ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

R O Z H O D N U T Í

UOHSX001GVBX

Č.j.: ÚOHS-S274/2009/VZ-14853/2009/510/MOn V Brně dne 16. prosince 2009

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 21. 10. 2009 z moci úřední, ve věci ve věci spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) cit. zákona, jehož účastníky jsou:

- zadavatel − obec Horoušany, IČ 002 40 206, se sídlem Lipová 5, 250 82 Horoušany, zastoupená Janem Bohuňkem, starostou,

- vybraný uchazeč – obchodní společnost LANATES, s. r. o., IČ 282 21 290, se sídlem Koněvova 2660/141, 130 83 Praha 3, za niž jedná Ladislav Csemez, jednatel,

ve veřejné zakázce „Rekonstrukce a přístavba budovy MŠ“ zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení výzvou ze dne 20. 1. 2009 pěti zájemcům o veřejnou zakázku, **rozhodl takto:**

I.

Zadavatel obec Horoušany se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) cit. zákona o veřejných zakázkách tím, že porušil zákaz stanovený v § 44 odst. 9 citovaného zákona o veřejných zakázkách, 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.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného v bodě I. se zadavateli – obci Horoušany podle § 120 odst. 2 písm. a) cit. zákona o veřejných zakázkách **ukládá**

pokuta ve výši 70 000,-- Kč (sedmdesát tisíc korun českých).

Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-24825621/0710, konstantní symbol 1148, variabilní symbol 2740950001.

O d ů v o d n ě n í

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „Úřad“ a „zákon“), obdržel podnět Úřadu regionální rady regionu soudržnosti Střední Čechy k prošetření postupu obce Horoušany, IČ 002 40 206, se sídlem Lipová 5, 250 82 Horoušany, zastoupené Janem Bohuňkem, starostou (dále jen „zadavatel“), při zadávání podlimitní veřejné zakázky „Rekonstrukce a přístavba budovy MŠ“ ve zjednodušeném podlimitním řízení zadávaném výzvou ze dne 20. 1. 2009 pěti zájemcům o veřejnou zakázku, na jehož základě zadavatel uzavřel dne 17. 4. 2009 smlouvu o dílo se společností LANATES, s. r. o., IČ 282 21 290, se sídlem Koněvova 2660/141, 130 83 Praha 3, za niž jedná Ladislav Csemez, jednatel (dále jen „LANATES“).

Na základě obdrženého podnětu si Úřad od zadavatele vyžádal dokumentaci o veřejné zakázce. Po přezkoumání předložených podkladů Úřad získal pochybnosti o zákonnosti úkonů zadavatele, spočívající zejména v tom, že zadavatel v zadávací dokumentaci použil ke specifikaci části předmětu veřejné zakázky odkazy na označení výrobků nebo materiálů, které jsou pro určité osoby příznačné, ačkoliv to nebylo odůvodněno předmětem veřejné zakázky, a proto zahájil správní řízení z moci úřední.

Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:

- zadavatel,
- vybraný uchazeč – obchodní společnost LANATES.

Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-S274/2009/VZ-13321/2009/510/MO ze dne 19. 10. 2009. Usnesením č. j. ÚOHS-S274/2009/VZ-13398/2009/510/MOn ze dne 19. 10. 2009 Úřad účastníkům řízení stanovil lhůty, ve kterých byli oprávněni navrhovat důkazy a činit jiné návrhy, vyjádřit své stanovisko v řízení, resp. vyjádřit se k podkladům pro rozhodnutí.

Zadavatel se ve správním řízení vyjádřil dopisem č. j. 370/2009 ze dne 26. 10. 2009, ve kterém mj. uvádí následující.

Zadavatel má za to, že ve výkazu výměr nejsou uvedeny odkazy na obchodní názvy osob, ani specifická označení zboží v rozsahu, ve kterém by to vedlo ke zvýhodnění nebo vyloučení určitých dodavatelů nebo určitých výrobků. V této souvislosti zadavatel odkazuje

na vyjádření autora projektové dokumentace doc. Ing. Jana Paška, Ph.D., a uvádí, že pokud byly jednotlivé položky výkazu výměr konkretizovány, jednalo se o záměr:

a) definovat architektonický záměr stavby konkrétním výrobkem (tvarovým řešením, velikostí, barvou apod.) − např. střešní krytina,

b) definovat technické parametry výrobku (výkon, součinitel tepelné vodivosti, životnost atd.) a uvedené výrobky byly navrženy jako vzory technického standardu, jejichž parametry by případně jiné použité prvky nebo materiály měly mít na stejné nebo vyšší úrovni − např. kusová staviva, tepelné izolace, prvky vytápěcí soustavy apod.,

c) navrhnout stavebně technické provedení dílčí části stavby jako ucelený systém vzájemně kompatibilních prvků, nikoliv jako obecnou soustavu výrobků různých výrobců (mj. z hlediska životnosti resp. záruky) např. klempířské prvky na střeše, lehké příčky apod.,

aniž by bylo nutné obsáhle popisovat požadované parametry navržených prvků.

Skutečnost, že takto byla zadávací dokumentace (výkaz výměr) chápána i ze strany zájemců, potvrzuje dle zadavatele nakonec i nabídka vybraného uchazeče LANATES, obsahující jinou skladbu zboží, nežli je uvedeno ve výkazu výměr. Je tak zřejmé, že zadavatel pro plnění veřejné zakázky umožnil použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení.

Zadavatel má za to, že uvedení odkazů na specifická označení zboží v daném případě nevedlo ke zvýhodnění některého z dodavatelů, jak stanoví § 44 odst. 9 zákona. Zadavatel se domnívá, že svým postupem fakticky umožnil použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení pro plnění veřejné zakázky, než jak bylo stanoveno v zadávací dokumentaci. Postup zadavatele dle jeho vyjádření v daném případě neovlivnil a ani nemohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména zadávací dokumentace, nabídek uchazečů, vyjádření předloženého zadavatelem a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel v šetřeném případě nedodržel postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky a dopustil se správního deliktu. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení zákona

Podle § 44 odst. 1 zákona je zadávací dokumentace soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele, vymezujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Za její správnost a úplnost odpovídá zadavatel.

Dle § 44 odst. 9 zákona 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, či 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 zákona dostatečně přesný a srozumitelný. Zadavatel v takovém případě umožní pro plnění veřejné zakázky použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení.

Podle § 45 odst. 2 až 4 zákona se v případě veřejné zakázky na stavební práce technickými podmínkami rozumí souhrn všech technických popisů, které vymezují požadované technické charakteristiky a požadavky na stavební práce, a současně dodávky a služby související s těmito stavebními pracemi, jejichž prostřednictvím je předmět veřejné zakázky popsán jednoznačně a objektivně způsobem vyjadřujícím účel použití zamýšlený zadavatelem. Technické podmínky nesmí být stanoveny tak, aby určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely neodůvodněné překážky hospodářské soutěže. Zadavatel formuluje technické podmínky jedním ze způsobů uvedených v § 46 odst. 1, 2, 4 a 5 zákona.

Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu s uchazečem podle § 82 zákona.

Zjištění vyplývající z dokumentace

Zadavatel předmětnou veřejnou zakázku zadal ve zjednodušeném podlimitním řízení, zahájeném písemnou výzvou k podání nabídek, učiněnou dne 20. 1. 2009 pěti zájemcům, která byla současně uveřejněna na úřední desce zadavatele. Jako základní hodnotící kritérium zadavatel stanovil nejnižší nabídkovou cenu. Zadavatel ve stanovené lhůtě obdržel celkem 4 nabídky, přičemž 3 z nich splnily podmínku úplnosti z hlediska splnění zákonných požadavků a požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách. Zadavatel následně stanovil pořadí hodnocených nabídek podle výše nabídkových cen. Jako nejvhodnější zadavatel vybral nabídku uchazeče LANATES s nabídkovou cenou 9 807 649,-- Kč bez DPH, tj. 11 671 103,-- Kč vč. DPH, se kterým uzavřel dne 17. 4. 2009 smlouvu o dílo.

Z předložené dokumentace Úřad zjistil, že předmětem veřejné zakázky jsou stavební úpravy a přestavba stávající budovy bývalé malotřídní školy na mateřskou školu se zázemím v přízemí budovaného objektu a vybudování administrativních prostor ve 2. podlaží objektu. Přesný popis a požadavky na předmět veřejné zakázky je zřejmý z projektové dokumentace a z výkazu výměr, který tvoří přílohu zadávací dokumentace.

Úřad 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. Jedná se konkrétně o položky, uvedené dále formou přehledné tabulky, a to podle druhu prováděných stavebních prací (pozn. výčet takto specifikovaných položek je namátkový, neúplný, Úřad zde uvádí pro posouzení věci konkrétní příklady takto specifikovaných položek) .

Výkaz výměr pro stavbu
Rekonstrukce a přístavba mateřské školy, Horoušany čp. 12

podíl nákladů připadajících na využití objektu – mateřská škola

ozn.	JKSO	specifikace	m.j.	Počet m.j.
stěny a příčky				
67	311230058	zdivo z bloků Porotherm 44 P+D na MVC 2,5	m^3	5,8
68	311230052	zdivo z bloků Porotherm 30 P+D na MVC 2,5	m^3	7,5
73	342240012	zdivo z příčkovek Porotherm 11,5 P+D na MVC 2,5	m^2	120
74	317168131	překlad Porotherm 7/23,5/120	ks	3
78	317168111	překlad Porotherm 11,5/100	ks	5
zastřešení				
110	765310020	keramická pálená taška Francouzská 12	m^2	295
115	764551110	hladká krytina z povrchově upravených plechů typ Lindab	m^2	61
116	764551115	úžlabí z povrchově upravených plechů typ Lindab	bm	22
úpravy povrchů vnitřní				
121	783131301	penetrace stávajících omítek Sokrat	m^2	1172
izolace proti vodě a vlhkosti				
186	711140012	izolace modifikovanými pásy Radonelast	m^2	265
klempířské konstrukce				
197	764411310	oplechování okenních parapetů Lindab RŠ 250 mm	bm	44
199	764411920	lemování zdí šikmé střechy Lindab RŠ 400 mm	bm	43
200	764411222	dešťové žlaby půlkruhové Lindab RŠ 400 mm	bm	62
206	764351257	dešťové svody kruhové Lindab DN 120 mm	bm	18
kanalizace splašková a dešťová				
265	721251511	jímka na dešťovou vodu plastová válcová Replast JD 5 m^3	ks	1
zařizovací předměty				
291	54111015	vodní lázeň elektrická BML-66 EM nerez	ks	1
vytápění				
296	48417767	elektrokotel Dakon PTE 17	ks	2
297	48438724	akumulační nádoba Dražice NAD 500v1	ks	1
298	732331513	expanzní nádoba Expanzomat 25 l	ks	1
301	735156165	otopné ocelové deskové těleso Radik-Korado VK 10-6090	ks	6
302	735156170	otopné ocelové deskové těleso Radik-Korado VK 10-6180	ks	2

304	735156198	otopné ocelové deskové těleso Radik-Korado VK 20-6100	ks	3
307	735156203	otopné ocelové deskové těleso Radik-Korado VK 20-6200	ks	6
311	55121095	ventil radiátorový rohový Heimeier DN ½“	ks	26
315	55537975	prostorový regulátor teploty Honeywell CMZone CM67 Z	ks	1
316	733171103	trubky Rehau Rautherm S 17x2	bm	114
317	733171104	trubky Rehau Rautherm S 20x2	bm	68
319	733171106	trubky Rehau Rautherm S 32x2,9	bm	36
320	28600671	koncové připojení Rehau 17x250	ks	52

Výkaz výměr pro stavbu
Rekonstrukce a přístavba mateřské školy, Horoušany čp. 12

podíl nákladů připadajících na využití objektu – obecní úřad

ozn.	JKSO	specifikace	m.j.	Počet m.j.
stěny a příčky				
32	311230052	zdivo z bloků Porotherm 30 P+D na MVC 2,5	m^3	30,5
33	311230050	zdivo z bloků Porotherm 24 P+D na MVC 2,5	m^3	5,2
35	342240012	zdivo z příčkovek Porotherm 11,5 P+D na MVC 2,5	m^2	90
36	317168130	překlad Porotherm 7/23,5/75	ks	6
37	317168132	překlad Porotherm 7/23,5/150	ks	12
51	347551113	opláštění příček deskami Rigidur tl. 12,5 mm	m^2	110
zastřešení				
86	765310020	keramická pálená taška Francouzská 12	m^2	286
91	764551110	hladká krytina z povrchově upravených plechů Lindab	m^2	60
92	764551155	úžlabí z povrchově upravených plechů Lindab	bm	21
výplně otvorů				
132	766620056	okno střešní Velux pro odvod kouře s motorem a řídící jednotkou, GGU 0073G40, 1140/1178	ks	2
izolace tepelné a akustické				
141	713172280	izolace stropu z rohoží Rockwool tl. 180 mm vodorovná do trámů krovu	m^2	375
142	713172210	izolace stropu z rohoží Rockwool tl. 40 mm vodorovná do roštu podhledu	m^2	375

143	713172275	izolace podlahy z rohoží Rockwool tl. 60 mm volně položená	m^2	270
144	713132210	izolace stěn z desek Styrodur tl. 100 mm, lepící tmel + hmoždinky	m^2	16
147	713451510	izolace sádrokartonových příček tl. 100 mm – Rockwool tl. 50 mm	m^2	179
klempířské konstrukce				
160	764411310	oplechování okenních parapetů Lindab RŠ 250 mm	bm	16
162	764411920	lemování zdí šikmé střechy Lindab RŠ 400 mm	bm	42
163	764411222	dešťové žlaby půlkruhové Lindab RŠ 400 mm	bm	61
169	764351257	dešťové svody kruhové Lindab DN 120 mm	bm	17
kanalizace splašková a dešťová				
219	721251511	jímka na dešťovou vodu plastová válcová Replast JD 5 m^3	ks	1
vytápění				
236	28600267	přímotop elektrický deskový NOBO Bali E4E 40/45	ks	10
237	28600268	přímotop elektrický deskový NOBO Bali E4E 40/60	ks	7
238	28600269	přímotop elektrický deskový NOBO Bali E4E 40/75	ks	4
239	28600270	přímotop elektrický deskový NOBO Bali E4E 40/110	ks	6
elektroinstalace				
262	57561535	řídící jednotka KFX 100 pro ovládání oken Velux	ks	1

Závěry Úřadu

Jak vyplývá z ustanovení § 44 odst. 9 zákona, pokud to není odůvodněno předmětem veřejné zakázky, nesmí zadávací dokumentace obsahovat odkazy nebo specifická označení (dále jen „odkaz“ nebo „název“), pokud by to vedlo ke zvýhodnění nebo vyloučení určitých dodavatelů nebo určitých výrobků. Takový odkaz nebo název lze připustit pouze výjimečně v případě, že by vymezení předmětu veřejné zakázky provedené technickým popisem nebylo dostatečně přesné a srozumitelné. V takovém případě zadavatel musí pro plnění veřejné zakázky umožnit použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení. Uvedené ustanovení zákona je transpozicí čl. 23 odst. 8 směrnice č. 2004/18/ES Evropského parlamentu a Rady o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby, podle kterého technické specifikace nesmějí – pokud nejsou odůvodněny předmětem zakázky – odkazovat na určitou výrobu nebo zdroj nebo na konkrétní postup nebo na obchodní značky, patenty, typy nebo určitý původ či výrobu, což by mělo za důsledek zvýhodnění nebo vyloučení určitých podniků nebo určitých výrobků. Takový odkaz je výjimečně povolen, pokud není možný dostatečně přesný a srozumitelný popis předmětu zakázky podle odst. 3 a 4 téhož článku směrnice; takový odkaz musí být doprovázen slovy „nebo stejného druhu“.

Z textů obou právních norem vyplývá, že položky zadávací dokumentace, specifikující předmět veřejné zakázky:

1. je-li to odůvodněno jejich předmětem, mohou obsahovat odkaz nebo název; zadavatel však v takovém případě musí s ohledem na § 45 odst. 3 zákona (podle kterého nesmí být technické podmínky stanoveny tak, aby určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely neodůvodněné překážky hospodářské soutěži) připustit technicky a kvalitativně obdobné řešení, pokud je to možné; pokud to možné není, zadavateli taková povinnost nevzniká,

2. výjimečně, pokud zadavatel není schopen jejich předmět specifikovat pomocí technických podmínek ve smyslu §§ 45 a 46 zákona, mohou obsahovat odkaz nebo název, zadavatel v takovém případě musí u těchto položek připustit použití i jiných kvalitativně a technicky obdobných řešení,

3. v ostatních případech zadavatel musí k jejich specifikaci 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, zadavatel v této souvislosti nemůže jako „pomůcku“ připustit ani obdobné řešení, neboť to je podle zákona vázáno pouze a výlučně na situaci popsanou pod bodem 2. (pozn. obdobně to platí i pro uvozování názvu nebo odkazu pomocí „např., apod.“...).

Pokud Úřad bude vycházet z obecných zásad zadávacího řízení uvedených v § 6 zákona, resp. s ohledem na možnost případného přezkumu úkonů zadavatele, lze konstatovat, že specifikaci předmětu veřejné zakázky postupy uvedenými pod body 1. a 2. musí být zadavatel schopen patřičně odůvodnit a doložit.

V šetřeném případě zadávací dokumentace, resp. výkaz výměr, obsahuje jednotlivé položky, specifikované názvy nebo odkazy na konkrétní výrobky a materiály, přičemž příklady takových konkrétních odkazů jsou uvedeny ve výše uvedených tabulkách. Úřad k této skutečnosti konstatuje že 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 nedoložil a patřičně neodůvodnil. Zadavatel dokonce ani v rámci zadávací dokumentace v souvislosti s těmito položkami výslovně nepřipustil použití obdobných řešení.

Nelze se ztotožnit s tvrzením zadavatele, že pokud byly jednotlivé položky výkazu výměr konkretizovány, bylo tak učiněno z důvodu potřeby definovat architektonický záměr stavby, z důvodu potřeby definovat technické parametry výrobku, resp. z důvodu potřeby navrhnout stavebně technické provedení dílčí části stavby jako ucelený systém vzájemně kompatibilních prvků. Není totiž přípustné, aby zadavatel v zadávací dokumentaci např. z důvodu potřeby „definovat architektonický záměr stavby“ (jak zadavatel uvádí ve svém stanovisku – viz výše), po uchazečích požadoval dodávku střešní krytiny od jediného konkrétního výrobce střešních pálených tašek a tím zcela bezdůvodně vyloučil možnost dodávky střešních krytin od konkurenčních dodavatelů.

Rovněž nelze akceptovat použití odkazů na specifické výrobky konkrétních dodavatelů potřebou definovat technické parametry výrobků. K této argumentaci zadavatele Úřad uvádí, že v položkovém rozpočtu nezjistil žádnou položku, kterou by nebylo možno

s dostatečnou přesností a srozumitelností specifikovat pomocí technických podmínek ve smyslu §§ 45 a 46 zákona. Všechny položky rozpočtu lze naopak označit za zcela běžné (a to včetně položek, u kterých zadavatel ve výkazu výměr uvedl odkaz nebo název), se kterými se dodavatelé působící v oblasti provádění staveb běžně setkávají a ze své praxe je znají. V daném případě zadavatel ve výkazu výměr uvedl dokonce i konkrétní názvy takových typů výrobků, které jsou komerčně značně rozšířené a dostupné v běžné obchodní síti jako jsou např. elektrický kotel, střešní okno, elektrický přímotop, otopný radiátor, atd.

K argumentu zadavatele pro použití odkazů na specifické výrobky konkrétních dodavatelů v zadávací dokumentaci z důvodu „návrhu stavebně technického provedení dílčí stavby jako uceleného systému vzájemně kompatibilních prvků“ (např. zadavatelem uváděná hlediska životnosti a záruky klempířských prvků na střeše) Úřad uvádí, že hledisko životnosti stavebních prvků (např. klempířských prací na střeše objektu) je důležité při volbě materiálu a technologie při přípravě zadávací dokumentace. Nelze se však ztotožnit s názorem zadavatele, že z uvedeného důvodu bylo zapotřebí v dokumentaci požadovat např. lemování zdí, oplechování komínů, a dodávku žlabů a svodů Lindab. Lze totiž konstatovat, že o životnosti ani tak nerozhoduje, zda se jedná o systém toho, či onoho konkrétního dodavatele nebo výrobce klempířských prvků, ale rozhoduje zejména použitý materiál (např. zda se jedná o pozinkovaný plech, plech titanzinkový, plech měděný, apod.), příp. zda jsou klempířské práce provedeny konstrukčně správně. Pokud tedy zadavatel chtěl optimalizovat životnost klempířských prvků na střeše, měl specifikovat např. požadavek na použitý materiál a konstrukci klempířských prvků (např. požadavek na tvar a výšku lemování, tvar a rozměry svodů, konstrukci svodových a soklových kolen, konstrukci svodových kotlíků, atd.).

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.

Důsledkem této skutečnosti v šetřeném případě 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. To pro něj mohlo znamenat výhodnější podmínky, než jaké vyplynuly z nabídek, zpracovaných v části předmětu plnění pouze v omezeném spektru z celkové nabídky všech materiálů a výrobků, které poskytuje trh. 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.

V této souvislosti Úřad doplňuje, že zákon označuje za správní delikt nejen jednání, které prokazatelně ovlivnilo zadávací řízení, ale i takové jednání, které pouze mělo potenciál takového ovlivnění, aniž nutně k tomuto ovlivnění prokazatelně došlo, tedy tzv. ohrožovací

jednání, k jehož dovršení postačuje pouhé nenaplnění zájmu chráněného zákonem. Proto úvaha Úřadu nad případnými následky úkonů zadavatele je v této souvislosti legální součástí správního uvážení Úřadu a je pojmovou součástí skutkové podstaty spáchání správního deliktu.

Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že zadavatel 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. Postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a uzavřením smlouvy s uchazečem vybraným postupy, při kterých zadavatel výše uvedeným způsobem porušil zákaz daný zákonem, proto byla naplněna skutková podstata správního deliktu ve smyslu § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Na doplnění Úřad uvádí, že i kdyby bylo možno odkazů nebo značek v zadávací dokumentaci využít, zadavatel v podmínkách zadání nepřipustil alternativní řešení, a tudíž není třeba se vyjadřovat k přípustnosti odkazů na konkrétní značky nebo názvy v zadávací dokumentaci.

V této souvislosti Úřad k argumentaci zadavatele, že nabídka uchazeče LANATES obsahuje jinou skladbu zboží, než bylo uvedeno ve výkazu výměr, a je tedy dle zadavatele zřejmé, že zadavatel umožnil použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení pro plnění veřejné zakázky, uvádí následující. Z nabídky uchazeče LANATES Úřad zjistil, že tento uchazeč v oceněném položkovém rozpočtu u položky střešní krytiny uvedl místo zadavatelem stanovené krytiny „keramická pálená taška Francouzská 12“ krytinu téhož výrobce, avšak nepatrně odlišnou, konkrétně se jednalo o pálenou tašku s označením „Francouzská 14“, u položek týkajících se např. dodávky elektrokotlů, akumulační nádoby a přímotopů uvedený uchazeč nespecifikoval výrobce a typ a není tedy zřejmé, jaký konkrétní výrobek bude dodán.

Pro úplnost Úřad uvádí, že drobné odchylky „ve skladbě zboží“ v nabídce uchazeče LANATES mohly být zapříčiněny tím, že zadavatel v rámci projektové dokumentace v příloze „souhrnná zpráva“ mj. popisuje technické řešení stavby, zmiňuje i některé konkrétní položky, které jsou stanoveny obecněji, než v položkovém rozpočtu přičemž, v některých případech zadavatel odkazuje na specifické názvy výrobků konkrétních dodavatelů (např. právě pálená taška Francouzská 14, jak nabízí uchazeč LANATES ve své nabídce), kdy zadavatel uvádí, že se jedná o příklad dodávky požadovaného výrobku. V tom samém dokumentu zadavatel však odkazuje i na specifické názvy výrobků konkrétních dodavatelů, u kterých však již alternativní řešení nepřipouští (stejně jako v položkovém rozpočtu).

Úřad k uvedenému doplňuje, že při posuzování šetřené věci, přihlédl ve smyslu § 2 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů, i k pravomocnému rozhodnutím Úřadu č. j. S203/2008/VZ-14714/2008/510/če ze dne 11. 9. 2008, potvrzenému rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. R174/2008/02-24699/2008/310-Ku ze dne 5. 12. 2008, příp. rozhodnutí č. j. ÚOHS-S157/2009/VZ-8664/2009/520/JHl ze dne 7. 8. 2009 (viz sbírky rozhodnutí sekce veřejných zakázek na www.compet.cz), ve kterých se Úřad problematikou aplikace ustanovení § 44 odst. 9 zákona zabýval v souvislostech obdobného konkrétního případu.

Vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele Úřad uložil zadavateli pokutu, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

K uložení sankce

Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky nebo do 10 mil. Kč, pokud cena zakázky nebyla nabídnuta, jde-li o správní delikt podle odst. 1 písm. a) citovaného ustanovení zákona. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu, v šetřeném případě činí 11 671 103 vč. DPH. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny zakázky) tedy činí 583 555,-- Kč.

Podle § 121 odst. 2 zákona Úřad při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.

Z hlediska přiměřenosti sankce Úřad konstatuje, že nelze pominout skutečnost, že spáchání správního deliktu mohlo ovlivnit hodnocení a následně i výběr nejvhodnější nabídky ve veřejné zakázce o finančním objemu přesahujícím 11,5 mil. Kč. Obecně lze totiž konstatovat, že Úřad jako jedny z nejzávažnějších správních deliktů považuje ty, při kterých zadavatel svým nezákonným postupem omezí okruh dodavatelů, respektive ovlivní hodnocení a výběr nejvhodnější nabídky. Rovněž i nedodržení (příp. omezení) základních zásad zadávání veřejných zakázek – omezení zásady transparentnosti zadávacího řízení, rovného přístupu a nediskriminace zájemců a dodavatelů v zadávacím řízení je považováno za závažné správní delikty. Pokud by zadavatel nepožadoval konkrétní výrobky konkrétních dodavatelů, a ani v rámci zadávací dokumentace v souvislosti s těmito položkami výslovně nepřipustil použití obdobných řešení, nelze vyloučit, že by uchazeči mohli nabídnout jiná řešení shodných parametrů, ale za výhodnějších podmínek pro zadavatele.

Při zvažování výše výměry pokuty proto Úřad vycházel z následujících skutečností. Co se týče způsobu spáchání správního deliktu, nelze zadavateli odejmout odpovědnost za jeho spáchání, tedy odpovědnost zadavatele za zpracování zadávací dokumentace v souladu s § 44 a násl. zákona. Co se týče následků spáchání správního deliktu, nedodržení postupu stanoveného v zákoně mohlo mít v šetřeném případě z výše uvedených důvodů přímý vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Ve prospěch zadavatele při posuzování míry závažnosti správního deliktu Úřad v této souvislosti naopak zohlednil skutečnost, že úkony zadavatele nebyly v šetřeném případě důvodem pro to, aby vyzvaní zájemci nemohli podat nabídku. Úřad při určení výměry pokuty vycházel také z premisy, že uložená pokuta má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem a funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k chování, které je se zákonem v souladu. 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 možnostem zadavatele přiměřenou a dostačující.

Z hlediska výše pokuty vzal Úřad 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 v roce 2009 předpokládá příjmy ve výši cca 17 mil. Kč (viz rozpočty a jednotlivá rozpočtová opatření uveřejněná na internetových stránkách zadavatele) a uložená pokuta tak neohrozí jeho hospodaření. Pro úplnost Úřad uvádí, že z obsahu závěrečného účtu pro rok 2008 uveřejněného na internetových stránkách zadavatele vyplývá, že zadavatel měl ke dni 31. 12. 2008 na svém účtu finanční prostředky v celkové výši 14 382 734,-- Kč.

Před uložením pokuty Úřad ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona, a to, že odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán. V šetřeném případě došlo ke spáchání správního deliktu uzavřením smlouvy dne 17. 4. 2009. Z uvedených údajů tedy vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.

Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu přistoupil k uložení pokuty, neboť veřejná zakázka byla již realizována a nelze tak dosáhnout nápravy.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 7, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

Mgr. Kamil Rudolecký
místopředseda

otisk úředního razítka

Obdrží:

Obec Horoušany, Lipová 5, 250 82 Horoušany

LANATES, s. r. o., Koněvova 2660/141, 130 83 Praha 3

Vypraveno dne:

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