

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ



UOHSX001CWZU

Č. j. UOHS-S50/2009/VZ-10263/2009/540/JSI

V Brně dne 2. prosince 2009

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném z moci úřední dne 18.5.2009, jehož účastníky jsou

- zadavatel – město Ostrov, IČ 00254843, se sídlem Klínovecká 1204, 363 20 Ostrov, zast. Ing. Janem Burešem, starostou města,
- vybraný uchazeč – STAMOZA, společnost s ručením omezeným, IČ 45358800, se sídlem Vrázova 2429/7, 350 02 Cheb, za níž jedná Miroslav Šilhán, jednatel společnosti,

ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem při uzavírání dodatku č. 1 ze dne 24.10.2006, dodatku č. 2 ze dne 22.2.2007 a dodatku č. 3 ze dne 21.6.2007 ke smlouvě o dílo ze dne 11.4.2006 na realizaci veřejné zakázky „Obnova a podpora návštěvnosti regionálně významného rozsáhlého komplexu barokních památek (zámeckého areálu a areálu kláštera) v historické části města Ostrov (zkráceně Historický Ostrov) – IV. etapa“,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – město Ostrov, IČ 00254843, se sídlem Klínovecká 1204, 363 20 Ostrov – se dopustil správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, když při uzavírání dodatku č. 1 ze dne 24.10.2006, dodatku č. 2 ze dne 22.2.2007 a dodatku č. 3 ze dne 21.6.2007 ke smlouvě o dílo ze dne 11.4.2006 na realizaci veřejné zakázky „Obnova a podpora návštěvnosti regionálně významného rozsáhlého komplexu barokních památek (zámeckého areálu a areálu kláštera) v historické části města Ostrov (zkráceně Historický Ostrov) – IV. etapa“, nedodržel postup stanovený v ustanovení § 21 odst. 2 citovaného zákona, když veřejné zakázky na dodatečné stavební práce zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž byly splněny podmínky stanovené v ust. § 23 odst. 7 písm. a) zákona, a na tyto veřejné zakázky uzavřel dodatek č. 1 ze dne 24.10.2006, dodatek č. 2 ze dne 22.2.2007 a dodatek č. 3 ze dne 21.6.2007 ke smlouvě o dílo ze dne 11.4.2006 se společností STAMOZA, společnost s ručením omezeným, IČ 45358800,

se sídlem Vrázova 2429/7, 350 02 Cheb, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a smlouva již byla uzavřena.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se zadavatelé města Ostrov, IČ 00254843, se sídlem Klínovecká 1204, 363 20 Ostrov, podle ust. § 102 odst. 2 písm. a) výše citovaného zákona ukládá

pokuta ve výši 40 000,- Kč (čtyřicet tisíc korun českých).

Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-24825621/0710, konstantní symbol 1148, variabilní symbol 0500950001.

Odůvodnění

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) jako orgán příslušný dle ust. § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), obdržel podnět k přezkoumání postupu zadavatele – města Ostrov, IČ 00254843, se sídlem Klínovecká 1204, 363 20 Ostrov (dále jen „zadavatel“), při uzavírání dodatků č. 1 ze dne 24.10.2006, č. 2 ze dne 22.2.2007 a č. 3 ze dne 21.6.2007 ke smlouvě o dílo ze dne 11.4.2006 na realizaci veřejné zakázky „Obnova a podpora návštěvnosti regionálně významného rozsáhlého komplexu barokních památek (zámeckého areálu a areálu kláštera) v historické části města Ostrov (zkráceně Historický Ostrov) – IV. etapa“. Úřad si vyžádal od zadavatele příslušnou dokumentaci, po jejímž přezkoumání zjistil následující skutečnosti.

Na základě oznámení otevřeného řízení v informačním systému o veřejných zakázkách dne 3.2.2006 pod evidenčním číslem VZ 50017540 obdržel zadavatel žádosti o zadávací dokumentaci od pěti zájemců, přičemž nabídku podali ve stanovené lhůtě čtyři z nich.

Předmětem šetřené veřejné zakázky byla podle článku I.A.1. zadávací dokumentace obnova zámeckého parku, s reminiscencí historické podoby parku z období baroka alespoň v základní kompozici, na kterou bude navazovat přírodně – krajinářský park. Součástí prací měla být obnova zelených ploch, demolice nevhodných konstrukcí, terénní úpravy, vybudování pěších komunikací a odpočinkových ploch, veřejného osvětlení, založení nových výsadeb, péstební opatření stávajícího porostu, řešení závlahového systému a osazení zahradního mobiliáře.

V čl. II.L.4. zadávací dokumentace stanovil zadavatel požadavek na sestavení nabídkové ceny následovně:

- Celková cena bez DPH
- Rezerva ve výši 5% z celkové ceny bez DPH
- Vyčíslení DPH (z celkové ceny bez DPH a z rezervy)
- Celková cena včetně rezervy a DPH

Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 13.3.2006 vyplývá, že na základě posouzení a hodnocení nabídek byla na základě kritéria nejnižší nabídkové ceny jako nejvhodnější vybrána nabídka uchazeče STAMOZA, společnost s ručením omezeným, IČ 45358800, se sídlem Vrázova 2429/7, 350 02 Cheb (dále jen „vybraný uchazeč“). Dne 11.4.2006 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem smlouvu o dílo (dále jen „smlouva“) v souladu s nabídkou za cenu plnění ve výši 15 840 176,- Kč bez DPH, což činí 18 849 810,- Kč vč. DPH. Smlouva obsahovala rovněž ujednání o stanovení rezervy ve výši 5% z ceny zakázky, tj. 792 008,- Kč bez DPH.

K uvedené smlouvě o dílo byly následně uzavřeny tři dodatky. Dodatkem č. 1 ze dne 24.10.2006 byl předmět plnění veřejné zakázky rozšířen o vícepráce za cenu ve výši 5 188 801,62 Kč bez DPH. Dodatkem č. 2 ze dne 22.2.2007 byl předmět plnění veřejné zakázky rozšířen o vícepráce za cenu ve výši 713 123,87 Kč bez DPH a to formou čerpání rezervy schválené čl. IV. odst. 1 smlouvy o dílo. Dodatkem č. 3 ze dne 21.6.2007 byl předmět plnění veřejné zakázky rozšířen o vícepráce za cenu ve výši 1 118 533 Kč bez DPH.

Na základě zjištění uvedených skutečností získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem při uzavírání dodatků č. 1 ze dne 24.10.2006, č. 2 ze dne 22.2.2007 a č. 3 ze dne 21.6.2007 ke smlouvě o dílo ze dne 11.4.2006, a z uvedeného důvodu zahájil správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem.

Zahájení správního řízení bylo účastníkům oznámeno dopisem č.j. ÚOHS-S50/2009-2294/2009/540/JSI ze dne 15.5.2009, ve kterém Úřad vyjádřil svoji pochybnost, zda zadavatel při uzavírání dodatků č. 1, č. 2 a č. 3 ke smlouvě o dílo postupoval v souladu s ust. § 23 odst. 7 písm. a) zákona. Úřad v oznámení provedl kalkulaci cen díla uvedených ve smlouvě o dílo a jejich dodatcích a dospěl k závěru, že limit 20 % pro dodatečné stavební práce stanovený cit. ustanovením byl zadavatelem překročen. Současně s tímto oznámením zaslal Úřad účastníkům řízení usnesení č.j. ÚOHS-S50/2009/VZ-2322/2009/540/JSI ze dne 15.5.2009, kterým jim stanovil lhůtu, ve které jsou oprávněni navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy, a jsou oprávněni vyjádřit v řízení své stanovisko. Dále stanovil účastníkům řízení lhůtu, ve které se mohou vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Doručením uvedeného oznámení bylo dne 18.5.2009 zahájeno příslušné správní řízení.

Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou

- zadavatel,
- vybraný uchazeč.

Dne 5.6.2009 obdržel Úřad vyjádření zadavatele, v němž uvádí, že realizace celé zakázky probíhala za komplikovaných podmínek, časově omezených z důvodu vázanosti na poskytnutí dotací a nutnost respektování agrotechnických lhůt pro práce ve veřejné zeleni. Jak pěstební opatření, tak zakládání a výsadba nové zeleně mohla být prováděna jen ve specifických termínech, kterým však muselo předcházet provedení stavebních prací rovněž limitovaných klimatickými podmínkami. Současně se stavba nacházela v městské památkové zóně, takže i v průběhu realizace bylo nutno reflektovat na požadavky orgánů státní památkové péče, které vznikly až v průběhu realizace projektu. Dle tvrzení zadavatele nemohla projektová dokumentace ani průzkumy provedené před jejím zpracováním zohlednit všechny nepředvídané okolnosti a rizika, které vznikly v průběhu realizace stavby. Tyto situace byl zadavatel nucen řešit za cenu s tím spojených vícenákladů a víceprací, které však byly vždy vyvolány změnou materiálu či dodávek, které nemění původní rozsah zakázky.

V této souvislosti zadavatel odkazuje na text smlouvy o dílo, která obsahuje cenová ujednání ohledně možného zvýšení smluvní ceny a popis podmínek čerpání schválené rezervy. Smlouva rovněž obsahovala podrobné ujednání o způsobu ocenění víceprací a jejich vzájemného odsouhlasení smluvními stranami.

Pokud se týká ve smlouvě stanovené rezervy, zadavatel odkazuje na v té době běžnou praxi a doporučení prezentovaná na stránkách www.verejna-zakazka.cz, přičemž smlouva i obchodní podmínky upravovaly přesně postup při jejím čerpání. Rezerva tak podle zadavatele byla nedílnou součástí nabídkové ceny a byla čerpána v souladu se smlouvou.

Ke zjištěním Úřadu uvedeným v oznámení o zahájení správního řízení zadavatel uvádí, že je podle něj výpočet Úřadu nepřesný a předkládá vlastní kalkulaci cen uzavřených dodatků. V částce 5 188 801,62 Kč zahrnuté Úřadem u dodatku č. 1 jsou podle zadavatele započítány i položky o objemu 501 279,91 Kč, které jsou položkami z původní smlouvy a ve skutečnosti nejsou vícepracemi a v zadávacím listu jsou uvedeny pouze informativně. Dále dodatek č. 1 obsahuje položky o objemu 1 737 241,60 Kč, které představují změny dodávaného materiálu a výrobků na základě vlivu třetích osob, který nemohl zadavatel při zpracování zadávací dokumentace předjímat.

K Úřadem namítaným pochybením při uzavírání dodatku č. 2 zadavatel uvádí, že tento dodatek nebyl uzavřen v jednacím řízení bez uveřejnění, neboť šlo o povolení způsobu čerpání smluvně upravené rezervy a dodatek ke smlouvě tak měl podle něj ryze administrativní charakter.

Pro názornost rozděluje zadavatel popis jednotlivých položek v dodatcích a jejich zdůvodnění do čtyř skupin následovně:

1. Práce a materiál v rozsahu zadání projektové dokumentace a Smlouvy o dílo – 501 279,91 Kč bez DPH.
2. Změna, záměna materiálu v celkovém objemu 1 737 241,60 Kč bez DPH.
3. Vícepráce zcela nezbytné k dokončení stavby v objemu 996 915,47 Kč bez DPH.
4. Nové stavební práce v objemu 3 785 021,90 Kč bez DPH.

U první skupiny zadavatel uvádí, že jde o položky již uvedené v původním výkazu výměr smlouvy o dílo a nelze je tedy přičítat k vícepracem, neboť byly uvedeny pouze informativně.

Druhá skupina představuje vynucené změny a záměny materiálu, kdy bylo jednak nutno na základě stanoviska orgánu památkové péče provést osvětlení v jednotné koncepci zámeckého parku (použít jednotný typ svítidel), jednak došlo v době realizace projektu k zániku dodavatele kabelů zn. AYKY, proto musel být zvolen jiný dodavatel a zakoupeny kabely zn. CYKY. Tyto změny představují v dodatcích hodnotu celkem 1 737 241,60 Kč.

Třetí skupina představuje vícepráce zcela nezbytné k dokončení a provozování stavby, ke kterým došlo v důsledku nutnosti změny místa napájení veřejného osvětlení kvůli změně stanoviska majitele distribuční sítě. Toto si vyžádalo nový projekt elektroinstalace v celém parku a práce a materiál v hodnotě 996 915,47 Kč.

Čtvrtá skupina jsou podle zadavatele zcela nové stavební práce, které byly sjednány s původním dodavatelem vybraným v otevřeném řízení z důvodu ekonomické výhodnosti,

neboť dodavatel měl již v místě stavby provozní kapacity a jednotkové ceny již byly naceněny v předchozím otevřeném řízení. V tomto případě šlo o práce v celkovém objemu 3 785 021,90 Kč bez DPH, přičemž podle zadavatele tento limit nedosahuje zákonné hranice podlimitní zakázky a tudíž mohl tyto práce zadat přímo dodavateli vybranému v otevřeném řízení jako zakázku malého rozsahu, neboť potřeba těchto prací vyvstala až při realizaci díla.

Zadavatel ve svém vyjádření dále uvádí, že zejména první a druhá jím vyčleněná skupina prací podle něj nemůže být započítána do zákonného finančního limitu pro objem víceprací, neboť jde dílem o práce zahrnuté v původní smlouvě a dílem o změny a záměny prací a materiálů.

Co se týče zápočtu víceprací a méněprací, domnívá se zadavatel, že výklad zákona poskytovaný Úřadem nelze z textu zákona jednoznačně vyvodit a navíc v době realizace veřejné zakázky nebyl zadavateli tento výklad znám. Zadavatel uzavírá, že jeho postupem nevznikla žádná škoda, vždy byly z jeho strany dodržovány zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace a veřejné prostředky byly vynaloženy účelně, což dokládá i kopii protokolu Nejvyššího kontrolního úřadu o kontrole předmětné zakázky.

Dne 4.6.2009 obdržel Úřad vyjádření vybraného uchazeče, v němž uvádí, že při realizaci veřejné zakázky postupoval ve věcech realizace stavby, jejích změn a změnových listů vždy v souladu s výsledky zadávacích řízení, s ustanoveními smlouvy o dílo a dle pokynů zadavatele.

Úřad přezkoumal na základě ust. § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, vyjádření účastníků řízení a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při uzavírání dodatku č. 1 ze dne 24.10.2006, dodatku č. 2 ze dne 22.2.2007 a dodatku č. 3 ze dne 21.6.2007 ke smlouvě o dílo ze dne 11.4.2006 nepostupoval v souladu se zákonem a dopustil se tak správního deliktu podle ust. § 102 odst. 1 písm. a) zákona. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

Podle ust. § 21 odst. 2 zákona může zadavatel pro zadání veřejné zakázky použít otevřené řízení nebo užší řízení a za podmínek stanovených v § 22 a 23 rovněž jednacím řízením s uveřejněním nebo jednacím řízením bez uveřejnění.

V jednacím řízení bez uveřejnění může zadavatel zadat veřejnou zakázku na stavební práce nebo veřejnou zakázku na služby dle ust. § 23 odst. 7 písm. a) rovněž v případě, jestliže jde o dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby, které nebyly obsaženy v původních zadávacích podmínkách, jejich potřeba vznikla v důsledku objektivně nepředvídaných okolností a jsou nezbytné pro provedení původních stavebních prací nebo pro poskytnutí původních služeb, a to za předpokladu, že

1. dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby budou zadány témuž dodavateli,
2. dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby nemohou být technicky nebo ekonomicky odděleny od původní veřejné zakázky, pokud by toto oddělení způsobilo závažnou újmu zadavateli, nebo ačkoliv je toto oddělení technicky či ekonomicky možné, jsou dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby zcela nezbytné pro dokončení předmětu původní veřejné zakázky, a
3. v případě veřejného zadavatele celkový rozsah dodatečných stavebních prací nebo dodatečných služeb nepřekročí 20 % ceny původní veřejné zakázky.

Z předložené dokumentace vyplývá, že v šetřeném případě uzavřel zadavatel ke smlouvě o dílo ze dne 11.4.2006 dodatek č. 1 na základě výzvy k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění ze dne 13.10.2006 podle ust. § 23 odst. 7 písm. a) zákona. Předmětem plnění byly dodatečné stavební práce v hodnotě 5 188 801,62 Kč bez DPH. Dne 22.2.2007 uzavřel zadavatel k předmětné smlouvě dodatek č. 2, jehož předmětem byly vícepráce v hodnotě 713 123,87 Kč bez DPH, kdy zadavatel využil čerpání rezervy sjednané v původní veřejné zakázce. Na základě výzvy k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění ze dne 28.5.2007 uzavřel zadavatel dne 11.4.2006 ke smlouvě dodatek č. 3 podle ust. § 23 odst. 7 písm. a) zákona. Předmětem dodatku byly dodatečné stavební práce v hodnotě 1 118 533,00 Kč bez DPH.

K výše popsanému postupu zadavatele Úřad konstatuje, že jednací řízení bez uveřejnění je typem zadávacího řízení, v němž zadavatel vyzývá k jednání jednoho dodavatele nebo omezený okruh dodavatelů. Z obecného hlediska je použití jednacího řízení bez uveřejnění vázáno na splnění zákonem přesně stanovených podmínek, neboť se jedná o výjimečný způsob zadání. Zadavatel se může obrátit na jednoho nebo více vybraných dodavatelů, aniž by svůj záměr musel předem uveřejnit, a to pouze za podmínek uvedených v § 23 zákona.

Jednou z podmínek užití jednacího řízení bez uveřejnění dle výše citovaného ust. § 23 odst. 7 písm. a) zákona je, že celkový rozsah dodatečných stavebních prací nepřekročí 20 % ceny původní veřejné zakázky.

V šetřeném případě byla cena původní veřejné zakázky (bez finanční rezervy) 15 840 176 Kč bez DPH. Hodnota 20 % ceny původní veřejné zakázky činí 3 168 035,20 Kč bez DPH, původní cena zakázky navýšená o tuto částku odpovídá hodnotě 19 008 211,20 Kč bez DPH. Z předložené dokumentace Úřad zjistil, že dodatkem č. 1 a č. 3 byla původní cena navýšena o částku celkem 6 307 334,62 Kč bez DPH, dodatkem č. 2 o částku 713 123,87 Kč bez DPH a to čerpáním rezervy. Celková cena veřejné zakázky tedy dosáhla částky 22 860 634,49 Kč bez DPH. Na základě těchto zjištění Úřad konstatuje, že původní cena veřejné zakázky byla překročena o více než 20 %.

K tomu zadavatel uvádí, že podle něj nelze započítat všechny vícepráce do limitu 20 % stanoveného zákonem, neboť v průběhu realizace projektu se vyskytla objektivní potřeba změny materiálů. Jde zejména o výše specifikované skupiny prací „Práce a materiál v rozsahu zadání projektové dokumentace a Smlouvy o dílo“ a „Změna, záměna materiálu“ kdy jde dílem o práce zahrnuté v původní smlouvě a dílem o změny a záměny prací a materiálů. Zadavatel dále uvádí, že výklad zákona poskytovaný Úřadem ohledně zápočtu víceprací a méněprací nelze z textu zákona jednoznačně vyvodit a navíc v době realizace veřejné zakázky nebyl zadavateli tento výklad znám.

K argumentaci zadavatele Úřad uvádí, že v průběhu plnění veřejné zakázky může nastat skutečnost, že je třeba realizovat práce (dodávky, služby), které nebyly předmětem původní veřejné zakázky (tzv. „vícepráce“). Takové práce (či množství materiálu) nebyly zadavatelem v podmínkách původní veřejné zakázky obsaženy, a proto se jedná o nový předmět plnění, tedy novou veřejnou zakázku, byť s původní veřejnou zakázkou bezprostředně souvisí. Taková veřejná zakázka musí být s ohledem na její předpokládanou hodnotu zadána jednou z forem zadávacích řízení. Pokud to zákon připouští, může zadavatel nový předmět plnění veřejné zakázky (vícepráce) zadat přímo dodavateli, který realizuje původní veřejnou

zakázku, na základě ust. § 23 odst. 7 písm. a) zákona, přičemž zpravidla jsou vícepráce sjednány formou dodatku k původní smlouvě.

V praxi, zejména při realizaci rekonstrukcí staveb může docházet k oběma variantám – méněpráce a vícepráce – současně, přičemž není vyloučeno, aby za tím účelem jejich sjednání uzavřel zadavatel s dodavatelem jeden dodatek k původní smlouvě. Při volbě vhodné formy zadání veřejné zakázky, tedy při kalkulaci předpokládané hodnoty však nelze kalkulovat úhrnem méněpráce a vícepráce, neboť novou veřejnou zakázkou jsou pouze vícepráce, které nebyly zadavatelem v původní veřejné zakázce vymezeny. Vícepráce však lze zadávat formou jednacímho řízení bez uveřejnění pouze za splnění všech podmínek stanovených v § 23 odst. 7 písm. a) zákona.

Úřad dále konstatuje, že v opodstatněných případech lze uznat oprávněnost záměn prací a materiálů, a to v situaci, kdy potřeba záměny vyvstala nezávisle na vůli zadavatele, aniž by ji mohl jakkoli ovlivnit. Takovým případem je v šetřené zakázce například zánik výrobce kabelů a nahrazení jeho dodávek výrobcem jiným. Odpočet provedený zadavatelem tak v tomto případě lze považovat za oprávněný.

Ohledně smluvně stanovené rezervy odkazuje zadavatel na praxi běžnou v době zadání šetřené zakázky s tím, že podle něj smlouva i obchodní podmínky přesně upravovaly postup při čerpání rezervy. Rezerva tak podle zadavatele byla nedílnou součástí nabídkové ceny a byla čerpána v souladu se smlouvou.

K tomu Úřad uvádí, že podle ust. § 78 odst. 1 a odst. 4 zákona musí být v rámci hodnotících kritérií vždy zohledněna nabídková cena, a to buď jako základní hodnotící kritérium nebo jako součást dílčích hodnotících kritérií. Požadavek zadavatele na zpracování nabídkové ceny tak, aby zahrnovala i „rezervu“, pak lze připustit pouze a jen v tom případě, že způsob stanovení „rezervy“ nebude mít žádný vliv na hodnocení nabídkové ceny.

Současně je nutno konstatovat, že se zadavatel nemůže použitím institutu „rezervy“ vyvázat z povinnosti zadávat jakékoliv další dodatečné stavební práce, které nebyly specifikovány v zadávací dokumentaci, postupy podle zákona. Rezerva jako záložní finanční položka bez konkrétního věcného obsahu také nemůže být zahrnuta do základu (ceny původní veřejné zakázky), ze kterého se odvíjí výpočet limitu 20 %, jako podmínky pro aplikaci jednacímho řízení bez uveřejnění podle ust. § 23 odst. 7 písm. a) bodu 3. zákona. To nevylučuje k úhradě tohoto rozšíření (změny) předmětu veřejné zakázky (pokud je rozšíření zadáno v souladu se zákonem) prostředky vázané v rezervě použít, vždy se však musí započítat do limitu 20 % tak, že je tato rezerva čerpána již v rámci tohoto limitu.

Z dokladů předložených zadavatelem vyplývá, že uzavření dodatku č. 2 ze dne 22.2.2007 nepředcházelo žádné formální zadávací řízení, ve skutečnosti však zadavatel čerpal rezervu předurčenou na nepředvídané dodatečné stavební práce a fakticky zadal tyto vícepráce v jednacím řízení bez uveřejnění dodavateli původní veřejné zakázky postupem podle ust. § 23 odst. 7 písm. a) zákona.

K možnosti považovat veřejnou zakázku, jejímž předmětem bylo provedení skupiny prací zadavatelem označených číslem 4. za veřejnou zakázku malého rozsahu, Úřad uvádí, že takový postup by znamenal nedovolené dělení předmětu veřejné zakázky, zadavatel by postupoval v rozporu s ust. § 13 odst. 3 zákona, podle kterého nesmí zadavatel rozdělit předmět veřejné zakázky tak, aby tím došlo ke snížení předpokládané hodnoty veřejné

zakázky pod finanční limity stanovené v § 12 zákona. V této souvislosti Úřad sděluje, že při vymezení předmětu veřejné zakázky je nutné vždy přihlížet k věcným, místním a časovým souvislostem. V daném případě, kdy se jednalo o dodatečné stavební práce a předmět plnění tvořil jeden funkční celek s původní stavební veřejnou zakázkou, se nejedná o veřejnou zakázku malého rozsahu. Tomuto závěru svědčí i místní souvislost a samotný fakt, že sám zadavatel stavební práce smluvně zajistil uzavřením dodatků k původní smlouvě (č. 1 a č. 3), které uzavřel po předchozím jednacím řízení bez uveřejnění.

S ohledem na výše uvedené ve vztahu k vícepracem, zápočtu méněprací a čerpání tzv. „rezervy“ lze náklady na vícepráce vynaložené zadavatelem shrnout následovně:

Původní cena dle smlouvy bez DPH a bez rezervy	15 840 176,00 Kč
Dodatek č. 1 – vícepráce	5 188 801,62 Kč
Dodatek č. 2 – vícepráce	713 123,87 Kč
Dodatek č. 3 – vícepráce	1 118 533,00 Kč
Oprávněný odpočet skupina prací č. 1	-501 279,91 Kč
Oprávněný odpočet skupina prací č. 2	-1 737 241,60 Kč
Celková hodnota víceprací po odpočtu	4 781 936,98 Kč
Celková cena zakázky	20 622 112,98 Kč
Limit 20% původní ceny	3 168 035,20 Kč
Překročení ceny zakázky o %	30,19

Z výše uvedeného vyplývá, že uzavřením dodatků č. 1, 2 a 3 došlo k překročení limitu stanoveného citovaným ustanovením, když hodnota veřejné zakázky byla navýšena o cca 30 %. Z tohoto důvodu považuje Úřad za nadbytečné zkoumat eventuální naplnění dalších zákonem stanovených podmínek, protože všechny podmínky musejí být v daném případě splněny kumulativně. S ohledem na nedodržení podmínky rozsahu dodatečného plnění Úřad konstatuje, že zadavatel nebyl oprávněn použít ust. § 23 odst. 7 písm. a) zákona a veřejnou zakázku zadat v jednacím řízení bez uveřejnění.

Zadavatel ve svém vyjádření dále uvádí, že vícepráce sjednané dodatkem č. 2 byly financovány formou čerpání rezervy, zakotvené v původní smlouvě o dílo. Jak již však bylo výše uvedeno v souvislosti se zadáváním dodatečných prací, je při vymezení předmětu veřejné zakázky nutné přihlížet vždy k věcným, místním a časovým souvislostem, případně rovněž ke skutečnosti, zda předmět plnění veřejné zakázky tvoří jeden funkční celek. Úřad však dospěl k závěru, že v daném případě je dána jak věcná, tak místní a časová souvislost. Sjednané plnění navazuje na původní veřejnou zakázku, když sadovnické a krajinářské úpravy a úprava schodů v zámeckém parku měly probíhat v návaznosti na rekonstrukci celého objektu a byly provedeny v bezprostřední souvislosti se stavbou, jejíž zhotovení bylo předmětem původní veřejné zakázky, přičemž jednotlivé práce na sebe časově navazovaly.

S ohledem na všechny výše uvedené skutečnosti Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ust. § 21 odst. 2 zákona, když veřejnou zakázku na dodatečné stavební práce zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž byly splněny podmínky stanovené v ust. § 23 odst. 7 písm. a) zákona, a na tuto veřejnou zakázku uzavřel dodatek č. 1 ze dne 24.10.2006, dodatek č. 2 ze dne 22.2.2007 a dodatek č. 3 ze dne 21.6.2007 s vybraným

uchazečem, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Nelze totiž vyloučit, že pokud by dodatečné stavební práce zadal standardním zadávacím řízením, mohla být vybrána nabídka obsahující pro zadavatele výhodnější plnění.

Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

Uložení pokuty

Podle § 120 odst. 1 zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že

- a) nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu s uchazečem podle § 82,
- b) zruší zadávací řízení, aniž byly splněny podmínky podle § 84,
- c) nepořídí nebo neučová dokumentaci o veřejné zakázce podle § 109 a 155, nebo
- d) nesplní povinnost stanovenou v § 146 a v 147 pro uveřejňování.

V šetřeném případě se zadavatel správního deliktu dopustil tím, že pro zadání dodatečných veřejných zakázek zvolil jednací řízení bez uveřejnění, aniž by dodržel podmínky stanovené v § 23 zákona. Uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že pokud by zadavatel dodržel postup stanovený zákonem a veřejnou zakázku zadal ve standardním zadávacím řízení, mohl obdržet i nabídky jiných uchazečů, kteří by nabídli výhodnější plnění než jediný zadavatelem oslovený uchazeč. Jelikož zadavatel uzavřel smluvní vztahy (dodatky č. 1, 2 a 3) s vybraným uchazečem, aniž by dodržel postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, naplnil tak skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

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. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezažal řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.

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 v rámci řešení podnětu, který obdržel dne 12.1.2009. K uzavření dodatku č. 1 došlo dne 24.10.2006, dodatku č. 2 dne 22.2.2007 a dodatku č. 3 dne 11.4.2007. Z uvedených údajů vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.

Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky nebo do 10 000 000 Kč, pokud cena zakázky nebyla nabídnuta, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a) tohoto zákona.

V projednávaném případě cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu, činí celkem 24 540 315 vč. DPH. Při úvahách o sankci však Úřad zohlednil jako základ pro uložení pokuty pouze částku 1 920 543 Kč vč. DPH, která představuje částku, o kterou zadavatel v rozporu se zákonem překročil povolený limit 20% pro zadávání dodatečných zakázek při neoprávněném použití jednacího řízení bez uveřejnění.

Horní hranice možné pokuty, která může být zadavateli uložena za spáchání správního deliktu (5 % z ceny veřejné zakázky nad limit 20%) tedy činí po zaokrouhlení částku ve výši 96 027,- Kč.

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

Při stanovení výše pokuty vzal Úřad v úvahu tu skutečnost, že zadavatel svým postupem neumožnil účast dalších možných dodavatelů v zadávacím řízení a narušil tak soutěžní prostředí. Vybraný uchazeč nebyl vystaven jakékoliv konkurenci, neproběhly žádné soutěže o cenu nebo ekonomickou výhodnost jeho nabídek. Nezákonné omezení, resp. vyloučení principu soutěže, na němž je zadávání veřejných zakázek založeno, je jedním z vůbec nejzávažnějších porušení zákona. V důsledku uvedených skutečností nelze vyloučit, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, mohl obdržet nabídky i od dalších dodavatelů, kteří by mohli podat výhodnější nabídky.

Jako polehčující okolnost vzal Úřad v úvahu námitku zadavatele týkající se skutečnosti, že stanovisko Úřadu týkající se vzájemného zápočtu víceprací a méněprací v době uzavírání dodatků ke smlouvě ještě nebylo známo.

Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci odpovědného subjektu, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. V této souvislosti Úřad odkazuje na nálezy Ústavního soudu č. 405 uveřejněný ve Sbírce zákonů, částka 142/2002 Sb. Dle uvedeného nálezu je v případě ukládání pokut vyloučen takový zásah do majetku, v důsledku kterého by byla „zničena“ majetková základna pro další podnikatelskou činnost. Nepřípustné jsou takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Z rozpočtu zadavatele na rok 2009 umístěného na jeho internetových stránkách (www.ostrov.cz) Úřad zjistil, že příjmy obce v daném roce přesáhnou částku 400 milionů Kč. Vzhledem k této skutečnosti Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel v rámci svého rozpočtu disponuje, považovat za likvidační.

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. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů Úřad při určení výměry uložené pokuty posoudil stanovenou výši pokuty ve spodní části zákonné sazby vzhledem k souvislostem případu jako dostačující.

Úřad posoudil postup zadavatele při zadávání veřejné zakázky a na základě zhodnocení všech důkazů, a to jak jednotlivě, tak i v jejich vzájemné souvislosti a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení sankce, neboť veřejná zakázka byla již realizována a nápravy nelze dosáhnout. Na základě výše uvedených skutečností Úřad uložil zadavateli pokutu, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

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 orgán dohledu zaslat jeden stejnopis.

Mgr. Kamil Rudolecký
místopředseda

Obdrží:

- 1) Město Ostrov, Klínovecká 1204, 363 20 Ostrov
- 2) STAMOZA, spol. s r. o., Vrázova 2429/7, 350 02 Cheb

Vypraveno dne: 2.12.2009