



UOHSX003R5YV

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S284/2011/VZ-13779/2011/530/JNe

V Brně dne: 21. září 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 29. 7. 2011 z moci úřední, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Město Bohumín, IČ 00297569, se sídlem Masarykova 158, 735 81 Bohumín, zastoupené Ing. Petrem Víchem, starostou,
- vybraný uchazeč – Ing. Jaroslav Sebera – Bohumínská stavební, IČ 44915225, s místem podnikání J. Koczura 493, 735 81 Bohumín,

ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 110/2007 Sb., v souvislosti s uzavřením dodatku č. 1 ze dne 19. 7. 2007 ke smlouvě o dílo č. 9/2007/Z ze dne 11. 5. 2007 na realizaci veřejné zakázky „Stavební úpravy areálu FIT školky na ul. Okružní – Bohumín“, zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy ze dne 8. 3. 2007,

### rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Město Bohumín, IČ 00297569, se sídlem Masarykova 158, 735 81 Bohumín – se při zadávání veřejné zakázky „Stavební úpravy areálu FIT školky na ul. Okružní – Bohumín“ dopustil správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 110/2007 Sb., 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 uzavřel dne 19. 7. 2007 dodatek č. 1 ke smlouvě o dílo č. 9/2007/Z, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky.

## II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se zadavateli městu Bohumín, IČ 00297569, se sídlem Masarykova 158, 735 81 Bohumín – **ukládá** podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 110/2007 Sb.,

**pokuta ve výši 20 000,- Kč (dvacet tisíc korun českých).**

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

## ODŮVODNĚNÍ

1. Zadavatel - Město Bohumín, IČ 00297569, se sídlem Masarykova 158, 735 81 Bohumín, zastoupené Ing. Petrem Víchem, starostou, (dále jen „zadavatel“), zadal ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy ze dne 8. 3. 2007 veřejnou zakázku „Stavební úpravy areálu FIT školky na ul. Okružní – Bohumín“ (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Nabídku v předmětném zadávacím řízení podalo 6 uchazečů. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 2. 4. 2007 bylo zjištěno, že hodnotící komise vyřadila 1 nabídku a na základě hodnocení zbývajících nabídek vybrala hodnotící komise jako nejhodnější nabídku uchazeče Ing. Jaroslav Sebera – Bohumínská stavební, IČ 44915225, s místem podnikání J. Koczura 493, 735 81 Bohumín, (dále jen „vybraný uchazeč“). Dne 11. 5. 2007 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem smlouvu o dílo č. 9/2007/Z na daný předmět plnění s nabídkovou cenou ve výši 5 328 607,50 Kč bez DPH.
3. Zadavatel dne 2. 7. 2007 vyzval vybraného uchazeče výzvou k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 7 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 110/2007 Sb. (dále jen „zákon“), k jednání ve věci dodatečných stavebních prací, které nebyly obsaženy v původní veřejné zakázce.
4. Zadavatel následně dne 19. 7. 2007 uzavřel s vybraným uchazečem dodatek č. 1 ke smlouvě o dílo č. 9/2007/Z, přičemž předmětem tohoto dodatku je mimo jiné změna původní ceny díla na částku 6 383 390,50 Kč bez DPH. Dle článku IV. tohoto dodatku byla cena upravena tak, že došlo k jejímu navýšení za vícepráce o 1 310 008,- Kč a snížení o 255 225,- Kč za méněpráce.
5. Dne 20. 4. 2011 obdržel Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) podnět, v němž pisatel podnětu napadá postup zadavatele při uzavírání dodatku č. 1 ke smlouvě o dílo č. 9/2007/Z. Na základě obdrženého podnětu si Úřad od zadavatele vyžádal dokumentaci o uvedené veřejné zakázce a vyžádal si stanovisko zadavatele k obsahu podnětu.
6. Dopisem ze dne 4. 5. 2011 se ke svému postupu v zadávacím řízení vyjádřil zadavatel, který konstatoval, že při provádění stavby bylo zjištěno, že je nutno provést ještě stavební práce, které nebyly obsaženy v původní zadávací dokumentaci a které jsou nezbytné k dokončení

díla. Zadavatel zvolil jednací řízení bez uveřejnění a dne 19. 7. 2011 uzavřel dodatek ke smlouvě o dílo, v němž byl současně proveden odpočet méněprací, které nebylo třeba provádět. Zadavatel posuzoval zákonný limit 20 % pro dodatečné stavební práce dle § 23 odst. 7 písm. a) bodu 3 zákona jako výsledek zápočtu víceprací a méněprací. K pochybení zadavatele došlo dle jeho názoru neúmyslně, protože v době zadání dodatečných prací neměl k dispozici výklad zákona, že nelze vzájemně započítat méněpráce a vícepráce.

7. Vzhledem k tomu, že Úřad na základě posouzení dokumentace šetřené veřejné zakázky získal pochybnosti, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem, když předmětný dodatek č. 1 uzavřel na základě jednacího řízení bez uveřejnění, zahájil správní řízení z moci úřední.

### **Řízení u Úřadu**

8. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:
  - zadavatel,
  - vybraný uchazeč.
9. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-S284/2011/VZ-11744/2011/530/JNe ze dne 27. 7. 2011, v němž seznámil účastníky řízení se skutečnostmi, které budou podkladem pro rozhodnutí. Usnesením č. j. ÚOHS-S284/2011/VZ-11745/2011/530/JNe ze dne 27. 7. 2011 stanovil účastníkům lhůtu, v níž mohli navrhnout důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Dne 29. 7. 2011, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno prvnímu z účastníků řízení, bylo zahájeno správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele.
10. Žádný z účastníků správního řízení se ve stanovených lhůtách ani později k zahájení správního řízení nevyjádřil.

### **Závěry Úřadu**

11. Úřad přezkoumal na základě § 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 § 23 odst. 7 písm. a) zákona, a na tuto veřejnou zakázku uzavřel dodatek č. 1 ze dne 19. 7. 2011 s vybraným uchazečem. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.
12. 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 jednací řízení s uveřejněním nebo jednací řízení bez uveřejnění.
13. Podle ust. § 23 odst. 7 písm. a) zákona může v jednacím řízení bez uveřejnění zadavatel zadat veřejnou zakázku na stavební práce rovněž v případě, jestliže jde o dodatečné stavební práce, které nebyly obsaženy v původních zadávacích podmínkách, jejich potřeba vznikla v důsledku objektivně nepředvídaných okolností a tyto dodatečné stavební práce jsou nezbytné pro provedení původních stavebních prací, a to za předpokladu, že
  1. dodatečné stavební práce budou zadány témuž dodavateli,

2. dodatečné stavební práce 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 zcela nezbytné pro dokončení předmětu původní veřejné zakázky, a
3. v případě veřejného zadavatele celkový rozsah dodatečných stavebních prací nepřekročí 20 % ceny původní veřejné zakázky.
14. Z předložené dokumentace vyplývá, že zadavatel po zahájení stavebních prací realizovaných na základě smlouvy o dílo č. 9/2007/Z na předmětnou veřejnou zakázku vyzval podle ust. § 23 odst. 7 písm. a) zákona výzvou ze dne 2. 7. 2007 vybraného uchazeče k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu nutnosti zajištění nově vzniklých stavebních prací, které nebyly předmětem původní veřejné zakázky.
15. Rozsah nově vzniklých stavebních prací je specifikován v dodatku č. 1 ke smlouvě o dílo č. 9/2007/Z, kde jsou uvedeny vícepráce – stavební a dispoziční úpravy v 1. nadzemním podlaží školky, úpravy zpevněných ploch, demontáž přístřešku a montáž stříšky nad vstupy do družiny a školky. Dodatek ke smlouvě obsahuje i méněpráce – dodávka a montáž hliníkové prosklené stěny, oklepání a oprava vnějších štukových omítek, demontáž a montáž krytiny upravovaného přístřešku včetně nátěru. V dodatku ke smlouvě v části IV. Cena je uvedeno, že cena díla se dle bodu 4.1 upravuje takto:
- |  |                 |
|--|-----------------|
| • vícepráce (dle položkového rozpočtu) | 1.310.008,- Kč  |
| • méněpráce (dle položkového rozpočtu) | - 255.225,- Kč  |
| Cena dle dodatku č. 1 bez DPH          | 1.054.783,- Kč  |
| Původní cena díla bez DPH              | 5.328.607,50 Kč |
| Cena díla vč. dodatku č. 1 bez DPH     | 6.383.390,50 Kč |
| DPH 19 %                               | 1.212.844,10 Kč |
| Celková cena díla vč. DPH              | 7.596.234,60 Kč |
16. Z výše uvedených skutečností vyplývá, že v návaznosti na nově vzniklé požadavky zadavatele na provedení stavebních prací byla cena díla navýšena z původních 5.328.607,50 Kč bez DPH na 6.638.615,50,- Kč bez DPH (tzn. původní cena a cena víceprací 1.310.008,- Kč bez DPH).
17. 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“). Vzhledem k tomu, že vícepráce nebyly zadavatelem v podmínkách původní veřejné zakázky obsaženy, jedná se o nový předmět plnění, tedy novou veřejnou zakázku. V souladu se zákonem pak 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 v jednacím řízení bez uveřejnění (§ 23 odst. 7 písm. a) zákona).
18. V praxi, zejména při realizaci rekonstrukcí staveb, může docházet ke změně původního předmětu plnění veřejné zakázky jak o méněpráce, tak vícepráce, přičemž není vyloučeno, aby za účelem jejich sjednání uzavřel zadavatel s dodavatelem jeden dodatek k původní smlouvě. Při stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky však nelze vycházet ze

vzájemného započítání méněprací a víceprací, neboť novou veřejnou zakázkou jsou vícepráce, které nebyly zadavatelem v původní veřejné zakázce vymezeny (toto stanovisko bylo potvrzeno např. pravomocným druhostupňovým rozhodnutím č. j. ÚOHS-R185/2009/VZ-6185/2010/310/EKu ze dne 10. 6. 2010).

19. V dodatku č. 1 ke smlouvě o dílo č. 9/2007/Z, kde jsou uvedeny vícepráce, je uvedena cena těchto víceprací ve výši 1.310.008,-Kč bez DPH. Cena víceprací činí 24,58 % z původní ceny veřejné zakázky (5.328.607,50 Kč bez DPH). Na základě tohoto výpočtu Úřad dospěl k závěru, že zadavatel v daném případě nesplnil jednu z podmínek nezbytných pro použití jednacím řízení bez uveřejnění. Z ust. § 23 odst. 7 písm. a) bodu 3. zákona vyplývá, že celkový rozsah dodatečných stavebních prací pro účely použití jednacím řízení bez uveřejnění nesmí překročit 20 % ceny původní veřejné zakázky, přičemž v šetřeném případě byla tato hranice prokazatelně překročena.
20. 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) bod 3 zákona, a na tuto veřejnou zakázku uzavřel dne 18. 7. 2007 dodatek č. 1 ke smlouvě o dílo č. 9/2007/Z 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**

21. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že 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 zákona.
22. 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 dne 18. 7. 2007 dodatek č. 1 ke smlouvě o dílo č. 9/2007/Z s vybraným uchazečem.
23. Jelikož zadavatel uzavřel smlouvu, resp. dodatek č. 1 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.
24. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt podle odstavce 1 písm. a) zákona uloží pokuta do 5 % ceny zakázky nebo do 10 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu zakázky zjistit.
25. Cena veřejné zakázky (víceprací), při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí celkem 1.558.909,50 Kč (tj. 1 310 008,-Kč + 19% DPH). Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí částku ve výši 77.945,50 Kč.

26. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezhájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.
27. 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 dodatku č. 1 ke smlouvě o dílo č. 9/2007/Z dne 18. 7. 2007 a Úřad se o jeho spáchání dověděl z podnětu dne 20. 4. 2011, z čehož je zřejmé, že odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.
28. 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.
29. Z hlediska přiměřenosti sankce vzal Úřad v úvahu následující skutečnosti.
30. 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. Úřad vzal v potaz skutečnost, že zadavatel svým postupem omezil soutěžní prostředí tím, že dodatečné vícepráce nezadal ve standardním zadávacím řízení, ačkoliv hodnota prací překročila 20 % ceny původní veřejné zakázky a nebyly tedy splněny podmínky pro použití jednacím řízení bez uveřejnění. Omezení soutěžního prostředí je přitom považováno za jedno z nejzávažnějších pochybení v procesu zadávání veřejných zakázek. Úřad rovněž posoudil i polehčující okolnosti prověřovaného případu a vzal na vědomí přístup zadavatele ke spáchanému správnímu deliktu, kdy zadavatel uvedl, že ke spáchání deliktu došlo neúmyslně a především z důvodu neznalosti výkladu zákona. Úřad rovněž při stanovení výše pokuty zohlednil skutečnost, že navýšení původní ceny veřejné zakázky nebylo oproti zákonem povolenému navýšení markantní (24,58 %).
31. 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.mesto-bohumin.cz](http://www.mesto-bohumin.cz)) Úřad zjistil, že příjmy města Bohumín se pohybují v řádech stovek miliónů Kč, návrh rozpočtu obsahuje na straně příjmů částku ve výši 631,748 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.
32. 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.

33. 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.
34. 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

JUDr. Eva Kubišová  
místopředsedkyně

### Obdrží:

- Město Bohumín, Masarykova 158, 735 81 Bohumín
- Ing. Jaroslav Sebera – Bohumínská stavební, J. Koczura 493, 735 81 Bohumín

### Vypraveno dne:

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