určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely neodůvodněné překážky hospodářské soutěže. Zadavatel formuluje technické podmínky jedním ze způsobů uvedených v § 46 odst. 1, 2, 4 a 5 zákona.

Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a uzavře smlouvu s uchazečem podle § 82 zákona.

Zjištění vyplývající z dokumentace

Zadavatel předmětnou veřejnou zakázku zadal ve zjednodušeném podlimitním řízení, zahájeném písemnou výzvou k podání nabídek, učiněnou dne 21.1.2008 pěti zájemcům, a souběžně uveřejněnou na úřední desce zadavatele. Jako základní hodnotící kritérium zadavatel stanovil nejnižší nabídkovou cenu. Zadavatel ve stanovené lhůtě obdržel 5 nabídek, které posoudil jako úplné z hlediska splnění zákonných požadavků a požadavků uvedených v zadávacích podmínkách, a následně stanovil jejich pořadí podle výše nabídkových cen. Zadavatel vybral jako nejvhodnější nabídku uchazeče STAVOS s nabídkovou cenou 19 993 584,42 Kč bez DPH a 23 792 365,46 Kč vč. DPH, se kterým uzavřel dne 13.6.2008 smlouvu o dílo č. 05014032008. Smluvní strany uzavřely dne 17.9.2008 dodatek č. 1 k původní smlouvě, kterým byla na cenu stavby vzhledem k jejímu charakteru v části aplikována snížená sazba DPH s tím, že cena za provedení stavebních prací byla tímto dodatkem nově stanovena na 19 993 584,42 Kč bez DPH a 23 649 974,43 Kč vč. DPH.

Zadavatel v zadávací dokumentaci předmět veřejné zakázky popsal jako stavební úpravy stávajícího objektu mateřské školy s tím, že přesný popis a požadavky na předmět veřejné zakázky je zřejmý z projektové dokumentace, technické specifikace a technických a uživatelských standardů stavby, které tvoří přílohu č. 1 zadávací dokumentace, případně z výkazu výměr, který tvoří přílohu č. 2 zadávací dokumentace. V zadávací dokumentaci v odst. 9.2 označeném jako „Obchodní názvy obsažené v zadávací dokumentaci“, zadavatel uvedl, že „pokud se v zadávací dokumentaci vyskytnou obchodní názvy některých výrobků nebo dodávek, příp. jiná označení mající vztah ke konkrétnímu dodavateli, jedná se o vymezení požadovaného standardu a uchazeč je oprávněn navrhnout jiné, technicky a kvalitativně srovnatelné řešení. V části „Ostatní údaje“ pak musí uchazeč na tuto skutečnost upozornit, popsat tu část, kde toto jiné řešení použil a prokázat vymezením technických parametrů řešení, které použil, že jím navržené materiály nebo výrobky jsou technicky a kvalitativně srovnatelné nebo lepší. Toto řešení musí být odsouhlaseno zadavatelem a projektantem.“

Úřad z dokumentace dále zjistil, že součástí výkazu výměr specifikujícího předmět veřejné zakázky, jsou i položky, obsahující odkazy na obchodní firmy, názvy a specifická označení zboží, resp. ochranné známky. Jedná se konkrétně o položky, uvedené dále formou přehledné tabulky, a to podle jednotlivých stavebních objektů výkazu výměr (pozn. výčet takto specifikovaných položek není úplný, Úřad zde uvádí pro posouzení věci nejpodstatnější a nejednoznačější příklady).

Číslo (kód) položky	název položky	m.j.	výměra
---------------------	---------------	------	--------

Stavební objekt SO 01, spojovací chodba, část A

C31127-2212/99	zdi z tvárnic tl. 240mm YTONG P2-400	m ³	74,620
C34227-2336/99	příčky z tvárnic tl. 100mm YTONG P3-550	m ²	11,970
C0-NC	střešní plášť Polydek dle PD	m ²	228,850
C0-NC	malby Primalex stěn	m ²	368,270

Stavební objekt SO 01, spojovací chodba, část B

C31127-2212/99	zdi z tvárnic tl. 240mm YTONG P2-400	m ³	77,380
C61247-4116/01	vnitř. om. stěn sms.Ytong tl.10mm	m ²	351,310
C0-NC	střešní plášť Polydek dle PD	m ²	204,090

Stavební objekt SO 01, zateplení objektu, pavilon A

190Ln2022-002	pás asfaltový PER V 13 L×B×H 10000×1000×2,0 mm	m ²	403,104
X601	hliníkové zábradlí, např. ALUMINICO, tyčové, dl.= 4800mm - " 2Z "	kus	1

Stavební objekt SO 01, zateplení objektu, pavilon B

X611	sanace betonových ploch - (ochrana výtuže, reprofilace např. EMACO + PCI - Betonfinisch)	m ²	8
X612	pochozí nátěr např. CONIPUR	m ²	12,9
X601	hliníkové zábradlí, např. ALUMINICO, tyčové, dl. = 4800mm - " 2Z "	kus	1

Stavební objekt SO 01, drenáže, pavilon B

711113125	izolace proti zemní vlhkosti tmely za studena - např. COMBIFLEX- C2, plocha svislá	m ²	22,57
-----------	---	----------------	-------

Stavební objekt SO 01, hospodářský pavilon

311238213	zdivo POROTHERM 36,5 P+D MVC 10 P15 vnější vyzdívká obvodového pláště	m ²	8,250
342248112	příčka POROTHERM 11,5 P+D na maltu MVC5	m ²	18,900
612478111	omítka vnitřní stěn POROTHERM UNIVERSAL tl.10mm	m ²	46,700
712451111	izolace povlakových střeš z asf. šindele Tegola	m ²	185,410
712	asfaltový šindel Tegola cena za m2 s přesahem	m ²	222,490

Stavební objekt SO 01, ZTI

721176103	potrubí HT přípojovací DN 50 x 1,8mm Pipe- Life	m	3,000
721176104	potrubí HT přípojovací DN 70 x 1,9mm Pipe- Life	m	1,800
721176115	potrubí HT odpadní svislé DN 100 x 2,7mm Pipe-Life	m	38,000
722171438	potrubí Hostalen DN 25 PN 16 vodovodní	m	13,000

Stavební objekt SO 01, hospodářský pavilon, spojovací chodba, ZTI - odvodnění

2866485100	přechod PVC-kamenina kanal. KGUSM DN 125 PVC - Pipe-Life FATRA	kus	5,000
2866485200	přechod PVC-kamenina kanal. KGUSM DN 150 PVC - Pipe-Life FATRA	kus	1,000
2866114400	trub. PVC kan. hladká KGEM dl. 110 x 3,0 x 5000 mm SN4 - Pipe-Life FATRA	kus	4,000
2866114600	trub. PVC kan. hladká KGEM dl. 125 x 3,0 x 1000 mm SN4 - Pipe-Life FATRA	kus	42,000
2866115100	trub. PVC kan. hladká KGEM dl. 160 x 3,6 x 1000 mm SN4 - Pipe-Life FATRA	kus	24,000
2866469000	redukce kanalizační KGR 125/110 PVC - Pipe- Life FATRA	kus	7,000
2866470400	odbočka kanalizační KGEA 160/125/45 PVC - Pipe-Life FATRA	kus	2,000

Stavební objekt SO 01, pavilon A, ÚT

713111111RT1	izolace potrubí Tubolit DG tl.13, ø 15	m	50
713111111RT2	izolace potrubí Tubolit DG tl.13, ø18	m	30

71311111RU9	izolace potrubí Tubolit DG tl.13, ø22	m	10
735111350R00	tělesa otopná litinová Kalor 3 + nátěr, 500/160	čl	172
Stavební objekt SO 01, pavilon B, ÚT			
735111350R00	tělesa otopná litinová Kalor 3 + nátěr, 500/160	čl	172
71311111RT1	izolace potrubí Tubolit DG tl.13, ø15	m	50
71311111RT2	izolace potrubí Tubolit DG tl.13, ø 18	m	30
71311111RU9	izolace potrubí Tubolit DG tl.13, ø 22	m	10
Stavební objekt SO 01 pavilon J, ÚT			
71311111RT1	izolace potrubí Tubolit DG tl.13, ø15	m	50
71311111RT2	izolace potrubí Tubolit DG tl.13, ø18	m	40
71311111RU9	izolace potrubí Tubolit DG tl.13, ø 22	m	20
735111350R00	tělesa otopná litinová Kalor 3 + nátěr, 500/160	čl	229

Závěry Úřadu

Jak vyplývá z ustanovení § 44 odst. 9 zákona, pokud to není odůvodněno předmětem veřejné zakázky, nesmí zadávací dokumentace obsahovat odkazy nebo specifická označení (dále jen „odkaz“ nebo „název“), pokud by to vedlo ke zvýhodnění nebo vyloučení určitých dodavatelů nebo určitých výrobků. Takový odkaz nebo název lze připustit pouze výjimečně v případě, že by vymezení předmětu veřejné zakázky provedené technickým popisem nebylo dostatečně přesné a srozumitelné. V takovém případě zadavatel musí pro plnění veřejné zakázky umožnit použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení. Uvedené ustanovení zákona je transpozicí čl. 23 odst. 8 směrnice č. 2004/18/ES Evropského parlamentu a Rady o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby, podle kterého technické specifikace nesmějí – pokud nejsou odůvodněny předmětem zakázky – odkazovat na určitou výrobu nebo zdroj nebo na konkrétní postup nebo na obchodní značky, patenty, typy nebo určitý původ či výrobu, což by mělo za důsledek zvýhodnění nebo vyloučení určitých podniků nebo určitých výrobků. Takový odkaz je výjimečně povolen, pokud není možný dostatečně přesný a srozumitelný popis předmětu zakázky podle odst. 3 a 4 téhož článku směrnice; takový odkaz musí být doprovázen slovy „nebo stejného druhu“.

Z textů obou právních norem vyplývá, že položky zadávací dokumentace, specifikující předmět veřejné zakázky:

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

Vycházejí z obecných zásad zadávacího řízení uvedených v § 6 zákona, resp. s ohledem na možnost případného přezkumu úkonů zadavatele, Úřad konstatuje, že specifikaci předmětu veřejné zakázky postupy uvedenými pod body 1. a 2. musí být zadavatel také schopen (nejlépe v dokumentaci o veřejné zakázce) odůvodnit a doložit.

V šetřeném případě zadávací dokumentace, resp. výkaz výměr, obsahuje jednotlivé položky, specifikované názvy nebo odkazy na konkrétní výrobky a materiály, tak jak je uvedeno výše v přehledné tabulce. Úřad k této skutečnosti konstatuje že použití těchto forem specifikací zde není předmětem veřejné zakázky odůvodněno, neboť zadavatel takový důvod nikde v dokumentaci ani později ve správním řízení neuvedl ani nedoložil. Naopak v zadávací dokumentaci v souvislosti s těmito položkami připustil obdobná řešení, viz „pokud se v zadávací dokumentaci vyskytnou obchodní názvy, příp. jiná označení... jedná se o vymezení požadovaného standardu a uchazeč je oprávněn navrhnout jiné, technicky a kvalitativně srovnatelné řešení“, což dokládá absenci důvodů pro použití právě a jen dodávek a materiálů označených zde odkazy nebo názvy.

Nejedná se také ani o situaci, kdy by zadavatel nebyl schopen předmět veřejné zakázky, resp. jeho jednotlivé části (položky), popsat pomocí technických podmínek ve smyslu §§ 45 a 46 zákona. Jednotlivé části stavby, specifikované ve výkazu výměr pomocí položek označených odkazy nebo názvy, jsou podle názoru Úřadu běžné stavební dodávky a materiály, technicky popsatelné způsobem uvedeným v §§ 45 a 46 zákona. Úřad v této souvislosti uvádí, že např. pórobetonové nebo cihelné zdící materiály lze ve výše uvedeném smyslu popsat požadovanými technickými charakteristikami, tj. materiálem, rozměry, pevnostními, tepelně či akusticky izolačními vlastnostmi, atd., natolik jednoznačně, že nebyl důvod specifikovat je v zadávací dokumentaci názvy YTONG nebo POROTHERM. Obdobně by bylo možné postupovat i u dalších položek, označených odkazy nebo názvy. K vymezení požadovaného standardu tedy zadavatel měl použít technické podmínky stanovené způsobem dle §§ 45 a 46 zákona, standardem obecně v tomto smyslu nemůže být konkrétní výrobek nebo materiál, identifikovaný odkazem nebo názvem.

Zadavatel v šetřeném případě tedy neměl s ohledem na předmět veřejné zakázky důvod použít pro specifikaci jednotlivých položek výkazu výměr názvy nebo odkazy. Tím, že tak v zadávací dokumentaci učinil, zadavatel porušil zákaz stanovený v § 44 odst. 9 zákona.

Důsledkem této skutečnosti v šetřeném případě bylo, že zadavatel obdržel nabídky obsahující v části předmětu veřejné zakázky vymezeném odkazy nebo názvy pouze jedno z možných plnění. Není tak vyloučeno, že při nabídce obsahující jiná možná adekvátní plnění (k tomu viz např. stanovisko uchazeče STAVOS ze dne 3.2.2009 ve věci záměny některých materiálů), zadavatel mohl při obdobném účinku dosáhnout výhodnější nabídkové ceny, která byla v šetřeném případě jediným kritériem hodnocení nabídek. To pro něj mohlo znamenat výhodnější podmínky, než jaké vyplynuly z nabídek, zpracovaných v části předmětu plnění pouze v omezeném spektru z celkové nabídky všech materiálů a dodávek, které poskytuje trh. Úřad vzal v této souvislosti v úvahu i skutečnost, že položky výkazu výměr, specifikované názvy nebo odkazy, tvořily z nabídky vybraného uchazeče cca 1,997 mil. Kč, tj. cca 10 % z celkového finančního objemu veřejné zakázky, vyjádřeného nabídkovou cenou vybraného uchazeče. Ve vztahu k celkové ceně veřejné zakázky tedy nikoliv pouze její marginální část. Úřad uvedené doplňuje, že zákon označuje za správní delikt nejen jednání, které prokazatelně ovlivnilo zadávací řízení, ale i takové jednání, které pouze mělo potenciál takového ovlivnění, aniž nutně k tomuto ovlivnění prokazatelně došlo, tedy tzv. ohrožovací jednání, k jehož dovršení postačuje pouhé nenaplnění zájmu chráněného zákonem. Proto úvaha Úřadu nad případnými následky úkonů zadavatele je v této souvislosti legální součástí správního uvážení Úřadu a je pojmovou součástí skutkové podstaty spáchání správního deliktu.

Vycházející z výše uvedeného Úřad konstatuje, že postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a uzavřením smlouvy s uchazečem vybraným postupem,

při kterých zadavatel výše uvedeným způsobem porušil zákaz daný zákonem, proto byla naplněna skutková podstata správního deliktu ve smyslu § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

K argumentům uvedeným účastníky řízení v jeho průběhu, ke kterým se nevyjádřil výše v odůvodnění Úřad doplňuje následující. Účastník řízení STAVOS ve svém stanovisku ze dne 3.2.2009 mj. uvedl, že se během realizace stavby několikrát odchýlil od konkrétních výrobků z výkazu výměr, když použil jiné výrobky, kvalitativně srovnatelné, jako např. „zdivo z pórobetonových tvárnic H + H, vnitřní omítky CEMIX, zdivo a příčky HELUZ, ocelové zábradlí s nástřikem barvy RAL, asfaltové šindele MONARCH DYNASTY, trouby WAVIN EKOPLASTIK nebo izolace potrubí PAROC“. Úřad k uvedenému konstatuje, že tyto skutečnosti v šetřeném případě dokládají správnost a reálnost úvahy Úřadu o možnosti záměny položek označených odkazy nebo názvy jinými dodávkami nebo materiály, bez následků na předmět veřejné zakázky, a současně tak dokazuje, že použití těchto odkazů a názvů nebylo předmětem veřejné zakázky odůvodněno. Jak vyplývá z nabídky uchazeče STAVOS, uchazeč v nabídce uvedl a ocenil dodávky a materiály v souladu s výkazem výměr. Jeho nabídka tedy obsahuje pórobetonové zdivo z tvárnic, příčky a vnitřní omítky YTONG, plastové potrubí (trouby) Pipe-Life Fatra a izolaci potrubí Tubolit, atd. Pokud tedy v šetřeném případě došlo se souhlasem zadavatele k uvedené změně, došlo k ní až během realizace stavby. Uváděná skutečnost tak nemůže být argumentem pro to, že zadavatel tímto způsobem respektoval ustanovení § 44 odst. 9 zákona, které se vztahuje k zadávací dokumentaci.

Úřad k uvedenému doplňuje, že při posuzování šetřené věci, a to jak věcně ale i v otázce stanovení výše sankce (viz dále), přihlédl ve smyslu § 2 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů, i k pravomocnému rozhodnutí Úřadu č.j. S203/2008/VZ-14714/2008/510/če ze dne 11.9.2008, potvrzenému rozhodnutím předsedy Úřadu č.j. R174/2008/02-24699/2008/310-Ku ze dne 5.12.2008 (viz sbírky rozhodnutí sekce veřejných zakázek na www.compet.cz), ve kterých se Úřad problematikou aplikace ustanovení § 44 odst. 9 zákona zabýval v souvislostech obdobného konkrétního případu.

Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky nebo do 10 mil. Kč, pokud cena zakázky nebyla nabídnuta, jde-li o správní delikt podle odst. 1 písm. a) citovaného ustanovení zákona. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu, činí v šetřeném případě 23 649 974,43 Kč vč. DPH. Horní hranice možné pokuty tak je 1 182 498,70 Kč.

Podle § 121 odst. 2 zákona Úřad při určení výměry pokuty zadavateli, který je právníkem osobou, přihlédně k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Při zvažování výše výměry pokuty proto Úřad vycházel z následujících skutečností. Co se týče způsobu spáchání správního deliktu, nelze zadavateli odejmout odpovědnost za jeho spáchání, tedy odpovědnost zadavatele za správnost zadávací dokumentace. Co se týče následků spáchání správního deliktu, nedodržení postupu stanoveného v zákoně mohlo mít v šetřeném případě z výše uvedených důvodů přímý vliv na efektivnost celého zadávacího řízení. Ve prospěch zadavatele při posuzování míry závažnosti správního deliktu Úřad v této souvislosti naopak zohlednil skutečnost, že úkony zadavatele nebyly v šetřeném případě důvodem pro to, aby vyzvaní zájemci nemohli podat nabídku, resp. dále nepřímo i podíl položek, specifikovaných názvy nebo odkazy, ve výkazu výměr (viz výše uvedené zjištění vztahující se k nabídce vybraného uchazeče). Úřad při určení výměry pokuty vycházel také z premisy, že uložená pokuta 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 chování, které je se zákonem v souladu. Po zvážení všech výše uvedených zjištění a argumentů Úřad při stanovení výše uložené pokuty preferoval preventivní charakter uložené sankce a stanovenou výši pokuty posoudil v souvislostech případu jako možností zadavatele přiměřenou a dostačující, a to zejména s ohledem na důvod, pro který byl podnět, na jehož základě bylo toto správní řízení zahájeno, k Úřadu podán, tj. posouzení splnění dotačních podmínek ze strany poskytovatele dotace.

Před uložením pokuty Úřad ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona, a to, že odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán. V šetřeném případě došlo ke spáchání správního deliktu uzavřením smlouvy dne 13.6.2008. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu přistoupil k uložení pokuty, neboť veřejná zakázka byla již realizována a nápravy nelze dosáhnout.

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 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.

Mgr. Pavel Herman
ředitel sekce veřejných zakázek

Obdrží:

Statutární město Plzeň - městský obvod Plzeň 1, Alej Svobody 822/60, 323 00 Plzeň

Václav Klaus - STAVOS, s. r. o., 330 08 Zruč-Senec 375

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce