UOHSX00597LU

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S307/2013/VZ-23047/2013/521/VČe Brno 26. listopadu 2013

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 22. 5. 2013 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel - město Hodonín, IČO 00284891, se sídlem Masarykovo nám. 1, 695 35 Hodonín,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání následujících veřejných zakázek:

- „1) Parkovací plochy Bažantnice, I. etapa, 3. část, ulice Erbenova, Hodonín,

  2) Parkovací plochy Hodonín – Bažantnice I – 2. Etapa – ul. Křičkova,

  3) Hodonín – obnova hracích hřišť – II. Etapa“ zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy k podání nabídek ze dne 28. 3. 2012, na jejíž plnění byly uzavřeny tři smlouvy dne 26. 6. 2012,
- „Stavební úpravy MK Na Pískách, Hodonín“ zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy k podání nabídek ze dne 28. 3. 2012, na jejíž plnění byla uzavřena smlouva dne 22. 6. 2012,
- „Technická infrastruktura a parkovací stání ul. Horní Plesová, Hodonín“ zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy k podání nabídek ze dne 28. 3. 2012, na jejíž plnění byla uzavřena smlouva dne 22. 6. 2012,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – město Hodonín, IČO 00284891, se sídlem Masarykovo nám. 1, 695 35 Hodonín – se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že nedodržel postup stanovený v § 38 odst. 4 citovaného zákona, když ve veřejných zakázkách:

- „1) Parkovací plochy Bažantnice, I. etapa, 3. část, ulice Erbenova, Hodonín,

  2) Parkovací plochy Hodonín – Bažantnice I – 2. Etapa – ul. Křičkova,

  3) Hodonín – obnova hracích hřišť – II. Etapa“ zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy k podání nabídek ze dne 28. 3. 2012, na jejíž plnění byly uzavřeny tři smlouvy dne 26. 6. 2012,
- „Stavební úpravy MK Na Pískách, Hodonín“ zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy k podání nabídek ze dne 28. 3. 2012, na jejíž plnění byla uzavřena smlouva dne 22. 6. 2012,
- „Technická infrastruktura a parkovací stání ul. Horní Plesová, Hodonín“ zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy k podání nabídek ze dne 28. 3. 2012, na jejíž plnění byla uzavřena smlouva dne 22. 6. 2012,

vyzýval k podání nabídek opakovaně stejný okruh zájemců, a to společnost STRABAG a.s., odštěpný závod Brno, IČO 60838744, Tovární 3, 620 00 Brno, společnost VHS Břeclav s.r.o., IČO 42324149, Fűgnerova 1161/1, 690 64 Břeclav, společnost SWIETELSKY stavební s.r.o., odštěpný závod Dopravní stavby MORAVA, IČO 48035599, Jahodová ulice 60, 620 00 Brno, oblast Hodonín, Brněnská 42, 695 01 Hodonín, společnost STAVEBNÍ FIRMA PLUS s.r.o., IČO 26285363, Měšťanská 3992/109, 695 01 Hodonín, společnost Inženýrské stavby Hodonín, s.r.o., IČO 46983309, M. Benky 12, 695 35 Hodonín, aniž byl jeho postup odůvodněn předmětem plnění veřejné zakázky či jinými zvláštními okolnostmi, přičemž výše uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel již uzavřel smlouvy s jednotlivými vybranými uchazeči na realizaci výše uvedených veřejných zakázek.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se zadavateli – město Hodonín, IČO 00284891, se sídlem Masarykovo nám. 1, 695 35 Hodonín – **ukládá** podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

pokuta ve výši 250 000 Kč (dvě stě padesát tisíc korun českých).

Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, (dále jen „zákon“)[1] obdržel podnět k přezkoumání postupu zadavatele – město Hodonín, IČO

[1] Pozn.: Pokud je v textu rozhodnutí uveden odkaz na zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, jedná se vždy o znění účinné v době zahájení zadávání veřejné zakázky.

00284891, se sídlem Masarykovo nám. 1, 695 35 Hodonín (dále jen „zadavatel“) – při zadávání následujících veřejných zakázek:

- „1) Parkovací plochy Bažantnice, I. etapa, 3. část, ulice Erbenova, Hodonín,

  2) Parkovací plochy Hodonín – Bažantnice I – 2. Etapa – ul. Křičkova,

  3) Hodonín – obnova hracích hřišť – II. Etapa“ zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy k podání nabídek ze dne 28. 3. 2012 (dále jen „veřejná zakázka č. 1“), na jejíž plnění byly uzavřeny tři smlouvy dne 26. 6. 2012,
- „Stavební úpravy MK Na Pískách, Hodonín“ zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy k podání nabídek ze dne 28. 3. 2012 (dále jen „veřejná zakázka č. 2“), na jejíž plnění byla uzavřena smlouva dne 22. 6. 2012,
- „Technická infrastruktura a parkovací stání ul. Horní Plesová, Hodonín“ zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy k podání nabídek ze dne 28. 3. 2012 (dále jen „veřejná zakázka č. 3“), na jejíž plnění byla uzavřena smlouva dne 22. 6. 2012.

2. Zadavatel se v souladu s § 151 zákona nechal při výkonu práv a povinností podle zákona souvisejících se zadávacím řízením zastoupit jinou osobou – společností STILT PROJECTS s.r.o., IČO 28622294, se sídlem Dluhonská 1350/43, 750 02 Přerov.

3. Z dokumentace o předmětných veřejných zakázkách vyplývá, že zadavatel vyzval ve všech výše uvedených veřejných zakázkách k podání nabídky následující totožný okruh zájemců:

   - STRABAG a.s., odštěpný závod Brno, IČO 60838744, Tovární 3, 620 00 Brno (dále jen „STRABAG a.s.“),
   - VHS Břeclav s.r.o., IČO 42324149, Fűgnerova 1161/1, 690 64 Břeclav (dále jen „VHS Břeclav s.r.o.“),
   - SWIETELSKY stavební s.r.o., odštěpný závod Dopravní stavby MORAVA, IČO 48035599, Jahodová ulice 60, 620 00 Brno, oblast Hodonín, Brněnská 42, 695 01 Hodonín (dále jen „SWIETELSKY stavební s.r.o.“),
   - STAVEBNÍ FIRMA PLUS s.r.o., IČO 26285363, Měšťanská 3992/109, 695 01 Hodonín (dále jen „STAVEBNÍ FIRMA PLUS s.r.o.“),
   - Inženýrské stavby Hodonín, s.r.o., IČO 46983309, M. Benky 12, 695 35 Hodonín (dále jen „Inženýrské stavby Hodonín, s.r.o.“).

4. Dne 18. 9. 2012 obdržel Úřad podnět k přezkoumání postupu zadavatele při zadávání předmětných veřejných zakázek evidovaný pod sp. zn. P972/2012/VZ.

5. Na základě obdrženého podnětu Úřad přezkoumal dokumentaci pořízenou v souvislosti s předmětnými zadávacími řízeními, a protože po jejím posouzení získal pochybnosti o tom, zda zadavatel postupoval v souladu s § 38 odst. 4 zákona, když ve výše uvedených veřejných zakázkách vyzýval k podání nabídek opakovaně stejný okruh zájemců, zahájil správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

I. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

6. Účastníkem správního řízení je podle § 116 zákona zadavatel.

7. Zahájení správního řízení oznámil Úřad zadavateli dopisem č. j. ÚOHS-S307/2013/VZ-9251/2013/521/VČe ze dne 21. 5. 2013, ve kterém jej seznámil s pochybnostmi o zákonnosti postupu zadavatele. Usnesením č. j. ÚOHS-S307/2013/VZ-9274/2013/521/VČe ze dne 21. 5. 2013 Úřad zadavateli stanovil lhůtu, v níž mohl navrhovat důkazy, činit jiné návrhy či vyjádřit v řízení své stanovisko, a lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

8. Dne 22. 5. 2013, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno zadavateli, bylo podle § 113 zákona zahájeno správní řízení z moci úřední.

II. VYJÁDŘENÍ ZADAVATELE

9. Dne 6. 6. 2013 obdržel Úřad stanovisko zadavatele v daném správním řízení ze dne 5. 6. 2013, v němž uvádí, že případné porušení § 38 odst. 4 (v nynějším platném znění odst. 3) zákona nemůže v rámci zadávacích řízení zásadním způsobem ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť zájemci či dodavatelé poskytující stavební práce obdobného charakteru jako předmětné veřejné zakázky pravidelně a prakticky denně monitorují především elektronické komunikační prostředky, jimiž dochází ke zveřejnění výzvy k podání nabídky a prokázání kvalifikace, přičemž město Hodonín zveřejňuje tyto výzvy na profilu zadavatele a nad tuto zákonnou povinnost i na svých internetových stránkách, čímž umožňuje účastnit se zadávacího řízení předem neurčenému okruhu uchazečů. Zadavatel se domnívá, že v aktuální praxi při zadávání veřejných zakázek dodavatelé reagují již na výzvy zveřejněné přes výše označené komunikační kanály, a nikoli až na zaslání písemné výzvy, kterou zájemci obdrží z důvodu doručování písemností s časovým prodlením oproti zveřejnění výzvy na profilu zadavatele nebo internetových stránkách města.

10. Dále je zadavatel toho názoru, že samotné porušení § 38 odst. 4 zákona neznamená, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona a porušení zásad zadávacího řízení popsaných v § 6 zákona.

11. Závěrem zadavatel dodává, že administraci všech předmětných zadávacích řízení a přípravu veškerých podkladů pro rozhodování zadavatele prováděl externí subjekt na základě příslušné mandátní smlouvy. Zadavatel je přesvědčen, že k pochybení, které je mu kladeno za vinu, a jehož intenzita dle názoru zadavatele nedosahuje závažnosti správního deliktu, došlo v důsledku nedostatečného plnění smluvních povinností ze strany tohoto externího mandatáře a zadavatel aktuálně činí kroky vůči mandatáři ve směru zjištění přesných příčin stavu, který je popsán v oznámení o zahájení správního řízení.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

12. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o předmětných veřejných zakázkách, vyjádření zadavatele, a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání šetřených veřejných zakázek nepostupoval v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

13. Podle § 38 odst. 1 zákona veřejný zadavatel ve zjednodušeném podlimitním řízení vyzývá písemnou výzvou nejméně pět zájemců k podání nabídky a k prokázání splnění kvalifikace.

14. Podle § 38 odst. 4 zákona nesmí veřejný zadavatel ve zjednodušeném podlimitním řízení vyzývat opakovaně stejný okruh zájemců, není-li to odůvodněno předmětem plnění veřejné zakázky či jinými zvláštními okolnostmi.

15. Zadavatel v bodu 5. zadávací dokumentace k **veřejné zakázce č. 1**, v části „Technické parametry stavby ‚Parkovací plochy Bažantnice, I. etapa, 3. část, ulice Erbenova, Hodonín'" uvádí, že *„projekt řeší stavební úpravy stávající místní komunikace…, vybudování kolmých a podélných parkovacích stání podél stávající komunikace a chodníků (zčásti jde o nově navržené trasy, zčásti o stavební úpravy stávajících tras). … Navržené parkovací a odstavné plochy jsou určeny pro vozidla skupiny 1 podskupiny O2 (velké osobní automobily do dl. 5,0 m). Část parkovacích kolmých stání má délku 5,30 m, část parkovacích stání má délku zkrácenou na 4,50 m (v souladu s ČSN 736056) za podmínky, že je umožněn převis přídě nebo zádě vozidel přes okraj parkoviště v dl. 1,2 m*". Stavba je členěna na tyto stavební objekty: komunikace, přeložka kabelu NN a veřejné osvětlení.

16. V části „2) ‚Parkovací plochy Hodonín – Bažantnice I – 2. Etapa – ul. Křičkova' – Technický popis" bodu 5. zadávací dokumentace k veřejné zakázce č. 1 zadavatel uvádí, že tento *„Projekt řeší vybudování šikmých parkovacích stání podél stávající komunikace. Realizací návrhu dojde ke kultivaci stávajícího stavu zelených ploch, které jsou z velké části užívány k neorganizovanému parkování vozidel. Parkovací a odstavná stání jsou navržena pro skupinu 1, podskupinu O2 (velké osobní automobily), součástí návrhu je odpovídající počet parkovacích míst pro invalidy ve smyslu vyhlášky 398/2009 Sb. Podél stávající jednosměrné komunikace jsou navržena šikmá stání (45 stupňů). Stání má šířku 2,40 m a délku 5,20 m možný převis automobilů je 1,20 m. Stání pro invalidy má šířku 3,50 m. V dané lokalitě je navrženo 34 parkovacích stání, z toho 2 místa jsou vyhrazena pro invalidy.*" Stavba je rozdělena na tyto stavební objekty: komunikace, přeložka kabelu NN a veřejné osvětlení.

17. V části „3) Hodonín – obnova hracích hřišť – II. Etapa" bodu 5. zadávací dokumentace k veřejné zakázce č. 1 zadavatel uvádí, že stavba je rozdělena na 5 stavebních objektů: úprava stávajícího asfaltového hřiště, chodník, dětské hřiště, vybavení hřišť a ozelenění. V rámci úpravy stávajícího asfaltového hřiště zůstanou rozměry hřiště zachovány, *„po obvodu budou osazeny betonovými obrubami, vyrovnání podkladu i povrchová vrstva bude provedena asfaltovým betonem. U hřiště bude vybudována zpevněná plocha o rozměrech 6x1,5 m s obrubami po obvodu, dále zde budou osazeny 2 lavičky a 1 odpadkový koš.*"

18. Zadavatel vymezil v bodě 5. zadávací dokumentace k **veřejné zakázce č. 2** předmět veřejné zakázky jako *„celkovou rekonstrukci stávající nevyhovující komunikace Na Pískách a to z ul. Brněnské po S centrum /domov důchodců/ v Hodoníně. Objekty SO 01-08 v sobě zahrnují stavbu samotné komunikace včetně napojení všech dokumentací daných vjezdů a stavbu jednostranného chodníku. Stávající konstrukce vozovky bude odstraněna a bude vystavěna nová konstrukce tělesa komunikace s asfaltobetonovým povrchem, v celé délce je lemována betonovým silničním obrubníkem s dvouřádkem z žulové dlažby*". Dalšími stavebními objekty jsou kanalizace, veřejné osvětlení a vegetační a sadové úpravy.

19. V bodě 5. zadávací dokumentace k **veřejné zakázce č. 3** zadavatel vymezil předmět veřejné zakázky jako vybudování nových zpevněných ploch v lokalitě Horní Plesová sídliště Jihovýchod města Hodonín, rozdělených do těchto stavebních objektů: komunikace

a parkoviště – trasa B1; komunikace, parkoviště a chodníky – trasa B2, G; veřejné osvětlení; kanalizace; optické kabely; sadové úpravy. Dále zadavatel mimo jiné uvedl následující: *„Komunikace mezi ulicemi Měšťanská a Polní /trasa B1/ je navržena jako obousměrná komunikace šířky 6,0 m s asfaltovým povrchem a střechovitým příčným sklonem, s přilehlými parkovacími stáními s povrchem z malých žulových kostek o kapacitě 7 parkovacích míst. Tato komunikace pokračuje jako trasa B2 ve stejném šířkovém provedení, která následně navazuje na komunikace v ulici Vřesová. Trasy B1 a B2 jsou odděleny stávající asfaltovou komunikací v ul. Polní. V prostoru mezi ul. Polní, trasou B2, stávajícími panelovými domy v ul. Luční a objektem občanské vybavenosti /restaurace s bowlingem/ je navrženo parkoviště o kapacitě 51 parkovacích míst. Celková kapacita navržených parkovacích míst je 58, z toho 4 stání jsou určena pro osoby ZTP. Příjezdová komunikace k parkovacím stáním /trasa G/ má šířku 6,0 m s asfaltovým povrchem a střechovitým příčným sklonem. Komunikace jsou lemovány silničními obrubníky s výškou podstupnice 150 mm /u parkovacích stání 100 mm/ a betonovým vodícím proužkem.“*

20. Z dokumentace o předmětných veřejných zakázkách dále vyplývá, že zadavatel vyzval ve všech výše uvedených veřejných zakázkách k podání nabídky následující totožný okruh zájemců:

- STRABAG a.s.,
- VHS Břeclav s.r.o.,
- SWIETELSKY stavební s.r.o.,
- STAVEBNÍ FIRMA PLUS s.r.o.,
- Inženýrské stavby Hodonín, s.r.o.

21. Ze seznamu podaných nabídek na veřejnou zakázku č. 1 ze dne 13. 4. 2012 vyplývá, že zadavatel obdržel nabídky od těchto uchazečů:

1) STAVEBNÍ FIRMA PLUS s.r.o.,
2) Inženýrské stavby Hodonín, s.r.o.,
3) STRABAG a.s.,
4) SWIETELSKY stavební s.r.o.,

přičemž zadavatel uzavřel dne 26. 6. 2012 tři smlouvy na plnění veřejné zakázky č. 1 s vybraným uchazečem STRABAG a.s.

22. Ze seznamu podaných nabídek na veřejnou zakázku č. 2 ze dne 13. 4. 2012 vyplývá, že zadavatel obdržel nabídky od těchto uchazečů:

1) STAVEBNÍ FIRMA PLUS s.r.o.,
2) Inženýrské stavby Hodonín, s.r.o.,
3) STRABAG a.s.,
4) SWIETELSKY stavební s.r.o.,

přičemž zadavatel uzavřel smlouvu na plnění veřejné zakázky č. 2 s vybraným uchazečem SWIETELSKY stavební s.r.o., dne 22. 6. 2012.

23. Ze seznamu podaných nabídek na veřejnou zakázku č. 3 ze dne 13. 4. 2012 vyplývá, že zadavatel obdržel nabídky od těchto uchazečů:

    1) STAVEBNÍ FIRMA PLUS s.r.o.,
    2) Sdružení Horní Plesová, vedoucí účastník sdružení RENOVA stavební a obchodní společnost s.r.o., IČO 46992707, Polní 4057/27, 695 01 Hodonín, a účastník Inženýrské stavby Hodonín, s.r.o. (dále jen „Sdružení Horní Plesová“),
    3) STRABAG a.s.,
    4) SWIETELSKY stavební s.r.o.,

    přičemž zadavatel uzavřel smlouvu na plnění veřejné zakázky č. 3 s vybraným uchazečem Sdružení Horní Plesová dne 22. 6. 2012.

24. Jak vyplývá z ustanovení § 38 odst. 4 zákona, zadavatel nesmí ve zjednodušeném podlimitním řízení vyzývat opakovaně stejný okruh zájemců, není-li to odůvodněno předmětem plnění veřejné zakázky či jinými zvláštními okolnostmi. Pokud tedy zadavatel zadává veřejné zakázky se stejným či obdobným předmětem plnění, musí okruh vyzývaných dodavatelů obměňovat, neboť opačný postup, kdy by zadavatel upřednostňoval například zájemce, se kterými má dobré zkušenosti (k jejichž prověření ostatně slouží požadavky na prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů), by bránil přístupu k veřejným zakázkám kupříkladu dodavatelům, kteří zkušenosti s požadovaným předmětem plnění veřejné zakázky mají a jsou reálně schopni předmět plnění veřejné zakázky splnit. Účelem ustanovení § 38 odst. 4 zákona je tedy zajištění ochrany hospodářské soutěže a konkurence mezi dodavateli a minimalizovat tak možné korupční jednání při přidělování veřejných zakázek stále se opakujícímu okruhu zájemců, aniž by pro to existovaly objektivní důvody.

25. Na druhou stranu zákon zcela nevylučuje, aby veřejný zadavatel vyzýval k podání nabídky opakovaně pouze určité zájemce, avšak takový postup zadavatele musí být odůvodněn předmětem plnění veřejné zakázky nebo jinými zvláštními okolnostmi. Typicky se bude jednat o případy, kdy z objektivních příčin není možné oslovovat různé zájemce již z toho důvodu, že se činnosti, kterou zadavatel poptává, větší okruh dodavatelů na trhu nevěnuje (zpravidla proto, že se jedná o činnost dosud neprovozovanou). Musí se tedy vždy jednat o nemožnost objektivní, danou specifiky předmětu plnění veřejné zakázky nebo jinými zvláštními okolnostmi, a nikoliv o nemožnost subjektivní, vycházející například z neznalosti zadavatele dalších potenciálních dodavatelů. Je tedy zjevné, že se okruh zájemců, které může veřejný zadavatel vyzvat k podání nabídky, odvíjí od charakteru veřejné zakázky. Přitom bude vždy na zadavateli, aby prokázal, že podmínky pro aplikaci uvedené výjimky splňuje.

26. V šetřeném případě zadavatel při zadávání tří veřejných zakázek vyzval k podání nabídky společnosti STRABAG a.s., VHS Břeclav s.r.o., SWIETELSKY stavební s.r.o., STAVEBNÍ FIRMA PLUS s.r.o. a Inženýrské stavby Hodonín, s.r.o., tj. pět zcela shodných zájemců. Přitom se dle názoru Úřadu jedná o veřejné zakázky na běžné stavební práce, neboť z vymezení předmětu jednotlivých veřejných zakázek (viz body 15 až 19 tohoto rozhodnutí) vyplývá, že se jedná o dopravní stavby spočívající především v rekonstrukci a úpravách stávajících místních komunikací (vybudování parkovacích stání a chodníků, úprava asfaltového hřiště, celková rekonstrukce stávající nevyhovující komunikace) a souvisejících inženýrských sítí, případně

též souvisejících vegetačních a sadových úprav. V daném případě svým obsahem tedy nešlo o stavební zakázky, jež by samy o sobě byly mimořádné (tato mimořádnost nevyplývá ani z předložené dokumentace, ani z jakéhokoliv vyjádření zadavatele) a zadavatel v rámci správního řízení neuvedl ani žádné jiné zvláštní objektivní okolnosti, které by odůvodňovaly zadávání předmětných veřejných zakázek opakovaně stejnému okruhu zájemců, přičemž ani Úřad dbaje zásady vyhledávací z charakteru veřejné zakázky žádné zmíněné okolnosti nenalezl.

27. K argumentu zadavatele, že zveřejňuje výzvy na profilu zadavatele, i na svých internetových stránkách, čímž umožňuje účastnit se zadávacího řízení předem neurčenému okruhu uchazečů, a že dodavatelé pravidelně a prakticky denně monitorují tyto elektronické komunikační prostředky a reagují již na takto zveřejněné výzvy, a nikoliv až na zaslání písemné výzvy, Úřad uvádí, že zveřejňování výzev na profilu zadavatele nemůže ospravedlnit vyzývání stejného okruhu zájemců. I když se tak jedná o výzvu neomezenému počtu dodavatelů, pět zadavatelem vyzvaných dodavatelů je zvýhodněno tím, že se o zahájení daného zadávacího řízení dozví a současně je jim poskytnuta zadávací dokumentace, aniž by museli cokoliv vyhledávat. Nelze totiž vyloučit, že existují dodavatelé, kteří takto zveřejněné výzvy nemonitorují, jak se domnívá zadavatel, a jediný způsob, jak se o zadávání veřejné zakázky dozví, je právě prostřednictvím výzvy zaslané zadavatelem. Není tak možné souhlasit ani s tvrzením zadavatele, že samotné porušení ustanovení § 38 odst. 4 zákona neznamená porušení zásad zadávacího řízení popsaných v ustanovení § 6 zákona. Vyzýváním opakovaně stejného okruhu zájemců k podání nabídek na plnění veřejných zakázek ve zjednodušeném podlimitním řízení, aniž je to odůvodněno předmětem plnění veřejné zakázky či jinými zvláštními okolnostmi, totiž dochází k omezování účasti v zadávacím řízení, a tedy k porušení zásady zákazu diskriminace, těch potenciálních zájemců o veřejnou zakázku, kteří by předmět veřejné zakázky mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé zadavatelem vyzvaní, avšak o zahájení zadávacího řízení na veřejnou zakázku se nedozví.

28. Úřad rovněž odmítá námitku zadavatele, že porušení ustanovení § 38 odst. 4 zákona neznamená, že se zadavatel dopustil správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Dané ustanovení stanoví, že se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku. V šetřeném případě zadavatel nedodržel postup stanovený v ustanovení § 38 odst. 4 zákona. Takový postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, podali by nabídky i další uchazeči, přičemž ti mohli podat nabídky s výhodnějšími podmínkami pro zadavatele. Zadavatel již přitom uzavřel smlouvy na jednotlivé veřejné zakázky. Z výše uvedených skutečností tak dle Úřadu vyplývá, že v projednávaném případě byly naplněny všechny pojmové znaky uvedeného správního deliktu.

29. Konečně k námitce zadavatele, že je přesvědčen, že k pochybení, které je mu kladeno za vinu, došlo v důsledku nedostatečného plnění smluvních povinností ze strany externího mandatáře, Úřad konstatuje, že skutečnost, že se zadavatel při výkonu práv a povinností souvisejících se zadávacím řízením, nechá zastoupit jinou osobou, nezbavuje zadavatele odpovědnosti za dodržování zákona. Uvedené vyplývá z ustanovení § 151 odst. 3 zákona, jež stanoví, že ustanovením § 151 odst. 1 zákona, tj. zastoupením zadavatele při výkonu práv

a povinností podle zákona souvisejících se zadávacím řízením, není dotčena odpovědnost zadavatele za dodržování zákona. Ze vzniku případné odpovědnosti se tak zadavatel nemůže liberovat tím, že udělí zmocnění jiné osobě, aby za něj činila úkony a zajistila tak průběh zadávacího řízení. Mandátní smlouva, v níž je vyjádřena vůle zadavatele, stanoví, že mandatář činí právní úkony jménem mandanta a na jeho účet. Ujednání, která jsou obsahem mandátní smlouvy, mají povahu soukromoprávního vztahu a nemohou mít vliv na odpovědnost zadavatele, která je založena ustanoveními veřejného práva. Úřad nezpochybňuje ujednání v mandátní smlouvě, podle kterého má mandatář povinnost postupovat s odbornou péčí. Takové ujednání však může založit pouze odpovědnost soukromoprávního charakteru a v předmětném správním řízení k němu nelze přihlédnout. Odpovědnost za postup podle zákona tedy leží plně na zadavateli. Jedná se o odpovědnost objektivní, přičemž je rozhodující výsledek, který byl způsoben. V tomto případě je výsledkem možné ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky.

30. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 38 odst. 4 zákona tím, že v šetřených veřejných zakázkách vyzýval k podání nabídky opakovaně stejný okruh zájemců, aniž to bylo odůvodněno předmětem plnění veřejné zakázky či jinými zvláštními okolnostmi, přestože zákon takový postup výslovně zakazuje. Tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že pokud by zadavatel v daném případě postupoval v souladu se zákonem, mohl obdržet nabídky dalších dodavatelů nabízející výhodnější podmínky pro zadavatele.

K uložení sankce

31. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.

32. V šetřeném případě se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že v rozporu s ustanovením § 38 odst. 4 zákona vyzýval k podání nabídek na plnění veřejných zakázek ve zjednodušeném podlimitním řízení opakovaně stejný okruh zájemců, aniž to bylo odůvodněno předmětem plnění veřejné zakázky či jinými zvláštními okolnostmi. Tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že pokud by zadavatel v daném případě postupoval v souladu se zákonem, mohl obdržet nabídky dalších dodavatelů nabízející výhodnější podmínky pro zadavatele.

33. Jelikož zadavatel uzavřel ve dnech 22. 6. 2012 a 26. 6. 2012 smlouvy na plnění šetřených veřejných zakázek s jednotlivými vybranými uchazeči, aniž by dodržel postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky, naplnil tak skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

34. Podle § 121 odst. 3 zákona 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.

35. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl na základě podnětu, který Úřad obdržel dne

18. 9. 2012 a správní řízení zahájil Úřad z moci úřední dne 22. 5. 2013. K uzavření jednotlivých smluv na plnění šetřených veřejných zakázek s vybranými uchazeči došlo ve dnech 22. 6. 2012 a 26. 6. 2012. Z uvedených údajů vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.

36. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky, nebo do 10 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a), c) nebo d) zákona.

37. Při stanovení horní hranice pokuty vycházel Úřad z rozhodnutí Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Ca 93/2008 ze dne 3. 11. 2009. Předmětný rozsudek se sice týká zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek (konkrétně porušení ustanovení § 49 odst. 13), dle názoru Úřadu ho však lze přiměřeně aplikovat i na současnou právní úpravu zadávání veřejných zakázek. Krajský soud v tomto rozhodnutí uvádí následující: „*Došlo-li jednáním tvořícím jeden delikt k porušení ZVZ při zadávání více veřejných zakázek, nelze postupovat jinak, než jako základ pro výpočet horní hranice pokuty použít součet cen všech takových veřejných zakázek. Pouze tak lze totiž správně stanovit horní hranici pokuty, která má být odvozena od ceny všech veřejných zakázek, při nichž k porušení ZVZ došlo.*“ Dále krajský soud uvádí, že „*Tento delikt (porušení § 49 odst. 13 ZVZ, který zapovídá, aby zadavatel vyzýval k podání nabídek opakující se okruh zájemců), je totiž spáchán ve všech zadávacích řízeních, při nichž byl opakující se okruh zájemců k podání nabídek vyzýván.*“ Slovy současného znění § 38 odst. 4 zákona tak lze konstatovat, že základ pro výpočet horní hranice pokuty tvoří součet cen všech veřejných zakázek, při nichž zadavatel vyzval k podání nabídek opakovaně stejný okruh zájemců.

38. V šetřeném případě cena veřejné zakázky č. 1 (součet peněžitého závazku ze tří uzavřených smluv) činila 16 799 359,13 Kč včetně DPH, cena veřejné zakázky č. 2 dle uzavřené smlouvy činila 18 236 656,00 Kč včetně DPH a cena veřejné zakázky č. 3 podle uzavřené smlouvy činila 9 774 833,00 Kč včetně DPH. S ohledem na výše uvedené tak základ pro výpočet horní hranice pokuty činí 44 810 848,13 Kč. Horní hranice možné pokuty (5 % ceny všech veřejných zakázek, při nichž zadavatel vyzval k podání nabídek opakovaně stejný okruh zájemců) tedy činí částku ve výši 2 240 542,41 Kč.

39. Podle § 121 odst. 2 zákona se 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.

40. Při posouzení závažnosti správního deliktu vzal Úřad v úvahu skutečnost, že výše uvedené porušení zákona zadavatelem vedlo k tomu, že zadavatel omezil soutěž potenciálních zájemců o veřejnou zakázku, a tím nezajistil dostatečné transparentní a nediskriminační prostředí, které má být zárukou co nejhospodárnějšího vynakládání finančních prostředků. Jedná se tedy o správní delikt závažného charakteru, neboť v důsledku nezákonného jednání zadavatele bylo narušeno konkurenční prostředí.

41. Úřad při zvažování výše pokuty přihlédl i k následkům spáchání správního deliktu. V daném případě spáchaný správní delikt způsobil situaci, kdy se někteří potencionální zájemci o šetřené veřejné zakázky nemohli těchto zadávacích řízení vůbec zúčastnit, neboť se o jejich zahájení nikdy nedozvěděli. V případě, že by zadavatel postupoval v souladu se zákonem,

nelze vyloučit, že by obdržel nabídky dodavatelů nabízející ekonomicky výhodnější podmínky a mohl by dané plnění obdržet s větší úsporou finančních prostředků z veřejných zdrojů.

42. Co se týče okolností, za nichž byl správní delikt spáchán, pak Úřad konstatuje, že žádné přitěžující ani polehčující okolnosti při zvažování výše výměry pokuty neshledal.

43. Pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Je tedy třeba mít na paměti, že uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pociťována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání. Obdobně se vyjádřil i Krajský soud v rozsudku č. j. 62 Af 46/2011 ze dne 6. 12. 2012, ve kterém uvedl, že konkrétní forma postihu musí působit natolik silně, aby od podobného jednání odradila i jiné nositele obdobných povinností (preventivní funkce) a zároveň musí být postih dostatečně znatelný v zadavatelově materiální sféře, aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl ovšem pro zadavatele likvidačním. Úřad uvádí, že peněžitá sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do sféry porušitele, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinam. Kromě toho může zadavatel, nemůže-li uhradit pokutu z rozpočtových zdrojů, využít jiné právní nástroje, např. ty, které vyplývají z pracovního práva, resp. odpovědnosti konkrétní osoby za protiprávní stav.

44. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť smlouvy na realizaci předmětných veřejných zakázek byly uzavřeny a nápravy již nelze dosáhnout. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů Úřad uložil pokutu ve výši 250 000 Kč.

45. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu v Brně zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO zadavatele.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. 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.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží
Město Hodonín, Masarykovo nám. 1, 695 35 Hodonín

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