UOHSX001MAN6

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R152/2009/VZ-3129/2010/310/EKu V Brně dne: 11. března 2010

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 22.10.2009 zadavatelem

- Znojemskou Besedou, příspěvkovou organizací, IČ 00092720, se sídlem Masarykovo nám. 22, 669 01 Znojmo, jejímž jménem jedná Oto Mašek, pověřený řízením,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S178/2009/VZ-12793/2009/510/MCh ze dne 6.10.2009 ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Znojemské Besedy, příspěvkové organizace, IČ 00092720, se sídlem Masarykovo nám. 22, 669 01 Znojmo, učiněných při zadávání veřejné zakázky „Historický průvod a historická scéna, historická tržiště a rytířské turnaje na akci Znojemské historické vinobraní 2009“, která byla zadávána jako veřejná zakázka malého rozsahu, kdy výzva k podání nabídek byla vyvěšena na úřední desce Městského úřadu města Znojma od 11.2.2009 do 3.3.2009, ve kterém je dalším účastníkem vybraný uchazeč

- společnost KOFROŇ PRODUCTION & ADVERTISING s. r. o., IČ 26921286, se sídlem Fischerova 770/12, 669 02 Znojmo, za niž jedná Petr Kofroň, jednatel,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S178/2009/VZ-12793/2009/510/MCh ze dne 6. 10. 2009

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Znojemská Beseda, příspěvková organizace, IČ 00092720, se sídlem Masarykovo nám. 22, 669 01 Znojmo (dále jen „zadavatel“), podal výzvu k podání nabídky ve veřejné zakázce malého rozsahu „Historický průvod a historická scéna, historická tržiště a rytířské turnaje na akci Znojemské historické vinobraní 2009“ (dále jen „Znojemské historické vinobraní 2009“), kdy zadávací podmínky byly vyvěšeny na úřední desce Městského úřadu města Znojma od 11.2.2009 do 3.3.2009.

2. Zadavatel obdržel ve lhůtě pro podání nabídek dvě nabídky, kdy jako nejvhodnější nabídku posoudil dne 9.3.2009 nabídku společnosti KOFROŇ PRODUCTION & ADVERTISING s. r. o., IČ 26921286, se sídlem Fischerova 770/12, 669 02 Znojmo (dále jen „vybraný uchazeč“). S tímto vybraným uchazečem uzavřel zadavatel dne 16.6.2009 celkem tři smlouvy, korespondující třem bodům výzvy k podání nabídek. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) následně obdržel podnět k přezkoumání postupu zadavatele. Na základě obdrženého podnětu si Úřad vyžádal dokumentaci, ze které získal pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem a proto zahájil z moci úřední řízení ve věci podezření ze spáchání správního deliktu zadavatelem.

3. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dne 14.7.2009 dopisem č.j. ÚOHS-S178/2009/VZ-8750/2009/510/MCh. Usnesením č. j. ÚOHS-S178/2009/VZ-8751/2009/510/MCh ze dne 14.7.2009 stanovil Úřad účastníkům řízení lhůtu, v níž mohli v řízení vyjádřit své stanovisko. Oznámení o zahájení správního řízení bylo prvnímu účastníku doručeno dne 15.7.2009 a tímto dnem bylo tedy správní řízení zahájeno.

II. Napadené rozhodnutí

4. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 6.10.2009 rozhodnutí č.j. ÚHOS-S178/2009/VZ-12793/2009/510/MCh, kterým rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“) tím, že před

uzavřením smluv ze dne 16.6.2009 o zabezpečení kulturního programu na akci Znojemské historické vinobraní 2009 nedodržel postup stanovený v § 21 zákona o veřejných zakázkách a předmětnou veřejnou zakázku nezadal v zadávacím řízení, nýbrž mimo režim zákona formou veřejné zakázky malého rozsahu, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Za tento správní delikt uložil Úřad zadavateli pokutu ve výši 50.000 Kč.

5. Úřad předně v odůvodnění napadeného rozhodnutí citoval příslušná ustanovení zákona a poté uvedl, že v šetřeném případě nelze souhlasit s tvrzením zadavatele, že se jednalo o tři samostatné zakázky malého rozsahu s naprosto odlišným předmětem plnění. Zda se jedná o jednu zakázku rozdělenou na části či několik samostatných zakázek s odlišným předmětem plnění, je přitom třeba posuzovat dle kritéria věcné, místní a časové souvislosti. Úřad v odůvodnění rozhodnutí uvádí, že se v daném případě jedná o zajištění kulturního programu na akci Znojemské historické vinobraní 2009 s tím, že jeho jednotlivé části spolu souvisejí místně, časově, ale i věcně, vzájemně se prolínají a na sebe přímo navazují. Přitom závěr o vzájemné nesouvislosti zakázek, který se snaží prokázat zadavatel, nelze vyvodit ani z obsahu výzvy zadavatele k podání nabídek.

6. Celková odměna za všechny poptávané služby v rámci této veřejné zakázky, resp. tří zakázek, činí podle uzavřených smluv 2 814 522 Kč bez DPH. Úřad tedy neakceptoval stanovisko zadavatele, že se jednalo o tři samostatné zakázky malého rozsahu, kdy hodnota žádné nepřesáhla limitní částku 2 000 000 Kč.

7. Z podstatných skutečností dále Úřad v odůvodnění svého rozhodnutí uvádí, že pokud hodlá zadavatel rozdělit předmět veřejné zakázky a její části zadávat samostatně, musí respektovat omezující opatření uvedené v ust. § 13 odst. 3 zákona tak, že rozdělením předmětu veřejné zakázky nesmí předpokládaná hodnota poklesnout pod zákonné limity stanovené v § 12 zákona, neboť se tak zadavatelé nesmějí vyhýbat stanoveným zákonným postupům a zákon takto obcházet. Při stanovení hodnoty veřejné zakázky musí zadavatel vycházet z celého předmětu a rozsahu veřejné zakázky a do předpokládané hodnoty veřejné zakázky započíst cenu za veškeré práce, služby a dodávky, které zadavateli uchazeč poskytne.

8. K otázce pokuty Úřad uvedl, že se v daném případě jednalo o spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, přičemž postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a uzavřel smlouvu s uchazečem dle § 82 zákona. Konkrétně se zadavatel dopustil správního deliktu tím, že nedodržel postup stanovený v § 21 zákona a předmětnou veřejnou zakázku zadal jako několik veřejných zakázek malého rozsahu. Skutečnost, že postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky je dána tím, že nelze v žádném případě vyloučit, že zadavatel mohl obdržet i nabídky od dalších dodavatelů, kteří by mu mohli nabídnout výhodnější plnění než vybraný uchazeč. Úřad dále konstatuje, že byla dodržena i subjektivní a objektivní lhůta stanovená zákonem pro možnost postihu zadavatele. Za správní delikt, jehož se v daném případě zadavatel dopustil lze ve správním řízení uložit pokutu až do 5% ceny zakázky nebo 10 000 000 Kč, přičemž cena veřejné zakázky, která je předmětem tohoto řízení dosáhla částky 3.349.281 Kč vč. DPH, horní hranice tedy činí 167 464 Kč. Při stanovení výše pokuty

vzal Úřad v úvahu zejména stupeň závažnosti správního deliktu, způsob jeho spáchání, následky i okolnosti, za nichž byl spáchán. Zadavateli tak bylo přičteno k dobru, že zcela nevyloučil soutěž a neprovedl výběr uchazeče bez jakéhokoli výběrového řízení. Dále bylo třeba přihlédnout i k ekonomické situaci zadavatele, kdy bylo ověřeno, že zadavatel obdržel z rozpočtu města Znojma neinvestiční příspěvek ve výši 12 000 000 Kč, částku 50 000 Kč tedy rozhodně nelze kvalifikovat jako likvidační.

9. Závěrem rozhodnutí bylo shrnuto, že odpovědnost zadavatele za správní delikt byla nepochybně prokázána, smlouvy s vybraným uchazečem byly již uzavřeny, nelze tedy již dosáhnout nápravy jiným způsobem, a proto bylo přistoupeno k uložení pokuty, byť v dolní polovině maximální možné výše, s důrazem na preventivní funkci této sankce.

III. Námitky rozkladu

10. Proti citovanému rozhodnutí podal zadavatel v zákonné lhůtě rozklad, který byl Úřadu doručen dne 22.10.2009. Zadavatel požaduje, aby orgán rozhodující o tomto rozkladu napadené rozhodnutí podle § 152 odst. 5 písm. a) správního řádu v celém rozsahu zrušil. Úvodem rozkladu namítá, že rozhodnutí je v rozporu s ust. § 69 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen "správní řád"), když neobsahuje datum vyhotovení rozhodnutí.

11. Ve věci samé pak zadavatel argumentuje předně tím, že napadené rozhodnutí vychází z nesprávného právního posouzení, kdy vysvětluje, proč měla být záležitost posouzena tak, že se jednalo o tři samostatné zakázky malého rozsahu. V tomto kontextu uvádí zejména, že každá ze tří částí programu Znojemské historické vinobraní 2009 je charakteristická odlišným předmětem plnění, netvořícím jeden funkční celek a předpokládajícím odlišný okruh potencionálních dodavatelů. Podotýká, že nedošlo k účelovému rozdělení jedné podlimitní veřejné zakázky na tři veřejné zakázky malého rozsahu. Tvrdí, že skutečnost, že tyto tři dle zadavatele samostatné části byly zastřešeny pod společným kulturně-historickým a marketingovým označením Znojemské historické vinobraní 2009, nemění nic na tom, že se dle jeho názoru jedná o tři veřejné zakázky malého rozsahu. Zadavatel uvádí, že s ohledem na specifičnost programu je pravděpodobné, že každou z částí bude schopen nejlépe zabezpečit subjekt, který má předmět činnosti odlišný od činnosti ostatních subjektů. Zadavatel pokračuje, že by bylo v rozporu se smyslem zákona a prostou logikou scelovat celou akci pouze do jedné veřejné zakázky.

12. Dále zadavatel namítá, že z odůvodnění napadeného rozhodnutí není zřejmé, z čeho Úřad dovodil, že v případě absence jedné z částí programu je úroveň zabezpečení programu jako celku podstatně snížená. Uvádí, že případná časová a místní souvislost tří částí kulturního programu Znojemské historické vinobraní 2009 je natolik vágní a neurčitá, že z nich nemůže činit jednu veřejnou zakázku, navíc zpochybňuje termín „časové, věcné a místní souvislosti“ z pohledu legální definice. Zadavatel uvádí, že o věcné souvislosti je možno hovořit tam, kde jde o několik plnění téhož druhu nebo kde jde o více plnění různého druhů, kdy jedno plnění bezprostředně podmiňuje či přímo umožňuje plnění jiné. Dodává, že o takovou

situaci v případě Znojemského historického vinobraní 2009 nejde, neboť každá část kulturního programu je její svébytnou, nikoli systémovou, součástí a jedna nepodmiňuje druhou.

13. Obdobně se zadavatel v podaném rozkladu zabývá otázkou absence odlišení či definice jednotlivých veřejných zakázek navzájem a s ohledem na neexistenci kritérií, jak od sebe rozeznat dvě navzájem potenciálně blízké zakázky je dle mínění zadavatele třeba postupovat v jeho prospěch. Posouzení, zda se jedná o veřejnou zakázku jednu, nebo o více veřejných zakázek vzniklých účelovým rozdělením jedné, nemůže být odvislé od subjektivního posuzování rozhodujícího orgánu, nýbrž se má opírat o jednoznačná legální kritéria.

14. Zadavatel v rozkladu trvá na tom, že zadání všech tří částí veřejné zakázky i vyhodnocení nabídek bylo nediskriminační, transparentní, a že se z pohledu zákona jedná ve všech případech o zakázku malého rozsahu, na kterou se zákon nevztahuje. Podle názoru zadavatele rozdělení veřejné zakázky na tři části umožňuje většímu počtu dodavatelů přihlásit své nabídky a tito se mohou ucházet jak o jednu tak i o všechny tři části současně. S ohledem na specifičnost celého programu je relativně nízká naděje, že uspořádání celé akce Znojemské historické vinobraní 2009 bude schopen zajistit jeden jediný subjekt, přestože se v roce 2009 podařilo ve výběrovém řízení vybrat pouze jediného dodavatele pro všechny tři části.

15. Dále zadavatel namítá nedostatečnost odůvodnění napadeného rozhodnutí s ohledem na nevypořádání se s námitkami zadavatele ohledně skutečnosti, že v letech 2006 a 2007 byl pro každou ze tří částí programu vybrán jiný uchazeč, neboť nejdříve Úřad takovou námitku neuznal s odůvodněním, že tyto předchozí ročníky nejsou pro posouzení věci relevantní, a poté Úřad ve svém odůvodnění uvádí jako argument, že šlo o jednu veřejnou zakázku, okolnost, že v roce 2008 byl rovněž vybrán pouze jeden uchazeč na všechny tři části Znojemského historického vinobraní 2009.

16. Co se týče stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky, je dle zadavatele závěr Úřadu nesprávný, neboť již dříve poukazoval na to, že všechny kreativní prvky, které se objevily v zadávacích podmínkách pro Znojemské historické vinobraní 2009 navíc oproti ročníku 2008, byly dodavatelem nabídnuty a poskytnuty již v roce 2008 za cenu, která odpovídala předpokládané hodnotě zakázky pro rok 2009. V dalším zadavatel poukazuje na to, že právní řád nezná pojem „inflace“ a zadavatel jej interpretuje jako index růstu spotřebitelských cen. Proto nechápe, proč by měl při stanovování předpokládané hodnoty veřejné zakázky zohledňovat index růstu spotřebitelských cen, když zadavatel není spotřebitelem, jak je tento definován právním řádem. Zadavatel ze svých zkušeností ví, že naopak cenová hladina jím nakupovaných služeb klesá v důsledku hospodářské krize, což dle jeho mínění není nutné prokazovat.

17. V další části rozkladu zadavatel konstatuje, že Úřad dostatečně neobjasnil, z čeho usuzuje, že by zadavatel při jiném způsobu zadávání zakázky obdržel i jiné – výhodnější nabídky. Uvádí, že postupoval v souladu se zásadami stanovenými ve směrnici města Znojma, týkající se zadávání veřejných zakázek a též v souladu se

zásadami zakotvenými v ust. § 6 zákona. Zadání veřejných zakázek bylo předem zveřejněno na úřední desce města Znojma a rovněž i na webových stránkách zadavatele. V tomto kontextu zadavatel konstatuje, že způsob zadání, který v daném případě použil, považuje za více transparentní a méně diskriminační, než např. zjednodušené podlimitní řízení.

18. Zadavatel je tedy přesvědčen, že se při zadávání veřejné zakázky nedopustil porušení zákona a svým postupem podstatně neovlivnil a ani nemohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Výše pokuty se zadavateli jeví jako nepřiměřená a navrhuje, aby nebyla uložena vůbec, alternativně aby byla snížena na symbolickou výši. Z uvedených důvodů zadavatel navrhuje napadené rozhodnutí zrušit v celém rozsahu podle ust. § 152 odst. 5 písm. a) správního řádu.

IV. Řízení o rozkladu

19. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 správního řádu a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.

20. 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 podle § 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.

21. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S178/2009/VZ-12793/2009/510/MCh, ze dne 6.10.2009 (ve znění opravného usnesení č. j. ÚOHS-S178/2009/VZ-14100/2009/510/MCh, ze dne 19.11.2009), kterým rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že před uzavřením smluv ze dne 16.6.2009 o zabezpečení kulturního programu na akci Znojemské historické vinobraní 2009 nedodržel postup stanovený v § 21 zákona o veřejných zakázkách a předmětnou veřejnou zakázku nezadal v zadávacím řízení, nýbrž mimo režim zákona formou veřejné zakázky malého rozsahu, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí i s výší uložené pokuty jsem se v plné míře ztotožnil. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech uvedeny důvody, pro které jsem nepřistoupil ke změně nebo zrušení napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

22. Zadavatel v rozkladu uvedl, že namítá nesprávné právní posouzení otázky, zda se v posuzovaném případě jedná o jednu zakázku nebo tři samostatné zakázky malého rozsahu. Pro posouzení této problematiky považuji za klíčové, zda zajištění veřejné zakázky má nebo nemá věcnou, časovou a prostorovou souvislost. V daném případě se jedná o realizaci jedné kulturní akce, v níž prováděná plnění tvoří jeden nedělitelný a komplexní celek. To dokládá jak celková koncepce scénáře kulturní akce Znojemské historické vinobraní 2009, tak vzájemná provázanost a prolínání jednotlivých dílčích částí zakázky včetně částečného obsazení stejnými účinkujícími.

K tomu přispívají i některé zcela shodné požadavky místní i časové souvislosti obsažené v zadávací dokumentaci na akci konané ve dnech 11. a 12. 9. 2009.

23. Zadavatel sám si protiřečí tvrzením, že s ohledem na specifičnost programu je pravděpodobné, že každou z částí bude schopen nejlépe zabezpečit jiný subjekt, neboť na „všechny tři samostatné části veřejné zakázky“ nakonec uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem.

24. Obdobně námitka, že posouzení zda se jedná o jednu zakázku nebo tři samostatné zakázky je pouze subjektivním míněním Úřadu, není relevantní. Připomínám, že právní předpisy obsahují obecně závazná pravidla chování a není proto *per definitionem* možné, aby zákon obsahoval vymezení všech potenciálně možných situací, včetně jejich definic. Správní orgán má pravomoc aplikovat příslušný zákon, k čemuž došlo v rámci jeho zákonného postavení jako orgánu nadaného pravomocí při výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek. V rámci diskrečního oprávnění potom dospěl k závěru, že zjištěný skutkový stav osvědčuje, že postup zadavatele v posuzované věci je porušením zákona. Dovolávání se na možné použití zásady v „pochybnosti ve prospěch“, nepřipadá z výše uvedených příčin, v tomto konkrétním případě v úvahu, přičemž ponechávám stranou pozornosti, že podstata této námitky zadavatele vychází z jeho ryze subjektivního pohledu.

25. Odůvodnění rozhodnutí Úřadu považuji za dostatečné a přesvědčivé. Uspořádání Znojemského historického vinobraní 2009 v jednotlivých letech je ne zcela úplně srovnatelné. Možnost realizace jednotlivých částí Znojemského historického vinobraní různými dodavateli není v logickém rozporu se závěrem, že se jednalo o jednu zakázku. Pro případ, že by se ukázalo, že zakázky v letech 2006, 2007 a 2008 vykazují shodné rysy, resp. jsou identické, musí Úřad zvážit možnost zahájit řízení o udělení sankce ex offo.

26. Nelze souhlasit s námitkou, že český právní řád nezná pojem inflace, (srov. např. zákon č. 364/2008 Sb., o podnikání na kapitálovém trhu, pojem inflace k 31.12.2009 zná 113 právních předpisů), ani že by se zadavatele zprostředkovaně netýkala. Ten je u šetřené zakázky také „spotřebitelem“ služeb, jež mu dodavatel v rámci plnění zakázky poskytuje.

27. Argumentace, že zadavatel použil více transparentní a méně diskriminační způsob zadání je účelová. Jeho způsob mu umožnil pouze uveřejnit zadání na úřední desce a internetu města Znojma. Zjednodušené podlimitní řízení dle zákona zejména vyžaduje písemnou výzvu nejméně 5 zájemcům k podání nabídky a její vhodné zveřejnění po celou dobu trvání lhůty k podání námitek.

28. Výši uložené pokuty považuji za adekvátní, neboť zadavatel výše uvedeným způsobem porušil zákon. Porušení ust. § 21 zákona mohlo podstatně ovlivnit okruh potenciálních dodavatelů, a proto mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Konečně podotýkám, že kromě konstatování, že pokuta je Úřadem vyměřena v 1/3 její maximální sazby, žádné důvody pro její eventuální snížení zadavatel neuvedl.

29. K zadavatelem namítané imperfekci napadeného rozhodnutí pro nesplnění náležitostí požadovaných ust. § 69 správního řádu pro úplnost uvádím, že vada chybějícího data vydání napadeného rozhodnutí byla dne 19.11.2009 zhojena vydáním opravného usnesení č. j. ÚOHS-S178/2009/VZ-14100/2009/510/MCh, jímž Úřad v souladu s ust. § 70 správního řádu uvedl na pravou míru zjevnou nesprávnost napadeného rozhodnutí a ani tato námitka zadavatele tedy není důvodem pro zrušení napadeného rozhodnutí.

VI. Závěr

30. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.

31. Vzhledem k výše uvedenému, jsem rozhodl 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. Znojemská Beseda, příspěvková organizace, Masarykovo nám. 22, 669 01 Znojmo
2. KOFROŇ PRODUCTION & ADVERTISING s. r. o., Fischerova 770/12, 669 02 Znojmo

Vypraveno dne:
viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy