



UOHSX001K5FZ

## PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R47/2009/VZ-1114/2010/310/JSI

V Brně dne: 1. února 2010

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 10.4.2009 zadavatelem

- Statutárním městem Plzeň - městský obvod Plzeň 1, IČ 0075370, se sídlem Alej Svobody 822/60, 323 00 Plzeň, zast. Jiřím Uhlíkem, starostou,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 27.3.2009 č.j. ÚOHS-S20/09/VZ-2812/2009/510/KČe, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele Statutárního města Plzeň - městského obvodu Plzeň 1, IČ 00075370, se sídlem Alej Svobody 822/60, 323 00 Plzeň, učiněných při zadávání veřejné zakázky "Stavební úpravy 90. MŠ v Plzni, Západní ul. č. or. 7 Plzeň" zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zahájeném odesláním písemné výzvy k podání nabídky ze dne 21.1.2009 pěti zájemcům, na základě jehož výsledků zadavatel uzavřel dne 13.6.2008 smlouvu o dílo č. 05014032008 s vybraným uchazečem - společností Václav Klaus - STAVOS, s.r.o., IČ 27960919, se sídlem Zruč-Senec 375, 330 08 Zruč-Senec, ve kterém je dalším účastníkem správního řízení

- Vybraný uchazeč - společnost Václav Klaus - STAVOS, s.r.o., IČ 27960919, se sídlem Zruč-Senec 375, 330 08 Zruč-Senec, za niž jedná Václav Klaus, jednatel,

jsem podle ust. § 152 odst. 5 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů, s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jmenované podle ust. § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

**I.**

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 27.3.2009 č.j. ÚOHS-S20/09/VZ-2812/2009/510/KČe ve výroku I.

**p o t v r z u j i**

a podaný rozklad v této části

**z a m í t á m.**

**II.**

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 27.3.2009 č.j. ÚOHS-S20/09/VZ-2812/2009/510/KČe ve výroku II.

**m ě n í m**

takto:

Za spáchání tohoto správního deliktu se zadavateli 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 **1 000,- Kč** (jeden tisíc korun českých), která je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu Brno, zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol 00075370.

## **ODŮVODNĚNÍ**

### **I. Zadávací řízení a řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže**

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel podnět k přezkoumání postupu zadavatele - statutárního města Plzeň - městský obvod Plzeň 1, IČ 075370, se sídlem Alej Svobody 822/60, 323 00 Plzeň, zastoupeného Jiřím Uhlíkem, starostou (dále jen „zadavatel“), ve věci veřejné zakázky „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 obdrženého podnětu si Úřad vyžádal příslušnou dokumentaci, a protože po jejím přezkoumání získal pochybnosti o správnosti úkonů zadavatele učiněných při zadání předmětné veřejné zakázky,

zahájil ve věci správní řízení z moci úřední, ve kterém jako účastníky správního řízení označil zadavatele a vybraného uchazeče - společnost Václav Klaus - STAVOS, s. r. o., IČ 27960919, se sídlem Zruč - Senec 375, 330 08 Zruč - Senec, za niž jedná Václav Klaus, jednatel (dále jen „vybraný uchazeč“).

2. Úřad z předložené dokumentace zjistil, že zadavatel v zadávací dokumentaci použil ke specifikaci části předmětu veřejné zakázky odkazy na označení výrobků nebo materiálů, která jsou pro určité osoby příznačné. 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 pak dále zjistil, že součástí výkazu výměr, na který zadávací dokumentace odkazuje za účelem přesného popisu a požadavků na předmět veřejné zakázky, a který tvořil přílohu č. 2 zadávací dokumentace, byly i položky obsahující odkazy na obchodní firmy, názvy a specifická označení zboží, resp. ochranné známky.

## **II. Napadené rozhodnutí**

3. Po posouzení všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 27.3.2009 rozhodnutí č.j. S20/09-2812/2009/510/KČe, kterým rozhodl, že zadavatel se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že porušil zákaz stanovený v § 44 odst. 9 zákona, 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. Za spáchání tohoto správního deliktu Úřad uložil zadavateli pokutu ve výši 50 000,- Kč.
4. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že v daném případě nebylo použití specifikace názvů nebo odkazů na konkrétní výrobky a materiály v zadávací dokumentaci odůvodněno předmětem veřejné zakázky, jak požaduje ustanovení § 44 odst. 9 zákona; zadavatel takový důvod nikde v dokumentaci ani později ve správním řízení neuvedl ani nedoložil. Úřad konstatoval, že jednotlivé části stavby specifikované v zadávací dokumentaci pomocí položek označených odkazy nebo názvy představují běžné stavební dodávky a materiály, které jsou technicky popsitelné způsobem uvedeným v § 45 a § 46 zákona. Tyto dodávky a materiály lze popsat požadovanými technickými charakteristikami natolik jednoznačně, že zde nebyl důvod pro jejich specifikaci pomocí názvů konkrétních produktů. Zadavatel tedy tím, že použil pro specifikaci jednotlivých položek názvy a odkazy porušil ustanovení § 44 odst. 9 zákona.
5. Úřad dále uvedl, že důsledkem výše popsaného pochybení zadavatele bylo, že zadavatel obdržel nabídky obsahující v části předmětu veřejné zakázky, která byla

vymezena odkazy nebo názvy, pouze jedno z možných plnění. Není přitom vyloučeno, že při nabídce obsahující jiná možná adekvátní plnění by zadavatel mohl dosáhnout výhodnější nabídkové ceny. Úřad dále rovněž zohlednil, že položky výkazu výměr specifikované názvy nebo odkazy tvořily z nabídky vybraného uchazeče cca 10% z celkového finančního objemu veřejné zakázky vyjádřeného nabídkovou cenou vybraného uchazeče a nejedná se tedy pouze o její marginální část. Úřad proto konstatoval, že postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nevhodnější nabídky.

### III. Námitky rozkladu

6. Dne 10.4.2009 podal zadavatel proti výše uvedenému rozhodnutí rozklad, ve kterém vyjadřuje nesouhlas se závěrem Úřadu, podle něhož se odkazy na specifické zboží v zadávací dokumentaci týkaly podstatné části předmětu veřejné zakázky. Ve vztahu ke skutečnosti, že položky výkazu výměr specifikované názvy nebo odkazy tvořily cca 10 % z celkového finančního objemu veřejné zakázky vyjádřeného nabídkovou cenou vybraného uchazeče zadavatel uvádí, že vybraný uchazeč během realizace stavby použil i jiné výrobky, než které byly uvedeny ve výkazu výměr, což podíl použitých materiálů, které byly označeny ve výkazu výměr, snižuje znatelně pod uvedených 10%. Dle názoru zadavatele přitom lze o podstatné části předmětu veřejné zakázky hovořit až v případě podílu mezi 30-50% finančního objemu veřejné zakázky.
7. Zadavatel dále v rozkladu namítá, že Úřad se v napadeném rozhodnutí dostatečně nevypořádal s otázkou, zda mohlo shledaným pochybením zadavatele dojít k podstatnému ovlivnění výběru nevhodnější nabídky. Zadavatel má za to, že Úřad toto ovlivnění označil za podstatné automaticky a následným uložením pokuty tak překročil meze správného uvážení. Zadavatel uvádí, že Úřad neprokázal, že postup zadavatele podstatně ovlivnil výběr nevhodnější nabídky a napadenému rozhodnutí vytýká, že závěry Úřadu v této otázce se pohybují v rovině domněnky, podle níž výběr nevhodnější nabídky mohl být podstatně ovlivněn.
8. Zadavatel dále odmítá, že jeho postup mohl, byť jen teoreticky, podstatně ovlivnit výběr nevhodnější nabídky a v této souvislosti uvádí, že v souladu se zadávací dokumentací měli uchazeči možnost ve svých nabídkách ocenit i jiné srovnatelné položky, než jaké zadavatel uvedl ve výkazu výměr, přičemž takovou nabídku by zadavatel nevyřadil. Naopak, jestliže by uchazeč v ocenění použil levnější materiály, než na které bylo odkazováno, mohl by tak předložit nejnižší nabídkovou cenu a stát se vítězným zhotovitelem. Zadavatel uvádí, že v částech obsahujících odkazy nebo názvy sice od uchazečů obdržel jedno z možných plnění, nicméně každý z uchazečů měl možnost uvést i jinou srovnatelnou levnější položku. Zadavatel se přitom domnívá, že i pokud by v zadávací dokumentaci žádný odkaz na specifické označení výrobku neuvedl, lze reálně předpokládat, že ve většině případů by místní firmy přesto zvolily stejné výrobky a materiály.
9. Dále se zadavatel v rozkladu ohrazuje proti výši uložené pokuty, kterou považuje za citelný zásah do svého rozpočtu, a to zejména v oblasti péče o mateřské školy. Uvádí, že již samotné řízení před Úřadem pro něj mělo preventivní účinek a již zavedl účinná opatření, aby ve výkazech výměr ani v zadávacích dokumentacích nebyly

uváděny odkazy na obchodní firmy nebo specifická označení zboží a služeb. Domnívá se proto, že v daném případě lze od uložení pokuty upustit nebo ji přiměřeně snížit, přičemž trestání pro zadavatele vysokou pokutou se dle jeho názoru jeví neúčelným.

10. Dále rovněž zadavatel uvádí, že svůj případ považuje za precedentní, neboť rozhodnutí Úřadu týkající se ustanovení § 44 odst. 9 zákona nebyla v době zahájení přípravy zadávacího řízení uveřejněna; zadavatel s ohledem na tuto skutečnost uvádí, že nemohl předjímat rozhodovací činnost Úřadu v této specifické otázce. Závěrem pak zadavatel uvádí, že je přesvědčen o správnosti zadávací dokumentace a poukazuje na skutečnost, že podnět k přezkoumání postupu zadavatele byl podán s jeho vědomím. Uvádí, že pokud na jeho straně došlo k pochybení, jednalo se o pochybení neúmyslné, bez záměru poškodit některého z uchazečů.
11. Závěrem rozkladu se zadavatel domáhá, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí změnil tak, že ve výroku č. I v části „v zadávací dokumentaci použil ke specifikaci podstatné části předmětu veřejné zakázky odkazy na specifické označení zboží“ bude vypuštěno slovo „podstatné“. Alternativně zadavatel požaduje zrušení celého výroku č. I, dospěje-li předseda Úřadu k závěru, že postupem zadavatele nemohlo být podstatně ovlivněno stanovení pořadí úspěšnosti nabídek, nebo zrušení celého napadeného rozhodnutí.
12. Zadavatel se dále domáhá, aby předseda Úřadu změnil napadené rozhodnutí tak, že výrok č. II bude nahrazen slovy „za spáchání tohoto správního deliktu se zadavateli Statutárnímú městu Plzeň - Městskému obvodu Plzeň 1 neukládá pokuta“ nebo slovy „za spáchání tohoto správního deliktu se zadavateli statutárnímú 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 1 000, Kč (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“. Alternativně zadavatel požaduje zrušení celého výroku č. II nebo zrušení celého napadeného rozhodnutí.

#### **IV. Řízení o rozkladu**

13. Vybraný uchazeč se k podanému rozkladu vyjádřil dopisem ze dne 22.4.2009, v němž uvádí, že setrvává na svém stanovisku obsaženém ve vyjádření ze dne 3.2.2009, které podal v rámci prvostupňového řízení. Uvádí, že zadávací dokumentace připouštěla použití jiných srovnatelných výrobků, než těch, které byly specificky označeny ve výkazu výměr, a dodává, že během realizace stavby tohoto postupu využil, když některé jiné technicky a kvalitativně srovnatelné výrobky použil. Dále vyjadřuje svůj souhlas s názorem zadavatele uvedeným v rozkladu, podle něhož odkazy na specifické označení zboží nezahrnovaly podstatnou část předmětu veřejné zakázky, a uvádí, že uvedení odkazů na konkrétní výrobky v zadávací dokumentaci mělo patrně za účel usnadnit uchazečům orientaci.
14. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) a

v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem v návaznosti na ust. § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.

15. Úřad tím, že výrokem I. napadeného rozhodnutí č.j. S20/09-2812/2009/510/KČe ze dne 27.3.2009 rozhodl, že zadavatel se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že porušil zákaz stanovený v § 44 odst. 9 zákona, 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, rozhodl správně a v souladu se zákonem.
16. S výší pokuty uložené zadavateli za spáchání správního deliktu jsem se však neztotožnil, tak jako jsem se neztotožnil ani s odůvodněním výše pokuty uložené napadeným rozhodnutím a proto jsem rozhodl o jeho změně. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem ke změně napadeného rozhodnutí přistoupil.

## **V. K námitkám rozkladu**

17. Zadavatel v podaném rozkladu vyjadřuje nesouhlas se závěrem Úřadu, podle něhož se v zadávací dokumentaci uvedené odkazy na specifické označení zboží, které platí pro určitou osobu za příznačné, týkaly podstatné části předmětu veřejné zakázky. Uvádí, že vybraný uchazeč během realizace stavby použil i jiné výrobky, než na které bylo odkázáno ve výkazu výměr, což podíl použitých materiálů, které byly ve výkazu výměr označeny, snižuje zdatelně pod 10% finančního objemu veřejné zakázky vyjádřeného nabídkovou cenou vybraného uchazeče. Dále vyjadřuje svůj názor, podle něhož lze o podstatné části předmětu veřejné zakázky hovořit až v případě podílu mezi 30-50% finančního objemu veřejné zakázky. K výše uvedeným námitkám zadavatele uvádím následující.
18. Předně je nutno odmítnout argument, podle něhož závěr Úřadu o specifikaci podstatné části předmětu veřejné zakázky není správný s ohledem na fakt, že vybraný uchazeč během realizace stavby použil i jiné výrobky, než které byly uvedeny ve výkazu výměr. Pro závěr Úřadu, podle něhož zadavatel použil v zadávací dokumentaci ke specifikaci podstatné části předmětu veřejné zakázky odkazy na specifické označení zboží, jsou relevantní skutečnosti, resp. odkazy a názvy, uvedené v zadávací dokumentaci. Skutečnost, zda při faktické realizaci veřejné zakázky byly konkrétní produkty, na něž bylo v zadávací dokumentaci odkazováno, skutečně použity či nikoli, pak nemůže mít relevanci pro závěry Úřadu ohledně porušení § 44 odst. 9 zákona, neboť toto ustanovení výslovně hovoří o odkazech uvedených v zadávací dokumentaci, nikoli o tom, zda zboží specifikované těmito odkazy je při realizaci předmětu veřejné zakázky také fakticky použito. Jak

potom vyplývá z nabídky vybraného uchazeče, byla zpracována tak, že dodávky a materiály vybraný uchazeč uvedl a ocenil v souladu s výkazem výměr koncipovaným zadavatelem, přičemž podíl položek specifikovaných ve výkazu výměr odkazy nebo názvy tvořil cca 10% z celkového finančního objemu veřejné zakázky vyjádřeného nabídkovou cenou vybraného uchazeče.

19. S ohledem na výše uvedené je tedy zřejmé, že argumentace skutečností, že posléze v průběhu realizace veřejné zakázky zaměnil vybraný uchazeč některé z dodávek a materiálů, na které bylo v zadávací dokumentaci odkázáno, za jiné srovnatelné produkty, je zcela irelevantní a nic nemění na závěru Úřadu, že zadavatel porušil ustanovení § 44 odst. 9 zákona, přičemž podíl položek specifikovaných odkazy nebo názvy dosahoval cca 10% celkového finančního objemu veřejné zakázky vyjádřeného nabídkovou cenou vybraného uchazeče.
20. V šetřeném případě Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že podíl cca 10% z celkového finančního objemu veřejné zakázky nelze hodnotit jako marginální a konstatoval, že tento podíl představuje podstatnou část předmětu veřejné zakázky. S uvedeným závěrem Úřadu se z níže rozebraných důvodů ztotožňuji a uvádím, že Úřad k tomuto závěru dospěl s ohledem na konkrétní okolnosti šetřeného případu.
21. K argumentu zadavatele stran otázky, zda mohlo shledaným pochybením zadavatele dojít k podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky konstatuji, že se zcela ztotožňuji se závěrem Úřadu, podle něhož zadavatel v zadávací dokumentaci použil odkaz na specifická označení zboží, která platí pro určitou osobu za příznačné, aniž to bylo odůvodněno předmětem veřejné zakázky, a dopustil se tak porušení § 44 odst. 9 zákona a v této části se ztotožňuji rovněž i s odůvodněním napadeného rozhodnutí. Předmět veřejné zakázky v šetřeném případě nebyl natolik specifický, aby jej nebylo možné dostatečně přesně a srozumitelně popsat pomocí technických specifikací ve smyslu § 45 a § 46 zákona, přičemž zadavatel ani v zadávací dokumentaci ani v průběhu řízení před Úřadem neuvedl důvod, který by použití odkazu na specifické označení zboží, které platí pro určitou osobu za příznačné, ospravedlňoval. Skutečnost, že zadavatel v zadávací dokumentaci umožnil použití i jiných obdobných řešení, pak je v této souvislosti zcela irelevantní, neboť tato povinnost zadavatele je v souladu s dikcí ustanovení § 44 odst. 9 vázána pouze na situaci, kdy by popis předmětu veřejné zakázky provedený dle § 45 a 46 zákona nebyl dostatečně přesný a srozumitelný a k podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky tedy mohlo dojít.
22. Ve vztahu k naplnění podmínky, že výše uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, dále uvádím následující. Úřad v šetřeném případě akcentoval možnost tzv. ohrožovacího jednání, k jehož dovršení postačuje pouhé nenaplnění zájmu chráněného zákonem v § 44 odst. 9 spočívajícího v zákazu diskriminace určitých dodavatelů či způsobů řešení veřejné zakázky. Je nutno zdůraznit, že zákon označuje za správní delikt nejen jednání, které prokazatelně ovlivnilo výběr nejvhodnější nabídky, ale i takové jednání, které pouze mělo potenciál tento výběr ovlivnit, aniž nutně k tomuto ovlivnění prokazatelně došlo. Tato zákonná konstrukce tedy v sobě zahrnuje prvek jisté pravděpodobnosti, přičemž úvaha Úřadu nad případnými následky, které mohl postup zadavatele teoreticky způsobit, je

legální součástí správního uvážení Úřadu a pojmovou součástí skutkové podstaty spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Námitku zadavatele, podle níž se závěry Úřadu v této otázce pohybují pouze v rovině domněnky a Úřad přitom při posouzení pouhé existence ohrožení chráněného zájmu překročil meze správního uvážení, je proto nutno odmítnout.

23. Skutečnost, že zadavatel v rozporu s § 44 odst. 9 použil v zadávací dokumentaci odkazy na specifická označení zboží, měla - bez ohledu na to, že zadavatel v zadávací dokumentaci umožnil také navržení jiných, technicky a kvalitativně srovnatelných řešení - za následek, že uchazeči byli „navedeni“ ke zpracování svých nabídek za použití zboží, na které zadavatel ve výkazu výměr odkázal. O této skutečnosti svědčí i fakt, že všichni uchazeči ve svých nabídkách navrhli v části předmětu veřejné zakázky, která byla v zadávací dokumentaci vymezena odkazy a názvy, totožné řešení, které odpovídalo odkazům použitým zadavatelem v zadávací dokumentaci. Konstatování zadavatele, podle něhož lze předpokládat, že i kdyby v zadávací dokumentaci žádný odkaz uveden nebyl, ve většině případů by uchazeči přesto zvolili stejné řešení, pak představuje pouhou spekulaci, kterou je nutno odmítnout. Skutečnost, že všichni uchazeči zpracovali své nabídky v dané části předmětu veřejné zakázky totožně a v souladu s odkazy použitými zadavatelem ve výkazu výměr, svědčí naopak o tom, že uchazeči byli zadávací dokumentací v tomto směru ovlivněni.
24. Není možné vyloučit, že pokud by v zadávací dokumentaci žádné odkazy použity nebyly, některý z uchazečů by navrhl řešení s pomocí jiných výrobků než těch, na které bylo v zadávací dokumentaci odkázáno. Tomuto závěru nasvědčuje také skutečnost, že vybraný uchazeč při faktické realizaci veřejné zakázky některé z těchto výrobků skutečně jinými obdobnými produkty nahradil. V daném případě přitom zadavatel zvolil jako základní hodnotící kritérium nejnižší nabídkovou cenu a o výběru nejvhodnější nabídky proto mohl rozhodovat i minimální cenový rozdíl v nabídkách. Vzhledem k tomu, že nelze vyloučit, že pokud by v zadávací dokumentaci žádné odkazy použity nebyly, některý z uchazečů by ve své nabídce navrhl řešení s pomocí jiných, resp. levnějších, výrobků než těch, na které zadavatel uvedl v zadávací dokumentaci odkaz, nelze rovněž vyloučit, že by takto zpracovaná nabídka mohla obsahovat pro zadavatele výhodnější nabídkovou cenu, než jaké vyplynuly z nabídek zpracovaných v předmětné části předmětu plnění pouze v omezeném spektru z celkové nabídky všech materiálů a dodávek, které poskytuje trh.
25. S ohledem na výše uvedené proto - ve spojení s faktem, že podíl položek specifikovaných ve výkazu výměr odkazy nebo názvy tvořil cca 10% z celkového finančního objemu veřejné zakázky vyjádřené nabídkovou cenou vybraného uchazeče, a rovněž ve spojení se skutečností, že o výběru nejvhodnější nabídky mohl v šetřeném případě rozhodovat i minimální cenový rozdíl v nabídkách - uzavírám, že postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. V šetřeném případě tedy byly naplněny všechny pojmové znaky skutkové podstaty správního deliktu ve smyslu § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
26. Zadavatel se dále v podaném rozkladu ohrazuje proti výši uložené pokuty, kterou považuje za citelný zásah do svého rozpočtu, a to zejména v oblasti péče o mateřské



školky. Uvádí, že již samotné řízení před Úřadem pro něj mělo preventivní účinek a domnívá se proto, že v daném případě lze od uložení pokuty upustit nebo ji přiměřeně snížit. K této otázce uvádím následující.

27. Úřad se v napadeném rozhodnutí v rámci odůvodnění výše uložené pokuty zabýval spolu s dalšími souvislostmi rovněž skutečností, zda je výše uložené pokuty přiměřená možnostem zadavatele s ohledem na jeho rozpočtovou situaci. Dospěl přitom k závěru, že pokuta ve výši 50 000,- Kč nepředstavuje pro zadavatele částku, která by mohla mít citelný či dokonce likvidační dopad na rozpočtovou situaci zadavatele. S tímto závěrem Úřadu se v plné míře neztotožňuji, neboť při zvažování výše uložené pokuty považuji za nutné přihlédnout i k polehčujícím okolnostem, jimiž jsou v daném případě skutečnosti svědčící ve prospěch delikventa, a které jsou rovněž součástí rozkladových námitek. V projednávané veřejné zakázce jde zejména o posouzení ekonomické situace zadavatele ve sféře předmětu veřejné zakázky, kterou je péče o mateřské školy prostřednictvím jejich oprav a modernizací. K tomu Úřad v napadeném rozhodnutí uvádí, že dle schváleného rozpočtu zadavatele pro rok 2009 dosahuje celkový roční objem příjmů zadavatele částky 139 269 000,- Kč a celkový objem výdajů částky 148 365 000,- Kč, z čehož výdaje do mateřských škol činí 7 985 000,- Kč. S přihlédnutím k ceně šetřené zakázky pak konstatuji, že lze souhlasit s argumentem zadavatele, neboť míra prostředků, které má zadavatel vyhrazeny na péči o mateřské školy je omezená a uložena pokuta by v daném případě představovala citelný zásah do jeho rozpočtu.
28. Za další okolnost polehčující a svědčící v daném případě ve prospěch zadavatele považují rovněž fakt, že v době vytváření zadávací dokumentace k šetřené veřejné zakázce nebyla problematika zákazu stanoveného v § 44 odst. 9 zákona předmětem žádného správního řízení vedeného Úřadem a zadavatel tak nemohl znát žádné stanovisko Úřadu obsažené v pravomocném rozhodnutí, ze kterého by mohl zhodnotit vlastní postup při zadání předmětné zakázky. Obdobně i odborná literatura dostupná k projednávané problematice hovoří nejednoznačně a například v soudobém komentáři k zákonu se k ust. § 44 odst. 9 podává, že "praxe zejména v případě zakázek na stavební práce, kde předmět zakázky sestává ze stovek či tisíců dílčích položek, ukazuje problematičnost a náročnost dodržení základního požadavku odstavce 9, a proto se zejména v těchto případech připouští alternativní řešení uvedením konkrétního výrobku za podmínky, že bude výslovně připuštěno použití ekvivalentního řešení."<sup>1</sup> Fakt, že tomuto citovanému požadavku bylo v případě šetřené zakázky vyhověno, jsem tedy zohlednil i při svých úvahách o námitkách rozkladu, tedy i o výši uložené pokuty.
29. S odkazem na nález Ústavního soudu uveřejněný ve Sbírce zákonů, částka 405/2002 Sb. pak uvádím, že v tomto případě lze se současným zohledněním požadavku ust. § 121 odst. 2 zákona vyhovět alternativnímu petitu rozkladu zadavatele a napadené rozhodnutí změnit, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí. S ohledem na výše uvedené však neshledávám důvod k úplnému upuštění od uložení pokuty, neboť ke spáchání správního deliktu zadavatelem skutečně došlo, nýbrž v souladu s návrhem obsaženým v rozkladu jsem přistoupil

<sup>1</sup> Neruda R., Raus D. *Zákon o veřejných zakázkách – komentář*. Linde 2007, s. 350

pouze k jejímu snížení. Pro úplnost uvádím, že skutečnost, že zadavatel dle svého tvrzení již zavedl účinná opatření, aby v zadávací dokumentaci nebyly uváděny odkazy na konkrétní firmy či zboží, pouze nasvědčuje tomu, že větší část preventivní funkce uložené pokuty byla v daném případě naplněna; v žádném případě však nepředstavuje důvod pro úplné upuštění od jejího uložení.

30. Uzavírám tedy, že Úřad postupoval správně, když rozhodl, že zadavatel se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že porušil zákaz stanovený v § 44 odst. 9 zákona, 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.
31. Využil jsem své pravomoci a posoudil jsem znovu výši uložené pokuty. Proto jsem z důvodů výše uvedených v této části plně vyhověl rozkladu a ve výroku II. napadeného rozhodnutí přistoupil k jeho změně.

#### **VI. Závěr**

32. Po zvážení všech aspektů dané věci a přes zjištění, že Úřad postupoval při právním posouzení věci v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
33. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem shledal důvody pro změnu napadeného rozhodnutí, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

### **POUČENÍ**

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 správního řádu dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
předseda  
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

#### **Obdrží:**

1. Statutární město Plzeň - městský obvod Plzeň 1, Alej Svobody 822/60, 323 00 Plzeň
2. Václav Klaus - STAVOS, s. r. o., Zruč-Senec 375, 330 08 Zruč-Senec

#### **Vypraveno dne:**

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