



UOHSX0046FQ5

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: VZ/S110/08-6587/2012/550/MLa/HOd

V Brně dne 5. února 2013

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, jako orgán příslušný podle § 94 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 9. 4. 2008 z vlastního podnětu, jehož účastníky jsou

- zadavatel – statutární město Zlín, IČ 00283924, se sídlem náměstí Míru 12, 761 40 Zlín,
- vybraný uchazeč – IMPROMAT-COMPUTER s. r. o., IČ 46992308, se sídlem Tř. T. Bati 5267, 762 02 Zlín,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele ve veřejné zakázce „Zajištění dodávek a vybraných činností v oblasti informačních a komunikačních technologií pro Statutární město Zlín“, zadané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách 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 dodatečných informací uveřejněných dne 25. 4. 2006,

rozhodl podle § 101 cit. zákona o veřejných zakázkách takto:

I.

Zadavatel – statutární město Zlín, IČ 00283924, nám. Míru 12, 761 40 Zlín – se dopustil správního deliktu podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že nedodržel postup stanovený v § 48 odst. 1 cit. zákona, neboť v zadávací dokumentaci nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, přičemž výše uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit hodnocení nabídek, a zadavatel uzavřel s uchazečem smlouvu.

II.

Zadavatel – statutární město Zlín, IČ 00283924, nám. Míru 12, 761 40 Zlín – se dopustil správního deliktu ve smyslu § 102 odst. 1 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že porušil zákaz stanovený v § 48 odst. 6 v návaznosti na § 49 odst. 2 cit. zákona tím, že aniž by to bylo odůvodněno předmětem veřejné zakázky, odkazoval v zadávací dokumentaci na specifická označení výrobků, která platí pro určitého podnikatele za příznačná, čímž byla určitým dodavatelům zaručena konkurenční výhoda, přičemž výše uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit hodnocení nabídek, a zadavatel uzavřel s uchazečem smlouvu.

III.

Zadavatel – statutární město Zlín, IČ 00283924, nám. Míru 12, 761 40 Zlín – se dopustil správního deliktu ve smyslu § 102 odst. 1 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že nedodržel postup stanovený v § 25 odst. 1 cit. zákona, neboť při vymezení úrovně finanční a ekonomické způsobilosti uchazečů – obratu, nedodržel zásadu zákazu diskriminace, přičemž výše uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit hodnocení nabídek, a zadavatel uzavřel s uchazečem smlouvu.

IV.

Za spáchání výše uvedených správních deliktů se zadavateli – statutární město Zlín, IČ 00283924, nám. Míru 12, 761 40 Zlín – **ukládá** podle § 102 odst. 2 písm. a) cit. zákona

pokuta ve výši 300 000 Kč (tři sta tisíc korun českých).

Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu Brno.

V.

Podle § 79 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., a podle § 6 odst. 1 vyhlášky č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení, se zadavateli – statutární město Zlín, IČ 00283924, nám. Míru 12, 761 40 Zlín – **ukládá uhradit náklady řízení ve výši 1 000 Kč** (slovy jeden tisíc korun českých).

Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – statutární město Zlín, IČ 00283924, se sídlem nám. Míru 12, 761 40 Zlín (dále jen „zadavatel“) – uveřejnil 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/S74-077348, ve znění oprav uveřejněných dne 25. 4. 2006, oznámení otevřeného řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Zajištění dodávek a vybraných činností v oblasti informačních a komunikačních technologií pro Statutární město Zlín“ (dále jen „veřejná zakázka“).

2. Zadavatel v zadávací dokumentaci, konkrétně v bodu 1.2.1, specifikoval předmět veřejné zakázky mimo jiné tak, že součástí plnění budou „dodávky zařízení ICT v souladu s plánem obnovy a rozvoje ICT objednatele.“ V příloze číslo 4 čl. 5 zadávací dokumentace dále zadavatel určil, že dodávky zařízení budou realizovány na základě „rámcové“ smlouvy opírající se o modelovou specifikaci v části D přílohy č. 4 zadávací dokumentace, a to formou dílčích objednávek či smluv. Struktura dodávek měla být v průběhu platnosti smlouvy upřesněna vždy dle aktuálního plánu zadavatele, který měl být upřesňován, přičemž si zadavatel vyhradil právo upravit strukturu dodávek v rámci dohodnutého plánu na základě aktualizovaného plánu rozvoje ICT.
3. Část D přílohy č. 4 zadávací dokumentace obsahuje modelovou strukturu dodávek rozčleněnou podle jednotlivých druhů a kategorií dodávek. U položky 1.12 „doplňkové a spotřební komponenty“ je uvedeno, že tyto budou řešeny v intencích popsanych v čl. 4.2 přílohy č. 4 zadávací dokumentace, přičemž v citovaném článku zadavatel uvedl požadavek, aby uchazeč realizoval celý servisní zásah, včetně pořízení spotřebního materiálu a náhradních dílů. Dále pak zadavatel uvedl, že doplňkový a spotřební materiál bude hradit měsíčně na základě skutečně realizovaného množství s tím, že jej uhradí jen půjde-li o součást odstranění vady nebo řešení požadavku zadavatele. Zadavatel dále určil, že cena spotřebního materiálu a náhradních dílů za dobu plnění nepřesáhne 1 350 000 Kč bez DPH. V čl. II.5 vzorové rámcové smlouvy na dodávky zadavatel uvedl, že předmětem smlouvy je i dodávka náhradních dílů, doplňkového a spotřebního materiálu souvisejících s předmětem dodávky podle odst. I., tj. souvisejících s dodávkou hardwarových komponent včetně programového vybavení podle cit. přílohy č. 4 části D zadávací dokumentace. V čl. VII odst. 8 vzorové rámcové smlouvy na outsourcing zadavatel uvedl, že součástí ceny za outsourcing není cena náhradních dílů a spotřebního materiálu, které bude nutné pořídit pro opravu zařízení nebo splnění požadavku objednatele.
4. Zadavatel ve výše uvedené modelové struktuře dodávek uvedl u jednotlivých kategorií zařízení následující technické specifikace. U stolních počítačů zadavatel požadoval chipset Intel 915G a procesor Intel Celeron D436 (kategorie A) nebo Intel Pentium 4 630 (kategorie B a C). V technické specifikaci požadovaných notebooků uvedl zadavatel požadavek na chipset Intel Mobile 915GM a procesor Intel Mobile Celeron 370, resp. Intel Mobile M750. Rovněž v případě specifikace serverů zadavatel uvedl procesor Intel Xeon 3,8 GHz, resp. Intel Xeon 3,66 GHz. V bodu 1.3 zadávací dokumentace zadavatel obecně připustil možnost nahrazení výrobky s obdobnými nebo lepšími technickými a jakostními parametry.
5. Zadavatel v oznámení zadávacího řízení a v zadávací dokumentaci (bod 1.7.2) ohledně prokázání finanční a ekonomické způsobilosti stanovil požadavek na doložení celkového obratu uchazeče za předcházející tři účetní období, přičemž minimální konsolidovaný obrat uchazeče musí činit nejméně 300 mil. Kč za každé jedno účetní období. Celková předpokládaná hodnota veřejné zakázky je dle oznámení zadávacího řízení 45 mil. Kč za čtyři roky trvání smlouvy.
6. Zadavatel obdržel celkem dvě nabídky, přičemž po provedeném posouzení a hodnocení byla jako nejvýhodnější vybrána nabídka uchazeče IMPROMAT-COMPUTER s. r. o., IČ 46992308, se sídlem Tř. T. Bati 5267, 762 02 Zlín (dále jen „vybraný uchazeč“). 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. 7. 2006 smlouvu „o poskytování služeb v rámci outsourcingu vybraných činností v oblasti informačních a komunikačních technologií pro Statutární město Zlín.“ Tak jak bylo ujednáno v „rámcové smlouvě“ na dodávky komponent, zadavatel na základě dílčích kupních smluv nebo objednávek realizoval nákupy výpočetní techniky, přičemž nakupoval nejen výrobky uvedené v příloze uvedené „rámcové“ smlouvy (model dodávek požadovaný v Příloze č. 4 části D zadávací dokumentace).

7. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), jako orgán příslušný podle § 94 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), obdržel dopis Policie ČR s žádostí o prošetření mimo jiné postupu zadavatele při zadávání předmětné veřejné zakázky a následném odběru výpočetní techniky.
8. Úřad si proto vyžádal dokumentaci o zadání předmětné zakázky a kopie související fakturace. Jelikož měl Úřad pochybnosti o zákonnosti postupu zadavatele při zadávání předmětné veřejné zakázky, zahájil ve věci přezkoumání úkonů zadavatele správní řízení z vlastního podnětu.
9. Účastníky správního řízení jsou podle § 99 zákona
 - zadavatel,
 - vybraný uchazeč – IMPROMAT-COMPUTER s. r. o., IČ 46992308, se sídlem Tř. T. bati 5267, 762 02 Zlín („dále jen „vybraný uchazeč““).
10. Zahájení správního řízení Úřad účastníkům řízení oznámil dopisem č. j. S110/2008/VZ-07078/2008/530/RP ze dne 7. 4. 2008, ve kterém je seznámil s rozhodnými skutečnostmi a usnesením stanovil lhůty, v nichž se účastníci řízení mohli vyjádřit k podkladům pro rozhodnutí, popř. navrhnout doplnění šetření. V příloze oznámení o zahájení řízení Úřad uvedl seznam dodávek ode dne podpisu „rámcových“ smluv do 14. 6. 2007, u nichž měl Úřad za to, že jde o dodávky, které nebyly součástí nabídky vybraného uchazeče, kde byla překročena nabídková cena nebo kde byl zadavatelem pořizován spotřební materiál a příslušenství, aniž by bylo zřejmé, zda tyto dodávky souvisely se servisním zásahem.
11. Dnem 9. 4. 2008, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno oběma účastníkům, bylo Úřadem podle § 96 odst. 2 zákona zahájeno správní řízení ve věci přezkoumávání úkonů zadavatele.

II. VYJÁDŘENÍ ZADAVATELE K ZAHÁJENÍ ŘÍZENÍ

12. Dopisem ze dne 21. 4. 2008 se k zahájení řízení vyjádřil zadavatel. Co se týče stanovení kvalifikačního kritéria na celkový obrat, považuje jej zadavatel za přiměřený. To zdůvodňuje svým požadavkem na získání ekonomicky silného a stabilního partnera, u něhož nemá hrozit zánik nebo ekonomické potíže, které by bránily v plnění předmětné veřejné zakázky. Zadavatel také poukazuje na případnou nutnost uhradit zadavateli vzniklou škodu nepokrytou z uzavřené pojistné smlouvy a odkazuje na rozhodnutí Úřadu č. j. VZ/S244/04-153/715/05-Kr. Výše obratu byla dle zadavatele tedy stanovena v souladu s rozsahem a technologickou náročností předmětu plnění, přičemž poukazuje na závislost výkonu činnosti zadavatele na plnění předmětu veřejné zakázky. Dále zadavatel uvádí, že má zájem na co nejplynulejším plnění, proto chtěl volit mezi ekonomicky stabilními subjekty, které by nebyly závislé jen na realizaci zakázky pro zadavatele. V otázce případné

diskriminace zadavatel poukazuje na to, že kritérium bylo stanoveno pro všechny uchazeče jednotně, takže k diskriminaci nemohlo dojít, přičemž odkazuje na druhostupňové rozhodnutí Úřadu č. j. R092/2006/02-19480/2006/300-Šp.

13. Ohledně odkazů na konkrétní výrobky v zadávací dokumentaci zadavatel uvedl, že v čl. 1.3 zadávací dokumentace umožnil použití výrobků s obdobnými nebo lepšími technickými a jakostními parametry s tím, že konkrétní odkazy měly uchazečům přiblížit technické a kvalitativní požadavky zadavatele. Takový postup byl dle zadavatele odůvodněn předmětem zakázky, když popis předmětu technickými podmínkami by nebyl přesný a jednoznačně srozumitelný. Zadavatel v této záležitosti odkazuje na rozhodnutí Úřadu č. j. S154-R/05-092/140/IB, kde byl schválen postup zadavatele, který v zadávací dokumentaci rovněž připustil použití obdobných řešení. Rovněž zadavatel odkazuje na rozsudek Evropského soudního dvora (dále jen „ESD“) č. C-359/93 z 24. 1. 1995, Evropská komise vs. Nizozemské království, ECR 1995, s. 1-00157 (dále jen „C-359/93“), v němž bylo naopak shledáno porušení povinností zadavatele z důvodu neuvedení možnosti nahrazení obdobného řešení.
14. Konečně se zadavatel vyjádřil rovněž k definici předmětu plnění, respektive k části plnění týkající se dodávek výpočetní techniky a jeho příslušenství. K příslušenství a spotřebnímu materiálu (náhradním dílům) zadavatel uvedl, že předmětem plnění byly tyto dodávky nejen v souvislosti se servisním zásahem, jak je uvedeno v oznámení zahájení řízení. Cena těchto dodávek měla být přitom hrazena měsíčně podle skutečně realizovaného odběru a nebyla zahrnuta v ceně za outsourcing ani za dodávky HW komponent. Zadavatel dále argumentuje, že odebraná výpočetní technika přímo neuvedená v nabídce vybraného uchazeče je rovněž součástí předmětu definovaného v zadávací dokumentaci, neboť modelová struktura dodávek neměla být požadavkem na dodávku přesně těchto komponent, nýbrž v průběhu trvání „rámcových“ smluv měly být jednotlivé dodávky upřesňovány. Položky, u nichž Úřad v oznámení řízení uvedl, že nejsou součástí nabídky, jsou nástupnická zařízení původně poptávaných produktů, které nebyly v době zadání z důvodu progresivního vývoje v odvětví dodávány. Tato kvalitativně lepší zařízení byla podle zadavatele pořízena za srovnatelných podmínek. Co se týče položek fakturovaných za vyšší cenu, než v nabídce uchazeče zadavatel uvedl, že zahrnuje i jejich zprovoznění a odzkoušení funkčnosti jako celku, přičemž podle č. V. odst. 2 „rámcové“ smlouvy na dodávky se zadavatel zavázal uhradit cenu HW komponent „jen po splnění všech stanovených podmínek pro zprovoznění a odzkoušení.“ U části položek z faktur, které Úřad uvedl v příloze oznámení o zahájení řízení, zadavatel uvedl, že jde o služby nesouvisející s předmětem veřejné zakázky. Obecně pak zadavatel argumentuje tím, že nebylo možné, aby v době zadání šetřené veřejné zakázky přesně specifikoval každou jednotlivou komponentu, a odkazuje se dále na soutěžní dialog zakotvený v současné právní úpravě zadávání veřejných zakázek, který neměl možnost využít pro zadání šetřené zakázky. Zadavatel také dodává, že limitní byla celková cena a „rámcové smlouvy“ s ohledem na povahu věci umožňují, aby se cena dílčích plnění v tom či onom směru vychýlila.
15. Vybraný uchazeč se k zahájení řízení nevyjádřil.
16. Po přezkoumání případu vydal Úřad rozhodnutí ve věci č. j. S110/2008/VZ-09642/2008/530/RP ze dne 24. 6. 2008, kterým rozhodl, že zadavatel se při zadávání veřejné zakázky dopustil spáchání:

- správního deliktu podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona, když nedodržel postup stanovený v § 48 odst. 1 zákona, neboť v zadávací dokumentaci nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit hodnocení nabídek,
- správního deliktu podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona, když porušil zákaz stanovený v § 48 odst. 6 v návaznosti na § 49 odst. 2 zákona tím, že aniž by to bylo odůvodněno předmětem veřejné zakázky, odkazoval v zadávací dokumentaci na specifická označení výrobků, která platí pro určitého podnikatele za příznačná, čímž byla určitým dodavatelům zaručena konkurenční výhoda, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit hodnocení nabídek,
- správního deliktu podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona, když nedodržel postup stanovený v § 25 odst. 1 zákona, neboť při vymezení úrovně finanční a ekonomické způsobilosti uchazečů – obratu, nedodržel zásadu zákazu diskriminace. Současně výše uvedené postupy zadavatele mohly podstatně ovlivnit hodnocení nabídek, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit hodnocení nabídek.

Úřad zadavateli za spáchání výše uvedených správních deliktů uložil pokutu ve výši 300 000 Kč a rovněž vyslovil zákaz plnění smluv uzavřených mezi zadavatelem a vybraným uchazečem za účelem plnění veřejné zakázky.

17. Dne 17. 7. 2008 podal zadavatel proti výše uvedenému rozhodnutí rozklad, který byl rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. R140/2008/VZ-116/2009/310/ASc ze dne 1. 4. 2009 (dále jen „II. stupňové rozhodnutí“) zamítnut.
18. Zadavatel následně podal správní žalobu ke Krajskému soudu v Brně, kterou se domáhal jak zrušení II. stupňového rozhodnutí, tak předcházejícího prvostupňového rozhodnutí.
19. Krajský soud v rozsudku č. j. 62 Ca 27/2009-117 ze dne 28. 4. 2011 konstatoval, že Úřad nepochybil, když rozhodl, že se zadavatel dopustil spáchání tří správních deliktů podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona. Krajský soud však rozhodl, že z odůvodnění rozhodnutí Úřadu nejsou zřejmé konkrétní úvahy, které vedly k uložení pokuty v dané výši a z tohoto důvodu II. stupňové rozhodnutí jako nepřezkoumatelné zrušil a věc Úřadu vrátil k dalšímu řízení. Současně Krajský soud Úřad zavázal svým právním názorem a Úřad je tak při dalším rozhodnutí při stanovení výše pokuty povinen zohlednit všechna kritéria zakotvená v § 105 odst. 1 zákona, jakož i další skutečnosti, které výši pokuty mohou v konkrétním případě ovlivnit, řádně se s nimi v odůvodnění vypořádat a přesvědčivě odůvodnit, ke které okolnosti přihlédl a jaký vliv měla na konečnou výši pokuty. Soud v odůvodnění rozsudku rovněž konkrétně uvedl, že Úřad zcela pominul, že pokuta byla ukládána za tři správní delikty a bylo na místě tuto skutečnost zohlednit.
20. S ohledem na právní závěry Krajského soudu v Brně předseda Úřadu rozhodnutím ze dne 5. 9. 2011, č. j. ÚOHS-R140/2008/VZ-14165/2011/310-JHr prvostupňové rozhodnutí zrušil a věc Úřadu vrátil k novému projednání.
21. Dopisem č. j. VZ/S110/08/VZ-13542/2012/550/MLa ze dne 20. 7. 2012 Úřad účastníky řízení vyrozuměl o pokračování ve správním řízení a současně jim usnesením č. j. VZ/S110/08/VZ-13544/2012/550/MLa ze dne 23. 7. 2012 stanovil lhůtu, ve které byli oprávněni navrhnout důkazy, činit jiné návrhy a oprávněni vyjádřit v řízení své stanovisko a lhůtu, ve které se

mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí a zadavateli stanovil lhůtu k provedení úkonu – sdělení, v jakém stadiu se nachází vlastní realizace šetřené veřejné zakázky.

22. Zadavatel dopisem ze dne 23. 7. 2012 Úřadu sdělil, že platnost smluv uzavřených na plnění veřejné zakázky byla dohodami smluvních stran ze dne 17. 8. 2009 ukončena ke dni 30. 11. 2009.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

23. Úřad přezkoumal na základě § 96 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o zadání veřejné zakázky, uzavřených smluv, předložených faktur, vyjádření zadavatele a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel porušil zákon. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.
24. Podle § 102 odst. 1 písm. b) se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že uzavře smlouvu s uchazečem, při jehož výběru nebyl dodržen postup stanovený zákonem pro přidělení veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit hodnocení nabídek.

K rozsahu předmětu plnění

25. Podle § 48 odst. 1 zákona zadávací dokumentace vymezuje předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, včetně požadovaného množství. Zadávací dokumentace obsahuje technické specifikace předmětu veřejné zakázky. Za správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá zadavatel.
26. Součástí předmětu plnění měly být, vyjma poskytování určitých služeb v oblasti informačních technologií, rovněž dodávky výpočetní techniky a souvisejícího doplňkového a spotřebního materiálu. Z tohoto důvodu zadavatel v zadávací dokumentaci definoval modelovou strukturu dodávek požadovaných hardware komponent s výhradou, že v průběhu plnění bude struktura dodávek upravena dle potřeb zadavatele. Nadto si zadavatel v příloze č. 4 zadávací dokumentace vyhradil právo upravit dodávky dle „aktualizovaného plánu rozvoje ICT," tj. odebírat v průběhu platnosti smlouvy i jinou výpočetní techniku, než která byla vymezena v zadávací dokumentaci. To se také dělo, když zadavatel odebíral výpočetní techniku, jak sám uvádí nástupnická zařízení původně poptávaných produktů, které nebyly v době zadání z důvodu progresivního vývoje v odvětví dodávány.
27. Zadavatel rovněž jako součást předmětu plnění požadoval dodání „doplňkového a spotřebního materiálu," a to jak v rámci servisního zásahu (čl. 4.2 přílohy č. 4 zadávací dokumentace), tak na základě samostatného požadavku zadavatele v průběhu platnosti „rámcových smluv" (čl. VII odst. 8 vzorové rámcové smlouvy na outsourcing). Tyto dodávky přitom zadavatel omezil pouze maximální částkou 1 350 000 Kč bez DPH. Cena za tyto dodávky pak neměla být součástí nabídkové ceny uchazečů a zadavatel si vyhradil (čl. 4.2 přílohy č. 4 zadávací dokumentace), že doplňkový a spotřební materiál bude hradit měsíčně na základě skutečně realizovaného množství.
28. Úřad uvádí, že se k otázce vymezení předmětu veřejné zakázky již vyslovil, a sice v souvislosti s totožnou veřejnou zakázkou zadavatele zadávanou v minulosti, konkrétně v rozhodnutí č. j. S84/02-151/3143/02-Hm ze dne 28. 6. 2002, potvrzeném druhostupňovým

rozhodnutím č. j. 2R33/02-Hr ze dne 17. 12. 2002. Přestože v daném případě byla problematika vymezení předmětu veřejné zakázky řešena podle zákona č. 199/1994 Sb., lze závěry cit. rozhodnutí v plné míře uplatnit i na v současnosti šetřený případ, neboť právní úprava v této otázce nenaznala významných změn. V citovaném rozhodnutí prvního stupně se Úřad vyslovil v tom smyslu, že nelze-li rozsah potřeb zadavatele stanovit naprosto přesně (tj. zadavatel nezná přesně množství dodávek), je vždy nezbytné, aby zadavatel v podmínkách zadání určil alespoň předpokládaný rozsah plnění veřejné zakázky a dobu trvání smlouvy tak, aby uchazeči v nabídkách mohli uvést nabídkovou cenu. V takovém případě pak může zadavatel v podmínkách zadání veřejné zakázky stanovit, že uchazeč bude předmět plnění veřejné zakázky realizovat podle skutečných potřeb zadavatele a že fakturování a placení bude prováděno podle skutečně provedené práce dodávek nebo služeb, aby vztah mezi zadavatelem a uchazečem při plnění veřejné zakázky odpovídal realitě. To znamená, že zadavatel, nezná-li přesně množství dodávek (event. služeb), které bude v průběhu plnění veřejné zakázky odebírat, definuje v zadávací dokumentaci pouze „model“ dodávek na základě předpokládaného celkového množství. Nicméně, jak z cit. rozhodnutí vyplývá, je nezbytné, aby množství bylo jedinou „neznámou proměnou,“ neboť předmět zakázky, tj. specifikace toho, oč se soutěží, musí být přesně vymezeno. V opačném případě by se totiž jednalo o „imaginární“ soutěž o něco, co poté ve skutečnosti nebude realizováno.

29. To se také stalo ve veřejné zakázce šetřené v tomto řízení, když zadavatel sice v zadávací dokumentaci specifikoval předmět dodávek výpočetní techniky modelem, nicméně si současně vyhradil a reálně pak odebíral i zboží jiné. Nejen, že tedy nebylo fixováno množství, což je vzhledem k výše uvedenému přípustné, nebyl však fixován ani předmět plnění samotný. Soutěžilo se tak tedy o imaginární soubor dodávek, které však poté nebyly a ani neměly být realizovány nebo pouze z části.
30. Úřad si je vědom toho, že vzhledem k vývoji v oblasti informačních technologií nebyl zadavatel schopen předvídat rychlost zastarávání aktuálních hardwarových komponent dostupných na trhu. Nelze však připustit nastalou situaci, kdy zadavatel nedostál své zákonné povinnosti vymezit předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Platí také, že za správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá zadavatel. Zadavatel nemůže zadat zakázku na předmět, který nezná. Obecně je možné, aby například zadavatel definoval určitý stav (pomocí výstupů / parametrů) určitého „systému“ v čase, který je objektem veřejné zakázky (např. počítačová síť včetně stanic), způsoby kontrolování definovaných výstupů, a ponechal dále na uchazečích, jakými prostředky požadovaných výstupů dosáhnou. Bude potom na uchazečích, zda k dosažení definovaných parametrů využijí např. i výměnu některých HW komponent, sami zvolí okamžik výměny apod. Cena je pak stanovena za veškeré činnosti nutné k zajištění cílového stavu systému. Úřad však upozorňuje, že se jedná o teoretickou možnost realizace některých veřejných zakázek a není zřejmé, zda je takový postup výhodný nebo dokonce vůbec možný v případě veřejné zakázky, která je předmětem řízení.
31. Stejně tak není možné, aby zadavatel stanovil pouze maximální finanční hranici pro kategorii „doplňkový a spotřební materiál,“ aniž vůbec specifikoval, o jaké zboží se jedná, a dále si vyhradil odebírat takové, nijak nespecifikované zboží, kdykoliv během trvání smlouvy. Jak totiž vyplývá z čl. VII odst. 8 vzorové rámcové smlouvy na outsourcing, na což sám zadavatel

upozorňuje, tyto dodávky hodlal pořizovat jednak v případě oprav zařízení, ale i v případech „splnění požadavku objednatele.“ Cena těchto položek pak nebyla součástí ceny outsourcingu a zadavatel je hradí měsíčně podle skutečně dodaného zboží. Jak však vyplývá z dosud uvedeného a výše cit. rozhodnutí Úřadu, takový postup není v souladu se zákonem. Zadavatel je v zadávací dokumentaci povinen specifikovat požadované dodávky, služby event. práce a včetně množství (množství alespoň modelově). Není tak přípustný postup, kterým argumentuje zadavatel, že jako limitní byla stanovena cena a plnění se v rámci maximální ceny vychyluje.

32. S ohledem na výše uvedené dospěl Úřad k závěru, že zadavatel se dopustil správního deliktu podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 48 odst. 1 zákona, neboť v zadávací dokumentaci nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, přičemž výše uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit hodnocení nabídek a zadavatel uzavřel s uchazečem smlouvu. Úřad tudíž rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. rozhodnutí.
33. Úřad dále považuje za vhodné se obecně vyjádřit k teoretickým možnostem zadání předmětu zakázky s proměnlivou povahou v čase, tj. například i výpočetní techniky podléhající rychlému technologickému vývoji, jak je tomu i v šetřeném případě, a sice podle současné právní úpravy zadávání veřejných zakázek dané zákonem č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů.
34. Vyjma výše popsané odpovědnosti zadavatele za řádné vymezení předmětu veřejné zakázky Úřad považuje v této souvislosti za nutné upozornit rovněž na princip zákazu provádění podstatných změn smluv (povinnost uzavřít smlouvu v souladu s nabídkou a dokumentací o zadání, pozn. Úřadu). Lze konstatovat, že změny ve smlouvě, uzavřené na veřejnou zakázku, vymezenou zadávací dokumentací, jsou přípustné pouze tehdy, pokud provedením změny nemohl být ovlivněn výběr nejvhodnější nabídky nebo okruh potenciálních uchazečů o původní zakázku (tj. jestliže by změna byla ceteris paribus součástí původních podmínek zadání)¹. Z obecného pohledu tak není možné, aby byl k realizaci veřejné zakázky zadané na základě určitých podmínek a kritérií vybrán uchazeč, který následně dodává jiné plnění. Takové plnění totiž neodpovídá původně nastaveným podmínkám a kritériím, na jejichž základě podávali nebo mohli podat nabídku ostatní uchazeči. Jinými slovy řečeno, o toto nové plnění se nesoutěžilo v původním zadávacím řízení, „nová“ nabídka nebyla soutěžena.
35. Z dosud uvedeného je možné učinit závěr, že „klasická“ zadávací řízení (otevřené, užší nebo i jednací) nemohou úspěšně vést k zadání výše popsaného předmětu plnění, neboť definovaný předmět, o nějž se soutěží, nelze po uzavření smlouvy modifikovat (vyjma množství, za podmínek popsaných výše). Jisté východisko lze spatřovat zejména v použití dynamického nákupního systému, u něhož je možné při zavedení soutěžit o předběžné nabídky a každá dílčí zakázka je poté znovu soutěžena na základě výzev zájemcům zařazeným do systému. Systém je navíc po celou dobu jeho existence otevřený kterémukoliv dodavateli, jenž má zájem se poskytování dodávek, služeb či prací zúčastnit a připojit se tak

¹ Ke konceptu „podstatných změn smlouvy“ také viz rozhodnutí Úřadu č. j. S392/2006- 02480/2007/540-RP ze dne 1.3.2007 - str. 9 a 10, potvrzené druhostupňovým rozhodnutím č. j. R087/2007/02- 14942/2007/310-Hr ze dne 16.8.2007 (obě na <http://www.compet.cz>).

do dynamického nákupního systému. Každá nová dílčí zakázka, byť oproti původním podmínkám upravená na základě technologického vývoje, je tedy znovu předmětem otevřené soutěže dodavatelů. Za vztahy s obdobným charakterem by bylo zřejmě možné považovat rovněž rámcovou smlouvu uzavřenou s více dodavateli, nicméně bez prvku dodatečné otevřenosti „systému," neboť k rámcové smlouvě se v průběhu jejího trvání nemůže připojit případný další dodavatel. Vzhledem k tomu, že na základě hodnocení nabídek má zadavatel na základě soutěže o zakázku získat (ekonomicky) nejvhodnější nabídku, je vyloučeno, aby rámcovou smlouvu v popisovaném případě zadavatel uzavřel pouze s jediným dodavatelem.

36. Úřad dále upozorňuje, že se rovněž nabízí otázka, zda je to či ono řešení v souladu se zásadou efektivity, respektive efektivnosti vynakládání finančních prostředků. Možnost dlouhodobého smluvního vztahu na dodávky podléhající rychlému technologickému pokroku je totiž nutné nahlížet také optikou dalších souvisejících právních norem, a to zejména zákona č. 320/2001 Sb., o finanční kontrole ve veřejné správě, ve znění pozdějších předpisů, a zákona č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech, ve znění pozdějších předpisů. V uváděném případě totiž existuje vysoká míra rizika, že výběr dodavatele byl „ekonomický" v době uzavření smlouvy, ale v průběhu trvání smlouvy se stane tento způsob pořízování dodávek ekonomicky nevýhodným, neboť budou na trhu dostupná nová, technologicky vyspělejší řešení nebo řešení levnější. Takové riziko ostatně hrozí u jakékoliv zakázky, nicméně v případě zadávání dodávek s kratším časovým horizontem je uvedené riziko podstatně menší.
37. Konečně k poznámce zadavatele, že nemohl využít institutu soutěžního dialogu, zakotveného v současné právní úpravě zadávání veřejných zakázek, Úřad uvádí, že k této skutečnosti nelze přihlížet, neboť případ je nezbytné posuzovat podle právní úpravy platné v době zadávání. Soutěžní dialog je druhem zadávacího řízení, o jehož eventuálním použití v době zadání šetřené veřejné zakázky nelze uvažovat, neboť v té době neexistoval. Nadto Úřad poznamenává, že není zcela zřejmé, zda by použití soutěžního dialogu bylo v daném oprávněné, neboť je přípustné jej použít jen v případech veřejných zakázek se zvláště složitým předmětem plnění, u nichž zadavatel není objektivně schopen přesně vymezit technické, právní nebo finanční požadavky na plnění. Zjednodušeně řečeno dialog, který je první fází zadávacího řízení, má sloužit k volbě optimální cesty (technologického postupu atp.), která má vést k zadavatelem zamýšlenému cíli. Vybrané řešení je posléze v druhé fázi soutěženo. Je tedy zřejmé, že pomocí soutěžního dialogu lze řešit problémy týkající se využití know how dodavatelů ve prospěch zadavatele. Výše popsány problémy týkající se pořízování zboží podléhajícího rychlému technologickému vývoji však soutěžní dialog z principu vyřešit nemůže, neboť by vyvstaly stejně jako při použití tradičního otevřeného nebo užšího řízení.

K definici předmětu plnění - odkazy na konkrétní výrobky

38. Podle § 48 odst. 6 zákona, jestliže to není odůvodněno předmětem veřejné zakázky, nesmí zadávací dokumentace obsahovat požadavky nebo odkazy na obchodní firmy, názvy nebo jména a příjmení, specifická označení výrobků a služeb, které platí pro určitého podnikatele nebo jeho organizační složku za příznačné, patenty na vynálezy, užité vzory, průmyslové vzory, ochranné známky nebo označení původu. Není-li zadavatel schopen popsat předmět veřejné zakázky s použitím specifikací, které jsou dostatečně přesné a srozumitelné všem

dodavatelům, musí zadavatel v zadávací dokumentaci umožnit použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení.

39. V § 49 odst. 2 zákon stanoví, že technické specifikace nesmí být stanoveny tak, aby určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely překážky pro mezinárodní obchod.
40. Část D přílohy č. 4 zadávací dokumentace šetřené veřejné zakázky obsahuje modelovou strukturu dodávek rozčleněnou podle jednotlivých druhů a kategorií dodávek. Zadavatel v modelové struktuře dodávek uvedl u jednotlivých kategorií zařízení následující technické specifikace. U stolních počítačů zadavatel požadoval chipset Intel 915G a procesor Intel Celeron D436 (kategorie A) nebo Intel Pentium 4 630 (kategorie B a C). V technické specifikaci požadovaných notebooků uvedl zadavatel požadavek na chipset Intel Mobile 915GM a procesor Intel Mobile Celeron 370, resp. Intel Mobile M750. Rovněž v případě specifikace serverů zadavatel uvedl procesor Intel Xeon 3,8 GHz, resp. Intel Xeon 3,66 GHz. V bodu 1.3 zadávací dokumentace zadavatel obecně připustil možnost nahrazení výrobky s obdobnými nebo lepšími technickými a jakostními parametry.
41. Úřad uvádí, že zadavatel je podle § 48 odst. 6 zákona povinen stanovit předmět plnění veřejné zakázky pomocí obecných specifikací jako například technické specifikace typu požadavku na výkon a jeho parametry, charakter výrobku, funkce atd., které jsou dostatečně přesné a srozumitelné všem dodavatelům (k této problematice také viz např. rozhodnutí Úřadu č. j. VZ/S60/05-154/2019/05-RP ze dne 11. 5. 2005 nebo č. j. VZ/S48/06/DO-VP/550/ZH ze dne 23. 3. 2006, obě dostupná na <http://www.compet.cz>). Citované ustanovení dále stanoví výjimku z tohoto pravidla, avšak pouze při současném splnění následujících dvou omezujících podmínek. Zaprvé jediné v tom případě, že nelze obecným způsobem předmět plnění dostatečně specifikovat, může v zadávací dokumentaci zadavatel např. odkázat na určitý konkrétní typ výrobku nebo značky pro bližší určení standardu jakosti a dalších vlastností výrobků. Zadruhé pak platí, že i v takovém případě je zadavatel povinen v zadávací dokumentaci umožnit použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení. Druhá podmínka je tedy podmíněna předchozím splněním podmínky první. Cílem uvedených podmínek omezujících používání odkazů na konkrétní značky je vyloučit diskriminaci ostatních dodavatelů a v návaznosti na § 49 odst. 2 zákona tak zamezit vytváření konkurenčních výhod nebo event. překážek pro mezinárodní obchod.
42. V šetřeném případě zadavatel vymezil některé části předmětné veřejné zakázky odkazem na konkrétní výrobky určité značky. Přesto, že zadavatel v zadávací dokumentaci připustil „možnost nahrazení výrobky s obdobnými nebo lepšími technickými a jakostními parametry“ a splnil tak druhou ze zákonných podmínek, Úřad konstatuje, že však nebyla splněna první, nutná, podmínka pro použití výjimky z pravidla zákazu uvádění odkazu na konkrétní značky. Předmět šetřené veřejné zakázky, respektive jeho část, kterou zadavatel vymezil odkazem na konkrétní výrobky, není natolik specifická, že by nebylo možné ji dostatečně popsat pomocí obecných charakteristik. Hardware komponenty, respektive požadovaný výkon a vlastnosti, lze například definovat za pomoci zkušebních srovnávacích testů a jejich kombinací (benchmarky lze získat např. na <http://www.bapco.com>, <http://www.spec.org>, <http://www.veritest.com>), s případným doplněním technického popisu stávající struktury informačních technologií. Argumentaci zadavatele, že těchto odkazů bylo nutné použít pro přesné a srozumitelné definování

požadovaných vlastností a kvality, je tak nezbytné odmítnout. Použití odkazů na konkrétní výrobek určité značky není v případě předmětné veřejné zakázky v souladu s § 48 odst. 6 zákona, a to ani za předpokladu splnění druhé návazné podmínky, tj. umožnění použití i jiných řešení. K této problematice dále viz také pozdější rozhodnutí Úřadu č. j. S154/2007/VZ-13454/2007/520-KV ze dne 24. 7. 2007 potvrzené rozhodnutím předsedy č. j. R154/2007/02-17728/2007/310-Šp ze dne 27. 9. 2007 (obě rozhodnutí jsou dostupná na <http://www.compet.cz>). Používání odkazů při pořizování komponent komunikačních technologií je zvláště nežádoucí, vedoucí k diskriminaci ostatních dodavatelů, neboť s ohledem na technickou specifickou informačních technologií by bylo obtížné nebo často nemožné prokázat shodu řešení jiného výrobce (dodavatele) s výrobkem nebo řešením zadavatelem uvedené značky. Vytvářejí se tak v rozporu s § 49 odst. 2 v návaznosti na § 48 odst. 6 zákona překážky konkurenci, která je základním prvkem a předpokladem pro zadávání veřejných zakázek.

43. Co se týče odkazu zadavatele na rozhodnutí Úřadu č. j. S154-R/05-092/140/IB, v němž byl aprobován postup zadavatele, kdy v zadávací dokumentaci použil odkaz na konkrétní typ nábytku se současným připuštěním obdobného řešení, Úřad uvádí následující. V uvedeném případě se jednalo o označení typu designu nábytku, který byl natolik jedinečný, že odkaz na typ byl odůvodněn předmětem zakázky. Úřad tedy nezjistil, že by uvedení odkazu na typ nábytku mohlo některému z dodavatelů zaručit konkurenční výhodu, a proto neshledal porušení zákona ze strany zadavatele. Na rozdíl od toho, v případě předmětné veřejné zakázky Úřad shledal, že technická specifikace zaručuje určitým dodavatelům konkurenční výhodu, a proto nelze závěry uvedené v odkazovaném rozhodnutí použít na šetřený případ. Rovněž nelze aplikovat závěry ESD v zadavatelem uváděném rozsudku C-359/93, neboť zde soud konstatoval porušení povinností zadavatele spočívající v nesplnění druhé podmínky, tj. umožnění použití obdobného řešení, a splněním podmínky první (viz výše) se tedy nezabýval. V případě předmětné zakázky však bylo rozhodující nesplnění první z podmínek, tj. že odkazy na výrobky jsou připuštěny, jen odůvodňuje-li to předmět veřejné zakázky.
44. S ohledem na výše uvedené dospěl Úřad k závěru, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona, když porušil zákaz stanovený v § 48 odst. 6 v návaznosti na § 49 odst. 2 zákona tím, že aniž by to bylo odůvodněno předmětem veřejné zakázky, odkazoval v zadávací dokumentaci na specifická označení výrobků, které platí pro určitého podnikatele za příznačné, čímž byla určitým dodavatelům zaručena konkurenční výhoda, přičemž výše uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit hodnocení nabídek a zadavatel uzavřel s uchazečem smlouvu. Úřad tudíž rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku II. rozhodnutí.

K výši obrátu jako kritéria finanční a ekonomické způsobilosti

45. V § 30 odst. 2 písm. b) zákon stanoví, že splněním kvalifikace se mj. rozumí splnění dalších kvalifikačních kritérií stanovených zadavatelem, jimiž zadavatel vymezí odpovídající úroveň finanční, ekonomické a technické způsobilosti dodavatele a zabezpečení jakosti podle druhu, rozsahu a složitosti zadávané veřejné zakázky. Podle odstavce 3 téhož ustanovení zákona je zadavatel povinen omezit rozsah požadovaných informací o kvalifikaci dodavatelů pouze na informace bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky.

46. Podle § 32 odst. 1 písm. c) zákona prokazuje finanční a ekonomickou způsobilost uchazeč nebo zájemce výkazem celkového obratu uchazeče nebo zájemce a obratu dosaženého za provedené práce, dodávky zboží nebo poskytnutí služeb za předcházející 3 účetní období.
47. Podle § 25 odst. 1 zákona je v zadávacím řízení zadavatel povinen dodržovat zásady stejného zacházení se všemi zájemci a uchazeči s výjimkami uvedenými v § 87 zákona, zákazu diskriminace a transparentnosti.
48. Zadavatel v oznámení zadávacího řízení a zadávací dokumentaci (bod 1.7.2.) ohledně prokázání finanční a ekonomické způsobilosti stanovil požadavek na doložení celkového obratu uchazeče za předcházející tři účetní období, přičemž minimální konsolidovaný obrat uchazeče musí činit nejméně 300 mil. Kč za každé jedno účetní období. Celková předpokládaná hodnota veřejné zakázky je dle oznámení zadávacího řízení 45 mil. Kč za čtyři roky trvání smlouvy (tj. 11,25 mil. Kč/rok).
49. Úřad uvádí, že z hlediska výkladu účelu výše citovaných ustanovení zákona lze skutečně vyjít například ze zadavatelem zmíněného rozhodnutí Úřadu č. j. VZ/S244/04-153/715/05-Kr ze dne 11. 2. 2005 (co se týče obecně finanční a ekonomické způsobilosti také viz např. rozhodnutí č. j. VZ/S240/04-154/183/05-RP ze dne 17. 1. 2005 potvrzené rozhodnutím č. j. 2R11/05-Hr ze dne 6. 6. 2005, dostupné na <http://www.compet.cz>). Co se týče kritérií finanční a ekonomické způsobilosti, zadavatel nesmí s ohledem na § 30 odst. 3 zákona volit taková kvalifikační kritéria, která zejména neodpovídají charakteru veřejné zakázky, nevztahují se k předmětu veřejné zakázky nebo jdou nad rámec zákona, popř. odporují zákazu diskriminace.
50. Dále Úřad uvádí, že z hlediska posouzení oprávněnosti stanovení minimálního obratu je rozhodná souvislost s předmětem šetřené veřejné zakázky (viz § 30 odst. 3 zákona), zejména s jeho charakterem, výší plnění a dlouhodobou délkou závazku. Minimálním obratem zadavatel tedy stanoví předpokládanou „velikost firmy," která bude provádět požadovanou službu, dodávku nebo práce, avšak musí tak učinit s ohledem na rozsah činnosti stanovený předmětem veřejné zakázky. Zadavatelem zvolený minimální obrat potom snižuje pravděpodobnost, že by k realizaci díla byl vybrán subjekt, jehož finanční situace je do značné míry závislá na realizaci předmětné veřejné zakázky.
51. V šetřeném případě zadavatel požadoval minimální roční obrat ve výši 300 mil. Kč, tj. téměř 27 krát vyšší než je roční hodnota veřejné zakázky. Předmětem zakázky je přitom stručně řečeno služba spočívající v outsourcingu některých činností v oblasti zajišťování provozu informačních technologií v instituci zadavatele (Magistrát Statutárního města Zlín) na dobu čtyř let, spojená rovněž s dodávkami určitých hardware komponent. Argumenty zadavatele směřují zejména k tomu, že hodlal v zadávacím řízení získat ekonomicky silného a stabilního partnera, u něhož nemá hrozit zánik nebo ekonomické potíže, které by bránily v plnění předmětné veřejné zakázky. Dále zadavatel uvedl, že má zájem na co nejplynulejším plnění, proto chtěl volit mezi natolik stabilními subjekty, které by nebyly závislé jen na realizaci zakázky pro zadavatele, přičemž rovněž upozorňuje, že na plnění zakázky je závislý. Úřad uvádí, že svým charakterem se jedná o relativně rozsáhlé služby a dodávky dlouhodobějšího charakteru, které jsou podstatné pro zajišťování samotné činnosti zadavatele. Z tohoto hlediska je tedy namístě, aby zadavatel stanovil vyšší než „běžné" nároky na ekonomickou stabilitu uchazečů o zakázku, neboť přerušení poskytování plnění by jistě mohlo mít

negativní dopady na činnost zadavatele (města). Zároveň však nelze připustit takové nastavení výše obratu, které by mělo za následek diskriminaci dodavatelů s nižším obratem, kteří však jsou z tohoto pohledu schopni rovnocenně splnit předmět plnění (jsou dostatečně ekonomicky silní). Jinými slovy platí zásada přiměřenosti k charakteru předmětu veřejné zakázky.

52. Úřad dále uvádí, že na daném trhu (dodávky a služby v oblasti informačních technologií) existuje v současnosti celá řada subjektů, které dozajista svoji činnost do jisté míry diverzifikují. Nelze tedy předpokládat, že by veškerý svůj obrat realizovali z jediné zakázky, od jediného zákazníka. Například tedy v hypotetickém případě subjektu s ročním obratem na nižší úrovni než je roční velikost šetřené zakázky tedy zřejmě bude platit, že v případě získání zakázky bude taková společnost vzhledem ke své velikosti (objemu produkce nebo realizovaných obchodů) pravděpodobně nucena přesunout těžiště své činnosti na realizaci zakázky získané od zadavatele. Není pak možné vyloučit, že v případě následné ztráty jiných zákazníků (tedy jiných zdrojů příjmu, obratu) v průběhu trvání smluvního vztahu se zadavatelem by se taková společnost mohla stát víceméně závislou na zakázce od zadavatele a eventuálně, v závislosti na konkrétních obchodních podmínkách, by mohla rovněž ztratit schopnost zakázku řádně plnit. Návazně na tyto úvahy lze však konstatovat, že s ohledem na předmět šetřené veřejné zakázky neexistuje žádný rozdíl v „dostatečnosti“ ekonomické síly dodavatele majícího 27 násobný obrat k velikosti zakázky a dodavatele majícího obrat například 10 násobný. Oproti prvně uváděnému hypotetickému dodavateli, u něhož je relativně vysoké riziko nesplnění zakázky z důvodu „velikosti firmy,“ Úřad neshledal rozdíl v míře rizika u dodavatele s obratem například 10 či 27 násobným, a to z následujících důvodů. S ohledem na úroveň ekonomické aktivity posledně zmíněných dvou dodavatelů a diverzifikace jejich aktivit existuje totožná míra rizika (nízká), že díky nedostatečné velikosti firmy nebudou schopni zakázku dokončit. Lze tak uzavřít, že požadavek zadavatele na téměř 27 násobnou výši obratu vůči hodnotě veřejné zakázky je zjevně nepřiměřený předmětu veřejné zakázky a diskriminuje ostatní dodavatele na trhu, kteří jsou vzhledem ke svému předmětu činnosti a velikosti firmy (výši obratu) způsobilí předmět veřejné zakázky splnit.
53. Co se týče argumentace zadavatele k výkladu pojmu diskriminace a jeho odkazu na druhostupňové rozhodnutí č. j. R092/2006/02-19480/2006/300-Šp uvádí Úřad následující. Pojem diskriminace je nezbytné vykládat v širších souvislostech a přihlédnout rovněž k zakázané skryté formě diskriminace, jak ji vymezila rozhodovací praxe podaná například Krajským soudem v Brně v rozsudku ze dne 11. 10. 2007, č. j. 62 Ca 9/2007, v němž soud uvedl, že za skrytou formu nepřípustné diskriminace je třeba považovat i takový postup, pokud zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových kvalifikačních předpokladů, kdy požadovaná úroveň způsobilosti je zjevně nepřiměřená ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky.
54. S ohledem na výše uvedené dospěl Úřad k závěru, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 25 odst. 1 zákona, neboť při vymezení úrovně finanční a ekonomické způsobilosti uchazečů - obratu, nedodržel zásadu zákazu diskriminace, přičemž výše uvedený postup zadavatele mohl

podstatně ovlivnit hodnocení nabídek a zadavatel uzavřel s uchazečem smlouvu. Úřad tudíž rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku III. rozhodnutí.

K uložení pokuty

55. Podle § 102 odst. 1 zákona se právnická osoba nebo fyzická osoba, která je zadavatelem, dopustí správního deliktu tím, že
- a) nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro přidělení veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit hodnocení nabídek,
 - b) uzavře smlouvu s uchazečem vybraným postupem podle písmene a).
56. Úřad ve výrocích I., II., III. rozhodnutí rozhodl, že se zadavatel dopustil spáchání:
- správního deliktu podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 48 odst. 1 zákona, neboť v zadávací dokumentaci nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, přičemž výše uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit hodnocení nabídek a zadavatel uzavřel s uchazečem smlouvu,
 - správního deliktu podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona tím, že porušil zákaz stanovený v § 48 odst. 6 v návaznosti na § 49 odst. 2 zákona tím, že aniž by to bylo odůvodněno předmětem veřejné zakázky, odkazoval v zadávací dokumentaci na specifická označení výrobků, která platí pro určitého podnikatele za příznačná, čímž byla určitým dodavatelům zaručena konkurenční výhoda, přičemž výše uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit hodnocení nabídek a zadavatel uzavřel s uchazečem smlouvu,
 - správního deliktu ve smyslu § 102 odst. 1 písm. b) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 25 odst. 1 zákona, neboť při vymezení úrovně finanční a ekonomické způsobilosti uchazečů – obratu, nedodržel zásadu zákazu diskriminace, přičemž výše uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit hodnocení nabídek a zadavatel uzavřel s uchazečem smlouvu.
57. Jestliže zadavatel spáchá správní delikt uvedený v § 102 odst. 1 písm. b) zákona, uloží se mu pokuta podle § 102 odst. 2 písm. a) pokuta ve výši 5 % ceny zakázky.
58. Podle § 102 odst. 3 zákona se sazba pokuty stanovená podle výše citovaného § 102 odst. 2 zákona zvyšuje na dvojnásobek, jestliže se právnická osoba, která je zadavatelem, dopustí správního deliktu podle odstavce 1 opakovaně v průběhu pěti let. To znamená, že pokuta může být uložena v této kvalifikované výši, pokud se zadavatel dopustí správního deliktu alespoň podruhé ve lhůtě pěti let. Ve správním rozhodnutí č. j. VZ/S126/05-154/4119/05-RP ze dne 19. 9. 2005, potvrzeným rozhodnutím předsedy č. j. 2R 76/05-Šp ze dne 22. 3. 2006 Úřad rozhodl, že se zadavatel dopustil spáchání správního deliktu podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona tím, že při zadávání veřejných zakázek, jež realizoval na základě dílčích smluv a faktur s dodavatelem IMPROMAT-COMPUTER, s.r.o. (subjekt totožný s vybraným uchazečem) v období od 1. 5. 2004 do 20. 7. 2005, nepostupoval způsobem stanoveným zákonem, přičemž svým postupem nesplnil povinnost stanovenou v § 25 odst. 1 zákona. Za uvedené porušení zákona byla zadavateli uložena pokuta ve výši 95 000 Kč. Okamžik spáchání uvedeného předchozího správního deliktu je podle Úřadu nutné vztáhnout ke dni

1. 5. 2004, neboť k uvedenému datu měl zadavatel nejpozději posoudit své potřeby a objem plnění, které hodlal zadat společnosti IMPROMAT-COMPUTER, s.r.o. a dané plnění podle toho vysoutěžit v řádném zadávacím řízení. Jestliže byl předešlý správní delikt podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona spáchán dne 1. 5. 2004 a nyní posuzované správní delikty byly spáchány dvěma dílčími úkony, spočívajícími v uzavření smluv dne 27. 7. 2006 a dne 31. 7. 2006, je zřejmé, že zadavatel se těchto dalších správních deliktů dopustil ve lhůtě pěti let ode dne spáchání správního deliktu předešlého a sazbu pokuty je podle § 102 odst. 3 zákona nutné zvýšit na dvojnásobek.

59. Před uložením pokuty Úřad rovněž ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 105 odst. 3 zákona, a to, zda řízení o uložení pokuty za protiprávní jednání bylo zahájeno do pěti let ode dne jeho spáchání. V daném případě zadavatel správní delikty spáchal uzavřením smluv, které byly uzavřeny dne 27. 7. 2006 a dne 31. 7. 2006, přičemž správní řízení o uložení pokuty za tyto delikty bylo zahájeno dne 9. 4. 2008. Z uvedených údajů vyplývá, že v šetřeném případě bylo správní řízení ve lhůtě pěti let ode dne jejich spáchání zahájeno a odpovědnost zadavatele za správní delikty nezanikla.
60. K uložení pokuty za spáchání správních deliktů uvedených ve výroku I., II. a III. tohoto rozhodnutí Úřad předně uvádí, že při stanovení výše sankce je nutné postupovat v souladu se zásadou absorpce, která se uplatní při postihu souběhu správních deliktů a jejíž podstata tkví v absorpci sazeb, kdy přísnější trest pohlcuje mírnější. Jak již v minulosti několikrát dovodil Nejvyšší správní soud (např. v rozsudku č. j. 1 As 28/2009-62 ze dne 18. 6. 2009 nebo v rozsudku č. j. 5 Afs 9/2008-328 ze dne 31. 10. 2008), při trestání správních deliktů tímž správním orgánem se přiměřeně uplatní i principy ovládající souběh trestných činů. Nutnost aplikovat trestněprávní instituty i při trestání správním orgánem vyplývá z obecné potřeby použít ve prospěch obviněného analogii z trestního práva všude tam, kde vzhledem k neexistenci jednotného kodexu správního trestání v českém právním řádu nejsou výslovně upraveny některé základní zásady a instituty, jež by měly být zohledněny v případě jakéhokoliv veřejnoprávního deliktu. Použití analogie ve správním trestání je v omezeném rozsahu přípustné tehdy, pokud právní předpis, který má být aplikován, určitou otázku vůbec neřeší, a nevede-li výklad za pomoci analogie ani k újmě účastníka řízení, ani k újmě na ochraně hodnot, na jejichž vytváření a ochraně je veřejný zájem (viz rozsudky Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 27/2008 – 67 ze dne 16. 4. 2008 a č. j. 8 As 17/2007 – 135 ze dne 31. 5. 2007). Pro ukládání trestů za správní delikty se proto musí uplatnit obdobné principy a pravidla jako pro ukládání trestů za trestné činy.
61. V souladu s výše citovanou zásadou absorpce v rámci správněprávního trestání Úřad ve správním řízení uložil pokutu podle přísněji trestného správního deliktu, proto se Úřad nejprve zabýval otázkou, jaký delikt je v šetřeném případě možné považovat za závažnější, tj. za který z nich je možno uložit přísnější sankci (vyšší pokutu).
62. V daném případě se zadavatel dopustil spáchání tří správních deliktů podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona, přičemž za spáchání každého z nich lze podle § 102 odst. 2 písm. a) zákona uložit pokutu do 5 % ceny zakázky. V daném případě cena veřejné zakázky činila 87 959 998 Kč vč. DPH, přičemž 5 % z této částky činí 4.397.999,90 Kč. Z uvedeného vyplývá, že všechny spáchané správní delikty jsou stejně pokutovány a z tohoto pohledu nelze určit přísněji trestný správní delikt. Úřad k tomu uvádí, že v daném případě uložil pokutu za správní delikt, kterého se zadavatel dopustil nedodržením zásady zákazu diskriminace při vymezení úrovně

finanční a ekonomické způsobilosti uchazečů – obratu podle § 25 odst. 1 zákona, neboť uvedené porušení zákona Úřad považuje za nejzávažnější, jelikož tento diskriminační postup mohl mít bezprostřední vliv na okruh dodavatelů oprávněných podat nabídku.

63. Vzhledem k tomu, že zadavatel se správního deliktu podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona dopustil opakovaně (viz odstavec 58 odůvodnění tohoto rozhodnutí), je s ohledem na výše uvedené nutné možnou výši horní sazby pro uložení pokuty za tento správní delikt zvýšit na dvojnásobek, což odpovídá částce ve výši 8 795 999,80 Kč.
64. Podle § 105 odst. 1 zákona Úřad při určení výše pokuty přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
65. Úřad při stanovení výše pokuty vzal tedy v první řadě v úvahu závažnost správního deliktu, za který ukládá sankci. Požadavek zadavatele na minimální obrat ve výši téměř 27 násobku hodnoty veřejné zakázky nebyl podle Úřadu žádným způsobem odůvodněn a jeho mimořádná výše mohla zcela zásadně zúžit okruh potencionálních dodavatelů, kteří by jinak byli schopni předmět veřejné zakázky splnit, čemuž napovídá i skutečnost, že nabídku v zadávacím řízení podali pouze dva uchazeči. Pokud by se zadavatel výše popsaného porušení zákona nedopustil, nelze vyloučit, že by podali nabídku i další dodavatelé, kteří mohli nabídnout výhodnější podmínky realizace veřejné zakázky. Zadavatelem nastavené finanční kvalifikační předpoklady jsou tak ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti veřejné zakázky zjevně nepřiměřené, čímž zadavatel skrytě diskriminoval potencionální uchazeče. Ke skryté diskriminaci se vyslovil Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku č. j. 1 Afs 20/2008 – 165 ze dne 5. 6. 2008. Soud za skrytou formu nepřipustné diskriminace považuje i *takový postup, pokud zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových technických kvalifikačních předpokladů (pozn. tento závěr lze bezpochyby vztáhnout i na ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady), které jsou zjevně nepřiměřené ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, v důsledku čehož je zřejmé, že zakázku mohou splnit toliko někteří z dodavatelů (potenciálních uchazečů), jež by jinak byli bývali k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými. Někteří z dodavatelů totiž mají v takovém případě a priori znemožněnu účast v zadávacím řízení, byť by předmět veřejné zakázky mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní. Tím se znemožňuje dosažení cíle zákona o veřejných zakázkách, tedy zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli.* Je zřejmé, že závěry vyslovené soudem ve vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům lze stejně vztáhnout i na kvalifikační předpoklady ekonomické a finanční. S ohledem na výše uvedené Úřad daný správní delikt považuje za velmi závažný.
66. Co se týče způsobu spáchání správního deliktu, nemá Úřad žádné indicie, že by zadavatel předmětný ekonomický a finanční kvalifikační předpoklad stanovil v přímém, či nepřímém úmyslu diskriminovat způsobilé uchazeče nedosahující úrovně požadovaného obratu. Zadavatel podle svého vyjádření tento požadavek stanovil s úmyslem získat ekonomicky silného a stabilního partnera, u něhož nemá hrozit zánik nebo ekonomické potíže, které by bránily v plnění předmětné veřejné zakázky. Způsob spáchání správního deliktu tedy nevykazuje znaky svědčící zvýšení uložené pokuty.

67. Následkem spáchaného správního deliktu je v daném případě diskriminace potencionálních dodavatelů a omezení konkurence. V souladu se závěry Krajského soudu vyslovenými v rozsudku č. j. 62 Ca 27/2009-117 ze dne 28. 4. 2011 (viz odstavec 19. odůvodnění tohoto rozhodnutí) však tento následek nelze v daném případě zohledňovat jako přitěžující okolnost, neboť omezení konkurence, a tím pádem diskriminace potenciálních uchazečů, je okolností, která je se spácháním daného deliktu spojena vždy.
68. Úřad při určení výše pokuty zohlednil jako polehčující okolnost skutečnost, že stanovením výše požadovaného obrátu zadavatel nesledoval primárně vyloučení potenciálních dodavatelů schopných ucházet se o plnění veřejné zakázky, ale byl veden snahou zajistit dodavatele, kteří budou schopni pro zadavatele velmi důležitou veřejnou zakázku s komplikovaným, rozsáhlým a dlouhodobě poskytovaným plněním řádně realizovat. Úřad jako polehčující okolnost spatřuje rovněž to, že zadavatel dosáhl ukončení platnosti smluv na plnění veřejné zakázky již na konci roku 2009 (viz odstavec 22 odůvodnění tohoto rozhodnutí),
69. Jako přitěžující okolnost Úřad naopak zohlednil fakt, že současně bylo rozhodnuto o tom, že zadavatel spáchal další dva správní delikty podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona uvedené ve výrocích I. a II. tohoto rozhodnutí.
70. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci zadavatele, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. V této souvislosti Úřad odkazuje na nález Ústavního soudu č. Pl. ÚS 3/02. Podle uvedeného nálezu jsou nepřijatelné takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Plánované roční rozpočtové příjmy zadavatele v roce 2011 činily 1 638 315 000 Kč a plánované rozpočtové výdaje činily cca 1 584 532 000 Kč. V roce 2012 plánované roční rozpočtové příjmy zadavatele činí 1 221 879 000 Kč a plánované rozpočtové výdaje činí 1 191 295 000 (viz rozpočty uveřejněné na internetových stránkách zadavatele). Zadavatel tedy v roce 2011 i 2012 plánoval hospodařit s přebytkem přesahujícím výši pokuty a uložená pokuta tak neohrozí jeho hospodaření. Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel v rámci svého rozpočtu disponuje, považovat za likvidační.
71. Úřad při stanovení výše pokuty dále zohlednil skutečnost, že uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocíťována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání.
72. 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. S ohledem na všechny okolnosti případu považuje Úřad pokutu pohybující se při dolní hranici zákonné sazby za dostačující.
73. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty. 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 - IČ zadavatele.

K uložení nákladů řízení

74. Pokud jde o uložení úhrady nákladů řízení, Úřad konstatuje, že podle § 79 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, správní orgán uloží účastníkovi, který řízení vyvolal porušením své právní povinnosti, nahradit náklady řízení paušální částkou. Prováděcí právní předpis vyhláška č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení (dále jen „vyhláška“), stanoví paušální částku nákladů řízení podle § 6 odst. 1 vyhlášky ve výši 1000 Kč.
75. Vzhledem k tomu, že zadavatel vyvolal správní řízení porušením svých právních povinností (viz výše), rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení ve výši podle § 6 odst. 1 vyhlášky, jak je uvedeno v části V. výroku tohoto rozhodnutí.
76. Pro úplnost Úřad uvádí, že podle § 158 odst. 1 a 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, se zadávání veřejných zakázek, veřejné soutěže o návrh, řízení o přezkoumání úkonů zadavatele Úřadem a řízení o uložení sankce zahájené přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona dokončí podle dosavadních právních předpisů. Obdobně se postupuje i v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele a v řízení o uložení sankce, která byla zahájena po nabytí účinnosti tohoto zákona a která na zadávání veřejných zakázek nebo veřejnou soutěž o návrh podle odstavce 1 navazují.
77. Náklady řízení jsou splatné 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 19-24825621/0710, variabilní symbol 2008000110.

POUČENÍ

Proti tomuto usnesení je možno podat do 15 dnů od jeho doručení rozklad k předsedovi Úřadu, 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 účastníkovi řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

1. Statutární město Zlín, náměstí Míru 12, 761 40 Zlín
2. IMPROMAT-COMPUTER s. r. o., Tř. T. bati 5267, 762 02 Zlín

Vypraveno dne:

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