



UOHSX003D6XV

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S101/2010/VZ-262/2011/540/PVé

V Brně dne: 7. února 2011

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 21.6.2010 z moci úřední, jehož účastníky jsou

- zadavatel - statutární město Přerov, IČ 00301825, se sídlem Bratrská 34/709, 750 11 Přerov, zast. Ing. Jiří Lajtochem, primátorem,

vybraný uchazeč - společnosti

- PSS Přerovská stavební a.s., IČ 277 69 585, se sídlem Skopalova 2861/7, 750 02 Přerov, za niž jedná Ing. Miroslav Přecechtěl, předseda představenstva,
- K+S STAVEBNÍ, s.r.o., IČ 262 57 424, se sídlem Altýře 582, 767 01 Kroměříž, za niž jedná Petr Klár, jednatel, které uzavřely smlouvu o sdružení za účelem podání společné nabídky,

ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem v souvislosti s uzavřením dodatku č. 2 ke smlouvě o dílo č. 200921130003 uzavřené dne 19.5.2009 na realizaci veřejné zakázky "Stavební úpravy zimního stadionu" zadávané v užším řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 2.1.2009 pod ev. č. 60026678,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – statutární město Přerov, IČ 00301825, se sídlem Bratrská 34/709, 750 11 Přerov – se při zadávání výše uvedené veřejné zakázky dopustil správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím,

že nedodržel postup stanovený v ust. § 21 odst. 2 citovaného 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) citovaného zákona, a na tuto veřejnou zakázku uzavřel dne 14.10.2009 dodatek č. 2 ke smlouvě s vybraným uchazečem, 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 zadavateli statutárnímu městu Přerov, IČ 00301825, se sídlem Bratrská 34/709, 750 11 Přerov – **ukládá** podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

pokuta ve výši 90 000,- Kč (devadesát tisíc korun českých).

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

ODŮVODNĚNÍ

1. Zadavatel - Statutární město Přerov, IČ 00301825, se sídlem Bratrská 34/709, 750 11 Přerov, zast. Ing. Jiřím Lajtochem, primátorem (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 2.1.2009 pod ev. č. 60026678 oznámení užšího řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Stavební úpravy zimního stadionu“ (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Žádost o účast v předmětném zadávacím řízení podali 4 uchazeči. Z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 5.3.2009 vyplývá, že komise pro otevírání obálek shledala všechny nabídky jako úplné podle ust. § 71 odst. 8 zákona a žádnou z nich nevyřadila. Na základě provedeného hodnocení nabídek vybrala hodnotící komise jako nejvhodnější společnou nabídku společností PSS Přerovská stavební a.s., IČ 277 69 585, se sídlem Skopalova 2861/7, 750 02 Přerov, za niž jedná Ing. Miroslav Přecechtěl, předseda představenstva, a EKKL sportovní povrchy s.r.o., od 27.3.2009 podnikající pod obchodním názvem K+S STAVEBNÍ, s.r.o., IČ 262 57 424, se sídlem Altýře 582, 767 01 Kroměříž, za niž jedná Petr Klár, jednatel (dále jen „vybraný uchazeč“). Zadavatel rozhodl v souladu s doporučením komise o výběru nejvhodnější nabídky a dopisem ze dne 12.3.2009 oznámil toto rozhodnutí všem uchazečům. Dne 15.9.2009 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem smlouvu o dílo č. 200921130003 na předmět plnění veřejné zakázky "Stavební úpravy zimního stadionu".
3. Zadavatel dne 14.10.2009 na základě jednacého řízení bez uveřejnění uzavřel s vybraným uchazečem dodatek č. 2 ke smlouvě o dílo č. 200921130003, přičemž předmětem tohoto dodatku je mimo jiné změna původní ceny díla, která byla ve výši 41 260 477,- Kč bez DPH z důvodu víceprací zvýšena o 7 836 946,- Kč bez DPH. Předmětné navýšení konečné ceny bylo založeno na odečtení méněprací ve výši 1 404 615, 40 Kč (elektroinstalace) od vzniklých víceprací ve výši 9 241 561, 15 Kč (přístavba bufetu, rolbovna, zimní stadion).
4. Vzhledem k tomu, že Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen "Úřad") na základě posouzení dokumentace šetřené veřejné zakázky zaslané zadavatelem získal pochybnosti, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem, když předmětný dodatek č. 2 uzavřel na základě jednacého řízení bez uveřejnění, přestože rozsah víceprací v hodnotě 9 241 561, 15

Kč překročil 20% ceny původní zakázky (tj. 41 260 477,- Kč), zahájil správní řízení z moci úřední.

5. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - vybraný uchazeč.
6. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-S101/2010/VZ-5042/2010/540/PVé ze dne 18.6.2010, v němž seznámil účastníky řízení s výše uvedenými skutečnostmi. Usnesením č. j. ÚOHS-S101/2010/VZ-5043/2010/540/PVé ze dne 18.6.2010 (resp. ÚOHS-S101/2010/VZ-9125/2010/540/PVé ze dne 28.6.2010) stanovil účastníkům lhůtu, v níž mohli navrhopvat důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Dne 21.6.2010, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno prvním u účastníků řízení, bylo zahájeno správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele.
7. Žádný z účastníků správního řízení se ve stanovených lhůtách ani později k uvedeným skutečnostem nevyjádřil.
8. Úřad přezkoumal na základě ust. § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve vzájemných souvislostech, a po zhodnocení všech podkladů a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel nepostupoval v souladu se zákonem, 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. 2 ze dne 14.10.2009 s vybraným uchazečem. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.
9. Podle ust. § 21 odst. 2 zákona zadavatel může pro zadání veřejné zakázky použít otevřené řízení nebo užší řízení a za podmínek stanovených v § 22 a 23 rovněž jednacím řízení s uveřejněním nebo jednacím řízením bez uveřejnění.
10. Podle ust. § 23 odst. 7 písm. a) zákona může v jednacím řízení bez uveřejnění zadavatel zadat veřejnou zakázku na stavební práce nebo veřejnou zakázku na služby 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 tyto dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby 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.

11. Z předložené dokumentace vyplývá, že zadavatel po zahájení stavebních prací realizovaných na základě smlouvy o dílo č. 200921130003 na předmětnou veřejnou zakázku vyzval podle ust. § 23 odst. 7 písm. a) zákona výzvou ze dne 12.8.2009 vybraného uchazeče k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu nutnosti zajištění nově vzniklých stavebních prací, které nebyly předmětem původní veřejné zakázky. Rozsah stavebních prací byl podrobně specifikován u jednotlivých stavebních objektů v příložené zadávací dokumentaci, přičemž v rámci krycího listu rozpočtu pro objekt s názvem Elektro – dodatek je u položky D12 „Výsledková tabule“ uvedena záporná hodnota ve výši 1 833 930, 80 Kč. Formulář pro rekapitulaci nabídkové ceny obsahoval položky – přístavba bufetu, rolbovna a zimní stadion.
12. Jak vyplývá z protokolu o otevírání nabídek ze dne 26.8.2009 vybraný uchazeč předložil na základě obdržené dokumentace zadavateli následujícím způsobem strukturovaný nabídkový rozpočet na nové stavební práce.

Stavební objekt	Cena bez DPH	DPH	Cena včetně DPH
Přístavba bufetu	607 353, 75	115 397, 30	722 751, 05
Rolbovna	1 193 425, 17	226 750, 80	1 420 175, 97
Zimní stadion	7 440 782, 23	1 413 748, 70	8 854 530, 93
Elektroinstalace	- 1 404 615, 40	- 266 876, 90	- 1 671 492, 30
Celkem (výpočet Úřadu)	7 836 945, 75	1 489 019, 9	9 325 965, 65

13. Na základě provedených jednání zadavatel předloženou nabídku schválil a dne 14.10.2009 uzavřel ke smlouvě č. 200921130003 dodatek č. 2, z něhož vyplývá úprava smluvních podmínek v návaznosti na nově vzniklé požadavky na provedení stavebních prací, přičemž cena díla je s ohledem na vícepráce navýšena z původních 41 260 477,- Kč bez DPH na 49 097 423,- Kč bez DPH (tzn. cena víceprací = 7 836 946,- Kč bez DPH).
14. Úřad k dané problematice 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.
15. V praxi, zejména při realizaci rekonstrukcí staveb může docházet k oběma variantám – méněpráce a vícepráce – současně, přičemž není vyloučeno, aby za 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 (toto stanovisko bylo potvrzeno pravomocným druhostupňovým rozhodnutím č. j. ÚOHS-R185/2009/VZ-6185/2010/310/EKU ze dne 10.6.2010). Vícepráce však lze zadávat formou jednacím řízení bez uveřejnění pouze za splnění všech podmínek stanovených v § 23 odst. 7 písm. a) zákona. S ohledem na výše

uvedené se proto Úřad především zabýval otázkou, zda byly v daném případě kumulativně naplněny podmínky vyplývající z tohoto ustanovení zákona.

16. S ohledem na skutečnost, že v rámci zrealizovaného jednacího řízení bez uveřejnění došlo při stanovení nabídkové ceny k vzájemnému odpočtu méněprací od víceprací, zabýval se Úřad především tím, zda tato skutečnost neměla vliv na oprávněnost použití tohoto druhu zadávacího řízení, resp. zda celkový rozsah předpokládaných dodatečných stavebních prací nepřekročil 20 % ceny původní veřejné zakázky.
17. Ze zadávací dokumentace k předmětnému jednacímu řízení bez uveřejnění vyplývá, že zadavatel požadoval kalkulaci nabídkové ceny v položkách - přístavba bufetu, rolbovna a zimní stadion (viz bod 11. odůvodnění rozhodnutí). Vybraný uchazeč zadavateli předložil nabídku v požadované struktuře, přičemž pro výpočet celkové nabídkové ceny zohlednil odpočet v rámci položky „elektroinstalace“. K výše uvedenému Úřad uvádí, že z obdržených podkladů vyplývá, že daný odpočet se pravděpodobně vztahoval k méněpracem uvedeným v rámci krycího listu rozpočtu pro objekt s názvem Elektro – dodatek a položce D12 „Výsledková tabule“. Tento předpoklad však není podstatný ve vztahu k šetřeným záležitostem, jelikož zásadní v této věci je ta skutečnost, zda rozsah dodatečných víceprací bez odečtu méněprací překročil zákonem stanovenou hranici 20% ceny původní veřejné zakázky. V daném případě je nutné pro účely výpočtu této hodnoty sečíst pouze ceny uvedené v rámci položek přístavba bufetu, rolbovna a zimní stadion. Výsledná cena víceprací v tomto případě činí 9 241 561, 15 Kč bez DPH. Vzhledem k tomu, že cena vyplývající ze smlouvy o dílo č. 200921130003 na předmět plnění veřejné zakázky byla uzavřena ve výši 41 260 477,- Kč bez DPH, činí cena víceprací 22, 398 % z původní ceny veřejné zakázky. Na základě tohoto výpočtu Úřad dospěl k závěru, že zadavatel v daném případě nesplnil jednu z podmínek nezbytných pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, jelikož z ust. § 23 odst. 7 písm. a) bodu 3. zákona vyplývá, že celkový rozsah dodatečných stavebních prací nebo dodatečných služeb pro účely použití jednacího řízení bez uveřejnění nesmí překročit 20 % ceny původní veřejné zakázky.
18. S ohledem na 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 dne 14.10.2009 dodatek č. 2 ke smlouvě 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 podmínky plnění.

Uložení sankce

19. 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.

20. Zadavatel se dopustil správního deliktu tím, že porušil 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. 2 dne 14.10.2009 s vybraným uchazečem. Porušení zákona mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky, jelikož není vyloučeno, že pokud by dodatečné stavební práce zadal standardním zadávacím řízením, mohla být vybrána nabídka obsahující pro zadavatele vhodnější podmínky plnění.
21. Jelikož zadavatel uzavřel smlouvu, resp. dodatek č. 2 ke smlouvě, 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.
22. 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.
23. Cena veřejné zakázky (víceprací), při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí celkem 9 328 510,- Kč vč DPH. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí částku ve výši 466 425, 5 Kč.
24. 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.
25. Před uložení 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 dodatku č. 2 ke smlouvě o dílo č. 200921130003 dne 14.10.2009, z čehož je zřejmé, že odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.
26. 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.
27. Z hlediska přiměřenosti sankce vzal Úřad v úvahu následující skutečnosti.
28. Zadavatel se dopustil správního deliktu při zadávání předmětné veřejné zakázky tím, že 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. 2 ze dne 14.10.2009 s vybraným uchazečem. Úřad vzal v potaz tu skutečnost, že zadavatel svým postupem omezil soutěžní prostředí tím, že dodatečné vícepráce nezadal ve standardním zadávacím řízení. Omezení soutěžního prostředí je přitom považováno za jedno z nejzávažnějších pochybení v procesu zadávání veřejných zakázek. Z těchto důvodů mu za zjištěné závažné porušení zákona uložil Úřad pokutu uvedenou ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
29. 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. Z návrhu rozpočtu zadavatele na rok 2011 umístěného na jeho internetových stránkách (www.mu-prerov.cz) Úřad zjistil, že příjmy statutárního města Přerov se pohybují v řádech stovek miliónů Kč, návrh rozpočtu obsahuje na straně příjmů částku ve výši 993, 755 mil. 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.

30. 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.
31. 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 již byla uzavřena a nápravy tedy nelze dosáhnout.
32. Pokuta uložená ve výroku II. tohoto rozhodnutí bude uhrazena na účet Celního úřadu v Brně zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČ zadavatele.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Mgr. Kamil Rudolecký
místopředseda

Toto rozhodnutí bylo ve výroku I. potvrzeno druhostupňovým rozhodnutím č. j. ÚOHS-R46/2011/VZ-11319/2011/310/Eku ze dne 28.7.2011. Výše pokuty uvedená ve výroku II. byla snížena na 10 000,- Kč.

Obdrží:

1. Statutární město Přerov, Bratrská 34/709, 75 011 Přerov
2. PSS Přerovská stavební a.s., Skopalova 2861/7, 750 02 Přerov
3. K+S STAVEBNÍ, s.r.o., Altýře 582, 767 01 Kroměříž

Vypraveno dne:

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