

Toto rozhodnutí nabylo právní moci dne 8.12.2009



UOHSX001DPC1

Č. j. ÚOHS-S191/2009/VZ-11225/2009/540/PVé

V Brně dne 10. listopadu 2009

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 3.8.2009 z moci úřední, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Technické služby města Mostu a.s., IČ 64052265, se sídlem ul. Dělnická 164, 434 62 Most-Velebudice, za niž jedná Jan Syrový, předseda představenstva,
- vybraný uchazeč – Mostecké odpady, s. r.o., IČ 62240315, se sídlem Pekárenská 24, 434 01 Most, za niž jednájí Michal Plíšek a Marek Gilar, jednatelé,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při uzavření smlouvy a jejího dodatku jako přílohy č. 3 ke smlouvě upravujícího zvýšení cen pro rok 2008 v rozporu s návrhem smlouvy vybraného uchazeče ve veřejné zakázce „Likvidace komunálních odpadů v Mostě“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 19.9.2006 a následně opraveno dne 6.10.2006 pod ev. č. 60001477,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Technické služby města Mostu a.s., IČ 64052265, se sídlem ul. Dělnická 164, 434 62 Most-Velebudice – se při zadávání výše uvedené veřejné zakázky dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 82 odst. 2 výše cit. zákona, když uzavřel smlouvu ze dne 30.3.2007 a její dodatek v rozporu s návrhem smlouvy vybraného uchazeče, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel již uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se zadavatelé Technickým službám města Mostu a.s., IČ 64052265, se sídlem ul. Dělnická 164, 434 62 Most-Velebudice – **ukládá** podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

pokuta ve výši 200 000,- Kč (dvě stě tisíc korun českých).

Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-24825621/0710, konstantní symbol 1148, variabilní symbol 1910950001.

Odůvodnění

Zadavatel - Technické služby města Mostu a.s., IČ 64052265, se sídlem ul. Dělnická 164, 434 62 Most-Velebudice, za niž jedná Jan Syrový, předseda představenstva (dále jen „zadavatel“), uveřejnil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), v informačním systému o veřejných zakázkách dne 19.9.2006 a následně opravil dne 6.10.2006 pod ev. č. 60001477 oznámení otevřeného zadávacího řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Likvidace komunálních odpadů v Mostě“ (dále jen „veřejná zakázka“).

Dne 20.1.2009 obdržel Úřad podnět k přezkoumání postupu zadavatele v předmětné veřejné zakázce. Dopisem ze dne 26.1.2009 si Úřad od zadavatele vyžádal veškerou dokumentaci související se zadáním předmětné veřejné zakázky. Z obdržené dokumentace Úřad zjistil tyto skutečnosti.

V bodu 2. zadávacích podmínek zadavatel stanovil, že nabídková cena bude zpracována v souladu se zadávacími podmínkami a bude stanovena jako „nejvýše přípustná“. V bodu 8. zadávacích podmínek zadavatel uvedl, že návrh smlouvy nesmí obsahovat jiné podmínky než zadávací dokumentace.

Z protokolu o otevírání obálek ze dne 13.11.2006 vyplývá, že zadavatel obdržel 6 nabídek. Na základě posouzení nabídek byly vyřazeny 4 nabídky z důvodu nesouladu návrhu smlouvy se zadávacími podmínkami. Z protokolu o jednání hodnotící komise ze dne 14.11.2006 vyplývá, že hodnotící komise na základě hodnocení výše nabídkové ceny jako nejvhodnější doporučila zadavateli nabídku společnosti Mostecké odpady, s. r.o., IČ 62240315, se sídlem Pekárenská 24, 434 01 Most, za niž jednájí Michal Plíšek a Marek Gilar, jednatelé (dále jen „vybraný uchazeč“). Zadavatel se s tímto doporučením ztotožnil a dne 2.12.2006 rozhodl o přidělení veřejné zakázky vybranému uchazeči. Dne 30.3.2007 zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na plnění předmětné veřejné zakázky.

Nabídka vybraného uchazeče obsahuje v bodu 6.1. návrhu smlouvy ujednání, že smlouva je uzavřena na dobu určitou, od 1.1.2007 do 31.12.2010.

V příloze č. 1 k návrhu smlouvy vybraného uchazeče je dále uvedena následující nabídková cena za jednotlivá plnění pro rok 2008.

Sběr, svoz a likvidace směsného komunálního odpadu – 18 040 237,- Kč bez DPH,
Separovaný sběr odpadu – 2 673 731,- Kč bez DPH,
Provoz sběrných dvorů – 1 350 942,- Kč bez DPH,
Sběr, svoz a likvidace odpadu z velkokapacitních kontejnerů – 3 288 977,- Kč bez DPH.

Ve smlouvě o zajištění komplexního nakládání s komunálními odpady pro město Most, jež byla uzavřena mezi zadavatelem a vybraným uchazečem dne 30.3.2007, je oproti původnímu návrhu smlouvy v bodě 6.1 uvedeno, že smlouva je uzavřena na dobu určitou, od 1.1.2007 do 31.12.2010, s tím, že se budou nejpozději do 31.12. předcházejícího roku uzavírat dodatky upřesňující konkrétní rozsah plnění a ceny plnění na rok následující.

V příloze č. 3 smlouvy o zajištění nakládání s komunálními odpady pro město Most ze dne 30.3.2007 je uvedena následující nabídková cena za jednotlivá plnění pro rok 2008.

Sběr, svoz a likvidace směsného komunálního odpadu – 20 649 679,- Kč bez DPH,
Separovaný sběr odpadu – 2 673 731,- Kč bez DPH,
Provoz sběrných dvorů – 1 350 942,- Kč bez DPH,
Sběr, svoz a likvidace odpadu z velkokapacitních kontejnerů – 3 546 117,- Kč bez DPH.

Na základě posouzení dokumentace zaslané zadavatelem získal Úřad pochybnosti, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem, když uzavřel smlouvu na realizaci předmětu veřejné zakázky a její dodatek v rozporu s návrhem smlouvy vybraného uchazeče. Z uvedeného důvodu zahájil podle § 113 odst. 1 zákona správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem při uzavření smlouvy s vybraným uchazečem.

Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:

- zadavatel ,
- vybraný uchazeč.

Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-S191/2009/VZ-9317/2009/540/PVé ze dne 31.7.2009, v němž seznámil účastníky řízení s výše uvedenými skutečnostmi. Usnesením č. j. ÚOHS-S191/2009/VZ-9318/2009/540/PVé ze dne 27.7.2009 stanovil účastníkům lhůtu, v níž mohli navrhnout důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

Dne 3.8.2009, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno prvnímu z účastníků řízení, bylo zahájeno správní řízení ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem.

Dne 11.8.2009 obdržel Úřad vyjádření zadavatele, v němž nesouhlasí s názorem Úřadu, že by návrh smlouvy předložený v rámci předmětné zakázky byl upraven. Ke svému tvrzení dodává, že s uchazečem, jenž se umístil jako první v pořadí, byla ve smyslu § 32 zákona provedena jednání týkající se úpravy předloženého návrhu smlouvy. Výsledkem jednání byl dopis vybraného uchazeče ze dne 19.1.2007, který shrnuje dojednané změny, jež bylo možné zapracovat do původního návrhu smlouvy obsažené v nabídce. Smlouva v upraveném znění byla smluvními stranami uzavřena dne 30.3.2007 s tím, že v příloze byly uvedeny ceny plnění veřejné zakázky pro dobu platnosti této smlouvy. Dále zadavatel uvádí,

že v bodě 5.4 této smlouvy je sjednána možnost provést úpravu ceny jen v případě mimořádných změn v ekonomické a logistické oblasti, či při změnách legislativy majících vliv na oblast nákladů zhotovitele. V tomto ustanovení je stanovena povinnost písemně na tuto skutečnost objednatele společně s návrhem na změnu sjednané ceny upozornit. Zadavatel své vyjádření uzavírá s tím, že na podkladě tohoto ustanovení smlouvy vybraný uchazeč uplatnil navýšení sjednané ceny pro rok 2008 o cca 3 miliony Kč nad rámec ceny uvedené v nabídkovém řízení, což bylo zdůvodněno zvýšením cen skládkového a skokovým růstem cen pohonných hmot.

Dne 14.8.2009 obdržel Úřad stanovisko vybraného uchazeče k zahájenému správnímu řízení, v němž uvádí, že předmětný dodatek (přílohu) č. 3 smlouvy uzavřel vybraný uchazeč v souvislosti s navýšením cen na skládkách PS Jirkov a Celio, přičemž se konkrétně jednalo o navýšení ceny u komunálního odpadu o 100,- Kč/t a u velkoobjemového odpadu ve výši 215,- Kč/t.

Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve vzájemných souvislostech, a po zhodnocení všech podkladů, vyjádření účastníků řízení a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při uzavření smlouvy a jejího dodatku přílohy č. 3 s vybraným uchazečem nepostupoval v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

Ustanovení § 82 odst. 2 zákona stanoví, že pokud nebyly ve stanovené lhůtě podány námitky podle § 110 odst. 4, uzavře zadavatel smlouvu s vybraným uchazečem do 15 dnů po uplynutí lhůty pro podání námitek. Smlouvu uzavře zadavatel v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče, popřípadě upraveným podle § 32.

Z předložené dokumentace Úřad zjistil, že smlouva o zajištění komplexního nakládání s komunálními odpady pro město Most uzavřená dne 30.3.2007 mezi vybraným uchazečem a zadavatelem vykazuje shora uvedený rozpor v bodu 6.1 s návrhem smlouvy, který zadavatel obdržel v rámci nabídky vybraného uchazeče. Uzavřená smlouva rozšiřuje původní návrh smlouvy o možnost uzavírat dodatky upřesňující konkrétní rozsah plnění a ceny plnění na rok následující po upozornění a odsouhlasení druhé ze stran. Součástí doručené dokumentace je taktéž příloha č. 3 ke smlouvě, v níž jsou uvedeny pozměněné ceny za předmět plnění pro rok 2008 „Sběr, svoz a likvidace směsného komunálního odpadu“ a „Sběr, svoz a likvidace odpadu z velkokapacitních kontejnerů“ při zachování objemu vykonávaných činností.

Při posouzení postupu zadavatele Úřad především vycházel ze skutečnosti, že zadavatel stanovil v zadávací dokumentaci v bodu 2. zadávacích podmínek, že nabídková cena bude zpracována v souladu se zadávacími podmínkami a bude stanovena jako „nejvýše přípustná“. Tento požadavek je nutné pojímat jako zásadní informaci směřovanou dodavatelům, na jejímž základě se dodavatelé rozhodují o kalkulaci konečné nabídkové ceny.

Skutečnost, že zadavatel před uzavřením předmětné smlouvy provedl jednání s vybraným uchazečem ohledně úprav jejího znění ve smyslu § 32 zákona, jak uvádí zadavatel ve svém vyjádření, je v přímém rozporu se zákonem, jelikož postup podle tohoto ustanovení zákona je umožněn zadavateli v jednacím řízení. Vzhledem k tomu, že předmětná veřejná zakázka byla zadávaná v otevřeném zadávacím řízení, zadavatel byl povinen uzavřít smlouvu s vybraným uchazečem bez jakýchkoliv úprav návrhu smlouvy vybraného uchazeče.

V daném případě Úřad konstatuje, že změnou návrhu smlouvy v bodu 6.1 došlo ke změně původních zadávacích podmínek, jelikož zadavatel umožnil každoroční úpravu ceny a objemu plnění, čímž došlo ke zvýhodnění vybraného uchazeče. Ve vztahu k uvedenému Úřad odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 21/2007-53 ze dne 25.6.2008, jenž uvádí závěry vztahující se k takovému pochybení zadavatele, přičemž krajský soud konstatuje, že přísně stanovené obchodní (zadávací) podmínky mohou mít vliv např. na výši nabídkové ceny, do které mohou být zahrnuta rizika dodavatele spojená s nedodržením těchto podmínek. Současně je v tomto rozsudku konstatováno, že v případě, kdy zadavatel připustí při uzavření smlouvy na realizaci předmětu veřejné zakázky odchylku od obchodních (zadávacích) podmínek, respektive od vybrané nabídky, a tato odchylka znamená změnu v jeho prospěch, dopouští se rozdílného jednání s jednotlivými uchazeči a za této situace je uchazeč, s nímž je uzavřena smlouva, zvýhodněn oproti ostatním uchazečům. Krajský soud pak uzavírá, že kdyby zadavatel v zadávací dokumentaci připustil pro uchazeče výhodnější podmínky, nelze vyloučit, že by tyto mírnější podmínky mohli ostatní uchazeči splnit např. za nižší cenu, případně, že by se do soutěže o veřejnou zakázku přihlásili ještě jiní dodavatelé, jejichž nabídky by taktéž byly pro zadavatele ekonomicky výhodnější.

V šetřeném případě lze odvodit analogické závěry, jelikož zadavatel své původní podmínky uvedené v zadávací dokumentaci formuloval ve vztahu k nabídkové ceně striktně s tím, že musí být stanovena jako nejvýše přípustná. Uchazeči na základě tohoto požadavku zakomponovali případná rizika vyplývající z této podmínky do svých cen, což mohlo vést k jejich navýšení oproti situaci, kdyby měly možnost své ceny každoročně přizpůsobovat konkrétní situaci vyplývající z plnění předmětné zakázky. Tím, že zadavatel tyto mírnější podmínky plnění stanovil vybranému uchazeči na základě jím podaného návrhu smlouvy, došlo ke zvýhodnění vybraného uchazeče, který svou nabídku podal s vědomím, že jím nabízená cena není konečná, a proto mohl její hodnotu stanovit bez zakomponování případných rizik vyplývajících z její neměnnosti v průběhu plnění. Skutečnost, že vybraný uchazeč následně byl zvýhodněn, dokládá navýšení nabídkové ceny za požadované plnění v nezměněném objemu pro rok 2008, jež je obsahem dodatku smlouvy v příloze č. 3.

S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že zadavatel při uzavření smlouvy o zajištění komplexního nakládání s komunálními odpady pro město Most ze dne 30.3.2007 porušil ust. § 82 odst. 2 výše cit. zákona, když uzavřel smlouvu a její dodatek jako přílohu č. 3 ke smlouvě v rozporu s návrhem smlouvy vybraného uchazeče, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, jelikož ostatní uchazeči své nabídkové ceny stanovili s ohledem na původně stanovené podmínky zadání.

Uložení sankce

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 neuchová dokumentaci o veřejné zakázce podle § 109 a 155, nebo
- d) nesplní povinnost stanovenou v § 146 a 147 pro uveřejňování.

Zadavatel se dopustil správního deliktu tím, že uzavřel smlouvu a její dodatek jako přílohu č. 3 ke smlouvě s vybraným uchazečem na předmětnou veřejnou zakázku v rozporu

s návrhem smlouvy vybraného uchazeče, čímž nedodržel postup stanovený v ust. § 82 odst. 2 zákona pro zadání veřejné zakázky. Porušení zákona mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky, jelikož je možné, že by byly podány jiné cenové nabídky, což následně mohlo vést k rozdílnému hodnocení a výslednému konečnému pořadí uchazečů.

Jelikož zadavatel uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem na základě postupu, při němž nedodržel postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, naplnil tak skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

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) zákona.

Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí, s ohledem na skutečnost, že smluvní cena zakázky byla uzavřena pro rok 2007 a 2008 a v roce 2009 již předmět plnění nebyl realizován, celkem 63 643 346,- Kč. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí částku ve výši 3 182 167,- Kč.

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

Před uložením pokuty Úřad tedy ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona k uložení pokuty. V daném případě došlo ke spáchání správního deliktu uzavřením smlouvy dne 30.3.2007, z čehož je zřejmé, že odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.

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.

Z hlediska přiměřenosti sankce vzal Úřad v úvahu následující skutečnosti.

Zadavatel se dopustil správního deliktu při zadávání předmětné veřejné zakázky tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 82 odst. 2 zákona, když uzavřel smlouvu a její dodatek jako přílohu č. 3 ke smlouvě v rozporu s návrhem smlouvy vybraného uchazeče, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel již uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem. Při vyměření výše pokuty vzal Úřad v úvahu jako přitěžující okolnost především tu skutečnost, že zadavatel při zadávání předmětné zakázky uplatnil mírnější režim vůči jednomu z uchazečů, což lze považovat za jedno z nejzávažnějších porušení zákona, neboť zadavatel tím v rozporu se zákonem omezil soutěžní prostředí. V důsledku uvedených skutečností nelze vyloučit, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, obdržel by nabídky s jinými cenovými podmínkami, což by mohlo mít za důsledek i jiné výsledné pořadí uchazečů. Ve prospěch zadavatele Úřad zohlednil to, že zadavatel od předmětné smlouvy odstoupil k 17.1.2009, tj. před uplynutím původně smlouvené doby plnění.

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 nález 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.

Jak vyplývá z připravované výroční zprávy, zadavatel zakončil účetní rok 2008 s hospodářským výsledkem 312 777,10 Kč. Vzhledem k této skutečnosti Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty 200 000,- Kč nelze vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel disponuje, považovat za likvidační.

Pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce, a to funkci represivní a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k chování, které je se zákonem v souladu. Po uvážení uvedených argumentů Úřad při určení výměry uložené pokuty preferoval preventivní charakter uložení sankce a stanovenou výši pokuty vzhledem k souvislostem případu posoudil jako dostačující.

Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť smlouva na realizaci předmětné veřejné zakázky je již uzavřena a nápravy tedy nelze dosáhnout.

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, třída Kpt. Jaroše 7, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

Mgr. Kamil Rudolecký
místopředseda

Obdrží:

Technické služby města Mostu a.s., ul. Dělnická 164, 434 62 Most-Velebudice

Mostecké odpady s. r.o., Pekárenská 24, 434 01 Most

Vypraveno dne: 12.11.2009