

Toto rozhodnutí bylo potvrzeno druhostupňovým rozhodnutím č. j. R140/2008/VZ-116/2009/310/Asc ze dne 1.4.2009. Obě rozhodnutí nabyla právní moci dne 3.4.2009

Č. j. S110/2008/VZ-09642/2008/530/RP

V Brně dne 24. června 2008

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 94 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení o přezkoumání úkonů zadavatele zahájeném dne 9.4.2008 z vlastního podnětu podle § 96 téhož zákona o veřejných zakázkách, jehož účastníky jsou

- zadavatel – statutární město Zlín, IČ 00283924, nám. Míru 12, 761 40 Zlín, zastoupené PhDr. Irenou Ondrovou, primátorkou, ve správním řízení dále zastoupené na základě plné moci ze dne 14.4.2008 JUDr. Milanem Zápotočným, advokátem, sídlem AK Telčská 7, 586 01 00 Jihlava,
- vybraný uchazeč – společnost IMPROMAT-COMPUTER s. r. o., IČ 46992308, se sídlem Tř. T. Bati 5267, 762 02 Zlín, za niž jedná RNDr. Petr Kožela, jednatel,

ve věci přezkoumání úkonů jmenovaného zadavatele ve veřejné zakázce „Zajištění dodávek a vybraných činností v oblasti informačních a komunikačních technologií pro Statutární město Zlín“, zadané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 14.4.2006 pod ev. č. 50020446, ve znění oprav uveřejněných dne 24.4.2006 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 15.4.2006 pod ev. č. 2006/S 74-077348, ve znění oprav uveřejněných dne 25.4.2006,

**rozhodl** podle § 101 cit. zákona o veřejných zakázkách takto:

## I.

Zadavatel – statutární město Zlín, IČ 00283924, nám. Míru 12, 761 40 Zlín, se dopustil správního deliktu ve smyslu § 102 odst. 1 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že nedodržel postup stanovený v § 48 odst. 1 cit. zákona, neboť v zadávací dokumentaci nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, přičemž výše uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit hodnocení nabídek.

Zadavatel – statutární město Zlín, IČ 00283924, nám. Míru 12, 761 40 Zlín, se dopustil správního deliktu ve smyslu § 102 odst. 1 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb.,

o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že porušil zákaz stanovený v § 48 odst. 6 v návaznosti na § 49 odst. 2 cit. zákona tím, že aniž by to bylo odůvodněno předmětem veřejné zakázky, odkazoval v zadávací dokumentaci na specifická označení výrobků, které platí pro určitého podnikatele za příznačné, čímž byla určitým dodavatelům zaručena konkurenční výhoda, přičemž výše uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit hodnocení nabídek.

Zadavatel – statutární město Zlín, IČ 00283924, nám. Míru 12, 761 40 Zlín, se dopustil správního deliktu ve smyslu § 102 odst. 1 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že nedodržel postup stanovený v § 25 odst. 1 cit. zákona, neboť při vymezení úrovně finanční a ekonomické způsobilosti uchazečů – obratu, nedodržel zásadu zakazu diskriminace, přičemž výše uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit hodnocení nabídek.

Za spáchání výše uvedených správních deliktů se zadavateli – statutární město Zlín, IČ 00283924, nám. Míru 12, 761 40 Zlín, **ukládá** podle § 102 odst. 2 písm. a) posledně cit. zákona

**pokuta ve výši 300 000,- Kč (tři sta tisíc korun českých).**

Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-24825621/0710, konstantní symbol 1148, variabilní symbol 1100850001.

**II.**

Zadavateli – statutární město Zlín, IČ 00283924, nám. Míru 12, 761 40 Zlín, se podle § 101 odst. 2 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zakazuje plnění z „rámcové smlouvy na dodávky HW komponent včetně příslušného programového vybavení“ ze dne 27.7.2006 a dále také ze „smlouvy o poskytování služeb v rámci outsourcingu vybraných činností v oblasti informačních a komunikačních technologií pro Statutární město Zlín“ ze dne 31.6.2006, uzavřených na plnění předmětné veřejné zakázky, neboť spácháním výše uvedených správních deliktů zadavatel nesplnil povinnost, respektive porušil zákaz stanovený posledně cit. zákonem, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek.

Plnění z uvedených smluv nechť zadavatel ukončí do osmi měsíců od právní moci tohoto rozhodnutí.

**III.**

Podle § 79 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., a podle § 6 odst. 1 vyhlášky č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení, se zadavateli – statutární město Zlín, IČ 00283924, nám. Míru 12, 761 40 Zlín, **ukládá uhradit náklady řízení ve výši 1 000,- Kč** (slovy jeden tisíc korun českých). Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 110085002.

## Odůvodnění

Zadavatel, statutární město Zlín, nám. Míru 12, 761 40 Zlín, zastoupené PhDr. Irenou Ondrovou, primátorkou (dále jen „zadavatel“) uveřejnil na centrální adrese dne 14.4.2006 pod ev. č. 50020446, ve znění oprav uveřejněných dne 24.4.2006 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 15.4.2006 pod ev. č. 2006/S 74-077348, ve znění oprav uveřejněných dne 25.4.2006, oznámení otevřeného řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Zajištění dodávek a vybraných činností v oblasti informačních a komunikačních technologií pro Statutární město Zlín.“

V zadávací dokumentaci, konkrétně bodu 1.2.1, zadavatel specifikoval předmět veřejné zakázky mimo jiné tak, že součástí plnění budou „dodávky zařízení ICT v souladu s plánem obnovy a rozvoje ICT objednatel.“ V příloze číslo 4 čl. 5 zadávací dokumentace dále zadavatel určil, že dodávky zařízení budou realizovány na základě „rámcové smlouvy“ opírající se o modelovou specifikaci v části D přílohy č. 4 zadávací dokumentace, a to formou dílčích objednávek či smluv. Struktura dodávek měla být v průběhu platnosti smlouvy upřesněna vždy dle aktuálního plánu zadavatele, který měl být upřesňován, přičemž si zadavatel vyhradil právo upravit strukturu dodávek v rámci dohodnutého plánu na základě aktualizovaného plánu rozvoje ICT.

Část D přílohy č. 4 zadávací dokumentace obsahuje modelovou strukturu dodávek rozčleněnou podle jednotlivých druhů a kategorií dodávek. U položky 1.12 „doplňkové a spotřební komponenty“ je uvedeno, že tyto budou řešeny v intencích popsaných v čl. 4.2 přílohy č. 4 zadávací dokumentace, přičemž v citovaném článku zadavatel uvedl požadavek, aby uchazeč realizoval celý servisní zásah, včetně pořízení spotřebního materiálu a náhradních dílů. Dále pak zadavatel uvedl, že doplňkový a spotřební materiál bude hradit měsíčně na základě skutečně realizovaného množství s tím, že jej uhradí jen půjde-li o součást odstranění vady nebo řešení požadavku zadavatele. Zadavatel dále určil, že cena spotřebního materiálu a náhradních dílů za dobu plnění nepřesáhne 1 350 000 Kč bez DPH. V čl. II.5 vzorové rámcové smlouvy na dodávky zadavatel uvedl, že předmětem smlouvy je i dodávka náhradních dílů, doplňkového a spotřebního materiálu souvisejících s předmětem dodávky podle odst. I., tj. souvisejících s dodávkou hardwarových komponent včetně programového vybavení dle cit. Přílohy č. 4 části D zadávací dokumentace. V čl. VII odst. 8 vzorové rámcové smlouvy na outsourcing zadavatel uvedl, že součástí ceny za outsourcing není cena náhradních dílů a spotřebního materiálu, které bude nutné pořídit pro opravu zařízení nebo splnění požadavku objednatel.

Zadavatel ve výše uvedené modelové struktuře dodávek uvedl u jednotlivých kategorií zařízení následující technické specifikace. U stolních počítačů zadavatel požadoval chipset Intel 915G a procesor Intel Celeron D436 (kategorie A) nebo Intel Pentium 4 630 (kategorie B a C). V technické specifikaci požadovaných notebooků uvedl zadavatel požadavek na chipset Intel Mobile 915GM a procesor Intel Mobile Celeron 370, resp. Intel Mobile M750. Rovněž v případě specifikace serverů zadavatel uvedl procesor Intel Xeon 3,8 GHz, resp. Intel Xeon 3,66 GHz. V bodu 1.3 zadávací dokumentace zadavatel obecně připustil možnost nahrazení výrobky s obdobnými nebo lepšími technickými a jakostními parametry.

Zadavatel v oznámení zadávacího řízení a v zadávací dokumentaci (bod 1.7.2) ohledně prokázání finanční a ekonomické způsobilosti stanovil požadavek na doložení celkového obratu uchazeče za předcházející tři účetní období, přičemž minimální konsolidovaný obrat uchazeče musí činit nejméně 300 mil. Kč za každé jedno účetní období. Celková

předpokládaná hodnota veřejné zakázky je dle oznámení zadávacího řízení 45 mil. Kč za čtyři roky trvání smlouvy.

Zadavatel obdržel celkem dvě nabídky, přičemž po provedeném posouzení a hodnocení byla jako nejvýhodnější vybrána nabídka uchazeče IMPROMAT-COMPUTER s. r. o., IČ 46992308, se sídlem Tř. T. Bati 5267, 762 02 Zlín, za niž jedná RNDr. Petr Kožela, jednatel (dále jen „IMPROMAT-COMPUTER s. r. o.“). Dne 27.7.2006 zadavatel a vybraný uchazeč uzavřeli na plnění předmětné veřejné zakázky „rámcovou smlouvu na dodávky HW komponent včetně příslušného programového vybavení“ a dále pak dne 31.6.2006 smlouvu „o poskytování služeb v rámci outsourcingu vybraných činností v oblasti informačních a komunikačních technologií pro Statutární město Zlín.“ Tak jak bylo ujednáno v „rámcové“ smlouvě na dodávky komponent, zadavatel na základě dílčích kupních smluv nebo objednávek realizoval nákupy výpočetní techniky, přičemž nakupoval nejen výrobky uvedené v příloze uvedené „rámcové“ smlouvy (model dodávek požadovaný v Příloze č. 4 části D zadávací dokumentace).

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“), jako orgán příslušný podle § 94 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb., zákona č. 179/2005 Sb., zákona č. 253/2005 Sb., zákona č. 377/2005 Sb. a zákona č. 413/2005 Sb. (dále jen „zákon“), obdržel dopis Policie ČR s žádostí o prošetření mimo jiné postup zadavatel při zadávání předmětné veřejné zakázky a následného odběru výpočetní techniky.

Orgán dohledu si proto vyžádal dokumentaci o zadání předmětné zakázky a kopie související fakturace. Jelikož u orgánu dohledu přetrvávaly pochybnosti o zákonnosti postupu zadavatele při zadávání předmětné veřejné zakázky, zahájil ve věci přezkoumání úkonů zadavatele správní řízení z vlastního podnětu.

Účastníkem správního řízení je podle § 99 zákona

- zadavatel, ve správním řízení dále zastoupený na základě plné moci ze dne 14.4.2008 JUDr. Milanem Zápotočným, advokátem, sídlem AK Telčská 7, 586 01 00 Jihlava,
- uchazeč IMPROMAT-COMPUTER s. r. o., kterému byla zakázka přidělena.

Zahájení správního řízení oznámil orgán dohledu účastníkům řízení dopisem č. j. S110/2008/VZ-07078/2008/530/RP ze dne 7.4.2008, ve kterém je seznámil s rozhodnými skutečnostmi a usnesením stanovil lhůty, v nichž se účastníci řízení mohli vyjádřit k podkladům pro rozhodnutí, popř. navrhnout doplnění šetření. V příloze oznámení o zahájení řízení orgán dohledu uvedl seznam dodávek ode dne podpisu „rámcových“ smluv do 14.6.2007, u nichž měl orgán dohledu za to, že jde o dodávky, které nebyly součástí nabídky vybraného uchazeče, kde byla překročena nabídková cena nebo kde byl zadavatelem pořizován spotřební materiál a příslušenství, aniž by bylo zřejmé, zda tyto dodávky souvisely se servisním zásahem.

Dnem 9.4.2008, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno oběma účastníkům, bylo podle § 96 odst. 2 zákona zahájeno správní řízení ve věci přezkoumávání úkonů zadavatele orgánem dohledu.

Dopisem ze dne 21.4.2008 se k zahájení řízení vyjádřil zadavatel. Co se týče stanovení kvalifikačního kritéria na celkový obrat, považuje jej zadavatel za přiměřený. To zdůvodňuje svým požadavkem na získání ekonomicky silného a stabilního partnera, u něhož nemá hrozit zánik nebo ekonomické potíže, které by bránily v plnění předmětné veřejné zakázky. Zadavatel také poukazuje na případnou nutnost uhradit zadavateli vzniklou škodu nepokrytou z uzavřené pojistné smlouvy a odkazuje na rozhodnutí orgánu dohledu č. j. VZ/S244/04-153/715/05-Kr. Výše obratu byla dle zadavatele tedy stanovena v souladu s rozsahem a technologickou náročností předmětu plnění, přičemž poukazuje na závislost výkonu činnosti zadavatele na plnění předmětu veřejné zakázky. Dále zadavatel uvádí, že má zájem na co nejplynulejším plnění, proto chtěl volit mezi ekonomicky stabilními subjekty, které by nebyly závislé jen na realizaci zakázky pro zadavatele. V otázce případné diskriminace zadavatel poukazuje na to, že kritérium bylo stanoveno pro všechny uchazeče jednotně, takže k diskriminaci nemohlo dojít, odkazující na druhostupňové rozhodnutí orgánu dohledu č. j. R092/2006/02-19480/2006/300-Šp obsahující obdobné závěry.

Ohledně odkazů na konkrétní výrobky v zadávací dokumentaci zadavatel uvedl, že v čl. 1.3 zadávací dokumentace umožnil použití výrobků s obdobnými nebo lepšími technickými a jakostními parametry s tím, že konkrétní odkazy měly uchazečům přiblížit technické a kvalitativní požadavky zadavatele. Takový postup byl dle zadavatele odůvodněn předmětem zakázky, když popis předmětu technickými podmínkami by nebyl přesný a jednoznačně srozumitelný. Zadavatel v této záležitosti odkazuje na rozhodnutí orgánu dohledu č. j. S154-R/05-092/140/IB, kde byl schválen postup zadavatele, který v zadávací dokumentaci rovněž připustil použití obdobných řešení. Rovněž zadavatel odkazuje na rozsudek Evropského soudního dvora (dále jen „ESD“) č. C-359/93 z 24.1.1995, Evropská komise vs. Nizozemské království, ECR 1995, s. 1-00157 (dále jen „C-359/93“), v němž bylo naopak shledáno porušení povinností zadavatele z důvodu neuvedení možnosti nahrazení obdobného řešení.

Konečně se zadavatel vyjádřil rovněž k definici předmětu plnění, respektive k části plnění týkající se dodávek výpočetní techniky a jeho příslušenství. K příslušenství a spotřebnímu materiálu (náhradním dílům) zadavatel uvedl, že předmětem plnění byly tyto dodávky nejen v souvislosti se servisním zásahem, jak je uvedeno v oznámení zahájení řízení. Cena těchto dodávek měla být přitom hrazena měsíčně podle skutečně realizovaného odběru a nebyla zahrnuta v ceně za outsourcing ani za dodávky HW komponent. Zadavatel dále argumentuje, že odebraná výpočetní technika přímo neuvedená v nabídce vybraného uchazeče je rovněž součástí předmětu definovaného v zadávací dokumentaci, neboť modelová struktura dodávek neměla být požadavkem na dodávku přesně těchto komponent, nýbrž v průběhu trvání „rámcových“ smluv měly být jednotlivé dodávky upřesňovány. Položky, u nichž orgán dohledu v oznámení řízení uvedl, že nejsou součástí nabídky, se jedná o nástupnická zařízení původně poptávaných produktů, které nebyly v době zadání z důvodu progresivního vývoje v odvětví dodávány. Tato kvalitativně lepší zařízení byla dle zadavatele pořízena za srovnatelných podmínek. Co se týče položek fakturovaných za vyšší cenu než v nabídce uchazeče zadavatel uvedl, že zahrnuje i jejich zprovoznění a odzkoušení funkčnosti jako celku, přičemž podle č. V. odst. 2 „rámcové“ smlouvy na dodávky se zadavatel zavázal uhradit cenu HW komponent „jen po splnění všech stanovených podmínek pro zprovoznění a odzkoušení.“ U části položek z faktur, které orgán dohledu uvedl v příloze oznámení o zahájení řízení zadavatel uvedl, že jde o služby nesouvisející s předmětem veřejné zakázky. Obecně pak zadavatel argumentuje tím, že nebylo možné, aby v době zadání šetřené veřejné zakázky přesně specifikoval každou jednotlivou komponentu a odkazuje se dále na soutěžní dialog zakotvený v současné právní úpravě zadávání veřejných zakázek, který neměl možnost

využít pro zadání šetřené zakázky. Zadavatel také dodává, že limitní byla celková cena a „rámcové smlouvy“ s ohledem na povahu věci umožňují, aby se cena dílčích plnění v tom či onom směru vychýlila.

Druhý z účastníků řízení, uchazeč IMPROMAT-COMPUTER s. r. o., se v řízení nevyjádřil.

Orgán dohledu přezkoumal na základě ust. § 96 a následujících zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o zadání, uzavřených smluv, předložených faktur a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel porušil zákon. Ke svému rozhodnutí uvádí orgán dohledu následující rozhodné skutečnosti.

### K rozsahu předmětu plnění

Podle § 48 odst. 1 zákona zadávací dokumentace vymezuje předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, včetně požadovaného množství. Zadávací dokumentace obsahuje technické specifikace předmětu veřejné zakázky. Za správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá zadavatel.

Součástí předmětu plnění měly být, vyjma poskytování určitých služeb v oblasti informačních technologií, rovněž dodávky výpočetní techniky a souvisejícího doplňkového a spotřebního materiálu. Z tohoto důvodu zadavatel v zadávací dokumentaci definoval modelovou strukturu dodávek požadovaných hardware komponent s výhradou, že v průběhu plnění bude struktura dodávek upravena dle potřeb zadavatele. Nadto si zadavatel v příloze č. 4 zadávací dokumentace vyhradil právo upravit dodávky dle „aktualizovaného plánu rozvoje ICT,“ tj. odebírat v průběhu platnosti smlouvy i jinou výpočetní techniku, než která byla vymezena v zadávací dokumentaci. To se také dělo, když zadavatel odebíral výpočetní techniku, jak sám uvádí nástupnická zařízení původně poptávaných produktů, které nebyly v době zadání z důvodu progresivního vývoje v odvětví dodávány.

Zadavatel rovněž jako součást předmětu plnění požadoval dodání „doplňkového a spotřebního materiálu,“ a to jak v rámci servisního zásahu (čl. 4.2 přílohy č. 4 zadávací dokumentace), tak na základě samostatného požadavku zadavatele v průběhu platnosti „rámcových smluv“ (čl. VII odst. 8 vzorové rámcové smlouvy na outsourcing). Tyto dodávky přitom zadavatel omezil pouze maximální částkou 1 350 000 Kč bez DPH. Cena za tyto dodávky pak neměla být součástí nabídkové ceny uchazečů a zadavatel si vyhradil (čl. 4.2 přílohy č. 4 zadávací dokumentace), že doplňkový a spotřební materiál bude hradit měsíčně na základě skutečně realizovaného množství.

Orgán dohledu uvádí, že se k otázce vymezení předmětu veřejné zakázky již vyslovil, a sice v souvislosti s totožnou veřejnou zakázkou zadavatele zadávanou v minulosti, konkrétně v rozhodnutí č. j. S 84/02-151/3143/02-Hm ze dne 28.6.2002, potvrzeném druhostupňovým rozhodnutím č. j. 2R 33/02 - Hr ze dne 17.12.2002. Přestože v daném případě byla problematika vymezení předmětu veřejné zakázky řešena podle zákona č. 199/1994 Sb., lze závěry cit. rozhodnutí v plné míře uplatnit i na v současnosti šetřený případ, neboť právní úprava v této otázce nenaznala významných změn. V citovaném rozhodnutí prvního stupně se orgán dohledu vyslovil v tom smyslu, že nelze-li rozsah potřeb zadavatele stanovit naprosto přesně (tj. zadavatel nezná přesně množství dodávek), je vždy nezbytné, aby zadavatel v podmínkách zadání určil alespoň předpokládaný rozsah plnění

veřejné zakázky a dobu trvání smlouvy tak, aby uchazeči v nabídkách mohli uvést nabídkovou cenu. V takovém případě pak může zadavatel v podmínkách zadání veřejné zakázky stanovit, že uchazeč bude předmět plnění veřejné zakázky realizovat podle skutečných potřeb zadavatele, a že fakturování a placení bude prováděno podle skutečně provedené práce dodávek nebo služeb, aby vztah mezi zadavatelem a uchazečem při plnění veřejné zakázky odpovídal realitě. To znamená, že zadavatel, nezná-li přesně množství dodávek (event. služeb), které bude v průběhu plnění veřejné zakázky odebírat, definuje v zadávací dokumentaci pouze „model“ dodávek na základě předpokládaného celkového množství. Nicméně, jak z cit. rozhodnutí vyplývá, je nezbytné, aby množství bylo jedinou „neznámou proměnou,“ neboť předmět zakázky, tj. specifikace toho, o čem se soutěží, musí být přesně vymezeno. V opačném případě by se totiž jednalo o „imaginární“ soutěž o něco, co poté ve skutečnosti nebude realizováno. To se také stalo ve veřejné zakázce šetřené v tomto řízení, když zadavatel sice v zadávací dokumentaci specifikoval předmět dodávek výpočetní techniky modelem, nicméně si současně vyhradil a reálně pak odebíral i zboží jiné. Nejen, že tedy nebylo fixováno množství, což je vzhledem k výše uvedenému přípustné, nebyl však fixován ani předmět plnění samotný. Soutěžilo se tak tedy o imaginární soubor dodávek, které však poté nebyly a ani neměly být realizovány nebo pouze z části. Orgán dohledu si je vědom toho, že vzhledem k vývoji v oblasti informačních technologií nebyl zadavatel schopen předvídat rychlost zastarávání aktuálních hardwarových komponent dostupných na trhu. Nelze však připustit nastalou situaci, kdy zadavatel nedostál své zákonné povinnosti vymezit předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Platí také, že za správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá zadavatel. Zadavatel nemůže zadat zakázku na předmět, který nezná. Obecně je možné, aby například zadavatel definoval určitý stav (pomocí výstupů / parametrů) určitého „systému“ v čase, který je objektem veřejné zakázky (např. počítačová síť včetně stanic), způsoby kontrolování definovaných výstupů, a ponechal dále na uchazečích jakými prostředky požadovaných výstupů dosáhnou. Bude potom na uchazečích, zda k dosažení definovaných parametrů využijí např. i výměnu některých HW komponent, sami zvolí okamžik výměny apod. Cena je pak stanovena za veškeré činnosti nutné k zajištění cílového stavu systému. Orgán dohledu však upozorňuje, že se jedná o teoretickou možnost realizace některých veřejných zakázek a není zřejmé, zda je takový postup výhodný nebo dokonce vůbec možný v případě veřejné zakázky, která je předmětem řízení.

Stejně tak není možné, aby zadavatel stanovil pouze maximální finanční hranici pro kategorii „doplňkový a spotřební materiál,“ aniž vůbec specifikoval, o jaké zboží se jedná a dále si vyhradil odebírat takové, nijak nespecifikované zboží, kdykoliv během trvání smlouvy. Jak totiž vyplývá z čl. VII odst. 8 vzorové rámcové smlouvy na outsourcing, na což sám zadavatel upozorňuje, tyto dodávky hodlal pořizovat jednak v případě oprav zařízení, ale i v případech „splnění požadavku objednatele.“ Cena těchto položek pak nebyla součástí ceny outsourcingu a zadavatel je hradí měsíčně podle skutečně dodaného zboží. Jak však vyplývá z dosud uvedeného a výše cit. rozhodnutí orgánu dohledu, takový postup není v souladu se zákonem. Zadavatel je v zadávací dokumentaci povinen specifikovat požadované dodávky, služby event. práce a včetně množství (množství alespoň modelově). Není tak přípustný postup, kterým argumentuje zadavatel, že jako limitní byla stanovena cena a plnění se v rámci maximální ceny vychyluje.

Na základě výše uvedených skutečností dospěl orgán dohledu k závěru, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 48 odst. 1 zákona, neboť v zadávací dokumentaci nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky.

Orgán dohledu dále považuje za vhodné se obecně vyjádřit k teoretickým možnostem zadání předmětu zakázky s proměnlivou povahou v čase, tj. například i výpočetní techniky podléhající rychlému technologickému vývoji, jak je tomu i v šetřeném případě, a sice podle současné právní úpravy zadávání veřejných zakázek dané zákonem č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů.

Vyjma výše popsané odpovědnosti zadavatele za řádné vymezení předmětu veřejné zakázky orgán dohledu považuje v této souvislosti za nutné upozornit rovněž na princip zákazu provádění podstatných změn smluv (povinnost uzavřít smlouvu v souladu s nabídkou a dokumentací o zadání, pozn. orgánu dohledu). Lze konstatovat, že změny ve smlouvě, uzavřené na veřejnou zakázku, vymezenou zadávací dokumentací, jsou přípustné pouze tehdy, pokud provedením změny nemohl být ovlivněn výběr nejvhodnější nabídky nebo okruh potenciálních uchazečů o původní zakázku (tj. jestliže by změna byla *ceteris paribus* součástí původních podmínek zadání)<sup>1</sup>. Z obecného pohledu tak není možné, aby byl k realizaci veřejné zakázky zadané na základě určitých podmínek a kritérií vybrán uchazeč, který následně dodává jiné plnění. Takové plnění totiž neodpovídá původně nastaveným podmínkám a kritériím, na jejichž základě podávali nebo mohli podat nabídku ostatní uchazeči. Jinými slovy řečeno, o toto nové plnění se nesoutěžilo v původním zadávacím řízení, „nová“ nabídka nebyla soutěžena.

Z dosud uvedeného je možné učinit závěr, že „klasická“ zadávací řízení (otevřené, užší nebo i jednací) nemohou úspěšně vést k zadání výše popsaného předmětu plnění, neboť definovaný předmět, o nějž se soutěží, nelze po uzavření smlouvy modifikovat (vyjma množství, za podmínek popsaných výše). Jisté východisko lze spatřovat zejména v použití dynamického nákupního systému, u něhož je možné při zavedení soutěžit o předběžné nabídky a každá dílčí zakázka je poté znovu soutěžena na základě výzev zájemcům zařazeným do systému. Systém je navíc po celou dobu jeho existence otevřený kterémukoliv dodavateli, jenž má zájem se poskytování dodávek, služeb či prací zúčastnit a připojit se tak do dynamického nákupního systému. Každá nová dílčí zakázka, byť oproti původním podmínkám upravená na základě technologického vývoje, je tedy znovu předmětem otevřené soutěže dodavatelů. Za vztahy s obdobným charakterem by bylo zřejmě možné považovat rovněž rámcovou smlouvu uzavřenou s více dodavateli, nicméně bez prvku dodatečné otevřenosti „systému,“ neboť k rámcové smlouvě se v průběhu jejího trvání nemůže připojit případný další dodavatel. Vzhledem k tomu, že na základě hodnocení nabídek má zadavatel na základě soutěže o zakázku získat (ekonomicky) nejvhodnější nabídku, je vyloučeno, aby rámcovou smlouvu v popisovaném případě zadavatel uzavřel pouze s jediným dodavatelem.

Orgán dohledu dále upozorňuje, že se rovněž nabízí otázka, zda je to či ono řešení v souladu se zásadou efektivity, respektive efektivnosti vynakládání finančních prostředků. Možnost dlouhodobého smluvního vztahu na dodávky podléhající rychlému technologickému pokroku je totiž nutné nahlížet také optikou dalších souvisejících právních norem, a to zejména zákona č. 320/2001 Sb., o finanční kontrole ve veřejné správě, ve znění pozdějších předpisů, a zákona č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech, ve znění pozdějších předpisů. V uváděném případě totiž existuje vysoká míra rizika, že výběr dodavatele byl „ekonomický“ v době uzavření smlouvy, ale v průběhu trvání smlouvy se stane tento způsob pořízení dodávek ekonomicky nevýhodným, neboť budou na trhu dostupná nová, technologicky vyspělejší řešení nebo řešení levnější. Takové riziko ostatně hrozí u jakékoliv zakázky,

<sup>1</sup> Ke konceptu „podstatných změn smlouvy“ také viz rozhodnutí orgánu dohledu č. j. S392/2006-02480/2007/540-RP ze dne 1.3.2007 – str. 9 a 10, potvrzené druhostupňovým rozhodnutím č. j. R087/2007/02-14942/2007/310-Hr ze dne 16.8.2007 (obě na <http://www.compet.cz>).



nicméně v případě zadávání dodávek s kratším časovým horizontem je uvedené riziko podstatně menší.

Konečně k poznámce zadavatele, že nemohl využít institutu soutěžního dialogu zakotveného v současné právní úpravě zadávání veřejných zakázek orgán dohledu uvádí, že k této skutečnosti nelze přihlížet, neboť případ je nezbytné posuzovat podle právní úpravy platné v době zadávání. Soutěžní dialog je novým druhem zadávacího řízení, o jehož eventuálním použití v době zadání šetřené veřejné zakázky nelze uvažovat, neboť v té době neexistoval. Nadto orgán dohledu poznamenává, že není zcela zřejmé, zda by použití soutěžního dialogu bylo v daném oprávněné, neboť je přípustné jej použít jen v případech veřejných zakázek se zvláště složitým předmětem plnění, u nichž zadavatel není objektivně schopen přesně vymezit technické, právní nebo finanční požadavky na plnění. Zjednodušeně řečeno dialog, který je první fází zadávacího řízení, má sloužit k volbě optimální cesty (technologického postupu atp.), která má vést k zadavatelem zamýšlenému cíli. Vybrané řešení je posléze v druhé fázi soutěženo. Je tedy zřejmé, že pomocí soutěžního dialogu lze řešit problémy týkající se využití know how dodavatelů ve prospěch zadavatele. Výše popsané problémy týkající se pořizování zboží podléhajícího rychlému technologickému vývoji však soutěžní dialog z principu vyřešit nemůže, neboť by vyvstaly stejně jako při použití tradičního otevřeného nebo užšího řízení.

#### K definici předmětu plnění – odkazy na konkrétní výrobky

Podle § 48 odst. 6 zákona, jestliže to není odůvodněno předmětem veřejné zakázky, nesmí zadávací dokumentace obsahovat požadavky nebo odkazy na obchodní firmy, názvy nebo jména a příjmení, specifická označení výrobků a služeb, které platí pro určitého podnikatele nebo jeho organizační složku za příznačné, patenty na vynálezy, užité vzory, průmyslové vzory, ochranné známky nebo označení původu. Není-li zadavatel schopen popsat předmět veřejné zakázky s použitím specifikací, které jsou dostatečně přesné a srozumitelné všem dodavatelům, musí zadavatel v zadávací dokumentaci umožnit použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení.

V § 49 odst. 2 zákon stanoví, že technické specifikace nesmí být stanoveny tak, aby určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely překážky pro mezinárodní obchod.

Část D přílohy č. 4 zadávací dokumentace šetřené veřejné zakázky obsahuje modelovou strukturu dodávek rozčleněnou podle jednotlivých druhů a kategorií dodávek. Zadavatel v modelové struktuře dodávek uvedl u jednotlivých kategorií zařízení následující technické specifikace. U stolních počítačů zadavatel požadoval chipset Intel 915G a procesor Intel Celeron D436 (kategorie A) nebo Intel Pentium 4 630 (kategorie B a C). V technické specifikaci požadovaných notebooků uvedl zadavatel požadavek na chipset Intel Mobile 915GM a procesor Intel Mobile Celeron 370, resp. Intel Mobile M750. Rovněž v případě specifikace serverů zadavatel uvedl procesor Intel Xeon 3,8 GHz, resp. Intel Xeon 3,66 GHz. V bodu 1.3 zadávací dokumentace zadavatel obecně připustil možnost nahrazení výrobky s obdobnými nebo lepšími technickými a jakostními parametry.

Orgán dohledu uvádí, že zadavatel je podle § 48 odst. 6 zákona povinen stanovit předmět plnění veřejné zakázky pomocí obecných specifikací jako například technické specifikace typu požadavku na výkon a jeho parametry, charakter výrobku, funkce atd., které jsou dostatečně přesné a srozumitelné všem dodavatelům (k této problematice také viz např.

rozhodnutí orgánu dohledu č. j. VZ/S60/05-154/2019/05-RP ze dne 11.5.2005 nebo č. j. VZ/S 48/06/DO-VP/550/ZH ze dne 23.3.2006, obě dostupná na <http://www.compet.cz>). Citované ustanovení dále stanoví výjimku z tohoto pravidla, avšak pouze při současném splnění následujících dvou omezujících podmínek. Zaprvé jediné v tom případě, že nelze obecným způsobem předmět plnění dostatečně specifikovat, může v zadávací dokumentaci zadavatel např. odkázat na určitý konkrétní typ výrobku nebo značky pro bližší určení standardu jakosti a dalších vlastností výrobků. Zadruhé pak platí, že i v takovém případě je zadavatel povinen v zadávací dokumentaci umožnit použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení. Druhá podmínka je tedy podmíněna předchozím splněním podmínky první. Cílem uvedených podmínek omezujících používání odkazů na konkrétní značky je vyloučit diskriminaci ostatních dodavatelů a v návaznosti na ust. § 49 odst. 2 zákona tak zamezit vytváření konkurenčních výhod nebo event. překážek pro mezinárodní obchod.

V šetřeném případě zadavatel vymezil některé části předmětné veřejné zakázky odkazem na konkrétní výrobky určité značky. Přesto, že zadavatel v zadávací dokumentaci připustil „možnost nahrazení výrobky s obdobnými nebo lepšími technickými a jakostními parametry“ a splnil tak druhou ze zákonných podmínek, orgán dohledu konstatuje, že však nebyla splněna první, nutná, podmínka pro použití výjimky z pravidla zákazu uvádění odkazu na konkrétní značky. Předmět šetřené veřejné zakázky, respektive jeho část, kterou zadavatel vymezil odkazem na konkrétní výrobky, není natolik specifická, že by nebylo možné ji dostatečně popsat pomocí obecných charakteristik. Hardware komponenty, respektive požadovaný výkon a vlastnosti, lze například definovat za pomoci zkušebních srovnávacích testů a jejich kombinací (benchmarky lze získat např. na <http://www.bapco.com>, <http://www.spec.org>, <http://www.veritest.com>), s případným doplněním technického popisu stávající struktury informačních technologií. Argumentaci zadavatele, že těchto odkazů bylo nutné použít pro přesné a srozumitelné definování požadovaných vlastností a kvality, je tak nezbytné odmítnout. Použití odkazů na konkrétní výrobek určité značky není v případě předmětné veřejné zakázky v souladu s § 48 odst. 6 zákona, a to ani za předpokladu splnění druhé návazné podmínky, tj. umožnění použití i jiných řešení. K této problematice dále viz také pozdější rozhodnutí orgánu dohledu č. j. S154/2007/VZ-13454/2007/520-KV ze dne 24.7.2007 potvrzené rozhodnutím předsedy č. j. R154/2007/02-17728/2007/310-Šp ze dne 27.9.2007 (obě rozhodnutí jsou dostupná na <http://www.compet.cz>). Používání odkazů při pořizování komponent komunikačních technologií je zvláště nežádoucí, vedoucí k diskriminaci ostatních dodavatelů, neboť s ohledem na technickou specifičnost informačních technologií by bylo obtížné nebo často nemožné prokázat shodu řešení jiného výrobce (dodavatele) s výrobkem nebo řešením zadavatelem uvedené značky. Vytvářejí se tak v rozporu s § 49 odst. 2 v návaznosti na § 48 odst. 6 zákona překážky konkurenci, která je základním prvkem a předpokladem pro zadávání veřejných zakázek.

Co se týče odkazu zadavatele na rozhodnutí orgánu dohledu č. j. S154-R/05-092/140/IB, v němž byl aprobován postup zadavatele, kdy v zadávací dokumentaci použil odkaz na konkrétní typ nábytku se současným připuštěním obdobného řešení, orgán dohledu uvádí následující. V uvedeném případě se jednalo o označení typu designu nábytku, který byl natolik jedinečný, že odkaz na typ byl odůvodněn předmětem zakázky. Orgán dohledu tedy nezjistil, že by uvedení odkazu na typ nábytku mohlo některému z dodavatelů zaručit konkurenční výhodu, a proto neshledal porušení zákona ze strany zadavatele. Na rozdíl od toho, v případě předmětné veřejné zakázky orgán dohledu shledal, že technická specifikace zaručuje určitým dodavatelům konkurenční výhodu, a proto nelze závěry uvedené v odkazovaném rozhodnutí použít na šetřený případ. Rovněž nelze aplikovat závěry ESD v zadavatelem uváděném rozsudku C-359/93, neboť zde soud konstatoval porušení povinností

zadavatele spočívající v nesplnění druhé podmínky, tj. umožnění použití obdobného řešení, a splněním podmínky první (viz výše) se tedy nezabýval. V případě předmětné zakázky však bylo rozhodující nesplnění první z podmínek, tj. že odkazy na výrobky jsou připuštěny jen odůvodňuje-li to předmět veřejné zakázky.

Na základě dosud uvedeného orgán dohledu konstatuje, že zadavatel porušil zákaz stanovený v § 48 odst. 6 v návaznosti na § 49 odst. 2 zákona tím, že aniž by to bylo odůvodněno předmětem veřejné zakázky, odkazoval v zadávací dokumentaci na specifická označení výrobků, které platí pro určitého podnikatele za příznačné, čímž byla určitým dodavatelům zaručena konkurenční výhoda.

#### K výši obratu jako kritéria finanční a ekonomické způsobilosti

V § 30 odst. 2 písm. b) zákon stanoví, že splněním kvalifikace se mj. rozumí splnění dalších kvalifikačních kritérií stanovených zadavatelem, jimiž zadavatel vymezí odpovídající úroveň finanční, ekonomické a technické způsobilosti dodavatele a zabezpečení jakosti podle druhu, rozsahu a složitosti zadávané veřejné zakázky. Podle odstavce 3 téhož ustanovení zákona je zadavatel povinen omezit rozsah požadovaných informací o kvalifikaci dodavatelů pouze na informace bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky.

Podle § 32 odst. 1 písm. c) zákona prokazuje finanční a ekonomickou způsobilost uchazeč nebo zájemce výkazem celkového obratu uchazeče nebo zájemce a obratu dosaženého za provedené práce, dodávky zboží nebo poskytnutí služeb za předcházející 3 účetní období.

Podle § 25 odst. 1 zákona je v zadávacím řízení zadavatel povinen dodržovat zásady stejného zacházení se všemi zájemci a uchazeči s výjimkami uvedenými v § 87 zákona, zákazů diskriminace a transparentnosti.

Zadavatel v oznámení zadávacího řízení a zadávací dokumentaci (bod 1.7.2.) ohledně prokázání finanční a ekonomické způsobilosti stanovil požadavek na doložení celkového obratu uchazeče za předcházející tři účetní období, přičemž minimální konsolidovaný obrat uchazeče musí činit nejméně 300 mil. Kč za každé jedno účetní období. Celková předpokládaná hodnota veřejné zakázky je dle oznámení zadávacího řízení 45 mil. Kč za čtyři roky trvání smlouvy (tj. 11,25 mil. Kč/rok).

Orgán dohledu uvádí, že z hlediska výkladu účelu výše citovaných ustanovení zákona lze skutečně vyjít například ze zadavatelem zmíněného rozhodnutí orgánu dohledu č. j. VZ/S 244/04-153/715/05-Kr ze dne 11.2.2005 (co se týče obecně finanční a ekonomické způsobilosti také viz např. rozhodnutí č. j. VZ/S240/04-154/183/05-RP ze dne 17.1.2005 potvrzené rozhodnutím č. j. 2R 11/05 – Hr ze dne 6.6.2005, dostupné na <http://www.compet.cz>). Co se týče kritérií finanční a ekonomické způsobilosti zadavatel nesmí s ohledem na ust. § 30 odst. 3 zákona volit taková kvalifikační kritéria, která zejména neodpovídají charakteru veřejné zakázky, nevztahují se k předmětu veřejné zakázky nebo jdou nad rámec zákona, popř. odporují zákazu diskriminace.

Dále orgán dohledu uvádí, že z hlediska posouzení oprávněnosti stanovení minimálního obratu je rozhodná souvislost s předmětem šetřené veřejné zakázky (viz § 30 odst. 3 zákona), zejména s jeho charakterem, výší plnění a dlouhodobou délkou závazku. Minimálním obratem zadavatel tedy stanoví předpokládanou „velikost firmy,“ která bude

provádět požadovanou službu, dodávku nebo práce, avšak musí tak učinit s ohledem na rozsah činnosti stanovený předmětem veřejné zakázky. Zadavatelem zvolený minimální obrat potom snižuje pravděpodobnost, že by k realizaci díla byl vybrán subjekt jehož finanční situace je do značné míry závislá na realizaci předmětné veřejné zakázky.

V šetřeném případě zadavatel požadoval minimální roční obrat ve výši 300 mil. Kč, tj. téměř 27 krát vyšší než je roční hodnota veřejné zakázky. Předmětem zakázky je přitom stručně řečeno služba spočívající v outsourcingu některých činností v oblasti zajišťování provozu informačních technologií v instituci zadavatele (Magistrát Statutárního města Zlín) na dobu čtyř let, spojená rovněž s dodávkami určitých hardware komponent. Argumenty zadavatele směřují zejména k tomu, že hodlal v zadávacím řízení získat ekonomicky silného a stabilního partnera, u něhož nemá hrozit zánik nebo ekonomické potíže, které by bránily v plnění předmětné veřejné zakázky. Dále zadavatel uvedl, že má zájem na co nejplynulejším plnění, proto chtěl volit mezi natolik stabilními subjekty, které by nebyly závislé jen na realizaci zakázky pro zadavatele, přičemž rovněž upozorňuje, že na plnění zakázky je závislý. Orgán dohledu uvádí, že svým charakterem se jedná o relativně rozsáhlé služby a dodávky dlouhodobějšího charakteru, které jsou podstatné pro zajišťování samotné činnosti zadavatele. Z tohoto hlediska je tedy namístě, aby zadavatel stanovil vyšší než „běžné“ nároky na ekonomickou stabilitu uchazečů o zakázku, neboť přerušení poskytování plnění by jistě mohlo mít negativní dopady na činnost zadavatele (města). Zároveň však nelze připustit takové nastavení výše obratu, které by mělo za následek diskriminaci dodavatelů s nižším obratem, kteří však jsou z tohoto pohledu schopni rovnocenně splnit předmět plnění (jsou dostatečně ekonomicky silní). Jinými slovy platí zásada přiměřenosti k charakteru předmětu veřejné zakázky. Orgán dohledu dále uvádí, že na daném trhu (dodávky a služby v oblasti informačních technologií) existuje v současnosti celá řada subjektů, které do zajista svoji činnost do jisté míry diverzifikují. Nelze tedy předpokládat, že by veškerý svůj obrat realizovali z jediné zakázky, od jediného zákazníka. Například tedy v hypotetickém případě subjektu s ročním obratem na nižší úrovni než je roční velikost šetřené zakázky tedy zřejmě bude platit, že v případě získání zakázky bude taková společnost vzhledem ke své velikosti (objemu produkce nebo realizovaných obchodů) pravděpodobně nucena přesunout těžiště své činnosti na realizaci zakázky získané od zadavatele. Není pak možné vyloučit, že v případě následné ztráty jiných zákazníků (tedy jiných zdrojů příjmu, obratu) v průběhu trvání smluvního vztahu se zadavatelem by se taková společnost mohla stát víceméně závislou na zakázce od zadavatele a eventuálně, v závislosti na konkrétních obchodních podmínkách, by mohla rovněž ztrácet schopnost zakázku řádně plnit. Návazně na tyto úvahy lze však konstatovat, že s ohledem na předmět šetřené veřejné zakázky neexistuje žádný rozdíl v „dostatečnosti“ ekonomické síly dodavatele majícího 27 násobný obrat k velikosti zakázky a dodavatele majícího obrat například 10 násobný. Oproti prvně uváděnému hypotetickému dodavateli, u něhož je relativně vysoké riziko nesplnění zakázky z důvodu „velikosti firmy,“ orgán dohledu neshledal rozdíl v míře rizika u dodavatele s obratem například 10 či 27 násobným, a to z následujících důvodů. S ohledem na úroveň ekonomické aktivity posledně zmíněných dvou dodavatelů a diverzifikace jejich aktivit existuje totožná míra rizika (nízká), že díky nedostatečné velikosti firmy nebudou schopni zakázku dokončit. Lze tak uzavřít, že požadavek zadavatele na téměř 27 násobnou výši obratu vůči hodnotě veřejné zakázky je zjevně nepřiměřený předmětu veřejné zakázky a diskriminuje ostatní dodavatele na trhu, kteří jsou vzhledem ke svému předmětu činnosti a velikosti firmy (výši obratu) způsobilí předmět veřejné zakázky splnit.

Co se týče argumentace zadavatele k výkladu pojmu diskriminace a jeho odkazu na druhostupňové rozhodnutí č. j. R092/2006/02-19480/2006/300-Šp uvádí orgán dohledu

následující. Pojem diskriminace je nezbytné vykládat v širších souvislostech a přihlídnout rovněž k zakázané skryté formě diskriminace, jak ji vymezila rozhodovací praxe podaná například Krajským soudem v Brně v rozsudku ze dne 11.10.2007, č. j. 62 Ca 9/2007, v němž soud uvedl, že za skrytou formu nepřipustné diskriminace je třeba považovat i takový postup, pokud zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových kvalifikačních předpokladů, kdy požadovaná úroveň způsobilosti je zjevně nepřiměřená ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky.

Orgán dohledu konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 25 odst. 1 cit. zákona, neboť při vymezení úrovně finanční a ekonomické způsobilosti uchazečů – obratu, nedodržel zásadu zákazu diskriminace.

#### K uložení pokuty a zákazu plnění ze smlouvy

Podle § 102 odst. 1 zákona se právnická osoba nebo fyzická osoba, která je zadavatelem, dopustí správního deliktu mj. tím, že nedodržel postup stanovený v § 48 odst. 1 zákona, neboť v zadávací dokumentaci nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky

- a) nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro přidělení veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit hodnocení nabídek,
- b) uzavře smlouvu (§§ 65 a 66) s uchazečem vybraným postupem podle písmene a).

V případě předmětné veřejné zakázky se zadavatel správního deliktu dopustil tím, že uzavřel smlouvu s uchazečem, přičemž nedodržel postup stanovený v § 48 odst. 1 zákona, neboť nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, dále porušil zákaz stanovený v § 48 odst. 6 v návaznosti na § 49 odst. 2 zákona, neboť aniž by to bylo odůvodněno předmětem veřejné zakázky odkazoval v zadávací dokumentaci na specifická označení výrobků, které platí pro určitého podnikatele za příznačné, čímž byla určitým dodavatelům zaručena konkurenční výhoda, a rovněž nedodržel postup stanovený v § 30 odst. 3 zákona, neboť neomezil rozsah požadovaných informací o kvalifikaci dodavatelů na informace bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky.

Orgán dohledu dále konstatuje, že postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit hodnocení nabídek. Pokud by se totiž zadavatel nedopustil výše popsání porušení zákona nelze vyloučit, že by podali nabídku i další dodavatelé, kteří mohli nabídnout výhodnější podmínky realizace veřejné zakázky. Jelikož zadavatel uzavřel smlouvu a nedodržel postup stanovený zákonem pro přidělení veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit hodnocení nabídek, naplnil tak skutkovou podstatu správního deliktu podle ust. § 102 odst. 1 písm. b) zákona.

Vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele orgán dohledu uložil zadavateli pokutu, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

Před uložení pokuty orgán dohledu rovněž ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 105 odst. 3 zákona ve znění pozdějších předpisů a to, že řízení o uložení pokuty za protiprávní jednání lze zahájit do 5 let ode dne, kdy bylo spácháno. V daném případě došlo k protiprávnímu jednání zadavatele již zahájením zadávání, přičemž oznámení zadávacího řízení bylo uveřejněno dne 14.4.2006 a předmětná lhůta je tak zachována.

Podle § 102 odst. 2 písm. a) zákona ve znění pozdějších předpisů se za správní delikty podle odstavce 1 právnické osobě, která je zadavatelem, uloží pokuta do výše 5 % ceny zakázky, jde-li o správní delikt podle písmene a), b) nebo d) cit. ustanovení zákona. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu, za které může být zadavateli uložena pokuta, činí podle uzavřených smluv celkem 40 314 799,-Kč. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny zakázky) tedy činí 2 015 739,95 Kč.

Podle § 105 odst. 1 zákona ve znění pozdějších předpisů orgán dohledu v rámci správního uvážení ohledně výše pokuty přihlédne ke stupni závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Z hlediska přiměřenosti sankce vzal orgán dohledu v úvahu zejména tu skutečnost, že postupem zadavatele došlo k omezení konkurence a diskriminaci potenciálních dodavatelů o zakázku, která je z hlediska velikosti a charakteru organizace zadavatele poměrně významnou. Postup zadavatele má tak zvláště škodlivé následky. Nebylo možné pominout ani skutečnost, že za nesprávné vymezení předmětu stejné zakázky v minulosti byl již zadavatel za účinnosti zákona č. 199/1994 Sb. sankcionován (viz výše). Orgán dohledu však při ukládání pokuty zohlednil i komplikovanost předmětu, kombinace dlouhodobého poskytování daných služeb a opakovaných dodávek. Při uvážení o výši pokuty zohlednil ve prospěch zadavatele rovněž uložení zákazu plnění ze smluv zamezující pokračování realizaci zakázky zadané v rozporu se zákonem.

Podle § 102 odst. 2 zákona, jestliže orgán dohledu shledá po uzavření smlouvy, že zadavatel úkonem učiněným při zadávání veřejné zakázky nesplnil povinnost nebo porušil zákaz stanovený tímto zákonem a tento úkon zadavatele podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek, může orgán dohledu písemným rozhodnutím vyslovit zákaz plnění této smlouvy a ve společném řízení uložit zadavateli pokutu za správní delikt podle § 102 zákona.

Jak je uvedeno výše orgán dohledu shledal v postupu zadavatele porušení zákona splňující podmínky stanovené v § 102 odst. 2 zákona a přistoupil vyjma uložení sankce také k vyslovení zákazu plnění z uzavřených „rámcových“ smluv, a to z toho důvodu, že veřejná zakázka není zrealizována, neboť plnění probíhá postupně. Plnění z nezákonně uzavřených „rámcových“ smluv je tak možné zastavit. K ukončení plnění orgán dohledu přitom zadavateli stanovil lhůtu osmi měsíců, aby mohl zajistit další provádění předmětu plnění, a to buď sám nebo s pomocí dodavatele vybraného v souladu se zákonem o veřejných zakázkách.

Orgán dohledu posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty a zákazu plnění z uzavřených smluv.

#### K uložení nákladů řízení

Pokud jde o uložení úhrady nákladů řízení orgán dohledu konstatuje, že podle § 79 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., správní orgán uloží účastníkovi, který řízení vyvolal porušením své právní povinnosti, nahradit náklady řízení paušální částkou. Prováděcí právní předpis vyhláška č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení (dále jen „vyhláška“), stanoví paušální částku nákladů řízení podle § 6 odst. 1 vyhlášky ve výši 1000 Kč. V ustanovení § 6 odst. 2 vyhláška dále upravuje možnost

zvýšení paušální částky nákladů řízení ve zvláště složitých případech a případech přibrání znalce.

Vzhledem k tomu, že zadavatel vyvolal správní řízení porušením svých právních povinností (viz výše), rozhodl orgán dohledu o uložení povinnosti uhradit náklady řízení ve výši podle § 6 odst. 1 vyhlášky, jak je uvedeno ve třetí části výroku tohoto rozhodnutí.

Pro úplnost orgán dohledu uvádí, že podle § 158 odst. 1 a 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 110/2007 Sb., se zadávání veřejných zakázek, veřejné soutěže o návrh, řízení o přezkoumání úkonů zadavatele Úřadem a řízení o uložení sankce zahájené přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona dokončí podle dosavadních právních předpisů. Obdobně se postupuje i v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele a v řízení o uložení sankce, která byla zahájena po nabytí účinnosti tohoto zákona a která na zadávání veřejných zakázek nebo veřejnou soutěž o návrh podle odstavce 1 navazují.

### **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, 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. Jindřiška Koblihová  
II. místopředsedkyně ÚOHS  
pověřená řízením sekce veřejných zakázek

### **Obdrží:**

JUDr. Milan Zápotočný, advokát, sídlem AK Telčská 7, 586 01 00 Jihlava

IMPROMAT-COMPUTER s. r. o., Tř. T. Bati 5267, 762 02 Zlín

### **Na vědomí:**

Statutární město Zlín, nám. Míru 12, 761 40 Zlín

**Vypraveno dne:** viz otisk razítka na poštovní obálce