



UOHSX0012RF7

Č. j.: R140/2008/VZ-116/2009/310/ASc

V Brně dne 1. dubna 2009

Ve správním řízení o rozkladu doručeném dne 17.7.2008 zadavatelem

- **Statutárním městem Zlín, IČ 00283924, se sídlem nám. Míru 12, 761 40 Zlín**, zast. primátorkou PhDr. Irenou Ondrovou, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 14.4.2008 JUDr. Milanem Zápotočným, advokátem, se sídlem AK Telčská 7, 586 01 Jihlava,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 24.6.2008, č. j. S110/2008/VZ-09642/2008/530/RP, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Statutárního města Zlín, IČ 00283924, se sídlem nám. Míru 12, 761 40 Zlín, učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Zajištění dodávek a vybraných činností v oblasti informačních a komunikačních technologií pro Statutární město Zlín**“ formou otevřeného řízení podle zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jejíž oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 14.4.2006 pod ev. č. 50020446, ve znění oprav uveřejněných dne 24.4.2006 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 15.4.2006 pod ev. č. 2006/S 74-077348, ve znění oprav uveřejněných dne 25.4.2006, ve kterém jsou dalšími účastníky správního řízení společnost

- **IMPROMAT-COMPUTER s. r. o., IČ 46992308, se sídlem Tř. T. Bati 5267, 762 02 Zlín**, zast. jednatelem RNDr. Petrem Koželou,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 24.6.2008, č. j. S110/2008/VZ-09642/2008/530/RP,

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. Statutární město Zlín, IČ 00283924, se sídlem nám. Míru 12, 761 40 Zlín, zast. primátorkou PhDr. Irenou Ondrovou, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 14.4.2008 JUDr. Milanem Zápotočným, advokátem, se sídlem AK Telčská 7, 586 01 Jihlava (dále jen „zadavatel“), vyhlásil zadání veřejné zakázky „Zajištění dodávek a vybraných činností v oblasti informačních a komunikačních technologií pro Statutární město Zlín“ formou otevřeného řízení podle zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), jejíž oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 14.4.2006 pod ev. č. 50020446, ve znění oprav uveřejněných dne 24.4.2006 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 15.4.2006 pod ev. č. 2006/S 74-077348, ve znění oprav uveřejněných dne 25.4.2006.
2. Zadavatel obdržel nabídky od dvou uchazečů, přičemž jako nejvhodnější vybral nabídku uchazeče IMPROMAT-COMPUTER s. r. o., IČ 46992308, se sídlem Tř. T. Bati 5267, 762 02 Zlín, zast. jednatelem RNDr. Petrem Koželou (dále jen „vybraný uchazeč“). Následně dne 27.7.2006 zadavatel a vybraný uchazeč uzavřeli na plnění předmětné veřejné zakázky „rámcovou smlouvu na dodávky HW komponent včetně příslušného programového vybavení“ a dále pak dne 31.6.2006 smlouvu „o poskytování služeb v rámci outsourcingu vybraných činností v oblasti informačních a komunikačních technologií pro Statutární město Zlín“.
3. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“) obdržel od Policie ČR dopis s žádostí o prošetření postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky a následného odběru výpočetní techniky. Po vyžádání dokumentace o zadání předmětné zakázky, včetně fakturace, zahájil orgán dohledu správní řízení z vlastního podnětu. O těchto skutečnostech seznámil účastníky správního řízení dopisem spolu s výzvou k vyjádření. Oznámení o zahájení správního řízení bylo doručeno oběma účastníkům dne 9.4.2008 a tímto dnem bylo podle § 96 odst. 2 zákona správní řízení zahájeno.

Napadené rozhodnutí

4. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal orgán dohledu dne 24.6.2008 rozhodnutí č. j. S110/2008/VZ-09642/2008/530/RP, kterým ve výroku I. konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu ve smyslu § 102 odst. 1 písm. b) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 48 odst. 1 zákona, neboť v zadávací dokumentaci nebyl správně vymezen předmět veřejné zakázky. Dále porušil zákaz stanovený v § 48 odst. 6 zákona v návaznosti na § 49 odst. 2 zákona tím, že odkazoval v zadávací dokumentaci na specifická označení výrobků, konečně nedodržel postup stanovený v § 25 odst. 1 zákona, neboť při vymezení obratu jako úrovně finanční a ekonomické způsobilosti uchazečů se dopustil porušení zásady nediskriminace. Tyto nesprávné postupy zadavatele mohly podstatně ovlivnit hodnocení nabídek. Za spáchání výše uvedených správních deliktů orgán dohledu uložil zadavateli pokutu ve výši 300 000,- Kč.
5. Ve výroku II. tohoto rozhodnutí orgán dohledu zakázal plnění z „rámcové smlouvy na dodávky HW komponent včetně příslušného programového vybavení“ do osmi měsíců

od právní moci rozhodnutí. Ve výroku III. tohoto rozhodnutí uložil orgán dohledu zadavateli uhradit paušální částku nákladů řízení ve výši 1000,- Kč.

6. V odůvodnění rozhodnutí týkající se rozsahu předmětu plnění orgán dohledu uvedl, že i když nezná zadavatel přesné množství dodávek, event. služeb, musí definovat dodávku na základě předpokládaného celkového množství, jinak by se jednalo o „imaginární soutěž“. Přes všechny obtížné otázky související s rychlým vývojem v oblasti informačních technologií, zadavatel nesmí opomenout vymezení předmětu veřejné zakázky, jinak by nebyla splněna zákonná povinnost vymezení předmětu v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. V tomto specifickém případě takto měl učinit např. pomocí výstupů nebo parametrů určitého systému „v čase“ a ponechat na uchazečích, jakými prostředky požadovaných výstupů dosáhnout.
7. K definici předmětu plnění orgán dohledu uvedl, že pokud to není odůvodněno předmětem veřejné zakázky, nesmí zadávací dokumentace mj. obsahovat specifická označení výrobků a služeb, resp. technické specifikace nesmí být stanoveny tak, aby určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely překážky pro mezinárodní obchod. V zadávací dokumentaci je však požadována specifikace prostřednictvím procesoru Intel Celeron nebo Intel Pentium u stolních počítačů, obdobně u požadovaných notebooků. V tomto případě nebylo možno použít výjimky, zpravidla zákazu na uvádění odkazu na konkrétní značky. Konkrétní odkaz vede k obtížnému nebo až nemožnému prokázání shody řešení jiného výrobce (dodavatele) s výrobkem nebo řešením podle zadavatelem požadované značky.
8. Pro prokázání finanční a ekonomické způsobilosti zadavatel požadoval doložení výše konsolidovaného obrátu ve výši 300 000 000,- Kč za předcházející tři účetní období, a to za každé období. Ve směru k hodnotě veřejné zakázky 45 000 000,- Kč za čtyři roky trvání smlouvy, je více než dvacetkrát vyšší hodnotou než je roční hodnota veřejné zakázky. Takto došlo k porušení zásady přiměřenosti tohoto parametru k charakteru předmětu veřejné zakázky. Tím byla naplněna skutková podstata zakázané skryté formy diskriminace, neboť zadavatel mohl znemožnit některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku stanovením zjevně nepřiměřených kvalifikačních předpokladů ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky.
9. S ohledem na dříve uváděné porušení zákona, uložil orgán dohledu zadavateli sankci. K odůvodnění její výše uvedl, že zvláště škodlivé následky nastaly tím, že zadavatel omezil konkurenci a dopustil se diskriminace potencionálních dodavatelů veřejné zakázky. Na druhé straně zohlednil komplikovanost předmětu veřejné zakázky a uložil pokutu ve výši cca 14 % její maximální možné výše.
10. K uložení nákladů řízení přistoupil orgán dohledu proto, že příslušné předpisy stanoví povinnost uhradit jejich paušální výši v případě, že zadavatel vyvolal správní řízení porušením svých právních povinností.

II. Námitky rozkladu

11. Dne 17.7.2008 podal zadavatel proti výše uvedenému rozhodnutí rozklad. Uvedl v něm, že je přesvědčen, že při zadávání veřejné zakázky neporušil ust. § 48 odst.6 v návaznosti na § 49 odst. 2 zákona, neboť technické specifikace nevytvářely překážky pro mezinárodní obchod a nezaručovaly žádným dodavatelům konkurenční výhody.

Nesouhlasí s názorem orgánu dohledu, že by se jednalo o případ, kdy nešlo obecným způsobem předmět plnění specifikovat. Tvrdí, že použití odkazu na platformu „Intel“ znamenalo totéž, jako kdyby odkázal na platformu „AMD“ a že v zadávací dokumentaci navrhoval pouhé modelové řešení a minimální standardy, čímž umožňoval dodávku kvalitativně lepších výrobků. Konečně, že odkaz na benchmarky nemohl použít, neboť se více rozšířily, standardizovaly a začaly používat až v roce 2007.

12. Zadavatel dále uvádí, že považuje nastavení kvalifikačního kritéria – obrat uchazeče ve výši nejméně 300 mil. Kč za každé jedno účetní období s ohledem na hodnotu zakázky ve výši 45 mil. Kč za čtyři roky trvání smlouvy, za odpovídající přiměřeně druhu, rozsahu a složitosti veřejné zakázky, tj. v souladu se zákonem. Nastavení tohoto kritéria je zcela na úvaze zadavatele, jeho přiměřenost dosud orgán dohledu vykládal vždy jen ve vztahu k jednotlivé veřejné zakázce, bez obecného vymezení exaktní míry přiměřenosti. Zadavatel je dle předmětu své činnosti zcela závislý na trvalém a bezproblémovém fungování své celkové IT infrastruktury. Tato veřejná zakázka je pro něj stěžejní a specifická tím, že bylo při ní použito institutu outsourcingu. Při něm je běžné, že dodavatel na počátku daného období musí nést podstatnou část prvotních nákladů z jeho zdrojů, proto musí vykazovat vlastní silné finanční zázemí až do doby, než výnosy z poskytování služeb přesáhnou náklady. Z toho pak vyvozuje, že požadavek na prokázání obratu nebyl diskriminační. Konečně uvádí, že většina dodavatelů byla schopna splnit požadované kritérium obratu (konkrétně 9 ze 17-ti uchazečů), čímž je i prokázáno, že v rámci zadávacího řízení byla zachována soutěž, nedošlo k diskriminaci dodavatelů, přičemž výše obratu ve vztahu k potencionálním dodavatelům neměla, resp. nemohla mít význam na podání nabídek ani jejich hodnocení.
13. Zadavatel k části rozhodnutí orgánu dohledu, o tom, že předmět zakázky nebyl řádně vymezen, uvádí, že s ohledem na situaci o možné proměnlivosti informačního a technického vývoje a jeho potřeb v návaznosti na úkoly plynoucí mj. z obecně závazných právních předpisů, hodlal uzavřít pouze rámcovou smlouvu formou modelového zadání a tu realizovat, resp. konkretizovat dle skutečně nastalé situace, jako veřejné zakázky malého rozsahu, ve smyslu ust. § 6 zákona. To učinil i z toho důvodu, že v oblasti náhradních dílů, spotřebního a doplňkového materiálu není možné provést specifikaci, resp. ji předvídat.

III. Řízení o rozkladu

14. 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.
15. Orgán dohledu tím, že svým rozhodnutím č. j S110/2008/VZ-09642/2008/530/RP, ze dne 24.6.2008 rozhodl o porušení zákona, uložil zadavateli pokutu ve výši 300 000,- Kč za spáchání výše specifikovaných správních deliktů, uložil nápravné opatření a náhradu nákladů řízení, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se ztotožnil.

IV. K námitkám rozkladu

K definici předmětu plnění

16. Především k problematice porušení ust. § 48 odst. 6 v návaznosti na § 49 odst. 2 zákona uvádím, že předpokladem aplikace těchto ustanovení je nemožnost specifikovat obecným způsobem předmět plnění veřejné zakázky. Tato problematika již byla zargumentována v rozhodnutí orgánu dohledu. S těmito závěry se v právní rovině ztotožňuji. Nová námitka v řízení o rozkladu, že poukaz na platformu Intel znamenal totéž jako odkaz na platformu AMD ji nevyvrací a i při vědomí obtížnosti specifikace, resp. srovnání obou procesorů, ji naopak spíše potvrzuje. Už požadavek na konkrétní procesor je potenciaálně diskriminační vůči druhému a např. předurčuje nutnost použití určitých komponent hardwaru. Za zcela zásadní okolnost však považuji skutečnost, že benchmarky jsou mezi uživateli výpočetní techniky obecně známy řádově deset let. Speciálně pak poukazuji na vyjádření Evropské komise uvedené pod č. j. IP/04/1210 z 13.10.2004 ohledně nutnosti používání benchmarků při vymezení předmětu veřejné zakázky a to namísto odkazů na výrobky, jež jsou diskriminační. Existence či neexistence praxe, (resp. její četnost a šíře) v uvádění odkazů na ně v době zadávání veřejné zakázky nehovoří nic o tom, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem. V době zadání veřejné zakázky byly známy a zadavatel měl možnost jejich použití. Obdobně poukaz zadavatele, že technická úroveň dodávek byla součástí hodnocení, z čehož vyplývá, že dodavatelé mohli použít i jiná řešení, je pouze dílem správná. Tyto odkazy byly použity na určité součástky, které měly být součástí dodávaného zboží. Ani z okolnosti, že technická úroveň byla kritériem hodnocení nabídek, nelze bez dalšího dovodit nebo dokonce prokázat, že předmět veřejné zakázky byl vymezen v souladu se zákonem.

K problematice výše obrátu jako kritéria ekonomické a finanční výhodnosti

17. K problematice výše obrátu uvádím, že souhlasím s tím, že je nutné brát v úvahu zejména význam a povahu předmětu veřejné zakázky. Tuto skutečnost také orgán dohledu při úvaze o přiměřenosti požadavku na obrát správně zohlednil v napadaném rozhodnutí. Pokud se týká otázky možného vlivu obrátu na okruh uchazečů o zakázku, je třeba uvést, že pro rozhodování o tom, zda se zúčastnit výběrového řízení nebo nikoli má zcela jistě tento parametr vliv, resp. nelze vyloučit, že se z tohoto důvodu někteří dodavatelé rozhodnou nabídku nepodat. Úvahy na téma, zda někteří dodavatelé mohou mít, resp. měli k dispozici zadávací dokumentaci právě této veřejné zakázky, aniž si ji oficiálně vyzvedli od zadavatele, v této souvislosti nepovažuji za relevantní. Uzavírám proto, že je správné posuzovat parametr výše obrátu, jako kritérium finanční a ekonomické způsobilosti uchazečů, vždy s ohledem na danou jednotlivou veřejnou zakázku, dle kritérií podle druhu, rozsahu a složitosti veřejné zakázky. V této věci ale byla nastavená výše konsolidovaného obrátu (minimálně 300 mil. Kč za každé jedno účetní období v předchozích třech účetních obdobích, s ohledem na hodnotu zakázky 45 mil. Kč za čtyři roky, tj, 11,5 mil/rok), nepřiměřeně tomuto zákonnému ustanovení. Na tom nic nemění ani zvolená forma outsourcingu, která prakticky může znamenat zvýšení potřeby vlastních prostředků uchazeče na přibližně 23 mil. Kč za první dva roky plnění veřejné zakázky.

K vymezení rozsahu předmětu plnění

18. Argumentaci zadavatele ohledně části rozhodnutí orgánu dohledu o nejasně vymezeném předmětu dodávky, musím považovat za účelovou. Tvrzení, že se jednalo o „modelové řešení“ a že spotřební a doplňkový materiál a také servisní služby či náhradní díly bude vlastně zadavatel poptávat (či zamýšlel poptávat) jako zakázky malého rozsahu, které bude zadávat v průběhu platnosti rámcové smlouvy, je liché. V průběhu šetření této věci bylo jasně písemnými doklady – mj. fakturami prokázáno, že zboží zadavatel odebíral přímo na základě rámcové smlouvy od vybraného dodavatele a nikoli, že by některé jednotlivé dodávky „zadával“ jako veřejné zakázky malého rozsahu ve smyslu ust. § 6 zákona. Nadto uvádím, že názor zadavatele, že v rámcové smlouvě jsou obsaženy i zakázky malého rozsahu není logicky doložen či doložitelný vůbec a zadavatel pro toto tvrzení neuvedl žádné argumenty.
19. Uzavírám tedy, že orgán dohledu postupoval správně, když rozhodl, že se zadavatel dopustil správních deliktů podle § 102 odst. 2 písm. b) zákona a uložil mu sankci. V rámci řízení o rozkladu jsem pak neshledal žádnou skutečnost, která by odůvodňovala zadavatelem navrhované zastavení řízení a zrušení napadeného rozhodnutí.

V. Závěr

20. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že orgán dohledu postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zastavení řízení či zrušení napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu. Vzhledem k výše uvedenému, 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. JUDr. Milan Zápotočný, advokát, AK Telčská 7, 586 01 Jihlava
2. IMPROMAT-COMPUTER s. r. o., Tř. T. Bati 5267, 762 02 Zlín
3. spis.

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce