Rozhodnutí nabylo právní moci dne 11.12.2008

Č. j. R174/2008/02-24699/2008/310-Ku V Brně dne 5. prosince 2008

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 25.9.2008 zadavatelem

- **Statutárním městem Přerov, IČ 00301825, se sídlem Bratrská 34, 750 11 Přerov,** zast. primátorem Ing. Jiřím Lajtochem,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 11.9.2008 č. j. S203/2008/VZ-14714/2008/510/če, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – statutárního města Přerov, se sídlem Bratrská 34, 750 11 Přerov, učiněných při zadání veřejné zakázky **„Realizace úspor energie MŠ a ZŠ Malá Dlážka 4, Přerov“** formou zjednodušeného podlimitního řízení podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve kterém je dalším účastníkem správního řízení vybraný uchazeč

- **PSS Přerovská stavební a. s., IČ 27769585, se sídlem Skopalova 2861/7, 750 02 Přerov**, zast. předsedou představenstva Ing. Miroslavem Přecechtělem,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 11.9.2008 č. j. S203/2008/VZ-14714/2008/510/če

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

O d ů v o d n ě n í

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, v platném znění (dále jen „zákon“), k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek obdržel dne 6.6.2008 písemný podnět Státního fondu životního prostředí ČR k prošetření postupu statutárního města Přerov, IČ 00301825, se sídlem Bratrská 34, 750 11 Přerov, zast. primátorem Ing. Jiřím Lajtochem (dále jen „zadavatel“), při zadání veřejné zakázky „Realizace úspor energie MŠ a ZŠ Malá Dlážka 4, Přerov“ ve zjednodušeném podlimitním řízení, na základě jehož výsledků zadavatel uzavřel dne 13.6.2008 smlouvu o dílo se společností PSS Přerovská stavební a. s., IČ 27769585, se sídlem Skopalova 2861/7, 750 02 Přerov, zast. předsedou představenstva Ing. Miroslavem Přecechtělem (dále jen „vybraný uchazeč“).

2. Na základě výše uvedeného podnětu si Úřad vyžádal od zadavatele dokumentaci o zadání veřejné zakázky. Po přezkoumání předložené dokumentace získal Úřad pochybnosti o správnosti úkonů zadavatele a zahájil správní řízení z moci úřední, ve kterém jako účastníky správního řízení označil zadavatele a vybraného uchazeče. Oznámení o zahájení správního řízení bylo prvnímu účastníku doručeno dne 14.7.2008 a tímto dnem bylo správní řízení zahájeno.

Napadené rozhodnutí

3. Dne 11.9.2008 vydal Úřad rozhodnutí č. j. S203/2008/VZ-14714/2008/510/če, ve kterém konstatoval, 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 specifická označení zboží, která platí pro určitou osobu za příznačné, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek, a že uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem. Za spáchání tohoto správního deliktu byla zadavateli uložena pokuta ve výši 30 000,- Kč.

4. V odůvodnění rozhodnutí Úřad uvádí, že zadavatel porušil zákaz stanovený v § 44 odst. 9 zákona tím, že v projektové dokumentaci, kterou použil jako součást zadávací dokumentace, odkázal na specifické označení zboží, které platí pro určitou osobu za příznačné (ochranná známka), ačkoli to nebylo předmětem veřejné zakázky zdůvodněno. Ze zjištění Úřadu je zřejmé, že technické vlastnosti zateplovacího systému mohly být v zadávací dokumentaci konkrétně a jednoznačně definovány pomocí technických podmínek ve smyslu § 45 odst. 2 zákona, a to na podkladě fyzikálních veličin stanovených na základě energetického auditu provedeného před zpracováním projektové dokumentace. Nebylo tedy nutné, aby zadavatel v zadávací dokumentaci odkazoval na specifická označení zboží, které platí pro určitou osobu za příznačné. Výše uvedený audit obsahuje doporučení konkrétních zateplovacích systémů - „pro zateplení je nutno použít certifikovaný systém doložený atestem státní zkušebny, např. STOMIX s. r. o. Žulová, TEVATHERM 2 fy TERANOVA, SALITH – vápenka Vitošov, apod.“ – avšak nestanovuje jejich pořadí vhodnosti (jako to činí zadavatel

jednoznačným odkazem na zateplovací systém STOMIX THERM, vč. Povrchové úpravy BetaDEKOR, dodavatele STOMIX s. r. o. Žulová), ani nevylučuje použití jiných srovnatelných systémů zateplení.

5. Důsledkem postupu zadavatele bylo zvýhodnění firmy STOMIX. Zadavatel tak obdržel nabídky obsahující pouze jeden z možných zateplovacích systémů, přičemž není vyloučeno, že při nabídce obsahující adekvátní systém mohl zadavatel dosáhnout výhodnější nabídkové ceny a tedy výhodnějších podmínek, než jaké vyplynuly z podaných nabídek. Úřad z těchto důvodů konstatoval, že postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Za výše uvedené pochybení uložil Úřad zadavateli pokutu ve výši 30 000,- Kč.

II. Námitky rozkladu

6. Proti shora uvedenému rozhodnutí podal zadavatel dne 25.9.2008 rozklad, ve kterém uvádí, že tím, že je v projektové dokumentaci uvedena konkrétní specifikace materiálového provedení jednotlivých konstrukcí a dodavatel má možnost konkrétní výrobek zaměnit za výrobek s obdobnými technickými vlastnostmi, nedochází k diskriminaci jiných technologií ani k preferování určitého výrobku a tedy ani ke zvýhodnění či znevýhodnění jednotlivých uchazečů v důsledku nabídky systémů odlišných od toho, který je jmenovitě uveden v projektové dokumentaci. Uvedení zateplovacího systému STOMIX v zadávací dokumentaci dle zadavatele vyplynulo z energetického auditu projektu a byly jím jasně stanoveny technické podmínky, které zadavatel požadoval po zhotoviteli tak, aby byl garantován požadovaný součinitel tepelné vodivosti zateplovacího systému nutný pro dosažení požadovaného tepelného efektu.

7. Zadavatel opakovaně zdůrazňuje, že je v zadávací dokumentaci stanovena možnost náhrady jinými materiály, když je v bodě 17 konstatováno, že veškeré odkazy na jednotlivá obchodní jména, zvláštní označení výrobků, které platí pro určitou organizační jednotku za příznačné, jsou doporučující požadavky zadavatele, který ale umožňuje použít obdobná řešení. Z tohoto důvodu se zadavatel domnívá, že § 44 odst. 9 zákona nebyl porušen, neboť uvedení zateplovacího systému STOMIX v zadávací dokumentaci nevede ke zvýhodnění nebo vyloučení některých dodavatelů, ale pouze garantuje dodržení závěrů energetického auditu.

8. Zadavatel dále v reakci na konstatování Úřadu ohledně možnosti dosažení výhodnější nabídkové ceny pro realizaci zakázky uvádí srovnání nákladů u šetřené zakázky a jiné zadavatelem zadané veřejné zakázky s obdobným předmětem plnění, ve které byl použit jiný zateplovací systém (BAUMIT). Zadavatel tímto srovnáním poukazuje na finanční úsporu při použití zateplovacího systému STOMIX oproti zakázce, která byla realizována při použití zateplovacího systému BAUMIT. Tvrzenou úsporu v obou případech vyjadřuje rozdílem mezi rozpočtem projektanta a vítěznou nabídkovou cenou zhotovitele při realizaci příslušné zakázky.

9. V případě šetřené zakázky rovněž zadavatel poukazuje na skutečnost, že rozpočet projektanta na danou realizaci činil 6 658 001,- Kč, avšak vítězná nabídková cena zhotovitele činí 5 699 396,- Kč, čímž se veřejná zakázka svým finančním limitem dostává do režimu zadávání veřejných zakázek jako zakázka malého rozsahu.

Závěr rozkladu

10. Zadavatel se na základě skutečností uvedených v rozkladu domáhá zrušení napadeného rozhodnutí.

III. Řízení o rozkladu

11. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí v rámci autoremedury a v souladu s § 88 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb. (dále jen „správní řád“), věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.

12. 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 jsem dospěl k následujícímu závěru.

13. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. S203/2008/VZ-14714/2008/510/če ze dne 11.9.2008 konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, za což mu uložil pokutu ve výši 30 000,- Kč, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se v plné míře ztotožnil.

IV. K námitkám rozkladu

14. V rámci řízení o rozkladu jsem se ztotožnil se závěrem Úřadu, že zadavatel svým postupem porušil ustanovení § 44 odst. 9 zákona. Z tohoto ustanovení vyplývá, že není-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky, nesmí zadávací dokumentace, zejména technické podmínky, obsahovat požadavky nebo odkazy na obchodní firmy, názvy nebo jména a příjmení, specifická označení zboží a služeb, které platí pro určitou osobu, popřípadě její organizační složku za příznačné, patenty na vynálezy, užitné vzory, průmyslové vzory, ochranné známky nebo označení původu, pokud by to vedlo ke zvýhodnění nebo vyloučení určitých dodavatelů nebo určitých výrobků. Takový odkaz lze výjimečně připustit, není-li popis předmětu veřejné zakázky provedený postupem podle § 45 a 46 dostatečně přesný a srozumitelný. Zadavatel v takovém případě umožní pro plnění veřejné zakázky použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení.

15. Ztotožňuji se se závěrem Úřadu, že technické vlastnosti zateplovacího systému mohly být v zadávací dokumentaci konkrétně a srozumitelně definovány pomocí technických podmínek ve smyslu § 45 odst. 2 zákona, a to prostřednictvím fyzikálních veličin a parametrů stanovených na základě energetického auditu provedeného před zpracováním projektové dokumentace. Nebylo tedy nutné, aby zadavatel v zadávací dokumentaci odkazoval na specifická označení zboží, které platí pro určitou osobu za příznačné. Je proto nutno odmítnout tvrzení zadavatele, že uvedení zateplovacího systému STOMIX v zadávací dokumentaci vyplynulo z energetického auditu projektu a byly tak jasně stanoveny technické podmínky, které zadavatel požadoval po zhotoviteli. V této souvislosti považuji za důležité opětovně upozornit na chronologii jednotlivých kroků zadavatele podrobně popsanou v napadeném rozhodnutí. Ve zkratce poukazuji na skutečnost, že po zpracování energetického auditu objektu, který obsahoval jmenovitý výčet doporučených a vzájemně zastupitelných zateplovacích systémů, projektová

dokumentace stavby operuje již výhradně s jediným, konkrétně identifikovaným zateplovacím systémem, ke kterému se vztahují i veškeré následné kroky zadavatele. Zadavatel tedy mohl jednoznačně využít k identifikaci požadovaného systému parametry, ze kterých vycházel energetický audit.

16. Za správnost a úplnost zadávací dokumentace a za dodržování zákona nese plnou odpovědnost zadavatel. Zadavatel přitom ani v dokumentaci ani v průběhu řízení před Úřadem neuvedl důvod spojený s předmětem veřejné zakázky, který by při specifikaci předmětu veřejné zakázky ospravedlňoval odkaz na specifické označení zboží, které platí pro určitou osobu za příznačné. Neuvedl ani skutečnost, že nemohl k technickému popisu předmětu veřejné zakázky použít způsoby uvedené v § 45 a § 46 zákona. Nebyly tedy splněny základní podmínky dle § 44 odst. 9 zákona pro použití tohoto odkazu na specifická označení zboží, které platí pro určitou osobu za příznačné.

17. V souvislosti s tvrzením zadavatele, že § 44 odst. 9 zákona nebyl porušen, neboť uvedení zateplovacího systému STOMIX v zadávací dokumentaci nevede ke zvýhodnění nebo vyloučení některých dodavatelů, ale pouze garantuje dodržení závěrů energetického auditu, uvádím, že skutková podstata správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona je naplněna i pokud jednání zadavatele má pouze potenciál podstatně ovlivnit výběr nabídky, aniž by k tomuto ovlivnění nutně došlo.

18. S ohledem na výše uvedené je rovněž nutno odmítnout tvrzení zadavatele, že § 44 odst. 9 zákona nebyl jeho postupem porušen, neboť v zadávací dokumentaci je konstatováno, že veškeré odkazy na jednotlivá obchodní jména, zvláštní označení výrobků, které platí pro určitou organizační jednotku za příznačná, jsou doporučující požadavky zadavatele, který ale umožňuje použít i obdobná řešení. Tvrzení zadavatele totiž nezohledňuje skutečnost, že možnost použití označení konkrétního výrobku je ze zákona vázána pouze na situaci, kdy by popis předmětu veřejné zakázky provedený postupem dle § 45 a § 46 zákona nebyl dostatečně přesný a srozumitelný. V šetřeném případě však předmět veřejné zakázky bylo nade vší pochybnost možno definovat pomocí technických specifikací ve smyslu § 45 a § 46 zákona, jak vyplývá z dotčeného energetického auditu. Námitky zadavatele tak jsou zcela irelevantní.

19. Zadavatel v rozkladu dále poukazuje na finanční úsporu při použití zateplovacího systému STOMIX, což dokládá srovnáním s jinou veřejnou zakázkou s obdobným předmětem plnění, kterou zadavatel zadal, a při níž bylo použito jiného zateplovacího systému. K tomu uvádím, že zadavatelem nabízené srovnání nemá žádnou vypovídací hodnotu a relevanci pro posouzení šetřeného případu, neboť zadavatel argumentuje pouze rozdílem mezi rozpočtem projektanta a vítěznou nabídkovou cenou zhotovitele, a to v rámci dvou různých zadávacích řízení. Objektivního srovnání by v tomto případě bylo možné dosáhnout pouze srovnáním v rámci jednoho zadávacího řízení na základě stejných zadávacích parametrů a při použití jednotlivých zateplovacích systémů.

20. K tvrzení zadavatele, že předmětná veřejná zakázka se na základě výše nabídkové ceny vítězného uchazeče dostává do režimu zakázek malého rozsahu, uvádím následující. Ustanovení § 26 odst. 5 zákona stanoví, že zahájí-li veřejný zadavatel zadávání veřejné zakázky malého rozsahu postupem platným pro zadávání podlimitní veřejné zakázky, postupuje podle ustanovení platných pro zadávání podlimitní veřejné zakázky. Pro postup zadavatele je přitom podle zákona rozhodující předpokládaná hodnota veřejné zakázky (srovnej § 12 zákona), tedy částka, která byla v tomto případě cena stanovena

projektantem v rozpočtu stavby ve výši 6 658 000,- Kč. Podle této částky pak byl zákonný finanční limit 6 000 000,- Kč pro stavební zakázku malého rozsahu překročen, a tedy se v šetřeném případě o zakázku malého rozsahu nejedná. Pro úplnost uvádím, že zadavatel sám ve výzvě k podání nabídek výslovně uvedl, že se jedná o výzvu podle § 38 zákona, přičemž toto ustanovení se vztahuje ke zjednodušenému podlimitnímu řízení.

21. K sankci a její výši uvádím, že jsem setrval na závěru, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Neshledal jsem tedy důvod pro snížení pokuty nebo upuštění od ní. Při stanovení výše pokuty odkazuji na odůvodnění napadeného rozhodnutí, přičemž zdůrazňuji, že částka je relativně nízká vzhledem k závažnosti porušení zákona, kterým došlo k vyloučení soutěžního prostředí a tedy nemožnosti výběru dodavatele s objektivně nejvýhodnějšími podmínkami pro realizaci předmětné veřejné zakázky.

V. Závěr

22. 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.

23. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody pro zrušení či změnu napadeného rozhodnutí, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

P o u č e n í

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

Ing. Martin Pecina, MBA
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Statutární město Přerov, Bratrská 34, 750 11 Přerov

2. PSS Přerovská stavební a. s., Skopalova 2861/7, 750 02 Přerov

3. spis.

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce