

Č. j.: S148/2007-14025/2007/510-1

V Brně dne 30. července 2007

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 94 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb., zákona č. 179/2005 Sb., zákona č. 253/2005 Sb., zákona č. 377/2005 Sb. a zákona č. 413/2005 Sb., ve správním řízení zahájeném dne 11.6.2007 z vlastního podnětu podle § 96 cit. zákona, jehož účastníky jsou

- zadavatel SMO, městská akciová společnost Orlová, IČ 60793163, Okružní 988, 735 14 Orlová-Lutyně, za niž jedná Ing. Ivo Kotaba, místopředseda představenstva, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 19.1.2007 Mgr. Vlastimilem Křesálkem, jednatelem společnosti JUSTITIA, s. r. o., IČ 25392875, 28. října 1142/168, 709 00 Ostrava-Mariánské Hory,
- vybraný uchazeč TCHAS, spol. s r. o., IČ 15504158, Novoveská 1139/22, 709 06 Ostrava-Mariánské Hory, za niž jedná Ing. Václav Daněk, jednatel společnosti, ve správním řízení zastoupená JUDr. Pavlem Zajícem, advokátem, Trocnovská 2a, 702 00 Ostrava-Právo,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele SMO, městská akciová společnost Orlová, IČ 60793163, Okružní 988, 735 14 Orlová-Lutyně, učiněných při zadání

1. veřejné zakázky „Rekonstrukce a modernizace Krytého bazénu“ zadané podle citovaného zákona o veřejných zakázkách v užším řízení jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese pod ev. č. 50014682 dne 14.11.2005, a
2. veřejné zakázky „Rekonstrukce a modernizace Krytého bazénu v Orlové II“ zadané v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 27 odst. 3 písm. a) citovaného zákona o veřejných zakázkách, jehož zahájení bylo oznámeno výzvou k jednání ze dne 12.6.2006,

rozhodl podle § 101 odst. 2 citovaného zákona o veřejných zakázkách **takto:**

I.

Zadavatel – SMO, městská akciová společnost Orlová, IČ 60793163, Okružní 988, 735 14 Orlová-Lutyně, se dopustil správního deliktu podle § 102 odst. 1 písm. b) citovaného zákona o veřejných zakázkách tím, že

- nesplnil povinnost stanovenou v § 66 odst. 2 citovaného zákona o veřejných zakázkách, neboť smlouvu ze dne 10.3.2006 s uchazečem TCHAS, spol. s r. o., IČ 15504158, Novoveská 1139/22, 709 06 Ostrava-Mariánské Hory, o plnění veřejné zakázky „Rekonstrukce a modernizace Krytého bazénu“ zadané podle citovaného zákona o veřejných zakázkách v užším řízení jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese pod ev. č. 50014682 dne 14.11.2005, neuzavřel v souladu se zadáním a vybranou nabídkou, přičemž nesplnění této povinnosti mohlo podstatně ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek,

- nesplnil povinnost dodržet podmínky stanovené v § 27 odst. 3 písm. a) citovaného zákona o veřejných zakázkách pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, neboť tímto způsobem zadal stavební práce, které byl povinen podle § 18 odst. 2 citovaného zákona o veřejných zakázkách ve spojení s § 21 odst. 1 citovaného zákona o veřejných zakázkách zahrnout do předpokládané ceny předmětu veřejné zakázky „Rekonstrukce a modernizace Krytého bazénu“ a zadat je v rámci této veřejné zakázky, přičemž nesplnění této povinnosti mohlo podstatně ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek.

Za spáchání uvedeného správního deliktu se podle § 102 odst. 2 písm. a) citovaného zákona o veřejných zakázkách zadavatel SMO, městská akciová společnost Orlová, IČ 60793163, Okružní 988, 735 14 Orlová-Lutyně, ukládá pokuta ve výši 50 000,- Kč (padesát 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 1480750001.

II.

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 zadavatel ukládá uhradit náklady řízení ve výši 1 000,- Kč (slovy jeden tisíc korun českých). Náklady řízení jsou splatné do jednoho měsíce 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 1480750002.

Odůvodnění

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) obdržel podnět k přezkoumání postupu zadavatele SMO, městská akciová společnost Orlová, IČ 60793163, Okružní 988, 735 14 Orlová-Lutyně, při zadání veřejné zakázky „Rekonstrukce a modernizace Krytého bazénu“, a proto si u zadavatele vyžádal dokumentaci o zadání předmětné veřejné zakázky včetně uzavřené smlouvy a jejích dodatků. Z předložených materiálů získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem, a proto zahájil dne 19.3.2007 správní řízení vedené pod ev. č. S080/2007. Vzhledem k tomu, že správní řízení vedené pod ev. č. S080/2007 bylo zahájeno podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, lze v tomto správním řízení rozhodnout pouze o přezkoumání úkonů zadavatele při zadání veřejné zakázky „Rekonstrukce a modernizace Krytého bazénu v Orlové III“ zadané v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 7 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách.

Z uvedeného důvodu bylo ze správního řízení vedeného pod ev. č. S080/2007 usnesením č. j. S080/2007-09976/2007/510-jl ze dne 22.5.2007 vyloučeno přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadání

1. veřejné zakázky „Rekonstrukce a modernizace Krytého bazénu“ zadané podle zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v užším řízení jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese pod ev. č. 50014682 dne 14.11.2005, a
2. veřejné zakázky „Rekonstrukce a modernizace Krytého bazénu v Orlové II“ zadané v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 27 odst. 3 písm. a) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, které bylo zahájeno výzvou k jednání ze dne 12.6.2006.

Přezkoumání úkonů zadavatele u dvou posledně specifikovaných veřejných zakázek bude proto provedeno v rámci tohoto správního řízení vedeného pod č. j. S148/2007 zahájeného z moci úřední dne 11.6.2007.

Zahájení správního řízení vedeného pod č. j. S148/2007 Úřad účastníkům správního řízení, kterými podle § 99 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“) jsou

- SMO, městská akciová společnost Orlová, IČ 60793163, Okružní 988, 735 14 Orlová-Lutyně, za niž jedná Ing. Ivo Kotaba, místopředseda představenstva, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 19.1.2007 Mgr. Vlastimilem Křesálkem, jednatelem společnosti JUSTITIA, s. r. o., IČ 25392875, 28. října 1142/168, 709 00 Ostrava-Mariánské Hory (dále jen „zadavatel“),
- vybraný uchazeč TCHAS, spol. s r. o., IČ 15504158, Novoveská 1139/22, 709 06 Ostrava-Mariánské Hory, za niž jedná Ing. Václav Daněk, jednatel společnosti, ve správním řízení zastoupená JUDr. Pavlem Zajícem, advokátem, Trocnovská 2a, 702 00 Ostrava-Přívoz (dále jen „TCHAS“),

oznámil dopisem č. j. S148/2007-10785/2007/510-jl ze dne 5.6.2007 a současně je seznámil se zjištěnými skutečnostmi i s ustanoveními zákona upravujícími uzavření smlouvy a podmínky pro zadání dodatečných stavebních prací v jednacím řízení bez uveřejnění. Oznámení o zahájení správního řízení bylo doručeno dne 11.6.2007, a tímto dnem bylo správní řízení zahájeno.

Současně Úřad usnesením č. j. S148/2007-10890/2007/510-jl ze dne 6.6.2007 účastníkům řízení stanovil lhůtu, ve které jsou podle § 36 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., oprávněni navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy a podle § 36 odst. 2 citovaného zákona v návaznosti na § 39 odst. 1 citovaného zákona oprávněni vyjádřit v řízení své stanovisko a lhůtu, ve které se podle § 36 odst. 3 č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., v návaznosti na § 39 odst. 1 citovaného zákona mohou vyjádřit k podkladu rozhodnutí.

V oznámení o zahájení správního řízení (dopis č. j. S148/2007-10785/2007/510-jl ze dne 5.6.2007) Úřad uvedl mj. následující.

Veřejná zakázka „Rekonstrukce a modernizace Krytého bazénu“ byla zadána v užším řízení jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese pod ev. č. 50014682 dne 14.11.2005. Ve stanovené lhůtě zadavatel obdržel žádosti 13 zájemců o účast v užším řízení. Po vyhodnocení kvalifikace byly 2 žádosti vyřazeny z důvodu nesplnění kvalifikace a příslušní zájemci byli zadavatelem odmítnuti. Vzhledem k tomu, že zadavatelem vymezené kritérium pro výběr zájemců při omezení jejich počtu splnilo 11 zájemců, byl výběr 5 zájemců, kteří byli vyzváni k podání nabídky, proveden losováním dne 22.12.2005 za přítomnosti notáře.

Vylosovaní zájemci byli vyzváni k podání nabídky výzvou ze dne 27.12.2005. Ve stanovené lhůtě zadavatel obdržel nabídky všech pěti uchazečů. Z protokolu o otevírání obálek s nabídkami, které proběhlo dne 1.2.2006, vyplývá, že žádná z pěti podaných nabídek nebyla vyřazena z další účasti v užším řízení. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 6.2.2006 vyplývá, že při posuzování nabídek byly čtyři nabídky vyřazeny z důvodu nesplnění zadávacích podmínek. Příslušné uchazeče zadavatel vyloučil ze zadávacího řízení. Zbývající nabídka, kterou předložil uchazeč TCHAS, spol. s r. o., Ostrava, vyhověla všem požadavkům zadavatele a hodnotící komise konstatovala, že ji lze považovat za nejvhodnější nabídku.

Na základě závěrů učiněných hodnotící komisí zadavatel dne 7.2.2006 rozhodl o přidělení veřejné zakázky uchazeči TCHAS, spol. s r. o., Ostrava, jehož nabídková cena činila za dodávky a práce podle výkazu výměr 69 460 823,- Kč bez DPH. Tato cena byla navýšena za úhradu díla do 10 let o 14 532 000,- Kč. Celková nabídková cena tedy činila 85 456 787,- Kč bez DPH, 101 693 577,- Kč včetně DPH. Smlouvu o plnění veřejné zakázky však zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem dne 10.3.2006 ve výši 60 000 000,- Kč bez DPH, 71 400 000,- Kč včetně DPH.

Výzvou ze dne 12.6.2006 zadavatel vyzval ve smyslu § 27 odst. 3 písm. a) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 45 téhož zákona, jak vyplývá z předložené dokumentace, dodavatele TCHAS, spol. s r. o., Ostrava, k jednání za účelem zadání veřejné zakázky „Rekonstrukce a modernizace Krytého bazénu v Orlové II“ z důvodu provedení prací nezbytně nutných k dokončení původní veřejné zakázky „Rekonstrukce a modernizace Krytého bazénu“. Jednání o nabídce učiněné na základě výzvy zadavatele proběhlo dne 3.7.2006. O přidělení veřejné zakázky dodavateli TCHAS, spol. s r. o., Ostrava, zadavatel rozhodl dne 3.7.2006 a dne 31.8.2006 byl uzavřen dodatek č. 1 s cenou ve výši 10 998 942,- Kč bez DPH, 13 088 741,- Kč včetně DPH, k původní smlouvě o dílo ze dne 10.3.2006. Podle článku 2 dodatku č. 1 ze dne 31.8.2006 jsou předmětem díla „...práce nad rámec základní SOD, jedná se o práce, které v původní dokumentaci nebyly vůbec řešeny, anebo se měnilo technické řešení, případně byl zvolen vyšší standart dodávaného zařízení...“. Oznámení o zadání zakázky bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 13.9.2006 pod ev. č. 60001446.

K šetřené věci Úřad dále v oznámení o zahájení správního řízení mj. uvedl své pochybnosti o tom, zda veřejná zakázka „Rekonstrukce a modernizace Krytého bazénu“ byla na základě smlouvy ze dne 10.3.2006 realizována v celém rozsahu vymezeném v zadávací dokumentaci a rovněž pochybnosti o tom, zda byly splněny všechny podmínky stanovené v § 27 odst. 3 písm. a) zákona pro zadání dodatečných stavebních prací v jednacím řízení bez uveřejnění.

Uchazeč TCHAS ve svém vyjádření ze dne 15.6.2007 mj. uvedl následující.

K otázce, zda veřejná zakázka Rekonstrukce a modernizace Krytého bazénu byla na základě smlouvy ze dne 10.3.2006 realizována v celém rozsahu vymezeném zadávací dokumentací.

Zakázka byla realizována v rozsahu daném zadávací dokumentací (projekt pro stavební povolení a výkaz výměr zpracovaný Hutním projektem Frýdek-Místek a. s.). Avšak z důvodu nedostatku financí na straně zadavatele s cílem dosažení úspory nákladů stavby, byly uchazečem TCHAS za přímé účasti zadavatele provedeny a následně fakticky realizovány návrhy technických řešení, které jsou specifikovány v příloze č. 3 ke smlouvě o dílo, a tyto spočívají hlavně v záměně vyjmenovaných dodávek materiálů a jejich provedení.

K otázce, zda byly splněny všechny podmínky stanovené ustanovením § 27 odst. 3 písm. a) zákona pro zadání dodatečných stavebních prací v jednacím řízení bez uveřejnění.

K tomuto uchazeč TCHAS uvádí, že dle jeho přesvědčení byly splněny všechny požadavky stanovené výše citovaným ustanovením zákona pro zadání dodatečných stavebních prací v jednacím řízení bez uveřejnění, neboť:

1. Zakázka byla nepochybně zadána témuž dodavateli – uchazeči TCHAS.
2. Dodatečné stavební práce nemohly být technicky nebo ekonomicky odděleny od původní zakázky, aniž by toto oddělení způsobilo újmu zadavateli, resp. toto oddělení by sice bylo možné, ale dodatečné práce jsou nezbytné pro dokončení původní zakázky.

Jedná se zejména o práce související se zajištěním statické bezpečnosti objektu, se kterými projekt pro stavební povolení neuvažoval, které však bylo nezbytně nutné provést. Nutnost realizace těchto prací vyplynula jednak po odkrytí částí konstrukcí při stavebních pracích, jednak z technických dořešení návazností technologie a stávajících stavebních konstrukcí v rámci realizačního projektu.

Dalším argumentem pro realizaci těchto dodatečných stavebních prací stejným dodavatelem tj. uchazečem TCHAS je skutečnost, že v opačném případě by došlo k parcelování jednotlivých částí díla mezi dva či více dodavatelů s neurčitým rozsahem odpovědnosti za

záruční vady díla a s odlišnými záručními lhůtami, když právě takováto situace by způsobovala újmu zadavateli.

3. Celkový rozsah dodatečných stavebních prací nepřekročil 20 % ceny původní zakázky

Uchazeč TCHAS již ve svých předchozích vyjádřeních opakovaně nesouhlasí s tím, že došlo k překročení 20 % ceny původní veřejné zakázky, a to zejména z toho důvodu, že dodatkem č. 1 ke smlouvě o dílo byly schváleny k realizaci další práce v celkové hodnotě 10 998 942,- Kč, přičemž se jednalo o dva druhy prací, a to:

- a) práce nezbytně nutné pro dokončení díla,
- b) práce a dodávky, které nebyly nezbytně nutné pro řádné dokončení a provozování díla. Jedná se o dodávku sauny, parní komory a ledové komory v celkové výši 1 589 120,- Kč bez DPH, když na tyto práce získal investor samostatné finance.

Celková cena díla po uzavření dodatku č. 1 a č. 2 tak činila celkem 70 998 942,- Kč bez DPH. Pokud z této ceny však odečteme část prací, které nebyly nezbytně nutné k dokončení díla (sauna, parní komora a ledová komora v celkové částce 1 589 120,- Kč bez DPH), pak celková cena díla po uzavření dodatků č.1 (bez prací, které nebyly nezbytně nutné k dokončení díla) vychází na 69 409 822,- Kč, když v takovém případě rozhodně nedošlo k navýšení původní ceny díla – 60 000 000,- Kč bez DPH o 20 %.

S poukazem na výše uvedené uchazeč TCHAS uvádí, že má za to, že zde nejsou dány předpoklady proto, aby bylo zahájeno výše uvedené správní řízení, když je přesvědčen, že k překročení ceny původní zakázky o 20 % nedošlo v důsledku čehož nedošlo ani k porušení § 27 odst. 3 písm. a) zákona. Dále uchazeč TCHAS uvádí, že původně vysoutěžená cena díla 69 460 823,- Kč bez DPH byla v důsledku nedostatku finančních prostředků zadavatele snížena až na cenu díla 60 000 000,- Kč bez DPH uvedenou ve smlouvě o dílo.

Pokud následně došlo dodatkem č. 1 k navýšení ceny díla až na 70 998 942,- Kč bez DPH, je třeba zdůraznit, že je nutno porovnávat tuto navýšenou cenu díla s původně vysoutěženou cenou díla 69 460 823,- Kč bez DPH a nikoliv s cenou díla dle smlouvy o dílo po snížení ceny díla vzhledem k nedostatkům financí na straně zadavatele 60 000 000,- Kč bez DPH. V takovém případě pak nárůst ceny z 69 460 823,- Kč bez DPH na 70 998 942,- Kč bez DPH rozhodně nemůže představovat nárůst o 20 %, ale o pouhých cca 3 %.

Jestliže by přesto navýšená cena díla 70 998 942,- Kč bez DPH byla vztahována k ceně díla dle smlouvy o dílo 60 000 000,- Kč bez DPH, namítá uchazeč TCHAS, že jednak takovéto srovnání cen není správné a dále namítá, že od navýšené ceny díla je třeba odečíst 1 589 120,- Kč bez DPH, (tato část ceny díla představuje odměnu za práce, které nebyly nezbytně nutné k dokončení díla – sauna, parní a ledová komora, které si zadavatel dodatečně objednal a přitom zahrnul do smlouvy o dílo). Z rozdílu pak vychází částka 71 803 796,- Kč bez DPH, přičemž ani v tomto případě nárůst ceny díla z 60 000 000,- Kč bez DPH na 71 803 796,- Kč bez DPH nepředstavuje nárůst ceny díla o více než 20 %.

Uchazeč TCHAS je přesvědčen, že sledovaná veřejná zakázka byla provedena v souladu se zákonem, když předestřené pochybnosti Úřadu jsou tímto stanoviskem vyvráceny.

Zadavatel se ke správnímu řízení ve stanovené lhůtě ani později nevyjádřil.

Úřad na základě § 96 a následujících zákona zhodnotil předložené podklady a vyjádření a na základě vlastního zjištění rozhodl, že zadavatel se dopustil správního deliktu podle § 102 odst. 1 písm. b) citovaného zákona o veřejných zakázkách tím, že nesplnil povinnost stanovenou v § 66 odst. 2 zákona, neboť smlouvu ze dne 10.3.2006 s uchazečem TCHAS neuzavřel v souladu se

zadáním a nabídkou jmenovaného uchazeče, přičemž nesplnění této povinnosti mohlo podstatně ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek a zadavatel již uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem podle § 82 zákona. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

I.

Podle § 66 odst. 2 zákona neobdrží-li zadavatel do 15 dnů ode dne doručení oznámení o přidělení veřejné zakázky námitku podle § 88 zákona, bezodkladně uzavře písemnou smlouvu s vybraným uchazečem, a to v souladu se zadáním a vybranou nabídkou.

Dne 10.3.2006 došlo k uzavření smlouvy s uchazečem TCHAS, spol. s r. o., s cenou ve výši 60 000 000,- Kč bez DPH, 71 400 000,- Kč včetně DPH, která zahrnuje zpracování realizačního projektu stavby, zpracování projektu řešení interiéru a realizaci stavby, přestože nabídková cena uchazeče TCHAS, spol. s r. o., za dodávky a práce podle výkazu výměr činila 69 460 823,- Kč bez DPH, za zpracování realizačního projektu stavby 1 228 000,- Kč bez DPH, za zpracování projektu řešení interiéru 235 964,- Kč bez DPH, předpokládané navýšení za úhradu díla do 10 let činilo 14 532 000,- Kč (celková nabídková cena činila 85 456 787,- Kč bez DPH, 101 693 577,- Kč včetně DPH).

Součástí smlouvy ze dne 10.3.2006 je rovněž příloha č. 3 „Technická specifikace částí dodávek“, jejímž obsahem jsou „Změny v technickém řešení oproti původní nabídce (předané projektové dokumentaci)“. V části „základní ustanovení“ je sice uvedeno, že „všechny práce a dodávky jsou v rozsahu DSP „Rekonstrukce a modernizace krytého bazénu v Orlové – Lutyni, Masarykova 14315 č.z. VV/04-AQP 05z prosince 2005“ a ve smyslu jednotlivých částí výkazu výměr /C1 až D3/ této DSP...“, avšak konkrétní části výkazu výměr vypovídají o provedených změnách, a to například:

oddíl C1 – architektonicko stavební řešení

1. Skladba střechy nad částí „zázemí“ označená v projektové dokumentaci – 1 a, je zaměněna za skladbu ...
2. Skladba střechy nad bazénovou částí označena v projektové části – 1 d, je nahrazena skladbou ...
3. Změna obvodového pláště...
4. Změna keramických obkladů a dlažeb...
5. Okna...

O provedených změnách svědčí i cenové rozdíly mezi nabídkovým rozpočtem a rozpočtem, který je přílohou smlouvy uzavřené dne 10.3.2006, což lze dokumentovat i na objektu C1. Architektonicko stavební řešení:

Nabídka: cena za objekt 32 383 896,- Kč bez DPH, celkem 38 536 837,- Kč včetně DPH.

Smlouva: cena za objekt 25 691 250,- Kč bez DPH, celkem 30 572 588,- Kč včetně DPH.

Z výše uvedených skutečností je zřejmé, že smlouva ze dne 10.3.2006 nebyla uzavřena v souladu se zadáním a vybranou nabídkou, což vyplývá i z vyjádření uchazeče TCHAS, který mj. uvádí, že „z důvodu nedostatku financí na straně zadavatele s cílem dosažení úspory nákladů stavby, byly společností TCHAS, spol. s r. o., za přímé účasti zadavatele provedeny a následně fakticky realizovány návrhy technických řešení, které jsou specifikovány v příloze č. 3 ke smlouvě o dílo, a tyto spočívají hlavně v záměně vyjmenovaných dodávek materiálů a jejich provedení“.

Úřad zdůrazňuje, že po uzavření smlouvy nelze měnit předmět plnění veřejné zakázky, který byl vymezen v zadávacích podmínkách a na jehož realizaci podali uchazeči o veřejnou zakázku své nabídky, pokud by taková změna mohla podstatně ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek v původním zadávacím řízení. V šetřeném případě ke změně předmětu plnění veřejné zakázky došlo, přičemž s ohledem na rozsah změny dospěl Úřad k závěru, že provedená změna mohla podstatně ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek. Pokud zadavatel před uzavřením smlouvy nebo i v průběhu realizace veřejné zakázky zjistí, že původní předmět veřejné zakázky nelze realizovat, je namístě, aby původní zadávací řízení zrušil (před uzavřením smlouvy), resp. po uzavření smlouvy by

musel učinit kroky vedoucí k ukončení smluvního vztahu, a vyhlásit nové zadávací řízení. Pokud zadavatel přistoupí k realizaci jiných technických řešení, aniž by tak učinil v zadávacím řízení neplní svou povinnost stanovenou v § 25 odst. 1 zákona zadat veřejnou zakázku (tj. stavební práce, které nebyly součástí předmětu původní veřejné zakázky) v zadávacím řízení. Nelze vyloučit, že na nově vymezený předmět plnění by zadavatel obdržel výhodnější nabídku, než na jakou uzavřel smlouvu změněnou oproti původně vymezenému předmětu plnění veřejné zakázky nabídce uchazeče na základě svého souhlasu se změnami technického řešení navrženými uchazečem TCHAS.

Rovněž je nutno zdůraznit, že jednáním zadavatele došlo k faktickému „znehodnocení“ významu zadávacího řízení, když došlo ke snížení ceny specifikované zadávacími podmínkami (za dodávky a práce podle výkazu výměr 69 460 823,- Kč bez DPH, za zpracování realizačního projektu stavby ve výši 1 228 000,- Kč bez DPH, za zpracování projektu řešení interiéru 235 964,- Kč bez DPH) na 60 000 000,- Kč bez DPH, aniž by se tak stalo v zadávacím řízení, tj. bez provedení soutěže na základě nově stanovených zadávacích podmínek.

Zadavatel se tedy dopustil správního deliktu podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona tím, že nesplnil povinnost stanovenou v § 66 odst. 2 zákona, neboť smlouvu ze dne 10.3.2006 s uchazečem TCHAS o plnění veřejné zakázky „Rekonstrukce a modernizace Krytého bazénu“ neuzavřel v souladu se zadáním a vybranou nabídkou, přičemž nesplnění této povinnosti mohlo podstatně ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek.

II.

Podle § 27 odst. 3 písm. a) zákona může zadavatel v jednacím řízení bez uveřejnění zadat veřejnou zakázku na stavební práce nebo veřejnou zakázku na služby, jde-li o

dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby, které nejsou obsaženy v původní veřejné zakázce a jejichž potřeba vznikla v naléhavém případě, za předpokladu, že

1. zakázka bude zadána témuž dodavateli,
2. dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby nemohou být technicky nebo ekonomicky odděleny od původní zakázky, aniž by toto oddělení způsobilo újmu zadavateli, anebo toto oddělení je možné, ale dodatečné práce nebo dodatečné služby jsou nezbytné pro dokončení původní zakázky, a
3. celkový rozsah dodatečných stavebních prací nebo dodatečných služeb nepřekročí 20 % ceny původní zakázky; to neplatí pro zadavatele v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací.

Z předložené dokumentace vyplývá, že zadavatel rozhodl o přidělení veřejné zakázky „Rekonstrukce a modernizace Krytého bazénu“ dne 7.2.2006 uchazeči TCHAS, spol. s r. o., Ostrava, jehož nabídková cena činila za dodávky a práce podle výkazu výměr 69 460 823,- Kč bez DPH. Tato cena byla navýšena za úhradu díla do 10 let o 14 532 000,- Kč. Celková nabídková cena tedy činila 85 456 787,- Kč bez DPH, 101 693 577,-Kč včetně DPH. Smlouvu o plnění veřejné zakázky však zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem dne 10.3.2006 ve výši 60 000 000,- Kč bez DPH, 71 400 000,- Kč včetně DPH.

Dne 31.8.2006 byl uzavřen dodatek č. 1 s cenou ve výši 10 998 942,- Kč bez DPH, 13 088 741,- Kč včetně DPH, k původní smlouvě o dílo ze dne 10.3.2006. Podle článku 2 dodatku č. 1 ze dne 31.8.2006 jsou předmětem díla „...práce nad rámec základní SOD, jedná se o práce, které v původní dokumentaci nebyly vůbec řešeny, anebo se měnilo technické řešení, případně byl zvolen vyšší standart dodávaného zařízení...“. Oznámení o zadání zakázky bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 13.9.2006 pod ev. č. 60001446. V rámci této veřejné zakázky byly mj. zadány stavební práce týkající se sauny, parní komory a ledové komory v hodnotě 1 589 120 Kč,- bez DPH, resp. 1 891 052,- Kč vč. DPH.

K argumentu, že práce (sauna, parní komora a ledová komora) v hodnotě 1 589 120 Kč,- bez

DPH, resp. 1 891 052,- Kč vč. DPH nejsou nezbytně nutné pro dokončení původní veřejné zakázky, a tudíž zadavatel nemohl uplatnit § 27 odst. 3 písm. a) zákona, a proto při jejich zadání postupoval podle § 6 zákona (veřejná zakázka malého rozsahu – viz výše), Úřad konstatuje, že uvedené práce nemohly být zadány v rámci jednacím řízení bez uveřejnění podle § 27 odst. 3 písm. a) zákona ani jako veřejná zakázka malého rozsahu, a to z následujících důvodů.

Dokumentace pro stavební povolení zahrnovala rovněž saunu, parní komoru a ledovnu, a tudíž tyto části veřejné zakázky měly být obsaženy i v zadávacích podmínkách původní veřejné zakázky. Ve výkazu výměr k původní veřejné zakázce, který byl součástí zadávací dokumentace, však zadavatel nepožadoval ocenění sauny, parní komory a ledové komory.

Zadavatel mohl rozdělit předmět veřejné zakázky na části, ale v takovém případě je podle § 18 odst. 2 zákona pro určení předpokládané ceny předmětu veřejné zakázky rozhodující součet předpokládaných cen všech jeho částí, přičemž předpokládanou cenou předmětu veřejné zakázky na stavební práce je celková ceny stavebních prací (§ 51 odst. 1 zákona. Vyčleňování některých prací, resp. dodávek, by mohlo být chápáno jako snaha o rozdělení předmětu veřejné zakázky.

Jak vyplývá z předložené dokumentace, v šetřeném případě finanční objem „víceprací“ (včetně sauny, parní komory a ledové komory zadaných jako veřejná zakázka malého rozsahu), sjednaný za účinnosti zákona formou dodatku č. 1 ze dne 31.8.2006 k uzavřené smlouvě ze dne 10.3.2006 dosáhl hodnoty 18,3 % ceny původní veřejné zakázky. Zadavatel tento dodatek uzavřel na základ postupu podle § 27 odst. 3 písm. a) zákona.

Zadavatel dále dne 31.10.2006 po nabytí účinnosti zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, uzavřel dodatek č. 2 s cenou ve výši 2 393 974,- Kč bez DPH, 2 848 829,- Kč včetně DPH, k původní smlouvě o dílo ze dne 10.3.2006 (viz rozhodnutí vydané ve správním řízení S080/2007). Tímto jednáním zadavatele tak došlo v souhrnu ke zvýšení ceny předmětné zakázky o částku 13 392 916,- Kč bez DPH, 15 937 570,- Kč včetně DPH, tj. o 22,32 % její původně sjednané ceny. K pochybení zadavatele, které vedlo k navýšení ceny víceprací však došlo již při uzavření dodatku č. 1, jehož součástí byly práce (sauna, parní komora a ledová komora), které nelze považovat za dodatečné stavební práce ve smyslu § 27 odst. 3 písm. a) zákona, neboť se nejedná o práce, jejichž potřeba vznikla v naléhavém případě. Uvedené práce měly být zadány stejným způsobem, jako byly zadána původní veřejná zakázka a nikoliv jako veřejná zakázka malého rozsahu.

Zadavatel se dopustil správního deliktu podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona tím, že nesplnil povinnost dodržet podmínky stanovené v § 27 odst. 3 písm. a) citovaného zákona o veřejných zakázkách pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, neboť tímto způsobem zadal stavební práce, které byl povinen podle § 18 odst. 2 zákona ve spojení s § 21 odst. 1 zákona zahrnout do předpokládané ceny předmětu veřejné zakázky „Rekonstrukce a modernizace Krytého bazénu“ a zadat je v rámci této veřejné zakázky, přičemž nesplnění této povinnosti mohlo podstatně ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek, neboť tato část veřejné zakázky nebyla zadána postupem podle zákona a nebyla tedy předmětem soutěže dodavatelů.

Podle § 102 odst. 1 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb., zákona č. 179/2005 Sb., zákona č. 253/2005 Sb., zákona č. 377/2005 Sb. a zákona č. 413/2005 Sb., se právnická osoba nebo fyzická osoba, která je zadavatelem, dopustí správního deliktu mj. 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 (§§ 65 a 66) s uchazečem vybraným postupem podle písmene a).

V šetřené věci se zadavatel správního deliktu dopustil tím, že do předpokládané ceny předmětu veřejné zakázky nezahrnul předpokládané ceny všech jeho částí, které následně zadal

v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž proto byly splněny podmínky stanovené v § 27 odst. 3 písm. a) zákona, a tím že smlouvu ze dne 10.3.2006 s uchazečem TCHAS, spol. s r. o., IČ 15504158, Novoveská 1139/22, 709 06 Ostrava-Mariánské Hory, o plnění veřejné zakázky „Rekonstrukce a modernizace Krytého bazénu“ zadané podle citovaného zákona o veřejných zakázkách v užším řízení jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese pod ev. č. 50014682 dne 14.11.2005, neuzavřel v souladu se zadáním a vybranou nabídkou,

Úřad dále konstatuje, že postup zadavatele mohl ovlivnit hodnocení nabídek. Pokud by totiž zadavatel dodržel postup stanovený zákonem a do předpokládané ceny předmětu veřejné zakázky by zahrnul předpokládané ceny všech jeho částí, resp. jestliže by veřejnou zakázku za změněných zadávacích podmínek zadal v otevřeném nebo užším řízení, nelze vyloučit, že by se zadávacího řízení zúčastnili i další dodavatelé, kteří mohli nabídnout výhodnější podmínky realizace veřejné zakázky, než uchazeč TCHAS. Jelikož zadavatel nedodržel postup stanovený zákonem při zadávání veřejné zakázky do uzavření smlouvy, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit hodnocení nabídek, naplnil tak skutkovou podstatu správního deliktu podle ust. § 102 odst. 1 písm. b) zákona. Vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele orgán dohledu uložil zadavateli pokutu, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

Před uložením pokuty Úřad rovněž ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 105 odst. 3 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb., zákona č. 179/2005 Sb., zákona č. 253/2005 Sb., zákona č. 377/2005 Sb. a zákona č. 413/2005 Sb., a to, že řízení o uložení pokuty za protiprávní jednání lze zahájit do 5 let ode dne, kdy bylo spácháno. V daném případě došlo k protiprávnímu jednání zadavatele úkony, které vyústily v uzavření smlouvy dne 10.3.2006.

Podle § 102 odst. 2 písm. a) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb., zákona č. 179/2005 Sb., zákona č. 253/2005 Sb., zákona č. 377/2005 Sb. a zákona č. 413/2005 Sb., se za správní delikty podle odstavce 1 právnické osobě, která je zadavatelem, uloží pokuta do výše 5 % ceny zakázky, jde-li o správní delikt podle písmene a), b) nebo d) cit. ustanovení zákona. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu, za který může být zadavateli uložena pokuta, činí 71 400 000,- Kč včetně DPH. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny zakázky) tedy činí 3 570 000,- Kč.

Podle § 105 odst. 1 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb., zákona č. 179/2005 Sb., zákona č. 253/2005 Sb., zákona č. 377/2005 Sb. a zákona č. 413/2005 Sb., Úřad v rámci správního uvážení ohledně výše pokuty přihlédne ke stupni 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 zejména tu skutečnost, že zadavatel smlouvu ze dne 10.3.2006 uzavřel s uchazečem, který na původně vymezený předmět veřejné zakázky předložil nabídku s nejnižší nabídkovou cenou i to, že zadavatel byl v důsledku nedostatku finančních prostředků veden snahou realizovat rekonstrukci bazénu za co nejnižší cenu tak, aby nemusel navýšit nabídkovou cenu o částku za úhradu díla do 10 let. Úřad musel zohlednit, že zadavatel do předpokládané ceny předmětu veřejné zakázky nezahrnul předpokládané ceny všech jeho částí. Zejména ovšem nelze pominout skutečnost, že smlouva o plnění veřejné zakázky nebyla uzavřena v souladu se zadáním a nabídkou uchazeče, tedy připustit změny, které popírají výsledky zadávacího řízení. Pokud nabídka uchazeče převyšovala finanční možnosti zadavatele, přičemž tuto skutečnost bylo možno řešit volbou jiného technického řešení, měl zadavatel zadávací řízení zrušit a veřejnou zakázku zadat znovu s jinými zadávacími podmínkami. Nelze vyloučit, že novým zadáním veřejné zakázky v otevřeném nebo užším zadávacím řízení by zadavatel mohl realizovat plnění veřejné zakázky za výhodnějších podmínek, čímž by došlo k úspoře veřejných prostředků. S ohledem na všechny výše uvedené skutečnosti uložil Úřad pokutu ve spodní polovině její maximální možné výše.

Před rozhodnutím o uložení pokuty Úřad rovněž posoudil, zda je výše uložené pokuty přiměřená ekonomické situaci zadavatele, přičemž neshledal, že by uložená pokuta mohla zásadním způsobem nepříznivě ovlivnit ekonomickou situaci zadavatele, jehož celkové tržby dosahují dlouhodobě částek převyšujících 200 mil. Kč.

V této souvislosti Úřad poznamenává, že pokuta uložená zadavateli za zjištěné porušení zákona má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem a funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je v souladu se zákonem. Po zvážení všech okolností případu Úřad při stanovení výše uložené pokuty preferoval preventivní charakter sankce a stanovenou výši pokuty vzhledem k okolnostem případu posoudil jako dostačující, neboť byl veden úvahou, že i uložení pokuty ne v maximální výši bude plnit funkci preventivní, tj. předcházení neplnění povinností stanovených zákonem při zadávání dalších veřejných zakázek.

Pro úplnost Úřad poznamenává, že podle přechodného ustanovení § 158 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, který nabyl účinnosti dne 1.7.2006, se zadávání veřejných zakázek, veřejné soutěže o návrh, řízení o přezkoumání úkonů zadavatele orgánem dohledu a řízení o uložení sankce zahájené přede dnem účinnosti tohoto zákona dokončí podle dosavadních právních předpisů.

Podle § 79 odst. 5 zákona č. 500/2005 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., 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 výtěžku, 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. V § 6 odst. 2 pak vyhláška upravuje možnost zvýšení paušální částky nákladů řízení ve zvláště složitých případech a případech přibrání znalce.

Vzhledem k tomu, že zadavatel vyvolal správní řízení porušením své právní povinnosti (viz výše), rozhodl Úřad v části II. výroku tohoto rozhodnutí o uložení povinnosti uhradit náklady řízení ve výši dle § 6 odst. 1 vyhlášky, splatné v přiměřené lhůtě, a to do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí, jak je uvedeno ve jeho výroku.

Úřad posoudil postup zadavatele a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu a skutečnosti, že veřejná zakázka je již realizována, uložil zadavateli pokutu, jak je uvedeno ve výroku 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, 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.

Mgr. Jindřiška Koblihová
místopředsedkyně ÚOHS
pověřená řízením sekce veřejných zakázek

Obdrží:

JUSTITIA, s. r. o., 28. října 1142/168, 709 00 Ostrava-Mariánské Hory

JUDr. Pavel Zajíc, advokát, se sídlem Trocnovská 2a, 702 00 Ostrava-Přívoz

-
Na vědomí:

-
ŠMO, městská akciová společnost Orlová, Okružní 988, 735 14 Orlová-Lutyň

TCHAS, spol. s r. o., Novoveská 1139/22, 709 06 Ostrava-Mariánské Hory

-

-
Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce