UOHSX001PKAY

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R1/2010/VZ-5732/2010/310/EKu V Brně dne: 29. dubna 2010

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 4.1.2010 zadavatelem

- obec Horoušany, IČ 00240206, se sídlem Lipová 5, 250 82 Horoušany, za niž jedná Jan Bohuněk, starosta,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-S274/2009/VZ-14853/2009/510/MOn ze dne 16.12.2009 ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – obce Horoušany, se sídlem Lipová 5, 250 82 Horoušany, učiněných ve veřejné zakázce „Rekonstrukce a přístavba budovy MŠ“, zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení podle § 38 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, výzvou ze dne 20.1.2009 pěti zájemcům o veřejnou zakázku, jehož dalším účastníkem je vybraný uchazeč

- společnost LANATES, s. r. o., IČ 28221290, se sídlem Koněvova 2660/141, 130 83 Praha, za niž jedná Ladislav Csemez, jednatel,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-S274/2009/VZ-14853/2009/510/MOn ze dne 16.12.2009

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. Zadavatel – obec Horoušany, IČ 00240206, se sídlem Lipová 5, 250 82 Horoušany (dále jen „zadavatel“), odeslal v souladu s § 26 odst. 1 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), dne 20.1.2009 výzvu pěti zájemcům o veřejnou zakázku „Rekonstrukce a přístavba budovy MŠ“, zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení podle § 38 zákona. Pozn.: pokud je v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění platné v době provedení úkonu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“ nebo „orgán dohledu“) nebo v době provedení jednotlivých úkonů účastníků řízení.

2. Na základě obdrženého podnětu a předložených materiálů získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem, a proto ke dni 21.10.2009 zahájil správní řízení z moci úřední, za jehož účastníky označil zadavatele a vybraného uchazeče - společnost LANATES, s. r. o., IČ 28221290, se sídlem Koněvova 2660/141, 130 83 Praha (dále jen „vybraný uchazeč“). Možné porušení zákona spatřoval orgán dohledu v tom, že zadavatel v zadávací dokumentaci použil specifikaci části předmětu veřejné zakázky odkazy na označení výrobků nebo materiálů, které jsou příznačné pro určité osoby, ačkoli to nebylo odůvodněno předmětem veřejné zakázky.

II. Napadené rozhodnutí

3. Dne 16.12.2009 vydal orgán dohledu rozhodnutí č. j. ÚOHS-S274/2009/VZ-14853/2009/510/MOn (dále jen „napadené rozhodnutí“), kterým rozhodl, že se zadavatel 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, aniž připustil použití obdobných řešení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a došlo k uzavření smlouvy. Za spáchání tohoto deliktu orgán dohledu zadavateli uložil podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 70 000 Kč, splatnou do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na příslušný účet Úřadu.

4. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí poté, co shrnul obsah ustanovení § 44 odst. 9 zákona a čl. 23 odst. 8 směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2004/18/ES ze dne 31.3.2004, o koordinaci postupu při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (dále jen „zadávací směrnice“) mj. uvedl, že z dokumentace dále zjistil, že součástí výkazu výměr specifikujícího předmět veřejné zakázky jsou i položky obsahující odkazy na obchodní firmy, názvy a specifická označení zboží, resp. ochranné známky. Tyto položky uvedl v rozhodnutí ve formě přehledné tabulky, a to podle druhu prováděných stavebních prací. Z textu uvedených ustanovení orgán dohledu dovodil, že položky zadávací dokumentace specifikující předmět veřejné zakázky, je-li to odůvodněno jejich předmětem, mohou obsahovat odkaz nebo název; zadavatel však v takovém případě musí s ohledem na § 45 odst. 3 zákona připustit technicky a kvalitativně obdobné

řešení, pokud je to možné. Výjimečně, pokud zadavatel není schopen předmět veřejné zakázky specifikovat pomocí technických podmínek ve smyslu §§ 45 a 46 zákona, mohou zadávací podmínky obsahovat odkaz nebo název, zadavatel v takovém případě musí u těchto položek připustit použití i jiných kvalitativně a technicky obdobných řešení. V ostatních případech zadavatel musí ke specifikaci předmětu použít pouze technické podmínky ve smyslu §§ 45 a 46 zákona (tj. např. požadavky na výkon, funkci, vlastnosti, atd.); odkaz nebo název v takovém případě použít nemůže, protože by to vedlo nebo mohlo vést ke zvýhodnění nebo vyloučení určitých dodavatelů nebo výrobků, a zadavatel v této souvislosti nemůže jako „pomůcku“ připustit ani obdobné řešení, neboť to je podle zákona vázáno pouze a výlučně na situaci popsanou v předchozí větě. Specifikaci předmětu veřejné zakázky pomocí odkazů a názvů musí být zadavatel schopen patřičně odůvodnit a doložit.

5. V šetřeném případě Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí uvádí, že výkaz výměr obsahuje jednotlivé položky specifikované názvy nebo odkazy na konkrétní výrobky a materiály. Použití těchto forem specifikací není v daném případě předmětem veřejné zakázky odůvodněno, neboť zadavatel svůj postup v dokumentaci o veřejné zakázce ani v rámci správního řízení nedoložil a patřičně neodůvodnil. Zadavatel dokonce ani v rámci zadávací dokumentace v souvislosti s těmito položkami výslovně nepřipustil použití obdobných řešení. Úřad jako zdůvodnění zadavatelova postupu odmítl akceptovat „potřebu definovat architektonický záměr stavby či technické parametry výrobku“ či „hledisko životnosti jednotlivých prvků“, neboť není přípustné po uchazečích požadovat dodávku střešní krytiny od jediného konkrétního výrobce střešních pálených tašek, a tím zcela bezdůvodně vyloučit možnost dodávky střešních krytin od konkurenčních dodavatelů. Pokud zadavatel chtěl optimalizovat životnost např. klempířských prvků na střeše, měl specifikovat požadavek na použitý materiál a konstrukci klempířských prvků. V daném případě se tedy nejednalo o situaci, kdy by zadavatel nebyl schopen předmět veřejné zakázky, resp. jeho jednotlivé části (položky), popsat pomocí technických podmínek ve smyslu §§ 45 a 46 zákona. Jednotlivé části stavby, specifikované ve výkazu výměr pomocí položek označených odkazy nebo názvy, jsou podle názoru Úřadu běžné stavební dodávky a materiály, technicky popsatelné způsobem uvedeným v §§ 45 a 46 zákona. Zadavatel v šetřeném případě neměl s ohledem na předmět veřejné zakázky důvod použít pro specifikaci jednotlivých položek výkazu výměr názvy nebo odkazy. Tím, že tak v zadávací dokumentaci učinil, porušil zákaz stanovený v § 44 odst. 9 zákona.

6. Důsledkem této skutečnosti bylo, že zadavatel obdržel nabídky obsahující v části předmětu veřejné zakázky vymezeném odkazy nebo názvy pouze jedno z možných plnění. Není tak vyloučeno, že při nabídce obsahující jiná možná adekvátní plnění, zadavatel mohl při obdobném účinku dosáhnout výhodnější nabídkové ceny, která byla v šetřeném případě jediným kritériem hodnocení nabídek. Uvedená skutečnost mohla mít podstatný vliv i na výběr nejvhodnější nabídky, neboť není vyloučeno, že v případě, že by dodavatelé nebyli vedeni k předložení nabídky na zadavatelem konkrétně specifikované části plnění, mohl některý z dodavatelů nabídnout jiné, kvalitativně a technicky srovnatelné řešení, avšak za výhodnějších podmínek pro zadavatele. Úřad vzal v této souvislosti v úvahu i skutečnost, že položky výkazu

výměr, specifikované názvy nebo odkazy, nebyly nahodilé, ale byly obsaženy ve více stavebních oddílech.

7. Co se týče sankce, poté, co orgán dohledu ověřil naplnění podmínek pro její uložení, přihlédl ke způsobu spáchání správního deliktu a následkům a okolnostem, tj. k možnému podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky tak, jak byl popsán výše. Ve prospěch zadavatele naopak zohlednil skutečnost, že úkony zadavatele v šetřeném případě nebránily podání nabídek. Po zvážení všech výše uvedených zjištění a argumentů Úřad při stanovení výše uložené pokuty preferoval preventivní charakter uložené sankce a stanovenou výši pokuty posoudil v souvislostech případu jako přiměřenou a dostačující. Z hlediska výše pokuty vzal v úvahu také ekonomické poměry zadavatele, jehož roční rozpočtové příjmy v roce 2007 činily cca 23 mil. Kč, v roce 2008 cca 16 mil. Kč a předpokládané příjmy v roce 2009 ve výši cca 17 mil. Kč (viz rozpočty a jednotlivá rozpočtová opatření uveřejněná na internetových stránkách zadavatele) a dospěl k závěru, že uložená pokuta neohrozí jeho hospodaření.

III. Námitky rozkladu

8. Proti rozhodnutí orgánu dohledu ze dne 16.12.2009, č.j. ÚOHS-S274/2009/VZ-14853/2009/510/MOn, byl Úřadu doručen rozklad zadavatele. Zadavatel v něm sice připouští, že ve výkazech výměr došlo ze strany zpracovatele projektové dokumentace k uvedení odkazů na některá specifická označení zboží, která platí pro určité osoby za příznačné (u 95 položek z celkového počtu 713 položek), avšak zároveň upozorňuje, že tyto položky se specifickým označením zboží představují pouhých 13 % všech položek a jejich cena pouhých 16 % hodnoty celé veřejné zakázky. Nejedná se tedy ani o podstatnou část předmětu veřejné zakázky, ani se nejedná o rozsah, který by mohl vést ke zvýhodnění nebo vyloučení dodavatelů a určitých výrobků. Kromě toho pro žádného z vyzvaných uchazečů nepředstavovalo uvedení odkazů na specifická označení zboží zvýhodnění nebo omezení ve vztahu k podání nabídky, neboť všechny tyto položky jsou na trhu běžně dostupné a zastupitelné cenově srovnatelnými výrobky jiných výrobců.

9. Zadavatel dále poukazuje na skutečnost, že v zadávací dokumentaci uvedl, že požaduje zpracovat nabídku podle připojené projektové dokumentace a soupisu stavebních prací s výkazem výměr tak, aby byla dodržena požadovaná technická charakteristika předmětu veřejné zakázky a aby nabídka zahrnovala stavební práce a materiály uvedené ve výkazu výměr. Z této formulace pak zadavatel dovozuje, že umožnil použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení. Konkretizace jednotlivých položek měla za cíl definovat architektonický záměr stavby konkrétním výrobkem, definovat technické parametry výrobku jako vzory technického standardu a navrhnout stavebně technické provedení dílčí části stavby jako ucelený systém vzájemně kompatibilních prvků, nikoli jako obecnou soustavu výrobků různých výrobců. Takto zadávací dokumentaci chápali i všichni oslovení dodavatelé (v podrobnostech odkazuje zadavatel na prohlášení vybraného uchazeče a dalšího uchazeče – společnosti RENIX, a. s.). Zadavatel tedy nesouhlasí se závěrem Úřadu, že použití obdobných řešení výslovně nepřipustil a dodává, že na rozdíl od čl. 23 odst. 8 zadávací směrnice neukládá vnitrostátní právní úprava zadavateli povinnost uvádět v rámci každého odkazu na specifické zboží a služby slovní spojení „… nebo rovnocenný“. Z žádného právního předpisu rovněž neplyne povinnost dokládat a

zdůvodňovat postup podle § 44 odst. 9 věty druhé zákona v dokumentaci k veřejné zakázce a ve správním řízení. Mimo to nevzal Úřad v úvahu, že u některých odkazů je výslovně uvedeno „typ“ (např. položka č. 115 a 116 výkazu výměr), což je nepochybně další projev vůle umožnit použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení. Podle názoru zadavatele Úřad také pochybil, pokud dospěl k závěru, že není třeba se vyjadřovat k přípustnosti odkazů na konkrétní značky nebo názvy v zadávací dokumentaci, čímž porušil povinnost zjistit stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a tím řízení zatížil vadou, pro kterou je třeba napadené rozhodnutí zrušit.

10. V další části rozkladu zadavatel nesouhlasí se závěrem orgánu dohledu, že vymezení části předmětu plnění veřejné zakázky pomocí odkazů nebo názvů konkrétních výrobků ve svém důsledku podstatně ovlivnilo jak nabídkové ceny, tak výběr nejvhodnější nabídky (tj. byla-li jediným kritériem hodnocení výše nabídkové ceny, nelze vyloučit, že by v případě připuštění jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení, mohl některý dodavatel nabídnout výhodnější podmínky, než jaké vyplynuly z podaných nabídek). Stejně tak zadavatel nesouhlasí se závěrem, že došlo k omezení okruhu potenciálních dodavatelů. Tato tvrzení označuje za paušální a hypotetická a kromě toho upozorňuje, že se Úřad nevypořádal s otázkou, zda výše zmíněný postup skutečně výběr nejvhodnější nabídky podstatně ovlivnil, či zda k tomuto podstatnému ovlivnění pouze mohlo dojít. V této souvislosti odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 21/2006-195 ze dne 7.2.2007, z něhož vyplývá, že pro uložení pokuty musí být prokázáno, že k porušení zákona došlo kvalifikovaným způsobem („podstatně“), což znamená, že ze strany zadavatele došlo nebo alespoň mohlo dojít k ovlivnění hodnocení nabídek, a dále musí být uložení pokuty opřeno o zjištění, že v důsledku porušení zákona mohla být konkrétní nabídka vyhodnocena jinak, než kdyby k porušení zákona nedošlo. Tato úvaha však v napadeném rozhodnutí absentuje. Zadavatel opětovně uvádí, že specifikace konkrétním výrobkem byla provedena u pouhých 13 % položek, představujících pouhých 16 % hodnoty veřejné zakázky, a že rozdíl ceny vybrané nabídky a nabídky umístěné při hodnocení jako druhé v pořadí činí cca 3,6 mil. Kč, tedy 31 % z hodnoty celé veřejné zakázky. V případě vybraného uchazeče tedy mohly být ceny u dotčených položek až 1,9 násobně vyšší, aby jeho nabídka dosáhla stejné výše jako nabídka druhá v pořadí. Navíc i cenové rozdíly jednotlivých položek jsou díky množství zastupitelných výrobků a vysoké konkurenci zanedbatelné, a proto zadavatel předpokládá, že by se v konečné nabídce neprojevily buď vůbec anebo jen minimálně. Na podporu názoru, že jeho postup ani nemohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, zadavatel odkazuje na rozhodnutí Úřadu ve věci sp. zn. S102/05.

11. V návaznosti na výše uvedené zadavatel taktéž nesouhlasí se závěrem, že zákon označuje za správní delikt nejen jednání, které prokazatelně zadávací řízení ovlivnilo, ale také jednání, které mělo pouze potenciál takového ovlivnění, stejně jako nesouhlasí s konstatováním, že „…úvaha Úřadu nad případnými následky úkonu zadavatele je v této souvislosti legální součástí správního uvážení…“. Konstrukce § 120 odst. 1 písm. a) zákona nezbavuje Úřad povinnosti provádět dokazování za účelem zjištění skutkového stavu věci ve smyslu § 3, § 51 odst. 6 a § 68 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní

řád“), tj. nezbavuje ho povinnosti zjistit skutkový stav, o němž nejsou důvodné pochybnosti, uvést v odůvodnění důvody výroku, podklady pro vydání rozhodnutí, úvahy, kterými byl veden při hodnocení důkazů a výkladu právních předpisů, a informace o tom, jak se vypořádal s návrhy a námitkami účastníků. Mimoto má zadavatel pochybnost, zda součástí správního uvážení byla úvaha nad případnými následky úkonů zadavatele a že by snad byla součástí skutkové podstaty deliktu, jak dovozuje Úřad. Jinými slovy, zadavatel zpochybňuje, že by jedním ze znaků skutkové podstaty bylo správní uvážení Úřadu a že by bez něj nutně nebylo správního deliktu. Své úvahy zadavatel doplňuje o odkaz na obecné principy trestního práva, které se uplatní také na trestnost správních deliktů (rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 8 As 17/2008-17 ze dne 31.5.2007). Na jejich základě dospívá k závěru, že správním deliktem nemůže být jednání, které sice formálně odpovídá správnímu deliktu, avšak které – stejně jako v přezkoumávaném případě – není jednáním společensky nebezpečným. Na tom nic nemění ani skutečnost, že zákony upravující ukládání pokut za správní delikty materiální stránku správních deliktů neupravují, neboť materiální stránka se musí projevit nejen při stanovení druhu a výše sankce, ale i při posuzování trestnosti právně závadného jednání. Toto posouzení však v napadeném rozhodnutí chybí.

12. V závěrečné části rozkladu napadá výši uložené pokuty, kterou považuje za nepřiměřeně vysokou. Pomine-li zadavatel to, že správní delikt nespáchal (viz argumentace předchozích částí rozkladu), nelze souhlasit s postupem Úřadu, který při zohlednění výše pokuty zřejmě přihlédl k možnému omezení okruhu dodavatelů, resp. k možnému ovlivnění hodnocení a výběru nejvhodnější nabídky. Zadavatel znovu opakuje, že obdobné řešení připustil. Co se týče ekonomických poměrů zadavatele, orgán dohledu vzal v úvahu pouze zadavatelovy příjmy, ale nikoli již jeho výdaje. Zadavatel vysvětluje, že příjmy za rok 2007 byly ovlivněny jednorázovými prodeji nemovitého majetku a jinými, předem nejistými, kapitálovými příjmy. Příjmy za rok 2008 byly zase o cca 2 mil. Kč nižší, než jak vyplývá z rozpočtových opatření uvedených na internetových stránkách zadavatele, z nichž Úřad pravděpodobně při stanovení výše pokuty vycházel. Obdobně i celkové příjmy za rok 2009 nedosáhly předpokládaných cca 34 mil. Kč, ale činily pouhých cca 6 mil. Kč v důsledku výpadků na straně daní z příjmů fyzických a právnických osob a fyzických osob samostatně výdělečně činných. Konečně zadavatel upozorňuje, že neobdržel dotaci ve výši 2 mil. Kč a 5 mil. Kč (navíc částka 692 000 Kč je vratkou již zaplacené částky v rámci činnosti Svazku obcí Úvalsko) a že v důsledku napadeného rozhodnutí neobdrží ani dotaci ve výši 10 mil. Kč, která mu na rekonstrukci a přístavbu mateřské školy byla přislíbena. Výdaje za rok 2009 tak přesáhly rozpočtové příjmy o cca 9 mil. Kč. Úřad dále nezohlednil, že veřejná zakázka byla zadána nikoli pro komerční účely a že se jedná o první (nikterak závažné) zjištěné pochybení zadavatele. Tím spíše by měla být při uložení sankce akcentována její preventivní funkce. Závěrem podaného rozkladu odkazuje zadavatel na dřívější rozhodovací praxi Úřadu týkající se odkazů na specifické označení zboží, které platí pro určitou osobu za příznačné (rozhodnutí Úřadu č.j. S203/2008/VZ-14714/2008/510/če ze dne 11.9.2008, potvrzené rozhodnutím předsedy Úřadu ze dne 5.12.2008, č.j. R174/2008/02-24699/2008/310-Ku, a rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S157/2009/VZ-8664/2009/520/JHl ze dne 7. 8. 2009), a zejména poukazuje na skutečnost, že

v těchto obdobných případech byla uložena ještě nižší pokuta, přestože se porušení zákona týkalo podstatnější části veřejné zakázky.

13. Z výše uvedených důvodů navrhovatel žádá, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil, neboť postup zadavatele neovlivnil a ani nemohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

IV. Řízení o rozkladu

14. Správní orgán prvního stupně určil usnesením č.j. ÚOHS-274/2009/VZ-237/2010/510/MOn ze dne 7.1.2010 vybranému uchazeči řízení lhůtu pěti dnů k vyjádření k podanému rozkladu. K podanému rozkladu se vyjádřil vybraný uchazeč v tom směru, že odkázal na svá předchozí vyjádření založená ve spisu.

15. 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.

16. 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.

17. Úřad tím, že svým rozhodnutím ze dne 16.12.2009, č.j. ÚOHS-S274/2009/VZ-14853/2009/510/MOn, rozhodl, že se zadavatel 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, aniž připustil použití obdobných řešení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a došlo k uzavření smlouvy, za což mu uložil pokutu ve výši 70 000 Kč, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se ztotožnil.

V. K námitkám rozkladu

18. Zadavatel je (stručně řečeno) přesvědčen, že k uvedení odkazu na některá specifická označení zboží rozhodně nedošlo u podstatné části předmětu veřejné zakázky, jak uvedl orgán dohledu ve výroku napadeného rozhodnutí, a už vůbec ne v rozsahu, který by mohl vést ke zvýhodnění nebo vyloučení některých dodavatelů. Přestože se použití odkazů na specifikovaná označení výrobků vztahuje k 95 z celkového počtu 713 položek, nemohl jsem se ztotožnit s názorem, že se jedná o marginální část předmětu veřejné zakázky. Přestože sám zadavatel opakovaně v průběhu správního řízení odkazoval na „jednotný architektonický záměr stavby“, případně na „ucelený systém vzájemně kompatibilních prvků, odlišující se od obecné soustavy výrobků různých výrobců“, tuto vzájemnou provázanost v podaném rozkladu zcela opomíjí a argumentačně vyzdvihuje pouze počet a ocenění dotčených položek ve vztahu k celkovému počtu. Jinak řečeno, pokud zadavatel v rámci zadávací dokumentace odkazoval na specifické označení výrobku pouze jedné části

celku, neznamená to automaticky, že dodavatelé mohli i u ostatních částí celku zadavateli nabídnout výrobky od libovolných výrobců (byť by zadavatel v těchto případech odkazy na specifická označení výrobků neuvedl). Jako příklad lze uvést požadavek zadavatele na dodávku konkrétního typu pálené střešní tašky. Pokud by totiž dodavatelé chtěli tento požadavek splnit, museli by pravděpodobně převzít celý střešní systém výrobce, který konkrétní střešní krytinu nabízí, a to nejen z důvodu záručních podmínek, ale i proto, že je minimálně praktičtější (ne-li přímo nutné) kombinovat prvky střešních systémů stejných výrobců. To samé platí v případě požadavku na konkrétního výrobce a typ otopného systému či stavebního zdícího systému. V konečném důsledku je tedy podíl výrobků, u kterých zadavatel v zadávací dokumentaci uvedl odkazy na specifická označení, ještě vyšší.

19. Co dále zpochybňuje namítanou „nepodstatnost“ části předmětu veřejné zakázky, v jejímž případě byly uvedeny odkazy na některá specifická označení zboží, je skutečnost, že předmětem veřejné zakázky je mj. relativně velký rozsah zemních, bouracích a dokončovacích prací, u nichž odkazy na specifická označení výrobků konkrétních výrobců z povahy věci uplatnit nelze. Nad rámec výše uvedeného dodávám, že orgán dohledu v napadeném rozhodnutí (správně) neuváděl konkrétní procentuální zastoupení položek obsahujících odkaz na specifické označení zboží, neboť s ohledem na počet, rozsah a charakter (viz výše) ostatních položek rozpočtu by tato objemová vyjádření mohla být do značné míry zavádějící.

20. Co se týče další dílčí námitky, jejíž podstatou je tvrzení, že zadavatel připustil pro plnění veřejné zakázky použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení (§ 44 odst. 9 věta poslední zákona), ani této námitce jsem nemohl přisvědčit. Jak vyplývá z ustanovení § 44 odst. 9 zákona, specifické označení zboží a služeb, které platí pro určitou osobu za příznačné, včetně odkazu na zboží chráněné ochrannou známkou (pozn.: v daném konkrétním případě se jednalo např. o odkaz na okenní systémy "VELUX®"), lze připustit pouze výjimečně v případě, že by vymezení předmětu veřejné zakázky provedené technickým popisem nebylo dostatečně přesné a srozumitelné. V ostatních případech zadavatel musí ke specifikaci zboží použít pouze technické podmínky ve smyslu §§ 45 a 46 zákona (tj. např. požadavky na rozměry, výkon, funkci či jiné vlastnosti); odkaz na specifické označení nebo na název v takovém případě není přípustný, protože by to vedlo nebo mohlo vést ke zvýhodnění nebo vyloučení určitých dodavatelů nebo výrobků, a zadavatel v této souvislosti ani nemůže jako určitou pomůcku připustit obdobné řešení, neboť to je podle zákona vázáno pouze a výlučně na situaci popsanou v předchozí větě.

21. Jak vyplývá z předložené dokumentace, použití zvolených specifikací není v daném případě předmětem veřejné zakázky nikterak odůvodněno. Zadavatel ani v rámci správního řízení přesvědčivě nedoložil konkrétní skutečnosti, které mu bránily provést specifikaci stavby a jejích součástí technickým popisem. Úřad tedy nepochybil, když dospěl k závěru, že v případě běžných stavebních dodávek a materiálů, které jsou technicky popsatelné způsobem uvedeným v §§ 45 a 46 zákona, jak tomu bylo i v šetřeném případě, není zadavatel oprávněn uvést odkazy na specifická označení zboží konkrétních výrobců, a to ani tehdy, pokud by v podmínkách zadání výslovně připustil použití obdobných řešení.

22. Bez ohledu na výše uvedené dodávám, že přestože zadavatel opakovaně tvrdil, že použití obdobných řešení výslovně připustil, ani tato námitka nemá oporu v provedeném dokazování (použití slova „typ“ u jednotlivých položek rozhodně nelze v běžném jazyce chápat jako připuštění alternativních či obdobných řešení). Na této skutečnosti nic nemění ani prohlášení uchazečů, že při zpracování svých nabídek nebyli vázáni použitím konkrétních výrobků, které zadavatel požadoval. V kontrastu s tímto tvrzením stojí totiž samotný obsah nabídek, z nichž vyplývá, že každý z uchazečů požadavek zadavatele na použití jím specifikovaných výrobků akceptoval. Vzniká tak podezření, zda tato prohlášení nebyla učiněna teprve *ex post* na žádost zadavatele, a to i vzhledem k tomu, že prohlášení jednotlivých uchazečů jsou obsahově totožná. Z uvedeného důvodu jsou irelevantní i námitky zadavatele, podle nichž zákon (na rozdíl od čl. 23 odst. 8 zadávací směrnice) neobsahuje striktní povinnost formulovat připuštění obdobných řešení pomocí sousloví „…nebo rovnocenný“.

23. Nemohu akceptovat ani argument zadavatele, že jeho pochybení „v žádném případě podstatně neovlivnilo a ani podstatně ovlivnit nemohlo výběr nejvhodnější nabídky“. I když zadavatel k podání nabídky vyzval minimální zákonem stanovený počet zájemců o veřejnou zakázku, jeden z dodavatelů nepodal nabídku z důvodu nedostatku volných kapacit a jeden neprokázal splnění kvalifikace, takže zadavatel vybíral pouze ze tří úplných nabídek, přičemž nabídka vybraného uchazeče obsahovala nejnižší nabídkovou cenu. Pokud by však zadavatel v zadávací dokumentaci neuváděl položky s odkazem na specifické označení zboží, ale předmět zakázky specifikoval např. pomocí technických podmínek, funkčních či jakostních požadavků, není vyloučeno, že by obdržel nabídku, která by obsahovala srovnatelné a pro zadavatele ekonomicky výhodnější řešení, než tomu bylo v případě obdržených nabídek. Dodavatelé by totiž v takovém případě nebyli nuceni nabízet konkrétní zadavatelem specifikované výrobky a celky, ale mohli by dle svého uvážení nabídnout jiné, pro zadavatele ekonomicky výhodnější řešení (a to např. i z toho důvodu, že mají sjednané výhodnější kupní ceny s jinými výrobci než s těmi, kteří byli stanoveni zadavatelem v zadávací dokumentaci).

24. K dalším namítaným vadám správního řízení považuji za nutné uvést následující. Zadavatelem užitý odkaz na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 21/2006-195 ze dne 7.2.2007, s nímž má být napadené rozhodnutí v rozporu, není podle mne relevantní, neboť citovaný rozsudek dopadá na poněkud odlišný právní stav. V rozhodnutí, jež bylo citovaným rozsudkem přezkoumáno, totiž vůbec nebyla vypořádána otázka, zda mohlo porušení zákona podstatně ovlivnit pořadí úspěšnosti nabídek, přesto však došlo k uložení pokuty za správní delikt. Chyběla tak úvaha o podstatném prvku skutkové podstaty, tj. o ovlivnění pořadí úspěšnosti nabídek kvalifikovaným způsobem (vyjádřeném zákonodárcem v dříve platném zákoně č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, taktéž slovem „podstatně“) jako o nezbytné podmínce pro uložení sankce. V přezkoumávaném případě však taková situace nenastala, neboť součástí výroku i odůvodnění napadeného rozhodnutí byla i podrobná úvaha o podstatném ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, jakkoli se jednalo o ovlivnění toliko potenciální. Pouhá možnost podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky je ustanovením § 120 odst. 1 písm. a) zákona výslovně předpokládána jakožto delikt ohrožovací (tedy nikoli

delikt porušovací, jako je k tomu v případě, kdy k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky dojde), kdy skutkovou podstatu tvoří pouze určité protiprávní jednání bez výslovně určeného následku, který je dán již samotným faktem protiprávního jednání a kde navíc ke škodlivému následku nemusí vůbec dojít. Závěr orgán dohledu, že postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, tak z povahy věci nemůže být založen na absolutní jistotě; v opačném případě by totiž Úřad neshledal pouhou potencialitu ovlivnění pořadí úspěšnosti nabídek, ale již ve výroku rozhodnutí by vyslovil, že postup zadavatele výběr nejvhodnější nabídky podstatně ovlivnil. K možnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky odkazuji na předchozí část odůvodnění tohoto rozhodnutí, která se prakticky shoduje i s dostatečným odůvodněním obsaženým v napadeném rozhodnutí.

25. V této souvislosti dodávám, že uvádí-li zadavatel, že skutková podstata správního deliktu uvedená v § 120 odst. 1 písm. a) zákona neobsahuje materiální stránku správního deliktu, pak materiální stránka správního deliktu je vyjádřena právě slovním spojením „podstatné ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky“. Taktéž uvádím na pravou míru, že hovořit o „správním uvážení“ v souvislosti s ohrožovacím deliktem podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona není zcela precizní. U správního uvážení je úvaha orientována na způsob užití právního následku (např. druhu sankce nebo jejího rozpětí), kdy zákon v rámci správního uvážení poskytuje volný prostor k rozhodování v hranicích, které stanoví s tím, že s existencí určitého skutkového stavu není jednoznačně spojen jediný právní následek. Tento prostor bývá vyjádřen různě, např. alternativními možnostmi rozhodnutí s tím, že je na úvaze správního orgánu, jak s těmito možnostmi naloží, nebo určitou formulací („může, lze“). Zda se však jedná o ohrožovací delikt, není a ani nemůže být předmětem správního uvážení, nýbrž pouze a jedině právní kvalifikací, na podkladě pečlivě zjištěného skutkového stavu. Nehledal jsem však, že by tato okrajová formulační nepřesnost měla vliv na správnost a zákonnost napadeného rozhodnutí.

26. Co se týče výtky zadavatele stran materiální pravdy, podle níž Úřad nedostál své povinnosti zjistit stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti (§§ 2 a 3 správního řádu), je zřejmé, že tato dílčí výhrada má návaznost na poslední větu druhého odstavce na straně 10 napadeného rozhodnutí, kde orgán dohledu konstatuje, že ze strany zadavatele došlo k porušení § 44 odst. 9 zákona. Orgán dohledu v této souvislosti uvedl, že i kdyby bylo možné odkazů nebo značek v zadávací dokumentaci použít, zadavatel nepřipustil obdobné řešení, a tudíž není třeba se vyjadřovat k přípustnosti odkazů na konkrétní značky nebo názvy v zadávací dokumentaci. Tato poslední věta (jakkoli jí z hlediska pravdivosti nelze cokoli vytknout) není v kontextu konstatovaného porušení zákona vhodně zvolena, protože skutečně může v účastníkovi řízení vzbudit dojem, že se Úřad v napadeném rozhodnutí vůbec nezabýval otázkou, zda byl zadavatel oprávněn odkazu na konkrétní značky nebo názvy použít. Důkazem opaku je však podstatná část odůvodnění napadeného rozhodnutí (jmenovitě šestý odstavec strany 8), v němž orgán dohledu dochází k závěru (aprobovanému i nyní, v řízení o rozkladu), že použití specifikací pomocí konkrétních názvů a značek zboží nebylo odůvodněno předmětem veřejné zakázky, resp. že nebylo objasněno, jaké konkrétní důvody zadavateli bránily, aby poptávané výrobky popsal pomocí technické specifikace (§§ 45 a 46 zákona). Citovaná část odůvodnění napadeného rozhodnutí tak

v podstatě naznačuje, že pro použití odkazů na značky a názvy musí být (stručně řečeno) kumulativně splněny dvě podmínky: zaprvé, že popis postupem podle §§ 45 a 46 zákona (tj. pomocí technických podmínek) by nebyl dostatečně přesný a srozumitelný, a zadruhé, zadavatel musí umožnit použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení. Z okolností šetřeného případu je však zřejmé, že nebyla splněna ani jedna z těchto podmínek, a tudíž zadavatel nebyl oprávněn odkazy na konkrétní značky a názvy zboží použít (v podrobnostech viz předchozí části odůvodnění tohoto rozhodnutí). Uzavírám tedy, že na straně Úřadu nebyly zjištěny jakékoli deficity ohledně způsobu a rozsahu zjištění skutkového stavu věci.

27. K výši sankce uložené napadeným rozhodnutím pak uvádím, že přestože byla zadavateli uložena pokuta na samé dolní hranici možné sazby (absolutní možná výše pokuty činila 583 555 Kč), zadavatel je přesto toho názoru, že výše pokuty je nepřiměřeně vysoká a že ve všech svých důsledcích bude mít za následek schodkový rozpočet za rok 2009. Co se týče poukazu na schodkový rozpočet zadavatele, pak v nejobecnější rovině uvádím, že ani zápornou bilanci zadavatelova hospodaření nelze pojímat jako legitimní důvod pro snížení pokuty či upuštění od ní. Zaprvé, uvedeno ad absurdum, by zadavateli, který ve svém hospodaření vykazuje výraznou ztrátu či dokonce směřuje k likvidaci či konkurzu, nebylo možné pokutu vůbec uložit, neboť peněžitá sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do sféry porušitele, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, jež mohly pochopitelně být primárně určeny k jiným účelům. Obdobně se k této problematice v minulosti vyjádřil i Vrchní soud v Praze ve svém usnesení č.j. 6 A 66/97 ze dne 21.1.1998. Taktéž nemohu akceptovat argument tím, že přezkoumávaná veřejná zakázka nebyla zadána ke komerčním účelům, neboť tento rys je typický pro téměř všechny veřejné zakázky.

28. Pokud však jde o konkrétní ekonomické poměry zadavatele, pak uvádím, že Úřad čerpal podklady pro rozhodnutí o výši sankce z rozpočtů a rozpočtových opatření uveřejněných na oficiálních internetových stránkách zadavatele. Jakkoli se nemuselo jednat o informace zcela přesné a aktuální, z podaného rozkladu vyplývá, že ačkoli byly skutečné příjmy nižší, nejednalo se o podstatný rozdíl oproti údajům, ze kterých vycházel Úřad v napadeném rozhodnutí. Neshledal jsem tudíž, že by uložená pokuta přesahovala finanční možnosti zadavatele.

29. Namítá-li v této souvislosti zadavatel, že mu v důsledku napadeného rozhodnutí nebyla přidělena dotace, kterou měl na realizaci předmětné veřejné zakázky obdržet ze státních fondů a fondů kraje, pak uvádím, že povinnost vrácení uvedené dotace zpravidla vzniká již samotným konstatováním porušení zákona (což v tomto případě potvrzuje i zadavatel), jinými slovy, bez ohledu na to, zda ve správním řízení byla za správní delikt uložena pokuta a případně v jaké výši. Vzhledem k tomu, že spáchání správního deliktu zadavatelem nebylo ani v této fázi správního řízení vyvráceno, nemohl jsem ani tuto argumentaci považovat za relevantní. Pro úplnost dodávám, že Úřad nemůže při ukládání pokuty přihlížet k sekundárním následkům, které pro zadavatele výrok o porušení zákona má, neboť ustanovení § 121 odst. 2 zákona (podle něhož se při uložení sankce přihlíží k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a okolnostem, za nichž byl spáchán) prostor pro takovou úvahu nedává.

30. Konečně, co se týče předestřeného porovnání výše pokut uložených v jiných správních řízeních, týkajících se téhož porušení zákona, pak uvádím, že každé správní rozhodnutí coby individuální správní akt má vazbu na konkrétní situaci a specifické okolnosti případu. Z tohoto důvodu je vyloučeno jednotlivá správní řízení vzájemně paušálně srovnávat. Pokud však jde o konkrétní zadavatelem citovaná rozhodnutí, zdůrazňuji, že zadavatel opomíjí jednak vyšší hodnotu nyní přezkoumávané veřejné zakázky oproti hodnotě veřejných zakázek, jež byly předmětem citovaných správních rozhodnutí, jednak při srovnání nevzal v úvahu, že v jím citovaném případě zadavatel použití i jiných obdobných řešení výslovně připustil. Uzavírám tedy, že nebylo shledáno, že by uložená pokuta představovala nepřípustný exces z ustálené rozhodovací praxe orgánu dohledu, a tudíž nebyly shledány ani důvody pro její snížení nebo dokonce upuštění od ní.

VI. Závěr

31. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.

32. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

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. Obec Horoušany, Lipová 5, 250 82 Horoušany,
2. LANATES, s. r. o., Koněvova 2660/141, 130 83 Praha

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